G. Snijders
A.G. Castermans

5

De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

VASR
Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht

Wolters Kluwer

De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

Preadviezen van de
Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)
staan onder redactie van

Prof. mr. C.J.M. Klaassen
Prof. mr. J. Spier

De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht

Dit boekje bevat de volgende preadviezen:

Gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht; normen van publiek- en privaatrechtelijke aard

door G. Snijders

en

De burger en de betamelijkheidsnorm
Over de grenzen aan het werken met betamelijkheidsnormen

door A.G. Castermans

Wolters Kluwer

Deventer – 2021

Het complete productaanbod vindt u in de online webshop: www.wolterskluwer.nl/shop.

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.h2rplus.nl

ISBN 978 90 13 16348 3
NUR 826822-206

© 2021, Wolters Kluwer Nederland B.V., G. Snijders en A.G. Castermans

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.
Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.

Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator

NAVIGATOR

G. Snijders

Gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht; normen van publiek- en privaatrechtelijke aard

Preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht
20 november 2020

INHOUD

Gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht; normen van publiek- en privaatrechtelijke aard / 1

1 Inleiding / 5
1.1 Onderwerp van dit preadvies / 5
1.2 Verdere inhoud van dit preadvies / 6
2 De begrippen 'publiekrecht' en 'privaatrecht' / 6
2.1 De betekenis van de begrippen 'publiekrecht' en 'privaatrecht' / 6
2.2 Betekenis in wetgeving en dogmatiek / 8
3 Betekenis onderscheid publiekrecht en privaatrecht / 9
3.1 Gedragsnormen voor burgers / 9
3.2 Behartiging publieke of algemene belangen versus individueel belang? / 10
3.3 Middelen tot handhaving / 11
3.4 Rechtsbescherming / 13
3.5 Verschillende 'regelsystemen' en soorten van regels; open normen / 14
3.6 Bijzondere normen voor de overheid / 15
3.7 Combinatie van verschillen / 16
3.8 Afronding / 17
4 Verhouding publiek- en privaatrecht / 18
4.1 Publiek- en privaatrecht komen door elkaar voor / 18
4.2 De 'gemengde rechtsleer' en andere karakteriseringen / 20
5 Afstemming publiek- en privaatrecht / 22
5.1 Te volgen methode / 22
5.2 Enige algemene bijzonderheden / 23
6 Voorbeelden / 24
6.1 Beveiligde woning Hirsi Ali / 25
6.2 Onmenselijke behandeling gedetineerde / 30
6.3 Handelen met of zonder vergunning / 31
6.4 Afdwingen van aanspraken uit bevoegdhedenovereenkomst / 34
6.5 Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemming gebruik overheidseigendom / 36
6.6 'Toezichtprivaatrecht' / 39
6.7 Tijdelijke wet Groningen / 45
7 Slotbeschouwing; afronding / 46

I Inleiding

1.1 Onderwerp van dit preadvies

Het onderwerp van dit preadvies is 'gelede normstelling' en wel op het terrein van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

Het begrip 'gelede normstelling' behoeft enige toelichting, denken mijn medepreadviseur Castermans en ik. Bij dat begrip hebben wij het oog op het verschijnsel dat in een concreet geval normen van verschillende aard of herkomst van toepassing zijn of zich voor toepassing lenen, al dan niet in combinatie met elkaar. Bij verschillende aard of herkomst valt onder meer te denken aan de aard van de regulering, dus bijvoorbeeld overheidsregulering of zelfregulering, of de aard van het recht, dus bijvoorbeeld publiek- of privaatrecht, of de aard van de norm zelf, dus bijvoorbeeld vage of globale normen dan wel concrete normen, of de herkomst van het recht, dus bijvoorbeeld Europees recht dan wel nationaal of regionaal recht. Het gaat bij gelede normstelling dus om gevallen waarin verschillende soorten van rechtsregels in beginsel tegelijk van toepassing zijn of zich althans voor toepassing lenen, al dan niet in combinatie.

In onze gelaagde rechtsorde – waarin op grote schaal regelgeving op verschillende niveaus wordt uitgevaardigd, die sterk van inhoud, aard en karakter kan verschillen en die soms naast of door elkaar van toepassing is – doen zich die gevallen steeds vaker voor. Wat heeft in die gevallen met betrekking tot die normen te gelden? Heeft de ene norm voorrang boven de andere of zijn alle normen tegelijk van toepassing? Kunnen die normen elkaar aanvullen of in combinatie worden toegepast en, zo ja, hoe? Ondergaan die normen daarbij verandering?

In dit preadvies ga ik na of algemene uitspraken kunnen worden gedaan over de beantwoording van deze vragen of over hetgeen bij die beantwoording van belang is of kan zijn. Het onderwerp van dit preadvies ligt daarmee in hoofdzaak op het terrein van rechtsvinding en rechtsvorming. Waar de wetgever in een concreet geval heeft voorzien in de beantwoording van genoemde vragen – wat soms het geval is –, bestaat veelal geen probleem.

Ik breng onmiddellijk in deze inleiding al een belangrijke beperking aan op het onderwerp van dit preadvies. Ik concentreer mij namelijk op het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Met dat onderscheid houd ik mij al lange tijd bezig en daarover durf ik daarom wel algemene uitspraken te doen. Het is bovendien een onderscheid waarover ik in de toekomst meer uitvoerig hoop te publiceren. Ik denk echter dat wat ik hierna opmerk over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht ook opgeld doet bij andere onderscheiden die kunnen worden gemaakt naar aard of herkomst van normen. Deze gedachte is echter dus geen onderwerp van dit preadvies. Ik onderbouw haar dan ook niet en ik uit haar slechts terzijde, met de

kanttekening dat ik van de juistheid ervan redelijk ben overtuigd. In mijn slotbeschouwing aan het eind van dit preadvies kom ik er nog op terug.

1.2 Verdere inhoud van dit preadvies

Wie wil beschrijven welke gevolgen zijn verbonden aan een bepaald onderscheid, zal natuurlijk eerst duidelijk moeten hebben, en moeten maken, wat de betekenis is van de begrippen waartussen onderscheid wordt gemaakt en wat dat onderscheid precies inhoudt. Hierna wordt daarom eerst nader ingegaan op de begrippen 'publiekrecht' en 'privaatrecht', ook al weet iedere jurist wel wat deze (zo ongeveer) inhouden. Daarna wordt achtereenvolgens vrij uitvoerig stilgestaan bij de verschillen en de verhouding tussen beide soorten recht en het belang daarvan. Vervolgens worden, mede op basis van het voorgaande, algemene gezichtspunten genoemd die van belang zijn voor de beantwoording van de hiervoor genoemde vragen. De gelding en werking van die gezichtspunten worden daarna geïllustreerd aan de hand van een reeks van voorbeelden uit rechtspraak en wetgeving.

Een en ander is ten dele niet meer dan een verkenning. Ik beoog in de eerste plaats de hoofdzaken in kaart te brengen van wat over het onderwerp van dit preadvies kan worden gezegd.

2 De begrippen 'publiekrecht' en 'privaatrecht'

2.1 De betekenis van de begrippen 'publiekrecht' en 'privaatrecht'

Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht stamt al uit het Romeinse recht en is wel aangeduid als de '*summa divisio*' (het hoofdonderscheid) van het recht. Naar ik enigszins tot mijn verbazing moest vaststellen bij het schrijven van dit preadvies, bestaat echter geen vaste definitie van de begrippen 'publiekrecht' en 'privaatrecht' en zien de meeste auteurs zelfs ervan af om die begrippen te definiëren.[1] Een enkele auteur doet dit expliciet, met de opmerking dat die definitie moeilijk precies te geven is, maar dat iedereen wel weet wat met beide begrippen ongeveer wordt bedoeld, zodat een definitie ook niet nodig is, al dan niet met de opmerking dat men ook geen energie wil verspillen aan een precieze omschrijving van een dogmatische kwestie.

Dit afzien van een definitie is natuurlijk wel bijzonder: een hoofdonderscheid waarvan degenen die zich ermee bezighouden en er algemene uitspraken over doen, niet duidelijk is, of althans niet duidelijk willen maken, wat het nu eigenlijk precies inhoudt. Ik doe daarom toch maar een poging om tot een

1 Onder wie, naar ik moet bekennen, ikzelf. Zie mijn monografie BW over het overheidsprivaatrecht, zowel in de eerste als in de tweede druk (Mon. BW nr. A26a en A26b, in de eerste druk Mon. BW A26). Mogelijk zien zoveel auteurs af van een definitie omdat de betekenis van beide begrippen en het onderscheid ertussen als basaal worden gezien ('iets wat je al leert aan het begin van je studie').

omschrijving te komen die, hopelijk, in elk geval in de buurt komt van een goede of behoorlijke definitie.

De meest eenvoudige omschrijvingen van de begrippen 'publiekrecht' en 'privaatrecht' houden in dat het publiekrecht het recht is dat de verhouding regelt tussen overheid en burger en tussen overheden onderling, en dat het privaatrecht het recht is dat de verhouding regelt tussen burgers onderling.[2] Wie echter ook maar enigszins is ingevoerd, weet dat deze omschrijvingen niet kloppen. In ons recht wordt de verhouding tussen overheid en burger en tussen overheden onderling immers voor een deel geregeld in het privaatrecht; door en tegen de overheid kan in beginsel gebruik worden gemaakt van het privaatrecht. Dit volgt voor een deel reeds uit de 'kernbepaling' art. 2:1 lid 1 BW, dat de belangrijkste overheidslichamen rechtspersoonlijkheid toekent en aldus uitdrukkelijk maakt tot rechtssubject in het privaatrecht.[3] Talloze publiekrechtelijke normen gelden bovendien vaak ook tussen burgers onderling; voorbeelden hiervan volgen verderop in dit preadvies.

Je zou het standpunt kunnen innemen dat het privaatrecht in het eerste geval – dus als het privaatrecht van toepassing is op de verhouding tussen overheid en burger en tussen overheden onderling – tot het publiekrecht te rekenen is, omdat het dan ziet op de verhouding tussen overheid en burger, en dat de publiekrechtelijke normen in het tweede geval – dus als ze gelden tussen burgers onderling – privaatrechtelijke normen zijn, omdat ze zien op de verhouding tussen burgers onderling. Bij die zienswijze kan je echter niet meer goed van regels zeggen of deze nu privaatrechtelijke of publiekrechtelijk zijn. Dat kan dan immers allebei het geval zijn, afhankelijk van de context. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht heeft dan weinig betekenis en nut meer.

Meer accurate en ook beter hanteerbare omschrijvingen van de begrippen 'publiekrecht' en 'privaatrecht' lijken mij dan ook dat het publiekrecht het recht is dat is geformuleerd om de verhouding te regelen tussen overheid en burger en tussen overheden onderling, en dat het privaatrecht het recht is dat is geformuleerd om de verhouding te regelen tussen burgers onderling. Hierbij heb ik met de omschrijving 'het recht dat is geformuleerd' het oog op zowel het geschreven als het ongeschreven recht. Het gaat dus erom voor welke verhouding het recht is gegeven dan wel zich heeft gevormd, dus (oorspronkelijk) is bedoeld. Bij deze omschrijvingen zijn de begrippen 'publiekrecht' en 'privaatrecht' dus in feite een soort 'herkomstaanduiding'. Dat sluit denk ik ook beter aan bij de gangbare opvattingen omtrent de verhouding tussen beide rechtsgebieden, waarover hierna meer.

Wordt uitgegaan van deze omschrijvingen, dan valt wel te begrijpen dat het privaatrecht soms van toepassing is op de verhouding tussen overheid en

2 Zie bijvoorbeeld bij het lemma 'publiekrecht' op Wikipedia.

3 Zie Parl. Gesch. BW Boek 2, p. 65.

burger en tussen overheden onderling, en dat het publiekrecht soms van toepassing is op de verhouding tussen burgers onderling.

Deze omschrijvingen sluiten denk ik ook goed aan bij de opzet van onze wetgeving. Uitgaande van deze omschrijvingen is immers inderdaad, zoals denk ik de meesten van ons geneigd zullen zijn te denken, het privaatrecht geregeld in het BW en het publiekrecht in de publiekrechtelijk wetten en wetboeken, waaronder de Grondwet en organieke wetten, de Awb en de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering. En dat is denk ik ook niet toevallig, want de wetgever gaat volgens mij sinds lang uit van het overeenkomstig deze omschrijvingen gemaakte onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Daarvoor bestaan althans enkele belangrijke aanwijzingen.

2.2 Betekenis in wetgeving en dogmatiek

Blijkens de algemene toelichting van Meijers bij het eerste gedeelte van het ontwerp van het Nieuw BW ligt aan het huidige BW de gedachte ten grondslag dat het privaatrecht het recht is dat door de belanghebbende zelf wordt gehandhaafd met typisch privaatrechtelijke middelen, die in het BW geregeld worden, en het publiekrecht het recht dat door de overheid wordt gehandhaafd met typisch publiekrechtelijke middelen, die niet in het BW geregeld worden.[4] Dit sluit mijns inziens in essentie aan bij de hiervoor genoemde omschrijvingen. De typisch privaatrechtelijke handhavingsmiddelen (die geregeld zijn in het BW) zijn immers gegeven voor de regels die in de hiervoor genoemde zin geformuleerd zijn voor de verhouding tussen burgers onderling, en de typisch publiekrechtelijke handhavingsmiddelen (die elders geregeld zijn) zijn gegeven voor de regels die geformuleerd zijn voor de verhouding tussen overheid en burger en tussen overheden onderling.

Art. 3:14 BW bepaalt dat een bevoegdheid die iemand krachtens burgerlijk recht toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Deze bepaling is geschreven in de tijd van de hiervoor genoemde algemene toelichting op het ontwerp Nieuw BW, zodat wel kan worden aangenomen dat hieraan dezelfde gedachte ten grondslag ligt als is uitgesproken in de algemene inleiding.[5] De inhoud van art. 3:14 BW sluit denk ik ook goed aan bij de hiervoor als laatste genoemde omschrijvingen van 'publiekrecht' en 'privaatrecht'.

Art. 1:3 lid 1 Awb bepaalt dat een besluit – dat als bekend het centrale begrip is in het bestuursrecht – een 'publiekrechtelijke rechtshandeling' is. Blijkens de toelichting op deze bepaling is hiermee bedoeld een rechtshandeling die de uitoefening betreft van een bevoegdheid die wordt ontleend aan een grondslag die alleen geldt voor het bestuur. Bevoegdheden naar burgerlijk recht, die door een ieder kunnen worden uitgeoefend, vallen dus niet onder deze omschrij-

4 Zie Parl. Gesch. BW Algemeen deel, p. 129.

5 Vgl. de Toelichting Meijers bij het artikel, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3, p. 1052.

ving.[6] Ook dit past bij de hiervoor als laatste genoemde omschrijvingen van 'publiekrecht' en 'privaatrecht'.

Deze omschrijvingen sluiten denk ik ook het beste aan bij wat in de literatuur doorgaans, expliciet of impliciet, onder beide begrippen wordt verstaan.[7] En ook dat is natuurlijk geen toeval nu ook de literatuur zich doorgaans op de wet oriënteert (net als dat de wet zich overigens eerder al op de literatuur oriënteerde). Ik houd het er dan ook op dat genoemde omschrijvingen die betekenis van beide begrippen het beste benadert.

Uitgaande van die omschrijvingen berust het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht dat in onze wetgeving wordt gemaakt, dus op een formeel criterium: voor welke verhouding is het betrokken recht geformuleerd? Van deze betekenis van beide begrippen wordt hierna verder uitgegaan.

3 Betekenis onderscheid publiekrecht en privaatrecht

De praktische betekenis van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht is mijns inziens op een heel aantal vlakken niet groot in ons recht, anders dan de hiervoor genoemde aanduiding 'summa divisio' zou doen vermoeden.

3.1 Gedragsnormen voor burgers

Dat geldt in de eerste plaats als wordt gekeken naar gedragsnormen voor burgers. Deze kunnen gemakkelijk, even goed zelfs denk ik, zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk worden geformuleerd. Het eerste kan door de norm te formuleren als een verplichting die door de overheid wordt gecontroleerd en eventueel wordt afgedwongen, het tweede door de norm te formuleren als een verplichting die jegens anderen geldt. Het verschil tussen beide soorten normen is in beginsel marginaal en in de praktijk soms zelfs nihil. Veel van dit soort publiekrechtelijk geformuleerde normen zullen namelijk ook tussen burgers onderling gelden – met name als zij mede ten doel hebben om de belangen van andere burgers te beschermen – of hun pendant vinden in een daarmee overeenstemmende, privaatrechtelijke norm in die verhouding. Omgedraaid kan de overheid een privaatrechtelijke norm zozeer in het publieke belang oordelen dat zij de naleving daarvan gaat controleren en handhaven met publiekrechtelijke middelen. Beide komt in de praktijk veel voor, zoals hierna nog aan de orde zal komen. Bij de totstandkoming van het huidige BW is de afbakening van hetgeen wel en niet in het BW geregeld wordt, dan ook niet gezocht in het verschil in normen.[8]

---

6 Vgl. PG Awb I, p. 153-155.

7 Meestal impliciet dus. Zie mijn opmerking in voetnoot 1.

8 Vgl. opnieuw Parl. Gesch. BW Algemeen deel, p. 129: veel publiekrechtelijke normen gelden in het privaatrecht, terwijl veel privaatrechtelijke normen ook door middel van het publiekrecht worden gehandhaafd.

Desalniettemin bestaat tussen dit soort van publiekrechtelijk en privaatrechtelijk geformuleerde normen natuurlijk wel een belangrijk verschil, namelijk de invalshoek van waaruit ze zijn geformuleerd. Waar de overheid het publieke belang behartigt in onze rechtsorde en het publiekrecht de overheid reguleert, is het publiekrecht gericht op de behartiging van het publieke belang. Het stellen van een norm is in het publiekrecht dus gericht op de behartiging van publieke belangen. Het privaatrecht is in beginsel gericht op het dienen van het belang van het individu, door hem bepaalde rechten jegens anderen te geven of door anderen bepaalde verplichtingen jegens hem op te leggen.

Beide invalshoeken kunnen echter geheel samenvallen. Het dienen van het belang van het individu is óók een publiek belang en met de behartiging van een publiek belang wordt óók het belang van het individu gediend. Beide geldt soms op meerdere niveaus en in meerdere opzichten tegelijk. Een norm kan beide belangen tegelijk en in dezelfde mate dienen. In de praktijk is dat ook nogal eens daadwerkelijk zo. Het punt is slechts dat dit natuurlijk niet per se het geval is. Het is in verband hiermee dat publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normen een verschillende strekking kunnen hebben en daardoor soms ook een verschillende betekenis.

3.2 Behartiging publieke of algemene belangen versus individueel belang?

Onjuist is mijns inziens de gedachte dat het privaatrecht uitsluitend zou dienen voor de behartiging van het belang van het individu. Ook voor het privaatrecht geldt dat wetgeving alleen behoorlijk is, en rechtsvorming en rechtstoepassing zich alleen op behoorlijke wijze kunnen voltrekken, als rekening wordt gehouden, en rekening kan worden gehouden, met de betrokken publieke en algemene belangen. In het privaatrecht wordt dan ook op allerlei wijzen verwezen naar het betrokken publieke of algemene belang.[9] Het privaatrecht leent zich ook voor de behartiging daarvan, zowel door de overheid als door particulieren, en wordt daarvoor ook op grote schaal gebruikt. Van het gebruik door particulieren is art. 3:305a BW natuurlijk een opvallende exponent, dat een actie mogelijk maakt ten behoeve van gebundelde belangen (die natuurlijk vaak tevens een algemeen belang zijn).

Evenzo is mijns inziens onjuist de gedachte dat het publiekrecht uitsluitend zou dienen voor de behartiging van het publieke belang. Het publiekrecht houdt zich ook intensief bezig met particuliere belangen, met name waar publieke belangen daaraan raken. Denk alleen al aan de vele mogelijkheden die het burgers geeft om voor particuliere belangen bij het bestuur op te komen.

Betoogd wordt ook wel dat het privaatrecht naar zijn aard niet is bedoeld om publieke belangen of, wat mijns inziens op hetzelfde neerkomt, politieke doelen

9 Zie voor nadere uiteenzetting hierover, met een uitvoerige opsomming van voorbeelden, Parl. Gesch. BW Boek 5, p. 57-60. Zie ook Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht (Mon. BW nr. A1)* 2017, nr. 14.

te dienen, kortom niet bedoeld is voor instrumenteel gebruik. Die opvatting lijkt me evenmin goed houdbaar. De regeling van het privaatrecht is zelf al in het publiek belang en de invulling die aan (de inhoud van) het privaatrecht wordt gegeven, is per definitie afhankelijk van hetgeen in dat verband voor wenselijk wordt gehouden. Regels ter bescherming van zwakkeren, die al vanaf het begin van de twintigste eeuw op grote schaal in het BW zijn opgenomen (denk onder meer aan het arbeidsrecht) en die soms wel als vreemd aan het privaatrecht zelf worden gezien, betreffen denk ik niets anders dan een dergelijke invulling. Dat partijen in het privaatrecht vrij zijn zelf hun rechtsbetrekkingen vorm te geven, met name in het contractenrecht, lijkt me dan ook niet per se het wezenskenmerk van het privaatrecht, maar veeleer een van de andere mogelijke invullingen van het privaatrecht, die evenzeer 'politiek' is bepaald. Die partijvrijheid – die ook een publiek belang is – lijkt me dan ook niet in de weg te staan aan de behartiging van andere publieke belangen.[10]

Ook op dit punt bestaat denk ik dus geen wezenlijk verschil tussen publiek- en privaatrecht.

3.3 Middelen tot handhaving

Meer betekenis heeft het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht denk ik voor de middelen tot handhaving, waarin Meijers bij de totstandkoming van het huidige BW al de betekenis van het onderscheid zocht, en voor de rechtsbescherming. Publiekrecht en privaatrecht kennen voor een deel van oudsher hun eigen middelen tot handhaving daarvan. In het publiekrecht worden de overheid daartoe bij wet bijzondere bevoegdheden gegeven, zoals het kunnen bestraffen van de niet-naleving van normen en het kunnen uitoefenen van bestuursdwang. Het privaatrecht kent voor de handhaving daarvan van oudsher middelen zoals de vordering tot nakoming en tot schadevergoeding, waarvan iedereen gebruik kan maken.

De middelen tot handhaving van publiek- en privaatrecht zijn echter niet principieel verschillend. Enerzijds zou burgers in theorie dezelfde bevoegdheden tot handhaving kunnen worden gegeven als de overheid heeft. In sommige landen of culturen hebben zij die soms ten dele ook. Bij ons is dat niet geval omdat de meeste van deze bevoegdheden zo ingrijpend zijn dat we vinden dat particulieren deze niet of slechts beperkt en na voorafgaand verlof van de overheid of rechter moeten hebben.

Anderzijds kan de overheid mede gebruikmaken van privaatrechtelijke middelen om regels te handhaven, ook met betrekking tot publiekrechtelijke regels, zoals een vordering uit onrechtmatige daad (tenzij de wet dit expliciet of

10 Uit het voorgaande volgt dat ook het basale onderscheid dat kan worden gemaakt tussen de zogeheten verdelende en vergeldende rechtvaardigheid (afkomstig van Aristoteles), mijns inziens geenszins noodzakelijk samenvalt met het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Zie daarover in dezelfde zin en wat uitvoeriger Van Boom, *Privaatrecht en markt* (Den Haag, 2020), par. 5.5.2 (p. 152-155).

impliciet uitsluit). Burgers kunnen hunnerzijds ook gebruikmaken van privaatrechtelijke middelen tegen de overheid om de naleving af te dwingen van publiekrechtelijke regels, bijvoorbeeld met een vordering in kort geding, of om rechtsherstel te krijgen voor overtreding van die regels, zoals met een vordering uit onrechtmatige overheidsdaad.

Soms wordt bij wet een publiekrechtelijke pendant in het leven geroepen van een bestaand privaatrechtelijk middel tot handhaving. Een voorbeeld daarvan is de bestuurlijke dwangsom, die is ontleend aan de dwangsom van het burgerlijk procesrecht. De soms de kop opstekende discussie over de vraag of niet de mogelijkheid van 'punitive damages' zou moeten worden ingevoerd (welke mogelijkheid in andere landen bestaat), kan worden genoemd als een voorbeeld van het omgedraaide.

Het verschil in handhavingsmiddelen is dus op zichzelf denk ik nogal betrekkelijk, want afhankelijk van wat gangbaar is en dus niet naar zijn aard of typisch verbonden aan het onderscheid publiek- en privaatrecht. Desalniettemin kan denk ik nog altijd met Meijers als een feit worden geconstateerd dat er middelen tot handhaving in onze wetgeving zijn die óf typisch publiekrechtelijk te noemen zijn, óf typisch privaatrechtelijk. Dat is echter dus een gevolg van hetgeen gangbaar is in onze wetgeving.

Wat gangbaar is in de wetgeving, wordt natuurlijk wel in belangrijke mate mede bepaald door wat in het gegeven geval effectief is. De overheid die een norm wil handhaven die in veel gevallen aan de orde is, zal vaak het meeste hebben aan een simpel en makkelijk toe te passen boete- of heffingssysteem, zoals we dat kennen voor verkeersovertredingen en het betalen van parkeergeld, en aan zelf eenvoudig te nemen maatregelen zoals een zelf uit te vaardigen last onder dwangsom. Het moeten ageren bij de burgerlijke rechter voor die handhaving is in die gevallen veel te omslachtig, onzeker en kostbaar. De wenselijke effectiviteit van de handhaving zal dus nogal eens leiden tot de keuze voor middelen die wij gewend zijn te zien als typisch publiekrechtelijk.

Overigens biedt het privaatrecht soms wel de mogelijkheid om eenzelfde simpel boete- of heffingssysteem in te stellen, namelijk in de gevallen dat dit kan bij contract of statuten, dus in een samenwerkingsverband. Een private (rechts)persoon die een norm wil handhaven die in veel gevallen aan de orde is, kan in die gevallen dus in principe met behulp van het privaatrecht tot eenzelfde resultaat komen. Dat relativeert opnieuw dat het hier daadwerkelijk om een typisch publiekrechtelijke bevoegdheid zou gaan.

Overigens lijkt mij de gedachte niet juist dat de handhavingsmiddelen in het privaatrecht geheel of voornamelijk 'reactief' van aard zouden zijn, dus slechts achteraf te hanteren na een niet-naleving van een regel of plicht of de inbreuk op een recht, en dat die middelen in het publiekrecht ook preventief zijn. Privaatrechtelijke handhavingsmiddelen zijn evenzeer preventief in te zetten, denk met

name aan de mogelijkheid om in kort geding een met een dwangsom versterkt verbod of bevel te vorderen. Art. 3:305a BW maakt het bovendien mogelijk dit voor veel belanghebbenden tegelijk te doen. Op dit punt zie ik dan ook geen principieel verschil tussen publiek- en privaatrecht. Voor privaatrechtelijke handhaving is wel veelal een rechterlijke voorziening nodig, terwijl de overheid nogal eens de handhaving zelf ter hand kan nemen, zonder voorafgaande rechterlijke toets. Dat is echter, zoals hiervoor al opgemerkt, niet een gevolg van het verschil tussen publiek- en privaatrecht, maar van het feit dat wij de overheid ingrijpendere bevoegdheden toevertrouwen dan particulieren. Overigens kent ons privaatrecht soms ook aan particulieren het recht toe om zelf, zonder tussenkomst van de rechter, handhavend op te treden. Een voorbeeld is de authentieke akte die een executoriale titel oplevert (art. 430 lid 1 Rv).

Een andere kwestie is dat als de handhaving is overgelaten aan het individu dat het aangaat, zoals in het privaatrecht het geval is (maar ook in het publiekrecht als het gaat om het afdwingen van individuele rechten), van handhaving weinig terecht kan komen, doordat het belang daarbij voor het individu in de regel te gering is of die handhaving voor hem te kostbaar is. Dan gaat het echter over het juist hiervoor besproken onderwerp van effectieve handhaving in veelvoorkomende gevallen, die bij de bestaande stand van het recht veelal het beste met publiekrechtelijke middelen kan plaatsvinden.

3.4 Rechtsbescherming

Met betrekking tot de rechtsbescherming geldt dat in ons recht een stelsel is ontstaan met verschillende rechters, van wie de bevoegdheid is verdeeld op een wijze die aansluit bij het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. De burgerlijke rechter is, zeer kort gezegd, bevoegd te beslissen over privaatrechtelijke geschillen en de bestuursrechter over publiekrechtelijke geschillen. Ook de strafrechter houdt zich bezig met kwesties die tot het publiekrecht behoren.

Een en ander berust op een keuze van de wetgever. Het met die keuze gemaakte onderscheid is echter opnieuw nogal betrekkelijk. De door de wetgever gemaakte bevoegdheidsverdeling berust namelijk uiteindelijk niet zozeer op het onderscheid zelf dat tussen publiekrecht en privaatrecht is te maken – hoewel dat wel dus leidraad is geweest –, als wel op de gedachte van specialisering, waarbij slechts specifieke deelgebieden van het publiekrecht onder de wettelijke bevoegdheid van de bestuurs- en strafrechter zijn gebracht, als zijnde speciale, gespecialiseerde rechters.

De uitleg en toepassing van het publiekrecht is dus niet een kwestie die in haar geheel is opgedragen aan de bestuurs- en strafrechter. Zo is de bestuursrechter niet bevoegd met betrekking tot alle publiekrechtelijke geschillen. In principe bestaat bij hem alleen een rechtsingang als er sprake is van een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb en daarop bestaan dan weer de nodige uitzonderingen. Waar geen ingang bestaat bij bestuurs- of strafrechter, worden publiekrechte-

lijke geschillen door de burgerlijke rechter beslist, als restrechter, op grond van de hem in art. 112 Grondwet toegekende taak van restrechter, die steeds aanvullende rechtsbescherming verleent als men niet bij een andere rechter terecht kan.[11]

Bovendien verhindert de bestaande bevoegdheidsverdeling niet dat de verschillende rechters zich zeer regelmatig op elkaars terrein moeten begeven, omdat publiek- en privaatrecht nu eenmaal met elkaar zijn verweven (waarover hierna nog meer) en de bestuurs- en strafrechter dus soms privaatrecht moeten toepassen en de burgerlijke rechter soms publiekrecht. Blijkens de rechtspraak van de hoogste rechters dienen zij hierbij de rechtspraak te volgen van de rechter die gespecialiseerd is in het betrokken recht, maar dat berust dus niet op het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, maar op de al genoemde gedachte van specialisering: als de wetgever een rechter speciaal heeft belast met de uitleg, toepassing, rechtsontwikkeling en -vorming en de rechtseenheid op een bepaald rechtsgebied, ligt het nogal voor de hand dat de andere rechters diens rechtspraak met betrekking tot dat rechtsgebied volgen.

Ook hier is het verschil tussen publiek- en privaatrecht dus weer betrekkelijk en niet principieel. De betekenis die het verschil hier heeft, is een gevolg van een keuze van de wetgever.

3.5 Verschillende 'regelsystemen' en soorten van regels; open normen

In het hoofd van de gemiddelde jurist zijn publiek- en privaatrecht denk ik vooral verschillend doordat voor beide rechtsgebieden verschillende regels gelden en met name verschillende systemen of stelsels van met elkaar samenhangende regels die op grote groepen van gevallen van toepassing zijn, dus 'regelsystemen'. Hierbij gaat het dan natuurlijk in de allereerste plaats om de 'systemen' die zijn neergelegd in het BW, de Awb, Sv, Sr en wat dies meer zij. Uiteraard zijn die systemen als zodanig verbonden aan het privaatrecht en publiekrecht. Zij zijn ook verbonden met de verhouding waarvoor het privaatrecht en publiekrecht zijn geformuleerd, dus tussen burgers onderling en overheid en burger. Zoals hiervoor al opgemerkt, staat dat er echter geenszins aan in de weg dat die regels en delen van die systemen soms mede van toepassing zijn in de andere verhouding. Die toepassing wordt steeds ingegeven door het feit dat ook in die andere verhouding behoefte bestaat aan die regels of die toepassing op haar plaats is. Ook het verschil in soorten van regels is dus weer betrekkelijk.

Als ander verschil tussen publiek- en privaatrecht wordt soms genoemd dat het privaatrecht met open of vage normen werkt en het publiekrecht niet. Dat dit verschil zou bestaan, is denk ik niet juist. Het BW bevat ook de nodige zeer concrete normen en de Awb kent, in de vorm van onder meer de gecodificeerde

11 Zie onder meer HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1806, NJ 2019/413, rov. 3.5.2.

algemene beginselen van bestuur, ook zeer vage normen. Dat laatste geldt zelfs ook voor het strafrecht ('het belang van strafvordering' bijvoorbeeld). Het verschil tussen vage of abstracte normen en concrete normen speelt alleen bij, kort gezegd, de handhaving van gedragsregels voor burgers. Vindt handhaving plaats door een sanctie- of heffingssysteem, dan brengt de rechtszekerheid al snel mee dat gedragsregels een concrete inhoud moeten hebben. Vindt handhaving plaats door een rechtsvordering van de partij die door de overtreding van de regel nadeel ondervindt, dan speelt de rechtszekerheid minder een rol en is het mogelijk om beter recht te doen aan de bijzonderheden van het concrete geval, wat mede de functie is van vage normen.

Kortom: het gaat niet om een verschil dat samenhangt met het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, maar dat voortvloeit uit de wijze van handhaven. De samenhang met het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht dat er is, betreft slechts dat in het publiekrecht vaker een wijze van handhaven aan de orde is waarin de behoefte aan concrete normen bestaat.

3.6 Bijzondere normen voor de overheid

Tot slot heeft het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht betekenis door de bijzondere algemene gedragsnormen die gelden voor de onderlinge verhouding tussen de overheid en de burger. De overheid dient allereerst uit hoofde van haar publieke taak steeds te handelen in het publiek belang. Wat dat belang inhoudt en meebrengt, dient te worden bepaald langs de daarvoor voorgeschreven, rechtmatige weg. De overheid wordt daarbij ten dele gestuurd dan wel gecontroleerd door democratisch gekozen organen. Een en ander levert een inherente beperking voor het handelen van de overheid op, maar in verband met het kunnen uitoefenen van haar publieke taak behoeft en krijgt de overheid soms ook juist meer vrijheid en meer bevoegdheden om naar behoren te kunnen optreden.

De overheid is voorts onder meer gebonden aan de grond- en mensenrechten, de beginselen van behoorlijk bestuur en het legaliteitsbeginsel. Publiekrechtelijke wetgeving kent hiernaast vaak nog bijzondere waarborgen voor de zorgvuldigheid van het handelen van de overheid, onder meer om de belangen van burgers te beschermen. Het strafprocesrecht en bestuursprocesrecht bevatten deze waarborgen bij uitstek.

Al deze normen en waarborgen gelden echter, deels op grond van art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb, goeddeels ook als de overheid gebruikmaakt van haar privaatrechtelijke bevoegdheden. Niet kan dus worden gezegd dat die normen en waarborgen kenmerkend zijn voor de verhouding tussen overheid en burger in het publiekrecht (zij het dat dit dus komt doordat het publiekrecht in het privaatrecht van toepassing is, zoals beide genoemde bepalingen inhouden). Het privaatrecht kent bovendien inmiddels ook veel bijzondere algemene gedragsnormen voor andere 'machtige' maatschappelijke partijen dan de over-

heid, die verplichten tot, kort gezegd, behoorlijk gedrag, of strekken ter bescherming van zwakkere partijen, zoals zorg-, waarschuwings- en informatieplichten. Het privaatrecht houdt ook vaak rekening met het verschil in economische macht, deskundigheid en kennis tussen partijen, onder meer door de open normen die het bevat. Die normen lijken nogal eens op wat in het publiekrecht voor de verhouding tussen overheid en burger geldt of komen daarmee zelfs overeen. Denk aan de regels met betrekking tot misbruik van machtspositie, de zorgplicht van financiële instellingen, de consumentenbescherming en bescherming van werknemers, de horizontale werking van grondrechten en andere fundamentele normen (met name het gelijkheidsbeginsel), de redelijkheid en billijkheid, enz., enz. Dit wordt ook wel aangeduid als de 'constitutionalisering' en de 'publicering' of 'verpubliekrechtelijking' van het privaatrecht en 'congruentie' (dus: het naar elkaar toe gaan) van normen van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke aard. Ook op dit vlak is het belang van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht derhalve weer betrekkelijk.

3.7 Combinatie van verschillen

De verschillen die tussen publiek- en privaatrecht bestaan in beschermde belangen, handhaving, rechtsbescherming, regels, regelsystemen en gedragsnormen, zijn dus veelal niet principieel, soms gering en veelal slechts gradueel en op zichzelf te relativeren. Het belang of het wezenlijke van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht ligt dan ook niet in die verschillen afzonderlijk denk ik.

Wel ligt dat belang mijns inziens in de combinatie van die verschillen. Het zijn de combinaties van die verschillen als geheel die, als die verschillen zich alle in meer of mindere mate voordoen, maken dat het publiekrecht duidelijk anders is dan het privaatrecht. Door de combinatie van verschillen die zich in een bepaalde context voordoet, is de rechtsverhouding tussen overheid en burger in het publiekrecht soms echt een wezenlijk andere dan de rechtsverhouding die in het privaatrecht bestaat tussen burgers onderling. Ik denk met name aan de gevallen waarin de overheid in verband met haar publieke taak bijzondere bevoegdheden, handhavingsmiddelen en verplichtingen heeft, in verband waarmee de hiervoor genoemde bijzondere normen en regels gelden, en een afzonderlijke, daarop toegesneden rechtsbescherming bestaat. Die combinatie komt in het privaatrecht zo niet voor.

Ook deze combinatie van verschillen is echter dus weer niet gegeven met het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Het betreft opnieuw het gevolg van een keuze van de wetgever. Deze heeft, aan de hand van het onderscheid publiek- en privaatrecht, de verschillen in regeling tussen beide rechtsgebieden gemaakt, waardoor genoemde combinatie bestaat. Weliswaar vormen de bijzondere bevoegdheden en verplichtingen die de overheid in het publiekrecht heeft, een voor de hand liggende grond voor het in het leven roepen van de combinatie van genoemde bijzondere normen en handhavingsmiddelen en

afzonderlijke rechtsbescherming. Maar die verschillen zijn niet per se noodzakelijk, zoals ik hiervoor al opmerkte met betrekking tot de handhavingsmiddelen, laat staan dat ze als vanzelf voortvloeien uit het verschil tussen publiek- en privaatrecht. Ze volgen dus niet, om zo te zeggen, uit de aard van het publiekrecht of de verhouding tussen overheid en burger.

Vergelijking met andere landen maakt dat duidelijk. Zo werd in een land als het Verenigd Koninkrijk, dat geen aparte bestuursrechtspraak kent, tot voor kort geen onderscheid gemaakt tussen publiek- en privaatrecht. In Frankrijk daartegen bestaat sinds lang aparte rechtspraak voor vrijwel al het overheidshandelen. In dat land is het verschil dat tussen publiek- en privaatrecht wordt gemaakt, juist groter dan bij ons. Ook dit relativeert denk ik het verschil tussen publiek- en privaatrecht en laat zien dat het niet zozeer tussen beide rechtsgebieden is dat veel of een sterk verschil bestaat, maar slechts tussen bepaalde delen daarvan, en dat dit verschil niet inherent is aan beide rechtsgebieden of delen daarvan, maar berust op een keuze die anders gemaakt zou kunnen worden.

Genoemde combinatie van verschillen betreft onder meer niet het deel van het publiekrecht waarmee ik hiervoor in 3.1 begon, namelijk de publiekrechtelijke gedragsnormen voor burgers, dus de publiekrechtelijke, door de overheid te handhaven normen die de burger voorschrijven hoe hij zich, kort gezegd, in het maatschappelijk verkeer moet gedragen. Als al gezegd kunnen de verschillen tussen die normen en privaatrechtelijke normen zeer gering of zelfs nihil zijn.

De eigen aard van het publiekrecht, die vooral dus tot uitdrukking komt in genoemde combinatie, kan echter wel weer belangrijk doorwerken in deze publiekrechtelijke normen. Het feit dat handhaving door de overheid plaatsvindt kan in verband met het feit dat voor de bevoegdheidsuitoefening door overheid bijzondere normen en waarborgen gelden, gevolgen hebben voor de inhoud van de normen. Hiervoor noemde ik al het voorbeeld dat indien de overheid gedragsnormen wil handhaven met publiekrechtelijke middelen, die normen daarvoor voldoende duidelijk en concreet zullen moeten zijn, omdat het rechtszekerheidsbeginsel meebrengt dat de overheid geen sancties kan stellen op overtreding van normen waarvan de burger niet duidelijk behoeft te zijn wat die precies inhouden.

3.8 Afronding

Het voorgaande laat zien dat tussen publiekrecht en privaatrecht als zodanig geen eenduidig verschil bestaat. Gelet op de betekenis van die begrippen – die verwijst naar de verhouding waarvoor het recht is geformuleerd (zie hiervoor in 2.1) – is dat denk ik niet verrassend. De verschillen die er zijn, betreffen deelgebieden, en voor de rest zijn de grenzen vaak vloeiend of gradueel. Er zijn bovendien de nodige overlappingen. Er is dus geen sprake van een echte (inhoudelijke) tweedeling van het recht.

Op de gebieden waar het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht de nodige betekenis heeft, is dat een gevolg van de door de wetgever gemaakte keuze. Die keuze betreft in de eerste plaats die om het onderscheid publiek- en privaatrecht tot uitgangspunt van veel wetgeving te maken. Die keuze is niet verrassend, want gaat terug op een lange geschiedenis om het recht te verdelen in publiek- en privaatrecht. De rechtswetenschap en het onderwijs gaan reeds lang van deze verdeling uit – wie zich bezighoudt met het privaatrecht, houdt zich niet bezig met het publiekrecht en omgedraaid – en dat heeft ook zijn invloed op de wetgeving gehad. Zoals hiervoor opgemerkt, is die keuze echter niet een noodwendige.

De literatuur die beide rechtsgebieden tegen elkaar wil afzetten, heeft nogal eens de neiging om de nadruk te leggen op de gevallen waarin de verschillen groot zijn. Dat betreft dus vooral de gevallen waarin de hiervoor genoemde combinatie van verschillen zich voordoet. Die gevallen betreffen dus echter maar een deel van het terrein.

Desalniettemin kunnen sommige deelgebieden, bij de huidige stand van de wetgeving, dus wel als typisch publiekrechtelijk of als typisch privaatrechtelijk worden gekenschetst. Dat maakt het onderscheid publiek- en privaatrecht, ofschoon het dus slechts die deelgebieden betreft, toch zinvol.

4 Verhouding publiek- en privaatrecht

4.1 Publiek- en privaatrecht komen door elkaar voor

Daarmee kom ik toe aan de onderlinge verhouding van publiek- en privaatrecht. Ons recht kent niet enigerlei vorm van een primaat van een van beide. Beide soorten recht kunnen door en naast elkaar gelden en in onderlinge samenhang. Hiervoor kwam daarvan al een belangrijke groep van gevallen ter sprake, namelijk die waarin de algemene gedragsnormen die gelden voor de overheid in de publiekrechtelijke verhouding met de burger, doorwerken in het privaatrecht. Er zijn nog veel meer gevallen. In het privaatrecht verwijzen bijvoorbeeld belangrijke bepalingen als art. 3:40, 5:1 lid 2 en 6:162 BW uitdrukkelijk direct mede naar het publiekrecht. Ook via open normen als die van art. 6:2 en 6:248 BW is het publiekrecht soms direct van toepassing. Zowel de Awb als het BW bevat schakelbepalingen waardoor publiekrechtelijke beginselen en regels van overeenkomstige toepassing kunnen zijn in het privaatrecht en privaatrechtelijke beginselen en regels in het publiekrecht. Wat betreft het privaatrecht dat is geregeld in het BW, geldt dat naar de bedoeling van de wetgever eventueel zelfs zonder schakelbepaling. Enerzijds draagt het al genoemde art. 3:14 BW de praktijk namelijk op om na te gaan of het daarvoor in aanmerking komende publiekrecht de uitoefening van een bevoegdheid naar burgerlijk recht beperkt, wat in de eerste plaats een uitleg van dat publiekrecht vergt (dient dat, naar zijn aard, inhoud of strekking, ook te gelden in de privaatrechtelijke context?). Anderzijds is in de toelichting op Boek 3 BW uitdrukkelijk uitgesproken dat het

BW zich ook leent voor analoge toepassing in het bestuursrecht als een schakelbepaling in het BW ontbreekt.[12] Hiernaast zijn er de grond- en mensenrechten, die als zodanig publiekrecht zijn, maar ten dele ook werking dan wel betekenis hebben in horizontale verhoudingen en dus in het privaatrecht.

Op de zogeheten functionele rechtsgebieden loopt het gebruik van het publiek- en privaatrecht vaak voor een deel door elkaar heen. Daarvan zijn legio voorbeelden te noemen, die soms al heel oud zijn. Ik noem het arbeidsrecht, het woonrecht, het bouwrecht, het ruimtelijk ordeningsrecht, het agrarisch recht, het milieurecht, het aanbestedingsrecht, het financieel recht, het mededingingsrecht en het vervoersrecht. Op deze gebieden bestaat telkens zowel veel publiekrechtelijke, als veel privaatrechtelijke regelgeving. Soms zijn beide soorten van regelgeving vergaand in één wet ondergebracht. Zelfs het BW bevat de nodige delen publiekrecht, die soms ook al zeer oud zijn. Denk aan het overheidstoezicht in het personen- en familierecht (door onder meer de rechter en de Raad voor de Kinderbescherming) en het rechtspersonenrecht (door het OM en de rechter). Ook het faillissementsrecht is ten dele publiekrecht (overheidstoezicht door de rechter op de afwikkeling van faillissementen).

Het naast en door elkaar gelden van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regelingen op de functionele rechtsgebieden is niet verwonderlijk, want de wetgever voert nu eenmaal op die gebieden beleid, waarbij het hem natuurlijk in de eerste plaats om het resultaat gaat. Of anders en misschien beter gezegd: de maatschappij heeft behoefte aan bepaalde regelingen op deze gebieden, waarbij het om het resultaat gaat en niet om de aard van de regeling waarmee dat resultaat wordt bereikt. Waar dit resultaat het beste kan worden behaald door de inzet van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regelingen naast of door elkaar, is er geen reden om van een van beide soorten van regelingen af te zien.[13]

De Europese wetgever doet dit, zoals al vaak is gesignaleerd, nog in veel sterkere mate, bij de regulering van, kort gezegd, de interne markt. Voor die regulering zijn beide soorten van regelingen bruikbaar en in de Europese regelgeving worden beide soorten van regelingen dan ook door elkaar gebruikt, vaak zonder daarbij maar zelfs onderscheid te maken tussen beide. Dat gebeurt onder meer door het in het leven roepen van complexe stelsels van gedragsregels, op de naleving waarvan toezicht moet worden gehouden door een daartoe aangewezen orgaan. Dat toezicht is een publiekrechtelijke figuur die geldt voor wat zich in de eerste plaats aandient als een typische privaatrechtelijke verhouding, namelijk de verhouding tussen

12 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3, p. 1016-1017 (onder c).

13 Zie voor een mooie, vergaande doordenking van deze instrumentele benadering van het recht op een terrein dat primair als privaatrechtelijk wordt gezien (de markt), het hiervoor al genoemde werk van Van Boom, *Privaatrecht en Markt* (Den Haag, 2020), waarin, in overeenstemming met het hier opgemerkte, ook veel publiekrecht voorbijkomt.

marktpartijen onderling en met consumenten. Deze regulering wordt ook wel aangeduid als de europeanisering van het recht.[14]

Tot slot is er de praktijk, die zich eveneens vaak weinig aantrekt van het onderscheid publiek- en privaatrecht. Waar dat nuttig en mogelijk is, of als nuttig wordt gezien en mogelijk is, worden beide naast en door elkaar gebruikt. Dat geldt bijvoorbeeld bij overeenkomsten, al dan niet met de overheid en al dan niet op de functionele rechtsgebieden.

4.2 De 'gemengde rechtsleer' en andere karakteriseringen

In verband met het voorgaande wordt wel gesproken van de vervlechting van publiek- en privaatrecht of osmose tussen beide rechtsgebieden. Dat laatste is denk ik een achterhaalde aanduiding, want osmose veronderstelt het bestaan van een (halfdoorlaatbare) scheidingswand, die nu juist tussen beide rechtsgebieden lijkt te ontbreken. Juister lijkt me de opmerking dat publiek- en privaatrecht wel te onderscheiden zijn, maar vaak niet te scheiden. Er zijn terreinen waarop beide sterk door elkaar lopen, er zijn echter ook terreinen die geheel publiekrechtelijk of privaatrechtelijk zijn.

De met een en ander geschetste verhouding tussen publiek- en privaatrecht wordt wel aangeduid als de 'gemengde rechtsleer' (publiek- en privaatrecht komen gemengd voor). Deze leer ligt ten grondslag aan art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb en vindt in die bepalingen haar wettelijke grondslag.[15] Deze leer is niet bedoeld als ideologie of program, zoals zij soms wel lijkt te worden opgevat, maar enkel als een omschrijving of karakterisering van de feitelijk bestaande rechtstoestand.

Onderdeel van de gemengde rechtsleer is dat publiek- en privaatrecht ook sommige regels gemeenschappelijk hebben. Hiermee wordt dan bedoeld dat sommige regels uit het privaatrecht zich ook voor toepassing in het publiekrecht lenen, zoals die met betrekking tot onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, verbintenissen tot betaling van geldsom, verjaring, enz. Die regels zouden daarom niet alleen privaatrechtelijk zijn, maar ook publiekrechtelijk, en daarmee dus gemeenschappelijk zijn aan beide rechtsgebieden.[16] Door sommige auteurs wordt deze benadering verder uitge-

14 Zie voor een uitvoerige beschrijving van de invloed van het Unierecht op het nationale recht Van Gerven & Lierman, *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht, Algemeen deel, Veertig jaar later, Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en rechtstoepassing* (Mechelen, 2010), die onder meer erop wijzen dat deze mede omvat het in het nationale privaatrecht doordringen van Unierechtelijke beginselen en regels van publiekrechtelijke aard. Zie over dat laatste ook *Asser/Hartkamp 3-I* 2019 (directe en indirecte horizontale werking van het Unierecht).

15 Zie met name Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3, p. 1016-1017 en 1053-1055.

16 Zie aldus opnieuw Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3, p. 1016-1017 en 1053-1055, alsmede PG Awb III, p. 433, en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14-17 (vierde tranche Awb).

bouwd door niet meer te spreken van de gemengde rechtsleer, maar van de 'gemeenschappelijke rechtsleer', waarmee dus hetgeen geldt voor de onderlinge verhouding van publiek- en privaatrecht, wordt benoemd met hetgeen voor een deel daarvan geldt.[17]

Tegen deze aanduiding kan denk ik niet veel bezwaar bestaan. Het gaat hier denk ik om niet veel meer dan een etikettenkwestie. De aanduiding 'gemeenschappelijk recht' is op zichzelf verhelderend, want verklaart duidelijk waarom het betrokken privaatrecht in het publiekrecht van toepassing is: het betreft in wezen gemeenschappelijk recht. Voor wie wil benadrukken dat het privaatrecht niet zonder meer in het publiekrecht van toepassing is, heeft deze aanduiding iets aantrekkelijks.

Deze aanduiding is echter ook verhullend. Wat van oudsher tot het privaatrecht gerekend wordt, en ook gewoon privaatrecht is volgens de hiervoor gegeven omschrijving – die als gezegd mijns inziens goed aansluit bij de opvatting in wet en literatuur –, wordt voorzien van het etiket 'gemeenschappelijk recht', waarmee het dan mede deel uitmaakt van het publiekrecht. Voor het ordelijk kunnen aanduiden en begrijpen van het publiekrecht en privaatrecht als rechtsgebieden lijkt dat niet erg bevorderlijk. Er blijkt immers een stuk privaatrecht te bestaan dat tegelijk ook publiekrecht is.

Als overigens daadwerkelijk sprake zou zijn van 'gemeenschappelijk recht' zou het denk ik voor de hand liggen om te zorgen voor een rechtseenheidsvoorziening met betrekking tot dat recht. Dat is echter een consequentie die tot nu toe niet wordt getrokken. Zoals hiervoor in 3.4 al opgemerkt, pleegt de bestuursrechter namelijk bij de uitleg van het privaatrecht, ook waar het betreft de delen daarvan die zijn aan te merken als 'gemeenschappelijk recht', de rechtspraak van de burgerlijke rechter te volgen, evenals de burgerlijke rechter de bestuursrechter pleegt te volgen bij de uitleg van het bestuursrecht. Dit beleid berust als gezegd op de gedachte dat de burgerlijke rechter de gespecialiseerde rechter is met betrekking tot het privaatrecht, zoals de bestuursrechter dat is met betrekking tot het bestuursrecht, en dus moet zorgen voor rechtseenheid. Dat lijkt mij juist, zij het dat het natuurlijk erg nuttig zou zijn als er één hoogste rechter is die kan zorgdragen voor de afstemming van beide rechtsgebieden.

Overigens verdient nog opmerking dat over de verhouding tussen publiek- en privaatrecht vooral wordt geschreven in samenhang met het recht dat geldt voor de overheid. Zoals hiervoor bleek, betreft dat echter slechts een deel van die verhouding. Publiekrecht geldt soms ook in de onderlinge verhouding tussen burgers en dat betreft geen onbelangrijke categorie van dat recht.

17 Zie met name M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht (HSB)* 2013.

5 Afstemming publiek- en privaatrecht

5.1 Te volgen methode

Na deze beschouwingen over de aard van en de verschillen en verhouding tussen het publiek- en privaatrecht keer ik terug naar het eigenlijke onderwerp van dit preadvies, de gelede normstelling. Zoals hiervoor opgemerkt, gaat het daarbij in wezen om de afstemming van regels, die in dit preadvies dus in principe is beperkt tot de afstemming van regels van publiek- en privaatrecht. Die afstemming is, voor zover deze niet in de wet heeft plaatsgevonden – wat nog wel eens het geval is –, een kwestie van rechtsvinding, die is overgelaten aan de rechtspraak. Hoe dient bij die rechtsvinding te werk te worden gegaan, met andere woorden: hoe dient die afstemming plaats te vinden?

Het antwoord op deze vraag is misschien teleurstellend. Dat luidt namelijk: dat ligt eraan. De gemengde rechtsleer brengt mee dat in beginsel van geval tot geval dient te worden bezien in hoeverre de voor toepassing in aanmerking komende beginselen en regels van publiekrecht dienen te worden toegepast of dienen te prevaleren en in hoeverre dat geldt voor de voor toepassing in aanmerking komende beginselen en regels van privaatrecht, en/of moet worden uitgegaan van een mengvorm van beide soorten beginselen en regels.

De beoordeling hiervan dient allereerst plaats te vinden door middel van vaststelling en uitleg van de betrokken beginselen en regels: wat is daarvan de inhoud, betekenis en strekking? De bedoeling van de wetgever kan hierbij natuurlijk een belangrijke rol spelen.

De vraag is vervolgens wat een en ander meebrengt in de gegeven context. Het inventariseren van de antwoorden op deze vragen geeft vaak ook al het antwoord op de vraag wat op het betrokken punt dient te gelden: welke regel komt, gelet op de aard, inhoud of strekking daarvan, in de gegeven context exclusiviteit of het meeste gewicht toe, wat is het precieze toepassingsbereik daarvan, welke regel dient in de gegeven context op welk punt te prevaleren of hoe dient de afstemming gelet op een en ander plaats te vinden? Hierbij kan ook een rol spelen hoe de wetgever elders de afstemming van publiek- en privaatrecht heeft geregeld, omdat de daarbij gemaakte afwegingen en gehanteerde gezichtspunten ook relevant kunnen zijn voor andere gevallen. Ook dit is dus een aandachtspunt.

Verder spelen natuurlijk diverse meer algemene gezichtspunten een rol, zoals dat de publiekrechtelijke regels niet voor niets gelden voor de overheid en dat de overheid dus niet zomaar de daartoe aangewezen publiekrechtelijke weg kan ontgaan of publiekrechtelijke beperkingen kan ontlopen door gebruik te maken van het privaatrecht (de uitkomst van het rechtsvindingsproces is soms dan ook dat de privaatrechtelijke weg is afgesloten, en veelal dat daarvoor dezelfde

beperkingen gelden), en dat in een rechtsstaat een behoorlijke rechtsbescherming dient te bestaan voor de burger, zowel qua rechtsgang als qua rechten.

Uiteraard dient ook rekening te worden gehouden met de hiervoor genoemde aard, inhoud en verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en de (achter)gronden daarvan, als onderdeel van hetgeen in de gegeven context aan de orde kan zijn. Voorts zijn er de eisen van de praktijk. Wat is in dat verband (maatschappelijk) wenselijk of nuttig?

Voor een deel betreft een en ander dezelfde regels als die gelden voor samenloop. Dat is niet verrassend, nu het hier voor een deel in wezen over samenloop gaat en dezelfde vragen van rechtsvinding spelen.[18]

Het is denk ik niet goed mogelijk om meer nadere of concrete regels en gezichtspunten te noemen. Het hangt steeds af van de context en de daarin aan de orde zijnde regels, beginselen en gezichtspunten wat te gelden heeft of – meer discursief gezegd – wat de door de rechtstoepasser te maken keuze is. Dat geldt natuurlijk wel vaker, of wellicht steeds, bij vragen van rechtsvinding. Bij rechtsvinding kan de publiekrechtelijke of privaatrechtelijke achtergrond van regels en beginselen uiteraard steeds mede een rol spelen.

5.2 Enige algemene bijzonderheden

Als belangrijk 'wettelijk vertrekpunt' bij deze rechtsvinding kan echter wel worden genoemd dat de regels van het publiekrecht zijn geschreven voor publiekrechtelijke verhoudingen en de regels van het privaatrecht zijn geschreven voor privaatrechtelijke verhoudingen; de wetgever heeft met die regels achtereenvolgens die verhoudingen willen regelen. De vraag is dus steeds of de betrokken regels zich lenen voor 'overeenkomstige toepassing' buiten de verhoudingen waarvoor ze zijn geschreven, zoals de diverse schakelbepalingen in het BW en die van art. 3:1 lid 2 Awb het omschrijven. Onder meer de aard van de handeling of de rechtsbetrekking kan zich daartegen verzetten, zoals die schakelbepalingen bepalen. Intussen bevat zowel de Awb als het BW met die schakelbepalingen in wezen een opdracht om steeds na te gaan of deze overeenkomstige toepassing op haar plaats is. De bepalingen bevatten dus ook een expliciete opdracht tot rechtsvinding.

Hier komt nog bij dat bij de totstandkoming van de vierde tranche Awb, die de regeling van de bestuursrechtelijke geldschulden bevat (titel 4.4 Awb), uitdrukkelijk is uitgesproken dat geen onnodige verschillen dienen te bestaan tussen publiekrecht en privaatrecht.[19] Analoge toepassing ligt dus voor de hand waar deze die verschillen vermijdt of verkleint en daartegen geen overwegende bezwaren bestaan.

---

18 Zie uitvoerig over samenloop in het privaatrecht Castermans & Krans, *Samenloop (Mon. BW nr. A21)* 2019.

19 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 14-17.

Voor grond- en mensenrechten, die als gezegd als zodanig publiekrecht zijn, en het Unierecht geldt intussen weer wat anders. Grond- en mensenrechten en het Unierecht gelden uit eigen hoofde in onze hele rechtsorde, dus ook in het privaatrecht voor zover zij daarin werking beogen te hebben. De internationaal geregelde grond- en mensenrechten en het Unierecht zijn recht van hogere orde. Bij de toepassing daarvan gaat het dus vooral om inpassing in het andere recht op een manier die recht doet aan de betekenis en het gewicht van die rechten, achtereenvolgens dat recht, in het gegeven geval. Ook op deze wijze werkt het publiekrecht dus in het privaatrecht.

De ervaring leert dat het bij rechtsvinding en de toepassing van regels verschil kan maken door welke rechter deze plaatsvindt. Dat is logisch. Iedere rechter streeft behoorlijk recht en een behoorlijke rechtsbescherming na. De context waarin hij moet werken, is daarbij mede van belang. Die bepaalt immers mede wat behoorlijk recht en een behoorlijke rechtsbescherming zijn. De blik van de rechter wordt bij een en ander dus mede gestuurd door het rechtsgebied waarop en waarin hij bevoegd en gespecialiseerd is. Bij de bestuursrechter zal dus, kort gezegd, de bestuursrechtelijke kijk vaak de overhand hebben, bij de burgerlijke rechter de privaatrechtelijke kijk. Het is duidelijk dat dit ook tot verschillen in oordeel en derhalve ook in (rechts)ontwikkelingen kan leiden tussen bestuursrecht en privaatrecht.

Het is natuurlijk niet de bedoeling dat deze verschillen zich daadwerkelijk voordoen, maar het is de vraag of die verschillen zich in de praktijk geheel laten vermijden. De rechtspraak doet zijn best om ervoor te zorgen dat deze verschillen niet optreden, maar deze intentie en de bestaande overleg- en samenwerkingsmogelijkheden tussen de verschillende rechters kunnen denk ik niet alle verschillen voorkomen.

Ook dit kan gevolgen hebben voor de verschillen die bestaan tussen publiek- en privaatrecht, en voor de afstemming tussen beide soorten recht.

Veel verder dan deze nogal abstracte algemeenheden kom ik vrees ik niet. Daarom geef ik hierna een reeks van voorbeelden van tot welke concrete resultaten afstemming van publiek- en privaatrecht en rechtsvinding op dat vlak overeenkomstig het voorgaande kan leiden. Dat kan een en ander hopelijk enigszins illustreren en verduidelijken.

6 Voorbeelden

De voorbeelden die hierna volgen, betreffen soms een uitspraak, soms een samenhangende reeks van uitspraken en soms een wettelijke regeling. Die laatste voorbeelden heb ik opgenomen om te laten zien hoe de wetgever met het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht kan omgaan. De voorbeelden heb ik zoveel mogelijk beperkt tot wat nog tot het terrein van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan worden gerekend – het aandachts-

gebied van de VASR –, maar ik moet eerlijk bekennen dat ik dat terrein nogal ruim heb genomen.

Hierna geef ik telkens eerst de inhoud weer van de uitspraken dan wel de regeling. Daarna geef ik commentaar. Bij de voorbeelden gaat het mij uiteraard niet om de merites van de uitspraken of regelgeving, maar uitsluitend om de wijze waarop het daarin aan de orde zijnde publiek- en privaatrecht op elkaar zijn of worden afgestemd in de hiervoor besproken zin, oftewel om de daarin aan de orde zijnde keuzes en afwegingen, dat alles in het kader van de gelede normstelling.

6.1 Beveiligde woning Hirsi Ali

Een uitspraak waarin publiek- en privaatrecht wat mij betreft nogal spectaculair door elkaar heen lopen, is HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7463, NJ 2007/3, met betrekking tot de beveiligde woning van het toenmalige kamerlid Hirsi Ali. Dat kamerlid werd ernstig bedreigd en moest daarom beveiligd worden. De Staat had daartoe een appartement verworven om als beveiligde woning voor haar te dienen, waarbij de gedachte was dat het kamerlid, ondanks het veiligheidsrisico, op zo normaal mogelijke wijze gehuisvest moest worden. De Staat had na de verwerving contact opgenomen met de vereniging van eigenaren van het appartementengebouw voor overleg over de beveiliging van het appartement en het appartementengebouw. Veel eigenaren waren echter, begrijpelijk, helemaal niet blij met de nieuwe bewoner, want zij vreesden zelf gevaar te lopen bij mogelijke aanslagen, daargelaten nog de overlast door de beveiliging. Dat leidde tot een kort geding tegen de Staat met als inzet om de woning niet aan het kamerlid in gebruik te geven.

Het hof wees deze vordering in hoger beroep toe op grond van art. 8 EVRM, omdat het risico van een aanslag leidde tot gevoelens van onveiligheid bij de bewoners en deze zich in verband daarmee gedwongen zouden zien om hun appartement te verlaten. Volgens het hof leverden die gevoelens een schending van art. 8 EVRM op, waarvoor geen afdoende wettelijke basis bestond.

De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof en overwoog onder meer:

> '3.6 Het gaat in dit geding erom of de Staat jegens de bewoners van het appartementencomplex onrechtmatig heeft gehandeld door daarin een, door de Staat daartoe ter uitvoering van zijn beleid tot bewaking en beveiliging van bepaalde bedreigde personen aangekocht, appartement in te richten als extra beveiligde woning en deze in gebruik te geven aan Hirsi Ali.
>
> 3.7.1 Bij de beantwoording van deze vraag moet het volgende worden vooropgesteld.
>
> 3.7.2 De aankoop van een extra beveiligde woning is niet reeds onrechtmatig doordat een specifieke publiekrechtelijke wettelijke voorziening daartoe ontbreekt. In beginsel verzet geen rechtsregel zich ertegen dat de Staat een appartement als het onderhavige koopt met de bedoeling dit als extra beveiligde woning in gebruik te geven.

3.7.3 Naar tussen partijen niet in discussie is, heeft de Staat (…) als een algemeen belang aan zich getrokken de bescherming van het leven en de veiligheid van bedreigde publieke personen als Hirsi Ali en het waarborgen dat deze personen (…) een zo ongestoord mogelijk privé- en gezinsleven kunnen genieten en hun werkzaamheden (…) zo normaal mogelijk kunnen uitoefenen. (…) Met de inrichting en ingebruikgeving van een extra beveiligde woning zijn derhalve zwaarwegende belangen, ook van maatschappelijke aard, gemoeid.

3.7.4 Het gebruik van een extra beveiligde woning in een appartementencomplex als het onderhavige raakt onmiskenbaar de, mede door art. 8 EVRM beschermde, rechten en belangen van derden (…). Zij hebben dus een zwaarwegend belang zo veel mogelijk gevrijwaard te blijven van de nadelige gevolgen van dit gebruik.

3.7.5 Bij de afweging van de hiervoor in 3.7.3 en 3.7.4 bedoelde belangen mag - ook bij het ontbreken van een wettelijk voorschrift dienaangaande - van omwonenden van een extra beveiligde woning worden gevergd dat zij aanvaarden dat zij van het gebruik enige hinder en overlast ondervinden en dat zij tot op zekere hoogte leven met door dit gebruik opgeroepen gevoelens van angst zelf het slachtoffer te worden van een aanslag op de te beveiligen persoon. Het gewraakte handelen van de Staat raakt immers het functioneren van de samenleving als geheel, waarvan ook de omwonenden deel uitmaken.

3.7.6 Tot de bij die afweging in aanmerking te nemen factoren behoren, naast de aard, de ernst en de duur van de door het gebruik van de extra beveiligde woning veroorzaakte hinder, de aard en ernst van de veiligheidsrisico's waaraan de bewoners zijn blootgesteld door het gebruik van de extra beveiligde woning en de mate van waarschijnlijkheid van de verwezenlijking van deze risico's. (…)

3.7.7 De verantwoordelijkheid van de Staat ten aanzien van de bestrijding van dit gevaar van een aanslag kan niet zo ver gaan dat de veiligheid van personen en zaken in de nabijheid van de bedreigde persoon wordt gegarandeerd, omdat dit in strijd is met het hiervoor in 3.7.5 geformuleerde uitgangspunt. Maar de Staat kan wel verantwoordelijk gehouden worden voor de door hem te treffen of getroffen maatregelen (…). Bij de beoordeling van die maatregelen zal onder meer rekening moeten worden gehouden met de noodzaak van het gebruik van juist de in het geding zijnde woning als extra beveiligde woning, de mogelijkheid, noodzakelijkheid en redelijkerwijs te verwachten effectiviteit van de veiligheidsmaatregelen die zijn getroffen om de risico's af te wenden en de bereidheid en mogelijkheid maatregelen te nemen om (materiële en immateriële) schade te voorkomen, dan wel te vergoeden.

3.7.8 Aan de bij omwonenden van een extra beveiligde woning levende gevoelens van onveiligheid en van vrees slachtoffer te worden van een aanslag op de daarin ondergebrachte persoon komt bij de afweging van de betrokken belangen (…) een aanzienlijk gewicht toe. (…)

De mate waarin aan deze gevoelens (…) betekenis toekomt, hangt niet alleen ervan af of en in hoeverre deze vrees objectief zijn grond vindt in een reële dreiging tegen de in de extra beveiligde woning ondergebrachte persoon – welke dreiging veelal met het feit van het gebruik van die woning zal zijn gegeven – maar in het bijzonder van het antwoord op de vraag of de risico's van deze dreiging met de inrichting van de extra beveiligde woning en de (overige) getroffen veiligheidsmaatregelen, objectief gezien, redelijkerwijze blijven binnen maatschappelijk aanvaardbare proporties. Dat laatste vergt niet dat elk risico van een aanslag op de te beveiligen persoon is uitgesloten of dit risico verwaarloosbaar klein is (…) maar wel dat het gevaar van een aanslag op de extra beveiligde woning door de zorgvuldigheid waarmee adequate veiligheidsmaatregelen zijn getroffen zo beperkt is dat, mede gelet op de zwaarwegende maatschappelijke belangen die met de beveiliging zijn gediend, van de omwonenden kan worden gevergd daarmee te leven. Indien dit het geval is, vormt de vrees van de omwonenden dat een aanslag op de bedreigde persoon ook hen zal treffen, niet een maatschappelijk onaanvaardbare last die omwonenden van de extra beveiligde woning in vergelijking met andere burgers die met de beveiligde persoon in contact komen onevenredig treft.

Zou in dit ernstige dilemma een andere keuze worden gemaakt, dan zou dit in zijn uiterste consequentie betekenen dat voor de bedreigde persoon in het gewone maatschappelijk leven geen plaats meer is. Die consequentie behoort in een democratische samenleving niet te worden aanvaard.

3.7.9 Aan de Staat komt met betrekking tot de ernst van de dreiging en het gebruik van de extra beveiligde woning beleids- en beoordelingsruimte toe. Bij de beoordeling door de rechter van de ernst van de dreigingsrisico's en in verband daarmee van de noodzaak van het gebruik van de extra beveiligde woning op de gekozen locatie, alsmede van de mogelijkheid, noodzakelijkheid en effectiviteit van de getroffen veiligheidsmaatregelen zal moeten worden onderzocht of de Staat in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de dreiging aan de ene kant en de getroffen maatregelen aan de andere kant van dien aard zijn, dat het gebruik van de extra beveiligde woning met het oog op de risico's voor de omwonenden verantwoord is.

In dat verband zal de Staat feiten en omstandigheden dienen te stellen (…) waaruit kan volgen dat hij in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat het gebruik van juist deze woning als extra beveiligde woning noodzakelijk en verantwoord is.

Om voor de hand liggende redenen van veiligheid en bescherming van bronnen kan niet van de Staat worden gevergd dat hij nauwkeurig inzicht geeft in de gegevens waarop hij enerzijds heeft gebaseerd dat van een zodanige reële dreiging tegen de betrokkene sprake is, dat dit het gebruik van een extra beveiligde woning vereist, doch anderzijds heeft gegrond dat deze van dien aard zijn dat met de inrichting en bewoning van de extra beveiligde woning en de daarbij getroffen (overige) veiligheidsmaatregelen aan de risico's van die dreiging adequaat het hoofd is geboden. Niettemin zal van de Staat mogen worden verlangd dat hij zo veel als mogelijk, onder waarborging van vertrouwelijkheid en zonodig in geschoonde vorm of met behulp van andere adequate voorzieningen, duidelijk maakt dat en waarom de getroffen veiligheidsmaatregelen, op de gekozen locatie en in de gekozen vorm, in redelijkheid afdoende tegemoetkomen aan (al) de (mogelijke) verschijningsvormen waarin het gevaar zich naar zijn oordeel reëel kan manifesteren. (…)

3.8 (…) Het hof heeft (…) voor zijn oordeel dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld doorslaggevend geacht de door de bewoning door Hirsi Ali van de extra beveiligde woning gewekte vrees van de bewoners voor enig, niet geheel afwezig of verwaarloosbaar klein, risico van een aanslag op Hirsi Ali. Het heeft evenwel niet, gelijk het had moeten doen, onderzocht of, kort gezegd, het door de Staat verschafte gebruik van de extra beveiligde woning, alle belangen in aanmerking genomen, in de omstandigheden van het geval met het oog op de risico's voor de bewoners in redelijkheid verantwoord is te achten. Uit hetgeen hiervoor in 3.7.6-3.7.9 is overwogen volgt dat het hof daarbij rekening diende te houden met de aard en ernst van het gevaar van een aanslag op Hirsi Ali waaraan de bewoners door dit gebruik zijn blootgesteld en de mate van waarschijnlijkheid van de verwezenlijking van dat gevaar, met de noodzaak van het gebruik van juist het onderhavige appartement als extra beveiligde woning, met de mogelijkheid, noodzakelijkheid en redelijkerwijs te verwachten effectiviteit van de veiligheidsmaatregelen die zijn getroffen om het gevaar af te wenden en, mede in verband met de doeltreffendheid van die maatregelen, met de mate van gerechtvaardigdheid van de door dit gebruik gewekte angstgevoelens.'

Commentaar

Publiekrechtelijke regels en privaatrechtelijke regels buitelen in deze overwegingen over elkaar. Er vallen verschillende redeneerlijnen in het arrest te ontwaren. Een in beginsel zuiver privaatrechtelijke lijn in het arrest is dat een

appartementseigenaar (in dit geval de Staat) gerechtigd is om naar eigen goeddunken gebruik te maken van zijn appartement, zolang hij de andere bewoners geen onrechtmatige hinder bezorgt (zie voor eigendom art. 5:37 lid 1 BW). Als die hinder binnen aanvaardbare proporties blijft – wat in dit geval mede wil zeggen: het veiligheidsrisico verantwoord is –, moet deze door andere bewoners worden geduld en is deze niet onrechtmatig.

Eveneens in beginsel zuiver privaatrechtelijk is de lijn die sterk aan de Kelderluik-criteria doet denken, te weten het gewicht dat volgens de Hoge Raad in dit verband toekomt aan de aard, ernst en mate van waarschijnlijkheid van de verwezenlijking van het gevaar van een aanslag, de noodzaak van het gebruik van het onderhavige appartement als extra beveiligde woning, en de effectiviteit van de getroffen veiligheidsmaatregelen. Is het gevaar tot aanvaardbare proporties teruggebracht?

Publiekrechtelijk is de redenering waar de Hoge Raad de inzet door de Staat van het appartement als beveiligde woning toetst. Hij stelt vast dat de Staat daarmee een gerechtvaardigd en zwaarwegend publiek belang behartigt en gaat na of dat belang voldoende zwaar weegt ten opzichte van het daardoor geschade belang van de bewoners. Zijn oordeel komt erop neer dat dit zo is als het risico verantwoord is. Dit lijkt mij een impliciete toepassing van art. 3:4 Awb, dat het evenredigheidsbeginsel bevat, waarin de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit liggen besloten. Daarna oordeelt de Hoge Raad dat de Staat met betrekking tot de ernst van de dreiging, het gebruik van de extra beveiligde woning en de te nemen veiligheidsmaatregelen beleids- en beoordelingsruimte toekomt als betrof het een publiekrechtelijke bevoegdheid. De vraag is volgens de Hoge Raad of de Staat in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de dreiging aan de ene kant en de getroffen maatregelen aan de andere kant van dien aard zijn dat het gebruik van de onderhavige extra beveiligde woning met het oog op de risico's voor de omwonenden verantwoord is. Teneinde de onderhavige publieke taak naar behoren te kunnen uitoefenen, behoeft de Staat geen volledige opening van zaken te geven met betrekking tot dit oordeel. Het in beginsel privaatrechtelijke recht om gebruik te maken van het eigen appartement wordt dus uiteindelijk behandeld, en dus getoetst, als een publiekrechtelijk bevoegdheid.

De privaatrechtelijke en publiekrechtelijke lijnen lopen dus sterk door elkaar heen: de vraag of de hinder en het gevaar binnen aanvaardbare proporties blijven en of het gebruik van het appartement als beveiligde woning de belangen van de andere bewoners niet onevenredig schaadt, vallen vrijwel geheel samen in het arrest. Alleen in rov. 3.7.9 krijgt het publiekrecht echt de overhand, waar wordt overwogen dat het handelen van de Staat ten dele slechts marginaal behoeft te worden getoetst en de Staat geen volledige opening van zaken behoeft te geven. Dat gebeurt nota bene dus bij de uitoefening van een zuiver privaatrechtelijk recht, namelijk het gebruik van een appartementsrecht.

Opvallend is verder nog het volgende. De Hoge Raad overweegt uitdrukkelijk dat het gebruik als beveiligde woning geen specifieke publiekrechtelijke wettelijke voorziening behoeft, dus dat het legaliteitsbeginsel dat niet meebrengt (rov. 3.7.2). Voorts overweegt hij dat als het veiligheidsrisico aanvaardbaar is de vrees van de omwonenden voor een aanslag niet een maatschappelijk onaanvaardbare last vormt die hen in vergelijking met andere burgers onevenredig treft. Kortom: in dat geval bestaat geen recht op schadevergoeding op grond van het égalité-beginsel voor het gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid (rov. 3.7.8, slot tweede alinea). Tot slot is opmerkelijk dat art. 8 EVRM, waarop het hof zijn oordeel had gebaseerd, geheel buiten beeld valt in de overwegingen van het arrest. Alleen in rov. 3.7.4 wordt even aangestipt dat de belangen van de omwonenden mede worden beschermd door art. 8 EVRM, maar in het vervolg van het arrest gebeurt daarmee niets meer. Kennelijk is de gedachte dat als er geen sprake is van onrechtmatige hinder en gevaar, er ook geen sprake is van een ongerechtvaardigde inbreuk op het recht van art. 8 EVRM – wat mij plausibel lijkt –, maar dat wordt niet uitgesproken, hoewel schending van art. 8 EVRM nu juist de grondslag vormde van de beslissing van het hof.

Wat gebeurt hier nu qua afstemming van publiek- en privaatrecht? Ik zou menen, ook al zegt het arrest daarover niets, dat via de open maatstaven voor onrechtmatige hinder van art. 5:37 lid 1 BW, welke bepaling mijns inziens analoog voor de appartementseigenaar geldt, en voor onrechtmatigheid van art. 6:162 lid 2 BW, welke bepalingen beide mede naar het publiekrecht verwijzen,[20] én via art. 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Awb het publiekrecht wordt 'geïmporteerd' in het privaatrecht. Toetsing van de uitoefening van een privaatrechtelijk recht door de overheid vindt daardoor plaats aan de hand van het privaatrecht en publiekrecht tegelijk, waarbij de privaatrechtelijke normen uiteindelijk dus geheel of ten dele publiekrechtelijk worden ingevuld en de toetsing van het onderhavige privaatrechtelijke recht uiteindelijk dus vrijwel geheel op publiekrechtelijke gronden plaatsvindt. Gelet op zowel het doel waarvoor het appartementsrecht wordt gebruikt, als de ingrijpende gevolgen die dat gebruik voor de omwonenden kan hebben, ligt de invulling die aan de privaatrechtelijke normen gegeven wordt, tamelijk voor de hand, denk ik. Dat bijzondere gebruik is immers, gelet op dat doel en die betekenis, in hoge mate gelijk te stellen aan de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid en dus dienovereenkomstig te toetsen. Wat hier in feite denk ik gebeurt, is dat recht wordt gedaan aan het aan de orde zijnde bijzondere overheidsoptreden.

Begrijpelijk is mijns inziens ook wel dat het gebruik als beveiligde woning niet al stukloopt op het legaliteitsbeginsel. Het privaatrecht geeft immers in beginsel recht op gebruik van het appartement naar eigen goeddunken, terwijl de omwonenden geen bijzondere verplichting wordt opgelegd en zij evenmin in hun rechten worden beperkt. De vraag is slechts of het gebruik als beveiligde

20 Zie uitdrukkelijk Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 615 met betrekking tot art. 6:162 BW, waarnaar in art. 5:37 BW wordt verwezen.

woning binnen de in dit geval te stellen rechtmatigheidsgrenzen valt, die dus geheel of goeddeels publiekrechtelijk zijn te bepalen.

6.2 Onmenselijke behandeling gedetineerde

HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0351, NJ 2005/196 (Staat/L), betreft een geval waarin, bij schending van een mensenrecht, het privaatrecht door dwingende publiekrechtelijke regels blijkt te kunnen breken. L was onherroepelijk veroordeeld tot een lange gevangenisstraf. In verband met zijn grote (vlucht)gevaarlijkheid was L in een Extra Beveiligde Inrichting geplaatst, onder strenge detentieomstandigheden en werd hij minstens wekelijks aan een onderzoek aan kleding en lichaam onderworpen, wat een zeer zwaar regime oplevert en een vernederende vorm van onderzoek betreft. Klachten bij de nationale rechter hielpen niet, omdat deze het toegepaste regime gelet op het gevaar gerechtvaardigd achtte, maar de gang naar het EHRM had wel succes. Het EHRM vond dat de noodzaak voor het regime onvoldoende bleek, en oordeelde dat sprake was van een onmenselijke behandeling en dus een schending van art. 3 EVRM. Hierop verlangde L vrijlating van de Staat. De Staat meende dat vrijlating niet mogelijk was, gelet op het onherroepelijke karakter van de veroordeling en de wettelijke plicht van de Staat om veroordelingen ten uitvoer te leggen. De veroordeling door het EHRM tastte de juistheid van de veroordeling niet aan en dus bestond er volgens de Staat geen grond om een uitzondering op deze plicht te maken.

De Hoge Raad oordeelde hierover anders. De schending van art. 3 EVRM geeft aanspraak op rechtsherstel (art. 13 EVRM). Het EVRM laat de regeling van het rechtsherstel in beginsel over aan het nationale recht, maar het herstel moet passend zijn. Gelet op de plaatsgevonden hebbende schending van art. 3 EVRM had de voorzieningenrechter volgens de Hoge Raad vervroegde vrijlating een passende vorm van schadevergoeding kunnen oordelen en daarmee was ook plaats voor een uitzondering op de executieplicht van de Staat.

Commentaar
Naar mijn mening berust deze uitspraak in feite op een toepassing van art. 6:103 BW, dat de mogelijkheid geeft van schadevergoeding in natura. Zoals de Hoge Raad zelf in het arrest overweegt, laat het EVRM immers volgens de rechtspraak van het EHRM de regeling van het rechtsherstel over aan het nationale recht: daarbinnen moet worden gezocht naar een vorm van passend of adequaat herstel. Het EVRM kan op dat punt dus niet de grondslag vormen voor de beslissing van de Hoge Raad. Art. 6:103 BW kan dat wel zijn, in combinatie met onrechtmatige daad.

Deze uitspraak is dan opvallend omdat een privaatrechtelijke schadevergoedingsregel blijkt te kunnen inbreken op een dwingend publiekrechtelijk stelsel – onherroepelijke strafrechtelijke veroordelingen moeten ten uitvoer worden gelegd door het OM (de Staat) –, waaraan de meeste mensen bovendien een groot gewicht zullen toekennen. De verklaring kan naar mijn mening slechts

worden gevonden in de ernst van de aan de orde zijnde rechtsschending: een zeer langdurige onmenselijke behandeling in de zin van art. 3 EVRM waarover bij de nationale rechter herhaalde malen tevergeefs was geklaagd.

6.3 Handelen met of zonder vergunning

In de rechtspraak van de Hoge Raad is een gedetailleerd stelsel ontstaan over, zeer kort gezegd, de recht- en onrechtmatigheid jegens derden van handelen met of zonder vergunning, waarbij de bevoegdheidsverdeling ten opzichte van het bestuur en de bestuursrechter mede een rol speelt. Dit stelsel ligt, om zo te zeggen, op het snijvlak van publiek- en privaatrecht.

De belangrijkste uitspraken van bedoelde rechtspraak zijn HR 10 maart 1972, NJ 1972/278 (Lekkerkerker/Vermeulen), HR 27 september 1982, NJ 1983/278 (Zegwaard/Konijnenburg), HR 18 december 1992, NJ 1994/139 (Kuunders), HR 17 januari 1997, NJ 1998/656 (Miljoenen zijn tegen/Covra) en HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, NJ 2006/418 (Ludlage/Van Paradijs). Het daarin neergelegde stelsel kan kort en schematisch als volgt worden weergegeven.

(i) Handelen zonder de vereiste vergunning is jegens derden onrechtmatig als het vergunningvereiste strekt tot bescherming van het belang van die derden. Als bijvoorbeeld het vergunningvereiste strekt tot bescherming van de leef- of woonomgeving en de derden de buren of omwonenden zijn, is (al snel) aan deze eis voldaan.[21]

(ii) De derde die wil opkomen tegen het handelen zonder vergunning, is niet gehouden zich terzake tot het bestuur en eventueel tot de bestuursrechter te wenden voor handhaving van het vergunningvereiste. Hij kan rechtstreeks tegen de overtreder zelf ageren bij de burgerlijke rechter.

(iii) Het oordeel of een vergunning terecht is verleend, en dus in zoverre – gelet op, kort gezegd, de regel genoemd achter (i) – rechtmatig wordt gehandeld, is echter, indien tegen de vergunningverlening voor de derde beroep openstaat bij de bestuursrechter – wat vrijwel altijd het geval is –, uitsluitend aan de bestuursrechter. De derde zal dus bij de bestuursrechter tegen de vergunningverlening moeten opkomen – anders heeft de vergunning formele rechtskracht jegens hem, waarmee de rechtmatigheid ervan jegens hem vaststaat – en, als de bestuursrechter eenmaal een oordeel heeft gegeven over de vergunningverlening, is dat oordeel dus bindend voor de burgerlijke rechter. Eventueel zal de burgerlijke rechter dus ook de beslissing van de bestuursrechter moeten afwachten of hebben te beslissen op basis van een prognose daarvan.[22]

---

21 Een uitzondering geldt als vaststaat dat aan de voorwaarden voor de verlening van de vergunning wordt voldaan: dan is het handelen zonder vergunning niet onrechtmatig. Zie HR 19 juni 1987, NJ 1988/91, HR 3 november 2000, NJ 2001/108, rov. 3.5.1, en HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5099, NJ 2011/392, rov. 3.4.

22 Vgl. voor laatstgenoemd punt onder meer HR 21 april 1995, NJ 1995/437, HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1582, NJ 2007/218 en HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5099, NJ 2011/392.

(iv) Het bezit van de vereiste, rechtmatig verleende vergunning vrijwaart evenwel niet zonder meer tegen een vordering op een privaatrechtelijke grond die niet het handelen zonder de desbetreffende vergunning betreft. Als aan de bestaansvoorwaarden van die grond is voldaan, staat het bezit van de vergunning niet aan toewijzing van de vordering in de weg. De destijds bestaande Hinderwetvergunning stond bijvoorbeeld niet in de weg aan een vordering van derden wegens onrechtmatige hinder. Desalniettemin kunnen de bij de vergunningverlening geldende regels en gemaakte afwegingen wel van belang zijn bij de vraag of onrechtmatig is gehandeld.

(v) Het achter (iv) vermelde is anders als het bestuursorgaan bij de verlening van de vergunning alle bij het desbetreffende handelen betrokken belangen dient af te wegen en met het vergunningsvereiste is beoogd om voor alle betrokkenen een uitputtende regeling te geven van die afweging en van het al dan niet kunnen plaatsvinden van het betrokken handelen. In dat geval impliceert het bezit van de vereiste en rechtmatig verleende vergunning wel dat het betrokken handelen rechtmatig is. Een voorbeeld hiervan was aan de orde in het genoemde arrest Miljoenen zijn tegen/ Covra met een vergunning op grond van de Kernenergiewet.

(vi) Vorenstaande regels gelden ook voor collectiefbelangacties op grond van art. 3:305a BW, waarbij belangen van derden overeenkomstig die bepaling worden gebundeld.

Commentaar
Dit stelsel laat zien hoe publiekrechtelijke normen in de verhouding tussen burgers onderling, in een amalgaam met privaatrecht, een belangrijke rol kunnen spelen, maar niet altijd beslissend zijn. De hierboven genoemde regel (i) vloeit voort uit de al genoemde verwijzing in art. 6:162 BW naar het publiekrecht. Juist bij publiekrechtelijke normen kan makkelijk de vraag rijzen of ze strekken tot bescherming van degene die er in het kader van een vordering uit onrechtmatige daad een beroep op doet en dus is voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW. Dat moet per norm worden nagegaan, aan de hand van het doel en de strekking daarvan. Vaak zijn publiekrechtelijke voorschriften mede gegeven in het belang van derden. In dat geval kunnen deze al snel een beroep doen op overtreding daarvan.

Ook regel (ii) wordt verklaard door art. 6:162 BW. Omdat die bepaling de derde, indien is voldaan aan het relativiteitsvereiste, een eigen vordering geeft bij overtreding van de publiekrechtelijke norm, is hij niet gehouden zich voor handhaving tot het bestuur en de bestuursrechter te wenden. Een op het burgerlijk recht gegronde vordering mag hij steeds bij de burgerlijke rechter instellen (art. 112 Grondwet). Hier komt bovendien nog bij dat het bestuur van handhaving kan afzien in verband met andere belangen dan die van de derde en degene die zonder vergunning handelt, en de gang naar het bestuur en de bestuursrechter dus niet zonder meer tot het in de onderlinge verhouding van de derde en degene die zonder vergunning handelt, op zijn plaats zijnde resultaat leidt, met andere woorden niet zonder meer een behoorlijke rechtsbescherming voor de derde oplevert.

Het oordeel echter over de vraag of de vergunning moet worden verleend, is in het wettelijke stelsel aan het bestuur en eventueel aan de bestuursrechter. Op dit punt wordt de rechtsverhouding tussen burgers onderling dus bepaald door het bestuursbesluit en het oordeel daarover van de bestuursrechter. De derde die het met de vergunningverlening niet eens is, zal daartegen dus moeten opkomen bij die rechter, wat leidt tot een driepartijengeding met bestuursorgaan, belanghebbende en derde-belanghebbende als partijen. Hier prevaleert dus de wettelijke bevoegdheidsverdeling, die zoals al opgemerkt ook een wettelijke taakverdeling is. Dat is waarop regel (iii) berust.

Publiekrechtelijke normen beogen in de regel niet om de verhouding tussen burgers onderling uitputtend te regelen. Daarvoor dient immers het privaatrecht. Het bezit van een vergunning vrijwaart dan ook in de regel niet tegen civielrechtelijke vorderingen op andere gronden dan het enkele ontbreken van een vergunning. Dat is natuurlijk anders in het bijzondere geval dat de publiekrechtelijke regeling wél beoogt om voor de verhouding tussen burgers onderling uitputtend te regelen of het betrokken handelen al dan niet kan plaatsvinden. Dat laatste speelde in het arrest Miljoenen zijn tegen/Covra, waarin het ging om de verlening van een vergunning voor de verwerking en opslag van radioactief afval op grond van de Kernenergiewet aan een vennootschap, Covra. De stichting Miljoenen zijn tegen had daarom geen vordering bij de burgerlijke rechter en kon alleen bij de bestuursrechter terecht. Een en ander verklaart de regels (iv) en (v).

Overigens kunnen via de open normen van het privaatrecht publiekrechtelijke regels en afwegingen steeds een rol spelen bij de vraag of een grond aanwezig is voor een privaatrechtelijke vordering. Dat is waar de laatste zin achter (iv) op ziet.

De als laatste genoemde regel, achter (vi), lijkt vanzelfsprekend, maar de toepassing ervan in het Kuunders-arrest kwam de Hoge Raad op sterke kritiek te staan in de annotaties in de NJ van Scheltema en Brunner. Die kritiek hangt ten dele samen met het feit dat vorenstaand stelsel onvermijdelijk ertoe leidt dat soms een processueel luilekkerland kan bestaan: derden kunnen in sommige gevallen eerst tegen een vergunningverlening of tegen niet-handhaving van het vergunningvereiste door het bestuur in meerdere instanties bij de bestuursrechter procederen (in het geval van boer Kuunders was zelfs achtereenvolgens van beide soorten van procedures sprake geweest) en daarna opnieuw in meerdere instanties procederen bij de burgerlijke rechter wegens een onrechtmatige hinder of aantasting van leefomgeving of milieu. Bij belangenorganisaties komt hierbij dat zij vaak opkomen voor dezelfde algemene belangen als waardoor de overheid zich bij vergunningverlening en handhaving mede moet laten leiden (in het geval van Kuunders het milieubelang). De procedures bij beide rechters vormen dan een onnodige en daarmee schadelijke doublure, zo houdt de kritiek in.

De vraag is natuurlijk of de gebundelde belangen van derden waarvoor de belangenorganisaties in de zaak van Kuunders opkwamen (in de eerste plaats die van omwonenden denk ik), inderdaad geheel samenvielen met de in die zaak door het bestuur af te wegen algemene belangen. Dat lijkt mij niet, maar een bevestigende beantwoording van die vraag zou denk ik eventueel moeten leiden tot het oordeel dat de publiekrechtelijke regeling exclusief is te achten en dat deze om die reden geen plaats laat voor een privaatrechtelijke vordering, ook niet van individuele derden, zoals aan de orde is bij regel (v). Het is echter duidelijk dat de Hoge Raad het in de zaak Kuunders niet zo zag. In het arrest wordt de vordering van de belangorganisaties juist uitdrukkelijk gelijkgesteld met die van individuele derden en wordt de volkomen samenval van belangen dus ontkend.

Dit is echter niet zozeer waar het mij hier om gaat. Ik noem de kritiek op het arrest, die op goede argumenten berust, omdat die mijns inziens goed laat zien hoezeer de publiekrechtelijke beoordeling en privaatrechtelijke beoordeling van een bepaald handelen elkaar kunnen benaderen en overlappen, en wat dat betekent voor de daaruit voortvloeiende gelede normstelling.

6.4 Afdwingen van aanspraken uit bevoegdhedenovereenkomst

Een volgende sterk hybride figuur is de bevoegdhedenovereenkomst. Deze overeenkomst is in HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, NJ 2017/156 (Bouwers met Visie/Bladel) als volgt omschreven:

> '3.5.2 Een bevoegdhedenovereenkomst is een overeenkomst waarbij een bestuursorgaan, of het overheidslichaam waartoe dat orgaan behoort, zich bindt met betrekking tot de uitoefening van hem toekomende publiekrechtelijk bevoegdheden. Een dergelijke overeenkomst kan door een bestuursorgaan of een overheidslichaam worden aangegaan indien en voor zover de wet daartoe de ruimte laat. Die ruimte is in beginsel aanwezig indien het bestuursorgaan beleids- of beoordelingsvrijheid toekomt bij de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheid.
>
> 3.5.3 Uit het hiervoor in 3.5.2 overwogene volgt dat de voorwaarden die bij een bevoegdhedenovereenkomst worden gesteld voor uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, door de wet moeten worden toegelaten. (…)'

Kortom: het bestuur kan zich bij overeenkomst verbinden om tegen een bepaalde tegenprestatie zijn publiekrechtelijke bevoegdheden op een bepaalde wijze te gebruiken, mits en voor zover de wet voor die overeenkomst ruimte laat. Van de bevoegdhedenovereenkomst wordt in HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, NJ 2011/463 (Etam/Zoetermeer) gezegd dat deze 'een gemengd (privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk) karakter' heeft, wat mij een vrij duidelijke verwijzing lijkt naar de hiervoor genoemde 'gemengde rechtsleer'.

De bevoegdhedenovereenkomst leidt tot een probleem bij de rechtsbescherming in verband met de bestaande rechtsmachtverdeling. De bestuursrechter is bevoegd met betrekking tot de vraag of het bestuur gehouden is een bepaald

besluit te nemen. De burgerlijke rechter is bevoegd met betrekking tot andere kwesties ten aanzien van de overeenkomst, zoals de ontbinding van de overeenkomst en de nakoming ervan door de burger die met de overheid heeft gecontracteerd. Bij welke rechter moet men nu precies waarvoor zijn bij deze overeenkomst?

Met name bij schadevergoeding wegens niet-nakoming door het bestuursorgaan ligt dat lastig. Bij onrechtmatige besluiten, of het onrechtmatig uitblijven van een besluit, moet men steeds eerst naar de bestuursrechter om de rechtmatigheid van het besluit te laten vaststellen. Daarna kan men in beginsel bij beide rechters terecht voor schadevergoeding (art. 8:89 leden 2-4 Awb). De rechtsbescherming van de wederpartij van het bestuursorgaan zou echter tekortschieten als hetzelfde stelsel zou worden aangenomen bij schadevergoeding wegens niet-nakoming van een bevoegdhedenovereenkomst door een bestuursorgaan. De Hoge Raad overweegt hierover in Etam/Zoetermeer:

> '3.6.4 (…) De bestuursrechter toetst immers niet of het overheidslichaam toerekenbaar is tekortgeschoten in de naleving van de verplichting die het bij de overeenkomst op zich genomen heeft, maar of er reden is het besluit te vernietigen wegens strijd met de wet of met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder (indien de wederpartij beroep op een overeenkomst doet) met name het vertrouwensbeginsel. Die toetsing wordt niet alleen bepaald door een uitleg van de overeenkomst en een daarmee verband houdende beoordeling van de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen van de wederpartij in de totstandkoming van een besluit met een bepaalde inhoud, maar ook door regels van publiekrecht en door de in voorkomend geval bij het besluit betrokken belangen van derden en het algemeen belang. De vernietiging door de bestuursrechter verplicht dan ook alleen tot vergoeding van de schade die door de wederpartij door het vernietigde besluit is geleden, niet tot die welke zij door de gestelde wanprestatie lijdt. Bovendien is de gang naar de bestuursrechter voor de wederpartij die schadevergoeding wegens wanprestatie verlangt, zonder zin in die gevallen waarin de bestuursrechter niet toekomt aan een oordeel over de door de wederpartij gestelde strijd met de overeenkomst. Dat is bijvoorbeeld het geval als de bestuursrechter het besluit vernietigt om een andere reden dan strijd met de overeenkomst, of als er een buiten de overeenkomst gelegen grond bestaat waarom het besluit in stand kan of moet blijven, bijvoorbeeld in verband met de belangen van derden, of met algemene belangen die bij het besluit betrokken zijn. (…)'

De Hoge Raad oordeelt daarom dat de wederpartij voor schadevergoeding wegens niet-nakoming steeds onmiddellijk bij de burgerlijke rechter een vordering kan instellen. De eventuele formele rechtskracht van een genomen besluit staat daaraan niet in de weg.

Voor nakoming in de vorm van het toegezegde besluit moet de wederpartij echter wel bij de bestuursrechter zijn, aldus het arrest.

Commentaar
De beslissing dat de wederpartij voor schadevergoeding steeds onmiddellijk bij de burgerlijke rechter een vordering kan instellen, is een logisch voortvloeisel van de eis van een behoorlijke rechtsbescherming. Hoewel de bestuursrechter degene is die volgens de wettelijke bevoegdheidsverdeling moet beslissen of

het bestuur terecht een bepaald besluit wel of niet heeft genomen, kan de wederpartij om de in het arrest genoemde, juist hiervoor aangehaalde redenen niet goed bij deze terecht voor een oordeel over de vraag of sprake is van wanprestatie. Dat dit anders ligt als de wederpartij nakoming wenst in de vorm van het toegezegde besluit, is eveneens logisch. De bestuursrechter is immers in ons rechtsstelsel de enige rechter die het bestuur ertoe kan verplichten om alsnog het juiste besluit te nemen. Waartoe de gelede normstelling in dit geval leidt, vloeit dus logisch uit de geldende regels voort, denk ik.

Net onder de oppervlakte van de hiervoor aangehaalde overwegingen ligt overigens een vrij belangrijk verschil in toetsing tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter, dat een direct gevolg is van het tussen bestuursrecht en privaatrecht bestaande verschil met betrekking tot de binding aan toezeggingen. In het privaatrecht levert een toezegging al snel een rechtshandeling op. Dat geldt helemaal als de toezegging deel uitmaakt van een overeenkomst, zoals bij een bevoegdhedenovereenkomst. Het bestuursrecht heeft hier moeite mee omdat een rechtshandeling van een bestuursorgaan daarin een besluit oplevert. De toezegging om een besluit te nemen zou daarom al zelf het besluit opleveren. Dat is alleen aanvaardbaar als de toezegging inderdaad zelf al het besluit ís, dat wil zeggen voldoet aan de eisen die het bestuursrecht aan een besluit stelt, wat bij een contractuele toezegging niet het geval pleegt te zijn. De toezegging kan daardoor in het bestuursrecht, zo is de gedachte, alleen werken via het vertrouwensbeginsel, wat in beginsel een zwakkere werking oplevert. De bestuursrechter toetst toezeggingen daarom alleen aan het vertrouwensbeginsel, ook indien het contractuele toezeggingen betreft. Ook dat lijkt mij een belangrijk argument om de rechtsbescherming met betrekking tot wanprestatie bij de burgerlijke rechter te laten, nu de binding die met een overeenkomst wordt beoogd, juist een sterke is en deze in het privaatrecht en bij de burgerlijke rechter volledig tot haar recht kan komen.[23]

6.5 Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke toestemming gebruik overheidseigendom

Publiek- en privaatrecht lopen ook door elkaar heen in het geval dat het gebruik van overheidseigendom publiekrechtelijk is gereguleerd. Dat levert vooral vragen op als die eigendom openbare zaken betreft.

Openbare zaken zijn zaken die bestemd zijn voor een bepaald gebruik door eenieder. Bestemmen tot openbare zaak gebeurt door een feitelijke handeling van

23 De vraag kan worden gesteld of de bestuursrechter zijn rechtspraak op dit punt niet zou kunnen herzien. Mij lijkt van wel. Waar het bestuur (kennelijk) binding heeft beoogd jegens zijn wederpartij, valt niet zo goed in te zien waarom het door die wederpartij niet aan die binding gehouden zou kunnen worden. Het besluit zelf levert de toezegging nog niet op, nu deze slechts binding tegenover de wederpartij meebrengt, en dus niet tegenover derden, en de rechten en belangen van derden en het door het bestuur behartigde publieke belang derhalve kunnen meebrengen dat het bestuur jegens de wederpartij niet tot nakoming verplicht is, maar alleen tot schadevergoeding wegens niet-nakoming.

de eigenaar. De eigenaar van een openbare zaak, veelal de overheid zelf (maar het kan ook een particulier zijn), dient hierna het gebruik daarvan dat overeenkomt met de bestemming (dus van openbare weg, openbaar vaarwater, openbaar strand, enz.), te dulden. Dat is, met uitzondering van de openbare wegen en bruggen, die in de Wegenwet worden geregeld, niet wettelijk geregeld, maar al heel lang bestaand, ongeschreven publiekrecht. De verplichting om het gebruik overeenkomstig de bestemming te dulden brengt mee dat de overheid niet op grond van haar eigendomsrecht toestemming voor het gebruik van de openbare zaak mag weigeren of een vergoeding voor dat gebruik mag vragen. Dat is anders indien het gaat om zogeheten bijzonder gebruik van de zaak, dat wil zeggen ander gebruik dan het gebruik overeenkomstig de bestemming.[24]

Specifieke vormen van gebruik van openbare zaken vallen soms mede onder een publiekrechtelijke regeling die voor het aan de orde zijnde handelen voorafgaande toestemming eist van een bestuursorgaan. De vraag kan dan rijzen of een op grond van die regeling verleende publiekrechtelijke toestemming – veelal een vergunning – tevens toestemming impliceert voor het gebruik van de eigendom van de overheid. Het antwoord daarop is blijkens de rechtspraak afhankelijk van de inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling: brengen die mee dat de publiekrechtelijke toestemming tevens een privaatrechtelijke toestemming inhoudt? Daarbij lijkt het vooral te gaan om de belangen met het oog waarop de publiekrechtelijke toestemming nodig is. Omvatten die mede de belangen van de overheid als eigenaar van de openbare zaak?

Zie voor deze rechtspraak in de eerste plaats HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0736, NJ 2012/639 (Hoogheemraadschap/Götte), waarin het ging om het hebben van een steiger in openbaar water. De publiekrechtelijke ontheffing daarvoor zag slechts op de daarbij betrokken waterstaatsbelangen, het hebben van een steiger betreft bijzonder gebruik en dus kon het waterschap daarvoor een vergoeding vragen. Zie ook HR 19 mei 2000, NJ 2000/639 (Den Haag/Staat), waarin lijkt te worden geïmpliceerd dat de publiekrechtelijke vergunning kan meebrengen dat het betrokken gebruik overeenkomstig de publieke bestemming van de openbare zaak is en dus niet meer als bijzonder gebruik kan worden aangemerkt.[25]

Heeft de overheid de mogelijkheid om langs publiekrechtelijke weg vergoeding te krijgen voor het bijzondere gebruik van de openbare zaak, dan kan dat een reden zijn waarom het verlangen van een vergoeding op grond van het eigendomsrecht niet mogelijk is. In HR 26 januari 1990, NJ 1991/393 (Windmill) en het arrest Den Haag/Staat speelde dit met betrekking tot de Wet verontreiniging

24 Zie hierover nader Snijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel (Mon. BW nr. A26b)* 2016, nr. 8c.

25 De overweging van het arrest luidt letterlijk dat de vergunning tot het storten van afvalstoffen in de Noordzee op grond van de Wet verontreiniging zeewater meebrengt dat het vergunde storten 'in zoverre niet, in ieder geval niet zonder meer, in strijd is met de publieke bestemming' van die zee. Zie kritisch over deze nogal cryptische omschrijving Bloembergen in zijn noot onder het arrest in de NJ.

oppervlaktewateren en de Wet verontreiniging zeewater, die het, zij het op nogal verschillende wijzen, mogelijk maakten om een vergoeding te krijgen voor lozingen en stortingen. Het verlangen van een vergoeding op grond van het eigendomsrecht kwam daarom in beginsel neer op een onaanvaardbare doorkruising van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (in Windmill) of kon daarop neerkomen (in Den Haag/Staat).

Uiteraard is het weigeren van privaatrechtelijke toestemming niet mogelijk of heeft dat geen gevolg als dat uit de publiekrechtelijke regeling volgt (vgl. HR 9 juli 1990, NJ 1991/394 (De Pina/Helmond) en HR 13 oktober 1995, NJ 1996/430 (Kallenkoot/Steenwijk)) en kan ook geen vergoeding worden verlangd in dat geval (HR 16 mei 1986, NJ 1986/723 (Heesch/Van den Akker) en eveneens het arrest Kallenkoot/Steenwijk).

Commentaar
De hiervoor genoemde regels met betrekking tot de openbare bestemming en het bijzonder gebruik vloeien denk ik logisch voort uit de publiekrechtelijke beperkingen die met die bestemming wel en niet gelden voor het gebruik van het eigendomsrecht door de overheid. De aangehaalde beslissingen van de arresten Heesch/Van den Akker, De Pina/Helmond en Kallenkoot/Steenwijk berusten rechtstreeks op (uitleg van) de wet of de bedoeling van de wetgever: het was, kort gezegd, duidelijk dat de wetgever in dat geval het gebruik van het eigendomsrecht niet had willen toelaten.

De beslissing in de arresten Windmill en Den Haag/Staat, dat in de daarin bedoelde gevallen de mogelijkheid om langs privaatrechtelijke weg een vergoeding te krijgen voor het bijzondere gebruik van een openbare zaak, is uitgesloten gelet op de in die arresten genoemde publiekrechtelijke weg, is wat mij betreft iets lastiger te verklaren. De Wet verontreiniging oppervlaktewateren zag ook op particulier oppervlaktewater, voor het gebruik waarvan de eigenaar op grond van zijn eigendomsrecht eventueel een vergoeding kon vragen, naast een door de overheid als publiekrechtelijk beheerder van dat water op grond van die wet ingestelde heffing. Waarom kan de Staat dat dan niet evenzeer uit hoofde van zijn eigendomsrecht?

Het antwoord is denk ik dat oppervlaktewater dat in beheer is bij de overheid, in een zodanig groot aantal gevallen ook eigendom pleegt te zijn van de overheid dat aangenomen moet worden dat de heffingsmogelijkheid van die wet ook betrekking heeft op het gebruik van die eigendom waarop die heffingsmogelijkheid ziet.[26] De

26 Dit is een kwestie die in het arrest als zodanig niet wordt opgehelderd; het zegt daarover niets. In het arrest wordt echter een uitzondering gemaakt voor extra baggerkosten waartoe lozingen leiden (rov. 3.4 slot). In de heffing zit geen vergoeding voor die kosten begrepen en deze zouden dus wel op grond van het eigendomsrecht kunnen worden verhaald op degene die loost, zo impliceert de gemaakte uitzondering. Vandaar dat ik tot genoemde uitleg kom: in de ogen van de Hoge Raad ontvangt de Staat kennelijk met de heffing ook een gebruiksvergoeding voor zijn eigendom. Die kan hij dus niet meer verlangen op grond van zijn eigendom. Bij extra kosten door dat gebruik is dat nog wel mogelijk.

beslissing van de zaak Den Haag/Staat valt denk ik op dezelfde manier te verklaren: de territoriale zee is in beheer bij en eigendom van de Staat. Ook de beslissing van beide arresten dat de publiekrechtelijke toestemming in beide zaken in beginsel ook de privaatrechtelijke toestemming van de Staat meebrengt, valt aldus te verklaren. Dit zou ook betekenen dat de Staat nog wel toestemming zou kunnen weigeren of een vergoeding kan vragen voor ander gebruik dan waarop de publiekrechtelijke regeling ziet, dus weer een ander soort van bijzonder gebruik van een openbare zaak.[27]

Hoe dit ook zij, een en ander laat zien hoe de uitoefening van eigenaarsbevoegdheden door de overheid door het publiekrecht kan worden beperkt.

6.6 'Toezichtprivaatrecht'

Als onderdeel en ten dele ook onder invloed van het Unierecht zijn de afgelopen decennia op een reeks van rechtsgebieden stelsels van gedragsregels vastgesteld voor de marktsector, op de naleving waarvan toezicht wordt gehouden door daarvoor aangewezen toezichthouders. Met die stelsels wordt in de eerste plaats een goede werking van de (Europese) interne markt beoogd. Bedoeling van die stelsels is om een zogeheten gelijk speelveld te scheppen voor marktdeelnemers ('a level playing field') en om consumenten te beschermen, mede opdat zij vertrouwen kunnen hebben in de markt, waardoor deze ook beter kan functioneren. Het gaat om regels die marktdeelnemers onderling dan wel jegens consumenten in acht hebben te nemen.

Deze stelsels van gedragsregels zijn in belangrijke mate vervat in Europese richtlijnen en verordeningen en geïmplementeerd en nog verder uitgebouwd in onze nationale wetgeving. Het betreft onder meer mededinging, consumentenbescherming en financiële dienstverlening en producten. Toezichthouders op de naleving van de gedragsregels op deze terreinen zijn in Nederland de Autoriteit Consument & Markt (ACM: toezicht op mededinging, op specifieke marktsectoren zoals telecommunicatie, en op consumentenbescherming) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM: gedragstoezicht op de financiële markten). Deze toezichthouders zijn beide een zelfstandig bestuursorgaan. Om de regels te handhaven op de naleving waarvan zij moeten toezien, beschikken zij over de geijkte publiekrechtelijke middelen zoals het kunnen opleggen van een boete bij overtreding en van een last onder dwangsom om (herhaling van) overtredingen te voorkomen. Op hun besluiten is de Awb van toepassing.

Veel van de gedragsregels van deze stelsels hebben hun oorsprong in het privaatrecht als regels die tot ontwikkeling zijn gekomen voor de verhouding tussen marktdeelnemers onderling of jegens consumenten. Met het oog op het toezicht zijn deze gedragsregels deels aangepast – door deze nader uit te

27 Dat zou ook de door Bloembergen in zijn noot in de NJ merkwaardig gevonden beslissing van het arrest Den Haag/Staat kunnen verklaren om de zaak te verwijzen naar een ander hof: na verwijzing diende nog te worden onderzocht of van dergelijk ander (bijzonder) gebruik sprake was.

werken of te herformuleren – tot normen die door de toezichthouder makkelijker gehandhaafd kunnen worden. De keuze voor handhaving door een toezichthouder met genoemde publiekrechtelijke middelen is gemaakt omdat naleving van de gedragsregels daarmee vaak veel beter plaatsvindt dan als de handhaving wordt overgelaten aan de andere marktdeelnemers en de consumenten, die alleen achteraf zullen optreden, met privaatrechtelijke middelen, en alleen als zij daarbij een voldoende zwaarwegend belang hebben. Met het toezicht worden de belangen van markt en consumentenbescherming dus beter gediend, zo is de gedachte.

Het verder uitwerken of herformuleren van regels uit het privaatrecht tot publiekrechtelijk te handhaven gedragsregels leidt vaak tot meer strakke en concreet geformuleerde normen, omdat dergelijke normen beter geschikt zijn voor publiekrechtelijke handhaving. Die regels zijn tot publiekrechtelijke normen gemaakt, want in feite normen geworden die de marktdeelnemers jegens de overheid, de publiekrechtelijke toezichthouder, op straffe van de inzet van publiekrechtelijke handhavingsmiddelen, in acht moeten nemen. Een voorbeeld zijn de gedetailleerde voorschriften omtrent zorgvuldige dienstverlening van art. 4:18 e.v. Wft, waaronder de belangrijke ken-uw-cliëntregel, waar voorheen privaatrechtelijk slechts een meer globale en vage variant van die norm bestond, die mede was in te vullen aan de hand van de omstandigheden van het geval.

Hiernaast zijn natuurlijk ook een hoop nieuwe gedragsregels in deze stelsels aan de bestaande privaatrechtelijke regels toegevoegd.

Al deze nieuwe publiekrechtelijke gedragsregels laten de onderlinge rechtsverhoudingen van de marktdeelnemer met andere marktdeelnemers en met consumenten – die privaatrechtelijk zijn – in beginsel onverlet. Dit uitgangspunt is ook uitdrukkelijk uitgesproken bij de totstandkoming van de Wft voor de regels daarvan.[28] Die onderlinge verhoudingen worden als zodanig nog steeds door het privaatrecht beheerst en daarin is dus dat recht bepalend.[29] Het privaatrecht brengt echter mee dat in die onderlinge, privaatrechtelijke verhoudingen in beginsel ook een beroep zal kunnen worden gedaan op de gedragsregels die door de toezichthouder worden gehandhaafd. Dat zijn immers regels waarvan de wetgever heeft geoordeeld dat deze in de onderlinge verhouding in acht dienen te worden genomen, ter bescherming van de andere marktdeelnemers of de consumenten. Het ligt dus voor de hand dat deze in beginsel ook van toepassing zijn (kunnen worden ingeroepen) in de onderlinge privaatrechtelijke verhouding. Wat betreft bijvoorbeeld onrechtmatige daad vloeit dit voort uit de hiervoor al genoemde verwijzing naar het publiekrecht die art. 6:162 BW bevat, en uit het gegeven dat wordt voldaan aan het relativi-

28 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 304, 317 en 515.

29 In de literatuur bestaat discussie of hierop geen uitzondering moet worden gemaakt voor de in de Wft geïmplementeerde regels van het MiFID, omdat deze richtlijn een maximumharmonisatie betreft. Zie A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 24 november 2017, NJ 2018/212, ECLI:NL:PHR:2017:890, onder 3.15, en D. Busch, *NJB* 2020/424, p. 454 (afl. 7), met verdere verwijzingen.

teitsvereiste, en wat betreft de contractuele rechtsverhouding zowel uit het gegeven dat partijen in die verhouding, kort gezegd, in beginsel over en weer erop zullen mogen rekenen dat zij zich aan relevante publiekrechtelijke regels houden, als uit de open normen van het contractenrecht (onder meer de eisen van redelijkheid en billijkheid).

De wetgever heeft er bij de totstandkoming van de Wft ook zo tegenaan gekeken. Daarom is, als een uitzondering op het voorgaande, in art. 1:23 Wft uitdrukkelijk bepaald dat strijd met de bij of krachtens de Wft gestelde regels een privaatrechtelijke rechtshandeling niet uit dien hoofde aantastbaar maakt. Deze aantastbaarheid is onwenselijk geoordeeld. Voor andere civielrechtelijke vorderingen die op de Wft worden gegrond, ontbreekt een dergelijke bepaling in de Wft. Ook dat is bewust gebeurd. In de wetsgeschiedenis zijn die andere vorderingen, waarbij met zoveel woorden die uit 'onrechtmatige daad, wanprestatie, misleiding en dwaling' zijn genoemd, uitdrukkelijk mogelijk of zelfs zonder meer voor de hand liggend geacht, zoals die uit onrechtmatige daad.[30]

De deels aan het privaatrecht ontleende en aan de publiekrechtelijke handhavingseisen aangepaste, publiekrechtelijk geworden normen keren dus weer in het privaatrecht terug als normen die ook daarin, in die aangepaste vorm, kunnen worden ingeroepen. In dit verband wordt wel gesproken van 'toezichtprivaatrecht'.[31]

Deze doorwerking van de publiekrechtelijke gedragsregels heeft, zoals al vaker op is gewezen, soms effecten die als verrassend worden ervaren. Zo maakt van die gedragsregels soms een voorschrift deel uit dat de markdeelnemer slechts een redelijke beloning in rekening mag brengen. Dit komt neer op de iustum pretium-leer, die in het privaatrecht juist altijd is afgewezen. Door de doorwerking van de publiekrechtelijke gedragsregels van de Wft in het privaatrecht geldt die leer dus bij uitzondering wel. Erg schokkend is dit naar mijn mening niet. Ook op andere plaatsen in het privaatrecht kenden we (varianten van) die leer soms immers al. Voor huurprijzen van woon- en bedrijfsruimte geldt bijvoorbeeld sinds lang een regeling die hierop neerkomt, en die in dat geval denk ik zelfs nog veel ingrijpender is. Het gaat hier om wat hiervoor al is aangeduid als de 'vermaatschappelijking' of 'publicering' van het privaatrecht.

Het toezicht strekt zich intussen niet alleen uit over publiekrechtelijke gedragsregels, maar ook rechtstreeks over privaatrechtelijke normen zelf. Zo bepalen art. 8.2 e.v. Wet handhaving consumentenbescherming dat marktdeelnemers op wie de daar genoemde bepalingen van consumentenbescherming van het BW van toepassing zijn, verplicht zijn die bepalingen in acht te nemen. Dat

30 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 393.

31 Cherednychenko, 'De betekenis van het financiële "toezichtprivaatrecht" voor het verbintenissenrecht', in: *Het publieke van het privaatrecht: hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt*, NILG Congresbundel 2010, p. 63-64, en *RMThemis* 2012/5, p. 223. Zie over dit onderwerp ook uitgebreid Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders (R&P nr. CA17)* 2017.

klinkt komisch, maar is natuurlijk bedoeld om de naleving van het privaatrecht tot een publiekrechtelijke norm te maken (dus een norm die geldt in de verhouding tot de overheid). De in de Whc genoemde toezichthouders houden toezicht op de naleving daarvan en handhaven die. Zij en, en in geval van beroep de bestuursrechter, zullen daarbij eventueel dus de bepalingen van het BW moeten toepassen. Soms gaat het daarbij weer om regels die eigenlijk al een publiekrechtelijk karakter droegen, zoals die van art. 6:193a e.v. BW, die zijn ontleend aan de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en die vooral lijken geschreven met het oog op handhaving door een toezichthouder. Soms gaat het daarbij om echt privaatrechtelijke bepalingen.

De toepassing van laatstgenoemde bepalingen bij het toezicht verschilt natuurlijk enigszins van die in een zuiver privaatrechtrechtelijke context, doordat het doel van de toepassing een iets andere is, namelijk consumentenbescherming als zodanig en niet rechtsbescherming in het individuele geval. Dat kan tot andere uitkomsten leiden en dus als het ware tot een 'ander privaatrecht'. Mij lijkt echter dat daartegen geen groot bezwaar kan bestaan. Het doel van het toezicht stelt nu eenmaal andere eisen en de andere uitkomsten zullen denk ik door het verschil in context kunnen worden verklaard en gerechtvaardigd. Dat 'andere privaatrecht' is in wezen gewoon publiekrecht, want de gedragsregels waar het daarbij om gaat, functioneren in feite als publiekrechtelijke regels, op de naleving waarvan het toezicht wordt gehouden. In de onderlinge verhouding met andere marktdeelnemers en consumenten – die privaatrechtelijk is – brengt het toezicht als gezegd geen verandering en de andere marktdeelnemers en consumenten zullen daarin dus zelf hun rechten kunnen blijven handhaven, overeenkomstig het 'gewone privaatrecht'.

Alleen als de mogelijke samenloop van dit 'andere privaatrecht' (in feite dus publiekrecht) en het 'gewone privaatrecht' zou leiden tot conflicterende plichten, is er denk ik een probleem, maar ik weet niet of die conflicterende plichten zich in de praktijk voordoen. Uiteraard kan het voor marktdeelnemers wel verwarrend zijn dat zij tegelijk met zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke gedragsregels te maken hebben. Uit het vorenstaande volgt echter denk ik dat de verschillen daartussen praktisch veelal minimaal zullen zijn.

Overigens kunnen die verschillen ook in het voordeel van de marktdeelnemers werken. Als de publiekrechtelijke gedragsregel bijvoorbeeld alleen formeel geschonden is (er zijn bijvoorbeeld niet de verplichte inlichtingen gegeven) en materieel niet (de consument was al op de hoogte van de betrokken feiten of heeft privaatrechtelijk een onderzoeksplicht die zwaarder weegt), kan de consument in de onderlinge verhouding, omdat het privaatrecht daarin beslissend is, niet met succes een beroep doen op die schending.

Het toezicht bevat door de verwijzing naar het BW soms mede open of vage normen. De bij het toezicht aan de orde zijnde publiekrechtelijke gedragsregels zijn bovendien zelf soms ook open of vage normen, kennelijk mede onder

invloed van het privaatrecht of het vooral privaatrechtelijke inzicht dat nu eenmaal niet alles zich laat vangen in regels en een abstracte regel het voordeel biedt dat deze 'alles afdekt' en het mogelijk maakt om 'in te spelen' op de bijzondere omstandigheden van het geval. Voor een dergelijke publiekrechtelijke open of vage norm kan bijvoorbeeld worden verwezen naar art. 4:23-4:24a Wft. Laatstgenoemde bepaling (onder meer inhoudende 'de dienstverlener moet handelen in het belang van de consument') is naar ik begrijp aan de Wft toegevoegd op verzoek van de AFM om steeds een norm te hebben om het handelen waarbij het belang van de consument ondergeschikt is, te kunnen aanpakken (een vangnetbepaling dus).[32]

In alle gevallen van open of vage normen speelt de al genoemde kwestie dat de handhaving van die normen door de inzet van publiekrechtelijke middelen problemen kan opleveren in verband met het daarbij geldende rechtszekerheidsbeginsel. Toezichthouders hebben begrijpelijkerwijs dan ook de neiging om de door deze normen gegeven ruimte weer te dichten door deze in te vullen met beleidsregels of een leidraad, opdat de voor de praktijk gewenste duidelijkheid alsnog bestaat. Die neiging bestaat temeer nu in het geval dat een nadere invulling ontbreekt of deze niet naar behoren is, de toezichthouders het risico lopen dat boetebesluiten door de bestuursrechter vernietigd worden omdat de norm onvoldoende duidelijk is dan wel de overtreding ervan minder laakbaar is dan de toezichthouder oordeelt.[33] Daarmee wordt dan dus door de toezichthouder tot een rechtsverfijning overgegaan die ook in de civiele rechtspraak met betrekking tot dergelijke normen kan plaatsvinden.

Interessant is dat van genoemde stelsels soms in dit verband een plicht tot zelfregulering deel uitmaakt. Zo verplicht het op art. 4:34 Wft berustende art. 115 BGfo de aanbieder van krediet om criteria vast te leggen voor de beoordeling van een kredietaanvraag van een consument, ter voorkoming van overkreditering. De vage norm moet hier dus door de marktdeelnemer zelf worden ingevuld, door middel van zelfregulering. Ook daarop houdt de AFM toezicht. Voldoet de zelfregulering niet afdoende aan het doel daarvan, dan kan dat tot een boete van de AFM leiden.[34]

Het ligt denk ik voor de hand dat deze beleidsregels, leidraden en zelfregulering ook weer in de onderlinge verhouding van de marktdeelnemer met andere marktdeelnemers en met consumenten van belang kunnen zijn, net als de (andere) publiekrechtelijke gedragsregels. Het gaat immers opnieuw om regels die zijn vastgesteld om in die verhouding in acht te worden genomen ter

32 Interessant is dan weer dat deze zorgplicht in HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276 en ECLI:NL:HR:2020:1274, beide rov. 2.9.3, op grond van de wetsgeschiedenis is uitgelegd als hetzelfde in te houden als de privaatrechtelijke zorgplicht van de financiële toezichthouder, waarmee een verschil tussen publiek- en privaatrecht is voorkomen.

33 Vgl. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders (R&P nr. CA17)* 2017, p. 279-280.

34 Zie het voorbeeld aangehaald door Cherednychenko, 'De betekenis van het financiële "toezichtprivaatrecht" voor het verbintenissenrecht', in: *Het publieke van het privaatrecht: hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt*, NILG Congresbundel 2010, p. 68-69.

bescherming van de andere marktdeelnemers of consumenten. Het ligt dus voor de hand om die regels ook in die verhouding al snel bepalend te achten, voor zover wet en open normen daartoe ruimte of aanleiding geven.[35]

Het vorenstaande leidt ertoe dat voor de verhouding van een marktdeelnemer met andere marktdeelnemers en met consumenten dus twee regelsystemen naast elkaar gelden: een publiekrechtelijk en privaatrechtelijk, waarbij het privaatrechtelijke, in die onderlinge verhouding geldende systeem mede goeddeels het publiekrechtelijke systeem omvat, maar het privaatrechtelijk uiteindelijk steeds het beslissende is.

Commentaar
Het 'toezichtprivaatrecht' laat denk ik goed zien dat dat de verschillen tussen publiek- en privaatrechtelijke normen zeer marginaal en soms zelfs nihil kunnen zijn, zoals ik aan het begin van dit preadvies al heb opgemerkt. Het verschil in regels dat er is – de publiekrechtelijke regels zijn veelal meer concreet (gemaakt) – komt door de context waarin de betrokken regels moeten worden toegepast. Handhaving door de hiervoor genoemde publiekrechtelijke middelen stelt, in verband met rechtszekerheid en ook de rechtsgelijkheid, andere eisen dan handhaving door de privaatrechtelijke middelen die het BW biedt. Het gaat hierbij echter denk ik, zoals hiervoor ook al opgemerkt, om een verschil dat niet of nauwelijks meer is terug te voeren op het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht zelf, maar geheel of vooral op de wijze van handhaving, namelijk door een toezichthouder. In Nederland is dat tegenwoordig steeds een bestuursorgaan en is dus het bestuursrecht van toepassing. De toezichthouder zou echter ook een onafhankelijke privaatrechtelijke rechtspersoon kunnen zijn die uitsluitend met privaatrechtelijke middelen toezicht houdt, zoals vroeger het geval was met de Vereniging voor de Effectenhandel (het toezicht van deze toezichthouder was geheel privaatrechtelijk). Voor de aan te handhaven regels te stellen eisen zou dat denk ik geen verschil maken. Overigens zou de wetgever er in theorie voor kunnen kiezen om heel het privaatrecht te laten bestaan uit dezelfde concrete regels als waaraan in het publiekrecht met het oog op de handhaving in beginsel behoefte bestaat.

Welk recht in het gegeven geval prevaleert, vloeit ook bij het 'toezichtprivaatrecht' weer voort uit de context. De onderlinge verhouding met de andere marktdeelnemers en de consumenten wordt beheerst door het privaatrecht, maar dat verwijst mede naar het publiekrecht dan wel laat de gelding daarvan toe. De publiekrechtelijke regels gelden als hun inhoud en strekking dat meebrengen, tenzij de toepasselijke privaatrechtelijke regels op hun beurt weer wat anders meebrengen. Doordat op de publiekrechtelijke regels toezicht wordt gehouden door een bestuursorgaan, bestaat een tweede rechtsverhouding, die tot een zelfstandige rechtsvorming kan leiden met betrekking tot die

35 Zie over dit onderwerp onder meer het preadvies van mijn mede-preadviseur Castermans.

regels, welke rechtsvorming dan weer mede kan doorwerken naar het privaatrecht.

Kortom: ook hier hangt hetgeen bij gelede normstelling geldt, dus weer af van het geval.

6.7 Tijdelijke wet Groningen

Een opvallende vermenging van publiek- en privaatrecht is te vinden in de Tijdelijke wet Groningen (TWG). In deze wet wordt het Instituut Mijnbouwschade Groningen (IMG) geregeld, een zelfstandig bestuursorgaan. Het IMG heeft tot taak om schadevergoeding vast te stellen en uit te keren met betrekking tot aardbevingsschade in Groningen als gevolg van de gaswinning. Het gaat daarbij niet om de schade die de Staat heeft veroorzaakt, maar om de schade waarvoor de mijnbouwexploitant aansprakelijk is. Dat is dus de Nederlandse Aardolie Maatschappij (NAM), een particuliere vennootschap. De vaststelling van de aansprakelijkheid en de te vergoeden schade vindt dan ook plaats overeenkomstig het BW (art. 3 lid 6 TWG). Die vaststelling levert, als een publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan, een bestuursbesluit op waarvan op grond van de Awb beroep openstaat.

In deze wet wordt dus de privaatrechtelijke aanspraak op schadevergoeding van de bewoners jegens een particuliere partij afgehandeld met een besluit van een bestuursorgaan, eventueel gevolgd door een bestuursrechtelijke rechtsgang, in plaats van een civiele procedure. De redenen voor dit stelsel zijn dat de overheid de claims van de bewoners zo snel mogelijk wil afhandelen en meent dit doel het beste te kunnen bereiken door het in het leven roepen van een aparte instantie die de claims behandelt, gevolgd door een rechtsgang bij de bestuursrechter.

Om dit doel beter te verwezenlijken is het de bedoeling dat het IMG regels opstelt voor forfaitaire vergoeding van de schades en een beleid voert met betrekking tot de afhandeling van de aanvragen.[36] Uitgangspunt daarbij is dat de vergoeding ruimhartig is; zie met zoveel woorden art. 10 lid 2 TWG. Inmiddels heeft het IMG op basis hiervan diverse regelingen vastgesteld, onder meer voor de 'vergoeding van immateriële schade op hoofdlijnen', welke regeling voorziet in een generieke, forfaitaire vergoeding van deze schadesoort.[37]

---

36 Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35 250, nr. 3, p. 18/19, met verwijzing naar het in het Besluit mijnbouwschade Groningen neergelegde protocol dat gold voor de voorganger van het IMG, de Tijdelijke Commissie Mijnbouwschade Groningen.

37 Zie daarvoor de website van het IMG en *Kamerstukken II* 2020/21, 33 529, nr. 802. Op de mogelijkheid van forfaitaire vergoeding van immateriële schade is uitdrukkelijk gewezen in HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, rov. 2.13.6, welke uitspraak zelf terughoudender lijkt te zijn met het toekennen van de aanspraak op vergoeding van immateriële schade.

Commentaar
Wat er op dit punt in de TWG gebeurt is natuurlijk interessant. Wat op het eerste gezicht zuiver privaatrechtelijk is, namelijk een particuliere claim op een particuliere veroorzaker, wordt publiekrechtelijk gemaakt, om een typische publiekrechtelijke doelstelling te bereiken, namelijk snel en efficiënt veel zaken tegelijk kunnen behandelen en afdoen. Onderdeel daarvan is de voorgeschreven ruimhartigheid bij het honoreren van claims, die denk ik niet anders valt te begrijpen dan dat het IMG, en dus ook de bestuursrechter, ruimhartiger zal moeten zijn met het honoreren van claims dan de burgerlijke rechter kan zijn, al was het maar door in geval van twijfel het voordeel daarvan aan de benadeelde te geven. De overheveling naar de publiekrechtelijke sfeer heeft hier dus een aantal nog bijzondere gevolgen, waarbij publiek- en privaatrecht op een nogal bijzondere manier met elkaar worden vermengd.

De constructie heeft nogal wat pennen in beweging gezet en tot de nodige kritiek geleid, onder meer in verband met het buitenspel zetten van de burgerlijke rechter bij de claims – in het voorontwerp nog dwingend, maar nu facultatief (de benadeelde kan ook kiezen voor een civiele procedure tegen de exploitant) –, maar die constructie is desondanks als zodanig zeer wel mogelijk (en valt, gelet op genoemde doelen van de regeling, in elk geval goed te begrijpen).[38] Dat laat zien dat met het publiekrecht en privaatrecht vrij vergaand naar keuze kan worden omgegaan door de wetgever.

7 Slotbeschouwing; afronding

De hiervoor gegeven voorbeelden laten denk ik zien dat de afstemming van publiek- en privaatrecht telkens anders gaat, want afhankelijk is van de context en hetgeen daarin aan de orde is. Dat is, als ook al gezegd, niet meer dan logisch, want dat is eigen aan rechtsvindingskwesties. Voor zover het hiervoor ging over regelgeving, geldt iets vergelijkbaars: de keuzes die de wetgever maakt, zijn ingegeven door het resultaat dat hij wil bereiken. Dat doel bepaalt in overwegende mate hoe de regeling eruit komt te zien. Soms werkt de regeling verder door doordat zij door haar inhoud in de bestaande wettelijke systemen van het privaatrecht of het bestuursrecht verdere gevolgen heeft.

De hiervoor gegeven voorbeelden laten voorts denk ik zien dat geen nadere algemene uitspraken mogelijk zijn over de afstemming van publiek- en privaatrecht dan hiervoor achter 5.1 en 5.2 al zijn weergegeven. Ik zie die mogelijkheid in elk geval niet. Wel valt mij op dat de regels en oplossingen waartoe in de voorbeelden wordt gekomen soms in een hoge mate een logisch-dwingend karakter lijken te hebben, dat wil zeggen bijna logisch-dwingend lijken te volgen uit hetgeen in de gegeven context aan de orde is en uit de van toepassing zijnde regels. In elk geval kunnen ze denk ik goed aldus worden verdedigd.

38 Zie voor een en ander onder meer De Bock, *NJB* 2019/3, p. 19 (afl. 1) en diverse bijdragen in *NJB* 2020, aflevering 1, en recent Marseille in *Ars Aequi* 2020/12, p. 1107-1115.

Ik ben mij ervan bewust dat ik met deze kwalificatie van een en ander een etiket plak dat niet is onderbouwd. Zoals al eerder opgemerkt, behoeft men het niet met mij eens te zijn dat de regels en oplossingen die in de voorbeelden aan de orde zijn, juist zijn of het meest aangewezen. Maar dat is, zoals eveneens al eerder gezegd, ook niet waar het mij bij die voorbeelden om gaat. Dat is uitsluitend om inzichtelijk te maken wat de keuzes zijn, wat betreft het aan de orde zijnde publiek- en privaatrecht, en hoe die zijn te maken, met andere woorden het rechtsvindingsproces. Dat is immers de kwestie waar het bij de afstemming van beide rechtsgebieden en bij gelede normstelling om gaat.

Zoals al gezegd bestaat er geen primaat van publiek- of privaatrecht – er is geen regel die dat inhoudt of meebrengt –, ook niet in bijzondere contexten. Wat prevaleert – als een van beide al prevaleert (vgl. bijvoorbeeld het Hirsi Ali-arrest) – is als gezegd steeds afhankelijk van de context. Zoals zo vaak bij rechtsvinding, is het nogal eens puzzelen aan de hand van logische argumenten, zoals de voorbeelden denk ik laten zien.

Een en ander geldt denk ik ook bij andere gelede normstellingen. Het valt immers niet goed in te zien dat het voorgaande daar wezenlijk anders ligt. Het verschil tussen publiekrecht en privaatrecht is niet wezenlijk anders dan dat tussen andere soorten van recht.

A.G. Castermans

De burger en de betamelijkheidsnorm

Over de grenzen aan het werken met betamelijkheidsnormen

Preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht
20 november 2020

INHOUD

De burger en de betamelijkheidsnorm Over de grenzen aan het werken met betamelijkheidsnormen / 49

I Inleiding / 53
II Het perspectief van Samuel Cohen / 54
II.1 Een afrekening ex post / 54
II.2 Aan de poort van de wet / 55
II.3 De betrokkenheid van de burger bij betamelijkheidsnormen / 56
III Open normen en de wet / 58
III.1 Inleiding / 58
III.2 Beroep op formele wet onaanvaardbaar? / 58
III.3 De betamelijkheidsnorm na Bosentan en Mathilda / 61
III.4 Volstaat uitleg van de wettelijke regeling? / 67
III.5 Afronding / 68
IV Open normen en soft law / 69
IV.1 Soft law / 69
IV.2 De relevantie van soft law / 70
IV.3 Soft law als feit / 71
IV.4 Afronding / 77
V Slot / 77

I Inleiding

Civilisten hebben het maar makkelijk. Houden zij zich bezig met contractenrecht, dan kunnen zij binnen de grenzen van dwingend recht, goede zeden en openbare orde alles regelen. Hebben zij onverhoopt iets niet, niet helder of niet goed geregeld, dan kan dat worden rechtgetrokken door uitleg, aanvulling of correctie met behulp van de wet en de redelijkheid en billijkheid. Ook wie zich bezighoudt met buitencontractuele aansprakelijkheid weet zich verzekerd van een oneindig arsenaal van mogelijkheden, bovenal geboden door de betamelijkheidsnorm van artikel 6:162 BW.

Civilisten kunnen het burgerlijk recht tot op grote hoogte zelf maken, met de zegen van de wetgever. Zij maken de regels zelf of vullen open wettelijke normen in, of ze nu contracten maken, vorderingen van een grondslag of verweer voorzien, of die vorderingen beoordelen.

De gelede normstelling, die onze rechtsorde kenmerkt, kan de civilist niettemin hoofdbrekens kosten.

Mede-preadviseur Snijders en ik verstaan onder het begrip gelede normstelling het volgende. In een concreet geval kunnen normen van verschillende aard of herkomst van toepassing zijn of zich voor toepassing lenen, al dan niet in combinatie met elkaar. Er kan sprake zijn van overheidsregulering of zelfregulering. Binnen de overheidsregulering kunnen de aard en de herkomst van de regeling verschillen: wij onderscheiden bijvoorbeeld regels van publiek- en privaatrecht, globale en concrete normen en regels afkomstig uit Europees recht dan wel nationaal of regionaal recht.

Wat heeft in zo'n geval te gelden? Heeft de ene norm voorrang boven de andere of zijn alle normen tegelijk van toepassing? Kunnen die normen elkaar aanvullen of in combinatie worden toegepast en, zo ja, hoe? Ondergaan die normen daarbij verandering?

Het antwoord op deze vragen maakt het civilisten vervolgens weer enigszins gemakkelijk, tenminste als het gaat om regels die als grondslag kunnen dienen van een privaatrechtelijke bevoegdheid, een vordering of verweer. Als uitgangspunt geldt immers dat regels zo veel mogelijk tot hun recht moeten kunnen komen, ongeacht hun oorsprong.[1] Procespartijen mogen dus kiezen welke regel zij aan hun vordering of verweer ten grondslag leggen. Dit leidt slechts in twee situaties tot uitzonderingen. Ten eerste mogen partijen niet in het midden laten op welke regel zij hun vordering of verweer baseren als de voor toepassing in aanmerking komende regels tot verschillende rechtsgevolgen leiden die niet

1 Ook in de context van Europeesrechtelijke regels, aldus R. de Graaff, *Concurrence in European Private Law* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2020.

tegelijkertijd kunnen intreden. In dat geval moeten zij een keuze maken. Ten tweede zijn er situaties waarin partijen geen keuze hebben. Exclusiviteit van regels is beperkt tot de gevallen waarin de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.[2]

Dit preadvies gaat niet over dit type samenloopvragen. Het gaat over het gebruik van open civielrechtelijke normen zoals de zorgvuldigheidsnorm in een context waarin specifieke overheidsregels gelden of sprake is van vormen van zelfregulering.

Hoofdstuk II beschrijft het uitgangspunt dat de wetgever niet kan voorzien in regels voor elk denkbaar geval en dat hij de civiele rechter heeft toevertrouwd die regels te vinden, met als instrument de open norm. Die bevoegdheid wordt mede gelegitimeerd door de eigen rol en verantwoordelijkheden van de procespartijen.

Het vervolg gaat over twee grenzen aan het werken met open normen.

Hoofdstuk III onderzoekt hoe het gebruik van een open normen zich verhoudt tot het grondwettelijk toetsingsverbod (art. 120 Gw). De afgelopen jaren heeft de Hoge Raad dit grondwettelijk toetsingsverbod doorgetrokken naar het gebruik van een open norm als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Die norm mag bij beperking van formele wetgeving niet dan met de grootst mogelijke terughoudendheid worden ingezet, anders zou het grondwettelijk toetsingsverbod worden omzeild. Daarbij rijst de vraag of die terughoudendheid ook is geboden als een betamelijkheidsnorm wordt geformuleerd in een context die publiekrechtelijk is gereguleerd. De bescherming van bedrijfsgeheimen en zorgplichten in de financiële sector dienen als voorbeeld.[3]

Hoofdstuk IV verkent de betekenis van zelfregulering voor het invullen van open normen. Het feitelijk karakter van zelfregulering begrenst het gebruik van het werken met open normen. Zorgvuldig gebruik van zelfregulering is op zijn plaats.

II Het perspectief van Samuel Cohen

II.1 Een afrekening ex post

Stel dat Samuel Cohen juridisch advies had gevraagd voordat hij ertoe overging de bediende van Lindenbaum te verleiden Lindenbaums bedrijfsgegevens prijs te geven. Stel dat hem te verstaan was gegeven dat geen wet hem verbood dit te

2 Zie voor voorbeelden en jurisprudentie A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop (Mon. BW nr. A21)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

3 Hoofdstukken II en III bouwen voort op een lezing ter gelegenheid van het eeuwfeest van het arrest Lindenbaum/Cohen, gehouden op 30 januari 2019 te Den Haag.

doen en dat hij niet eens de randen van de wet zou opzoeken als hij de daad bij het woord zou voegen. Gesterkt daardoor zou Cohen Lindenbaums bediende hebben uitgehoord, om vervolgens in het rechtssysteem te worden gezogen dat hem uiteindelijk voorhield dat onrechtmatig méér inhoudt dan onwetmatig, dat ook onrechtmatig is wat indruist tegen de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, of, meer specifiek, dat onrechtmatig is de daad van hem die tot eigen baat, door giften en beloften, de bediende van een concurrent overhaalt de beroepsgeheimen van zijn meester aan zijn meester te ontfutselen en prijs te geven aan hemzelf.[4]

Cohen dacht te handelen volgens de regels van vandaag, maar drie jaar later bleek er alsnog een regel te bestaan die hem tot schadevergoeding verplichtte. We zouden dat nu kafkaësk noemen, maar zo kan Cohen het niet hebben ervaren, want de inkt van *Der Prozess* was in 1919 nog maar net droog en Kafka piekerde niet over publicatie.

II.2 Aan de poort van de wet

Kafka schreef over Josef K., procuratiehouder bij een bank. Josef wordt vervolgd, maar waarvoor? Op zoek naar het antwoord lijkt hij verstrikt te raken in het web van de bureaucratische staat. Hij zoekt steun bij een geestelijke die hem het verhaal vertelt van een man van het platteland die de wet zoekt.[5] Dat verhaal kan ons helpen vrede te hebben met Samuel Cohens verbijstering over de maatstaf die ex post is losgelaten op zijn gedrag.

Het gaat als volgt. De man van het platteland staat voor de poort van de wet. 'Ik kan u nu niet binnen laten', zegt de deurwacht. De man van het platteland gluurt naar binnen en de deurwacht houdt hem voor: 'Probeer het als u wilt, maar ik zeg u: wees voorzichtig. Ik heb macht en dan ben ik nog maar het onderdeurtje. Elke volgende deurwacht is sterker, machtiger dan de vorige.' De man van het platteland piekert, in de veronderstelling dat het recht toegankelijk wordt geacht te zijn, voor iedereen, op elk moment, maar hij besluit te wachten op toestemming om binnen te gaan. Hij blijft wachten tot het einde nadert en hij aan de deurwacht vraagt, met zijn laatste krachten: 'Iedereen wil toegang tot het recht, maar hoe komt het dat ik in al die jaren, de enige ben die om toegang vraagt?' Daarop zegt de deurwacht hem dat deze ingang voor niemand anders was bestemd dan voor de man van het platteland en dat hij hem nu kan sluiten.

De verhouding tussen de man van het platteland en de deurwacht is duizelingwekkend raadselachtig. Wie houdt nu wie in de greep, wie houdt wie voor de gek? Maar ook: wie belet de man van het platteland de toegang tot het recht, zoals Samuel Cohen zich zal hebben afgevraagd?

---

4 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

5 Willem Witteveen gebruikte de parabel vanuit het perspectief van de bureaucratie; 'Kafka en de verbeelding van bureaucratie', *RegelMaat* 2010/4.

Josef en de geestelijke komen er niet uit. Langzamerhand bekruipt de eerste het gevoel dat ook de geestelijke een rol speelt in zijn proces, waarop de geestelijke hem vraagt: 'Als ik dan deel ben van het gerecht, wat zou ik dan van jou willen?' En hij verzekert hem: 'Das Gericht will nichts von dir. Es nimmt dich auf, wenn du kommst, und es entläßt dich, wenn du gehst.' Het gerecht aanvaardt je als je komt, en laat je los als je gaat.

Als dit ook van de wet en het recht kan worden gezegd – het recht aanvaardt je als je komt, en laat je los als je gaat – dan is er troost voor Samuel Cohen. Die betamelijkheidsnorm ligt niet achter een poort verscholen. Hij is immers zelf betrokken bij het recht. Dat ontwikkelt zich door zijn eigen handelen: hij levert de input, hij gedraagt zich ernaar. Van hem mogen wij verwachten dat hij bij zichzelf te rade gaat wat in zijn geval fatsoenlijk is en dat hij daarbij let op wat er om hem heen gebeurt. Van zijn raadsman mogen wij verwachten dat hij rekening houdt met signalen in rechtspraak, literatuur en politiek; destijds hing al in de lucht dat er wat moest worden gedaan aan de bestrijding van het veelkoppige monster van de oneerlijke mededinging.[6]

Dit geldt voor de burger in het algemeen. Begiftigd met verstand en geweten dient hij zichzelf te verhouden tot wat als betamelijk heeft te gelden, als burger, als lid van de gemeenschap die hij nodig heeft om zich vrij en volledig te kunnen ontplooien als persoon. Hierin is de legitimatie gelegen om Samuel Cohen de maat te nemen met een open norm die achteraf wordt ingevuld.

II.3 De betrokkenheid van de burger bij betamelijkheidsnormen

Dat de burger zelf betrokken is bij de ontwikkeling van de wet en het recht, krijgt in een democratische rechtsorde op verschillende wijze vorm, allereerst door het kiesrecht. In het stemhokje bepaalt hij wie de wetten mag maken. Volksvertegenwoordigers hebben vele decennia na Lindenbaum/Cohen artikel 162 van Boek 6 BW aanvaard en zo de toepassing van een open, achteraf in te vullen betamelijkheidsnorm bij formele wet gelegitimeerd. Zij gaan ook over regels die de maatschappelijke betamelijkheid invullen, desgewenst ter vervanging van de betamelijkheidsnormen die in de rechtspraak zijn ontwikkeld. En zij gaan bovendien over de regels van burgerlijk procesrecht, waarin partijen het weer in belangrijke mate voor het zeggen hebben. Het zijn partijen die betamelijkheidsnormen aan een vordering of verweer ten grondslag leggen of argumenten ertegen inbrengen. Zij zijn het ook die de feiten en omstandigheden aanvoeren die nodig zijn voor een op het concrete geval toegesneden norm. De wet staat dus, bij uitstek, voor de betrokkenheid van de burger bij de ontwikkeling van de betamelijkheidsnorm.

6 C.H.J. Jansen, 'De bestrijding van de oneerlijke mededinging in de eerste decennia van de 20e eeuw: Lindenbaum/Cohen in historisch-rechtsvergelijkend perspectief', *RMThemis* 2019/1, p. 3-10.

De betrokkenheid van de burger draagt zo bij aan de kenbaarheid en legitimiteit van de betamelijkheidsnorm, ook al wordt die achteraf ingevuld. De burger mag zich niet beklagen over achteraf vast te stellen normen, aangezien hij mag worden geacht invloed te hebben op de totstandkoming van wettelijke normen en in een concreet geval de rechter kan voorzien van alle feiten, omstandigheden en argumenten, die voor de invulling van de norm relevant zijn.

De vraag is hoe de twee zich tot elkaar verhouden, de wet en de betamelijkheidsnorm. Het is een urgente vraag in een tijd waarin met enige hardnekkigheid wordt gesproken over de kloof tussen enerzijds wet en rechtspraak en anderzijds de verwachtingen van burgers over de rechtsorde en hun rol daarin. Er is een neiging de eigen betrokkenheid bij de rechtsontwikkeling te ontkennen, om de wet en de rechtspraak achter poorten te denken.

Een voorbeeld is het vonnis van de Haagse rechtbank in de Urgendazaak, waarin een op artikel 6:162 lid 2 BW gestoelde betamelijkheidsnorm ten grondslag ligt aan het gebod om vóór 2020 vooruitgang te boeken in het terugbrengen van de CO2-uitstoot.[7] Het vonnis bevat een minutieuze inventarisatie van de eigen bijdrage van een der partijen – in dit geval niet een burger, maar de Staat der Nederlanden – aan de ontwikkeling van de in het vonnis gevonden betamelijkheidsnorm.[8] De vraag is – in de kern – hoe die betamelijkheidsnorm zich verhoudt tot de wet, zowel tot wat daarin wél als tot wat daarin níet is geregeld.

Civilisten zijn weliswaar toegerust met een grote mate van vrijheid om een bijdrage te leveren aan de rechtsontwikkeling, toch zijn zij doorgaans voorzichtig als het aankomt op rechtsontwikkeling door de civiele rechter. Ken uw plaats, luidt het devies, om verschillende redenen. In 1973 noemde H. Drion er twee.[9] De eerste reden houdt verband met de kwaliteit van de rechtsvorming: onderwerpen van sociale, economische of technische aard vergen input van deskundigen en van vertegenwoordigers uit de samenleving. De tweede houdt verband met het primaat van de politiek: sommige keuzes moeten in het publieke domein worden gemaakt, of het nu gaat om maatschappelijk controversiële aangelegenheden of om overheidszaken. J.S. Kortmann zit op deze lijn, met zijn oproep om het oprukkende instrumentalisme in het burgerlijk recht een halt toe te roepen: maatschappelijke verandering hoort thuis in het publiekrecht.[10]

---

7 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. De uitkomst hield stand bij hof en Hoge Raad, zij het over de boeg van art. 2 en 8 EVRM; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. Spier (*Urgenda*). Voor verwijzingen naar en bespreking van de kritiek op de uitspraken: R. van der Hulle, *Naar een Nederlandse political question-doctrine?* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

8 A.G. Castermans, 'Het klimaatgevaar en het gouden kelderluik', *AA* 2016/1, p. 34-40.

9 'Negen stellingen over rechtsvorming door rechter en wetgever', NJV 1973, in: *Geschriften van H. Drion*, Deventer: Kluwer 1982, p. 377-378.

10 J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry* (oratie UvA), Amsterdam 2009.

III Open normen en de wet

III.1 Inleiding

De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen, aldus artikel 120 Gw. De afgelopen jaren heeft de Hoge Raad het verbod van toetsing van formele wetten doorgetrokken naar het gebruik van een open norm als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op formele wetgeving mag niet dan met de grootst mogelijke terughoudendheid worden onthouden. De te hanteren maatstaf – het beroep moet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn – kent nadere, strenge voorwaarden.

Het ligt niet in de rede dat het toetsingsverbod en de strengere voorwaarden waaraan de toepassingbeperkende werking van de redelijkheid en billijkheid moet voldoen, kunnen worden omzeild door het creëren van nieuwe betamelijkheidsnormen die de scherpe kanten van de formele wetgeving afslijpen. De bescherming van bedrijfsgeheimen en zorgplichten in de financiële sector dienen als voorbeeld.

III.2 Beroep op formele wet onaanvaardbaar?

Een beroep op de wet kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Het vereiste van onaanvaardbaarheid vraagt op zichzelf al om terughoudendheid, maar de noodzaak van terughoudendheid is nog klemmender bij afwijking van wettelijke, dwingendrechtelijke bepalingen.

> 'Zowel uit de tekst van art. 6:248 lid 2 BW, als uit de daarop – en op art. 6:2 lid 2 BW – gegeven toelichting, als uit de rechtspraak, volgt dat de redelijkheid en billijkheid in het algemeen eraan in de weg kunnen staan dat een partij bij een overeenkomst een beroep doet op een als gevolg van die overeenkomst tussen partijen geldende regel, voor zover dit beroep in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar zou zijn. Dat geldt ook als het gaat om een regel van dwingend recht (vgl. ook Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 72-73). Daarbij verdient wel opmerking dat reeds in het algemeen de rechter terughoudendheid past bij de beoordeling van een beroep op de redelijkheid en billijkheid, en dat de omstandigheid dat het gaat om een regel van dwingend recht, meebrengt dat voor honorering van een zodanig beroep nog minder ruimte bestaat dan bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 in het algemeen al het geval is, en dat de motivering van een dergelijk oordeel aan hoge eisen moet voldoen (vgl. bijvoorbeeld HR 27 oktober 1995, LJN ZC1859, NJ 1996/254).'[11]

Er zijn verschillende uitspraken waarin de Hoge Raad dat heeft uitgemaakt, vooral op het terrein van het arbeidsrecht en huurrecht. Aan het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid worden nu eens hoge

11 Zie HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695, *NJ* 2012/396 (*ABN AMRO/X*), r.o. 4.2.1. Zie ook de eerste conclusie van A-G P. Vlas, par. 2.24, voor HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, *NJ* 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Mathilda*); voorts M. Vriend, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:2 BW, aant. 3.5a, met een jurisprudentieoverzicht van gevallen waarin is afgeweken van een dwingendrechtelijke bepaling.

dan weer zware eisen gesteld. En soms moet het gaan om zeer bijzondere of uitzonderlijke omstandigheden.

In verschillende van deze zaken betrok de Hoge Raad in zijn overwegingen wat de wetgever met de wettelijke regeling voor ogen stond. In 1965 refereerde hij aan gevallen waarin volgens de Minister een beroep op huurbescherming zou moeten worden afgewezen[12] en in 1987 putte hij uit een brief van de Minister van Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer.[13]

In recente uitspraken worden die hoge of zware eisen of het zeer bijzondere en uitzonderlijke karakter van de desbetreffende gevallen nader uitgewerkt en geplaatst in het kader van het toetsingsverbod van artikel 120 Gw.

Een voorbeeld is de Bosentan-zaak. Een elfjarig meisje heeft baat bij het medicijn Bosentan. Er is één probleem: Bosentan wordt slechts vergoed aan personen van 18 jaar en ouder. Vergoeding aan het meisje zou dus – kort gezegd – een uitbreiding van de dekking van de verzekering betekenen, terwijl de Zorgverzekeringswet die dekking dwingendrechtelijk regelt.[14] Kan in dit geval op basis van de redelijkheid en billijkheid worden afgeweken van de inhoud van de privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomst tussen de zorgverzekeraar en de verzekerde?

De Hoge Raad overweegt dat het verzekerd pakket betrekking heeft op 'noodzakelijke zorg, getoetst aan aantoonbare werking, kosteneffectiviteit en noodzaak van collectieve financiering'. Daarom is het zorgverzekeraars niet toegestaan meer of andere zorg te vergoeden.[15] Wie andere zorg verlangt, dient de kosten daarvan zelf te dragen of een aanvullende verzekering af te sluiten, nu de wetgever op het bovenstaande stelsel geen uitzonderingen heeft gemaakt.[16] Waarom? Omdat we hier te maken hebben met een uitdrukkelijk gemaakte afweging van de wetgever, waarin de rechter niet mag treden:

> 'In verband met het grondwettelijke verbod wetten in formele zin te toetsen aan ander recht dan internationaal recht (art. 120 Grondwet), kan de rechter de afweging van de wetgever niet toetsen aan algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht […]. Dat geldt ook indien die toetsing plaatsvindt in de sleutel van de redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding van partijen bij onder meer een overeenkomst beheersen (art. 6:2 en 6:248 BW)'.[17]

Ruimte voor derogatie aan de formele wet is er wel, maar dan alleen, bij uitzondering, in geval van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever en die maken dat strikte toepassing van

12 HR 12 februari 1965, *NJ* 1965/139, m.nt. D.J. Veegens.
13 HR 13 november 1987, *NJ* 1988/254.
14 HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, *NJ* 2015/344, m.nt. J. Legemaate, r.o. 3.3. en 3.5.1.
15 R.o. 3.5.3.
16 R.o. 3.5.5.
17 R.o. 3.6.1 met verwijzing – ter vergelijking – naar HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469 (*Harmonisatiewet*).

de wet zozeer in strijd is met 'algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht', dat die toepassing achterwege moet blijven.[18] Zoals in het geval van het elfjarige meisje dat Bosentan kreeg voorgeschreven: de Hoge Raad maakt duidelijk dat aanspraak kan bestaan op vergoeding of verstrekking van het geneesmiddel indien het een zaak is van leven of dood, de verzekerde de kosten niet zelf kan opbrengen, alternatieven ontbreken en het geneesmiddel in aanmerking komt of zal komen om te worden opgenomen in het pakket.[19]

De Hoge Raad heeft dit toetsingskader, gezet in de sleutel van het toetsingsverbod van artikel 120 Gw, inmiddels al enkele keren herhaald.[20] In het Mathilda-arrest – over de limitering van de aansprakelijkheid in het personenvervoer – blijft de limitering van de aansprakelijkheid zoals neergelegd in artikel 8:193 lid 1 BW als zodanig overeind, omdat er zich geen niet-verdisconteerde bijzondere omstandigheden voordeden en de beperking als zodanig zowel internationaal als nationaal in het algemeen belang wordt geacht.[21]

Nu is de hoogte van de aansprakelijkheidslimiet bij personenvervoer uitgewerkt in een algemene maatregel van bestuur. Kan hieraan worden gederogeerd? De Hoge Raad acht de rechter nu vrijer, want het toetsingsverbod van artikel 120 Gw is niet van toepassing op louter materiële wetgeving. Een AMvB kan dus worden getoetst aan 'algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht'. Maar ook hier past terughoudendheid, ik citeer de Hoge Raad:

> 'Bij die toetsing heeft de rechter […] niet tot taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen moet worden toegekend, naar eigen inzicht vast te stellen. Voorts brengen zowel de aard van de wetgevende functie als de positie van de rechter in het Nederlandse staatsbestel mee dat hij ook overigens bij deze toetsing terughoudendheid moet betrachten […]. De rechter kan onder meer toetsen of de wetgever bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de betrokken regeling of regel heeft kunnen komen […]'.[22]

Een regel die geen wet in formele zin is, kan dus buiten toepassing worden gelaten:
- niet alleen op de grond – die ook voor formele wetten geldt – dat sprake is van bijzondere omstandigheden die niet of niet ten volle zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, in dit geval dus de lagere wetgever,[23]

---

18 R.o. 3.6.2, wederom met verwijzing – ter vergelijking – naar het Harmonisatiewetarrest, r.o. 3.4 en 3.9).

19 R.o. 3.6.3.

20 HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, *NJ* 2018, 376, m.nt. K.F. Haak (*Mathilda*), r.o. 3.8.1; zie ook HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845, *NJ* 2018/401, r.o. 3.4.2 (transitievergoeding en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) en HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2422, *NJ* 2019/36, r.o. 4.3.4 (art. 485a lid 2 Rv en de goede procesorde).

21 R.o. 3.8.2-3.

22 R.o. 3.9.1 met verwijzing naar HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, *NJ* 1987/251 (*Landbouwvliegers*), r.o. 6.1 en HR 4 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0146, *NJ* 2010/53, r.o. 3.6.

23 Zie overigens ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, *AB* 2016/447, m.nt. H.E. Bröring, r.o. 4.3 over de relevantie van verdisconteerde omstandigheden in de context van artikel 4:84 Awb.

– maar ook op de grond dat de lagere wetgever bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot die regeling of regel heeft kunnen komen.[24]

III.3 De betamelijkheidsnorm na Bosentan en Mathilda

Heeft dit alles gevolgen voor het aannemen van maatschappelijke betamelijkheidsnormen die zouden moeten gelden in een context die valt binnen het bereik van een wettelijke regeling? Is te verwachten dat als een eiser schadevergoeding vordert wegens schending van een maatschappelijke betamelijkheidsnorm, de rechter moet nagaan of die betamelijkheidsnorm bestaansrecht heeft naast die wettelijke regels? Weliswaar gaat het primair om de beoordeling van de betamelijkheid van iemands gedrag in de concrete omstandigheden van een geval en niet om een beoordeling van de wet. Toch, als de betamelijkheidsnorm in algemene zin wordt geformuleerd in de context van een al bestaand wettelijk kader, dan ligt de vraag of afbreuk wordt gedaan aan die wettelijke context voor de hand.

De vraag naar de verhouding tussen open normen en wettelijke regels is niet nieuw. Floris Bakels had oog voor de verhouding tussen open normen en wettelijke regels, in zijn oratie in 2009, dus nog voordat Bosentan en Mathilda werden gewezen. Hij betoogde dat

> 'het ontwikkelen van specifieke regels op basis van vage normen die reeds bestaande scherpe regels opzijzetten, een niet-aanvaardbare vorm van rechtsvinding is'.[25]

Deze observatie van Bakels komt door de arresten Bosentan en Mathilda in een scherper licht te staan. Als er al een formeelwettelijk kader bestaat, kan het aannemen van een maatschappelijke betamelijkheidsnorm naast dat kader een toetsing van dat wettelijk kader inhouden. Indien de betamelijkheidsnorm het bestaande kader aanvult en daarmee in zekere zin corrigeert, komt artikel 120 Gw in beeld.

Vóór Bosentan en Mathilda leek de Hoge Raad zich, bijvoorbeeld, nogal onbekommerd uit te laten over het aannemen van een zorgplicht in de financiële sector, naast de wettelijke verplichtingen van de financiële instellingen.

Zou de reden hiervoor gelegen kunnen zijn in het gegeven dat de wettelijke regels zijn geschreven voor het publiekrechtelijke toezicht op de financiële sector, terwijl de rechtsverhouding tussen financiële dienstverlener en de klant behoort tot het autonome privaatrecht en de wetgever die autonomie heeft

24 R.o. 3.9.2.

25 F.B. Bakels, *Aspecten van samenloop (I)*, *WPNR* 2009/6796, p. 342.

verzekerd?[26] Dat zou een niet vol te houden gedachte zijn. De Wet financieel toezicht, bijvoorbeeld, is het resultaat van de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht – de verwevenheid is een feit – en de wetgever heeft op verschillende plaatsen duidelijk gemaakt dat de wet tot doel heeft consumenten te beschermen tegen financiële ondernemingen en dat de overtreding van de wet een onrechtmatige daad oplevert.

Neem het fameuze De Treek/Dexia-arrest, waarin volgens het hof op Dexia als bijzonder deskundig te achten financiële dienstverlener de verplichting rustte ten aanzien van een risicovol en complex aflossingsproduct, aangeboden aan een breed publiek, zich adequaat de belangen van haar klant aan te trekken door indringend te waarschuwen voor het aan dit product verbonden specifieke risico van een restschuld dat bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst kan optreden. De Hoge Raad laat de uitspraak op dit punt in stand, gelet op de maatschappelijke functie van een effecteninstelling als Dexia en haar deskundigheid.[27] Hij overweegt daarbij in dezelfde rechtsoverweging:

> 'Deze waarschuwingsplicht strekt […] mede ertoe de afnemer, ook al is hij zich op grond van de door Dexia verschafte informatie bewust van de aan de overeenkomst verbonden risico's, indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan daarvan.'

Voorts hecht hij aan de vaststelling van het hof dat de 'bewuste, algemeen geformuleerde, waarschuwingen onvoldoende bescherming bieden tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht van een onervaren particuliere belegger'.

Dexia houdt in cassatie de overweging van het hof in het licht van de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 1999, een regeling die op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst van Dexia en De Treek nog niet in werking was getreden, terwijl de precieze inhoud van bovengenoemde bepaling nog niet bij Dexia bekend kon zijn. Voor zover het hof een verdergaande waarschuwingsplicht had aangenomen dan door de Nadere Regeling werd geëist, zou het oordeel onjuist zijn.

De Hoge Raad doet deze klacht kort en krachtig af:

> 'Het hof heeft zijn oordeel gegrond op in de precontractuele fase op Dexia rustende, uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeiende, verplichtingen tot het betrachten van bijzondere zorg jegens [eiser]. Voor zover het onderdeel de opvatting huldigt dat deze privaatrechtelijke zorgplicht geen verdere reikwijdte kan hebben dan de zorgplichten die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd, faalt het. Die opvatting is onjuist.'[28]

---

26 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 92 en Vierde NvW, *Kamerstukken II* 2005/06. 29 708, nr. 19, p. 317 en 515.

27 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH281, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Dexia/De Treek*), r.o. 4.10.3.

28 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH281, *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*Dexia/De Treek*), r.o. 4.10.3.

Verhoudt deze uitspraak zich wel goed tot de financiële regelgeving?[29] Al vóór het arrest De Treek/Dexia was duidelijk dat de wetgever grenzen stelde aan de informatieplicht van financiële instellingen. De wetgeving zou de 'gemiddelde consument' moeten beschermen en niet de 'goedgelovige' consument:

> 'In het wetsvoorstel is als uitgangspunt genomen dat de gemiddelde consument bereid is zich in de aangeboden informatie te verdiepen om aldus na te gaan wat de kenmerken en risico's van een financieel product zijn en om te achterhalen of het product voor hem geschikt is. Bij het opstellen van de informatie mag de financiële dienstverlener ervan uitgaan dat de consument in staat is zijn eigen financiële positie in kaart te brengen. Is een consument dat niet dan zal immers geen enkele vorm van informatieverstrekking toereikend zijn hem in staat te stellen zich een adequaat oordeel te vormen over een bepaald financieel product.'[30]

De wens om bescherming tegen lichtzinnigheid komt in deze passage niet voor. De goedgelovige consument als uitgangspunt nemen, acht de wetgever onuitvoerbaar en zonder betekenis:

> 'Immers, welk type informatie deze consument ook krijgt aangeboden, hij zal het niet bestuderen en de waarschuwingen daarin niet lezen. De "goedgelovige consument" zou leiden tot een systeem waarbij van de financiële onderneming wordt verlangd dat hij, en niet de consument, de afweging maakt of een bepaald product zou moeten worden aangeschaft. Anders gezegd, er zou voor alle financiële producten een adviesplicht ontstaan. Dit zou echter tot een aanzienlijke kostenstijging van alle financiële producten leiden en fundamenteel de verantwoordelijkheden van financiële dienstverlener en consument verkeerd verdelen.'[31]

De Hoge Raad had dus wel wat uit te leggen in het licht van de wetgeving en de wetgevingsinitiatieven die de aan te nemen zorgplicht raken. Vanuit het perspectief van de Bosentan-uitspraak oogt de motivering mager.

Ná Bosentan lijkt het of er meer aandacht is voor de wettelijke context van de voorliggende casus. Zo werd de SNS Bank verweten dat zij in de periode 1999-2003 had nagelaten klanten te behoeden voor overkreditering bij het verstrekken van hypothecaire leningen. Dit gedrag moet volgens het hof worden beoordeeld aan de hand van de ten tijde van de verstrekking van de hypothecaire geldleningen geldende normen en regelgeving:

> 'Van een voldoende uitgewerkt wettelijk kader was in die periode nog geen sprake. In een dergelijk geval zijn beslissend de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan de derde verweten gedraging of nalatigheid. Op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, rust op banken een bijzondere zorgplicht jegens haar cliënten en derden met wier belangen zij rekening behoort te houden. De maatschappelijke functie van banken brengt een (bijzondere)

29 K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 2010/6853, p. 623-633.

30 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 86. In dezelfde zin: Vierde NvW, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 321-322.

31 MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 3, p. 86.

> zorgplicht met zich waarvan de omvang afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.'[32]

In de voorliggende omstandigheden houdt die zorgplicht volgens het hof in dat een kredietgever vóór het verstrekken van een hypothecaire geldlening verplicht is om:

> 'te onderzoeken of een consument de financiële lasten verbonden aan de hypothecaire geldlening kan dragen, zodat overkreditering kan worden voorkomen. Hiertoe zal de kredietgever een inkomens- en vermogenstoets dienen uit te voeren, zodat bepaald kan worden of de beoogde te verstrekken hypothecaire geldlening betaalbaar is. Deze zorgplicht dient in beginsel te worden onderscheiden van de zorgplicht om te waarschuwen voor de risico's verbonden aan het bestedingsdoel.'[33]

In deze overwegingen ligt een beoordeling van het wettelijk kader besloten: dat kader zou onvoldoende zijn uitgewerkt. Zo komt artikel 120 Gw in beeld. De vraag is dan of de aanvullende zorgplicht die het hof vindt door de constitutionele beugel kan.

Het cassatiemiddel dat is gericht tegen deze overwegingen stelt dat zo'n aanvullende plicht destijds niet bestond alsook dat onduidelijk was wat het hof bedoelde met het voorkomen van overkreditering. Het stelt dus niet aan de orde of er ruimte was het wettelijk kader aan te vullen.

De Hoge Raad stelt voorop dat de maatschappelijke functie van een bank een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt:

> 'De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval (vgl. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285). De civielrechtelijke zorgplicht van de kredietaanbieder kan verder reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd.'[34]

Hij noteert in dit verband dat de leningen zijn verstrekt in een periode waarin nog geen specifieke regelgeving ter voorkoming van overkreditering van de consument bij hypothecair krediet bestond. Vervolgens onderzoekt hij of hypothecairkredietverleners naar ongeschreven recht destijds gehouden waren te waken tegen overkreditering van consumenten. Daarbij relateert hij aan de ontwikkelingen in dezelfde periode op wetgevingsterrein. Het voorstel van wet

---

32 Hof Arnhem-Leeuwarden, r.o. 4.25, te kennen uit HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *NJ* 2017/363, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P*).

33 R.o. 4.26.

34 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *NJ* 2017/363, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P*), r.o. 4.2.5, met verwijzing naar HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.11.5. Zie ook HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, *NJ* 2019/184, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, r.o. 3.4.2.

met betrekking tot de Wet financiële dienstverlening waarin een regeling was opgenomen ter voorkoming van overkreditering dateert weliswaar van 2004 en is eerst per 1 januari 2006 in werking getreden.[35] De desbetreffende normen waren echter al in de periode 1999-2003 in ontwikkeling, aldus de Hoge Raad:

> 'In art. 28 (oud) van de Wet op het consumentenkrediet (Stb. 1990/395) was bepaald dat de kredietgever onder omstandigheden diende te beschikken over genoegzame inlichtingen aangaande de kredietwaardigheid van degene voor wie het krediet werd aangevraagd. In de parlementaire geschiedenis van deze wet is erop gewezen dat de aanbieder van krediet aandacht ervoor dient te hebben dat het nemen van krediet door de consument kan leiden tot problematische schuldsituaties (Kamerstukken II 1986/87, 19 785, nr. 3, p. 23-24). De Wet op het consumentenkrediet had dan ook mede ten doel consumenten te beschermen tegen overkreditering.'[36]

Daarnaast acht hij nog drie omstandigheden van belang. Ten eerste was de verstrekking van hypothecair krediet in de relevante periode onderwerp van zelfregulering, primair gericht op informatieverstrekking, ook over de financiële gevolgen en kosten voor de consument.[37] Ten tweede moet het voor banken ook in de periode 1999-2003 duidelijk zijn geweest dat consumenten door onverantwoorde kredietverstrekking in ernstige problemen konden komen, ook in geval van hypothecair krediet. Ten derde is een kredietverlenende bank als ter zake kundige in de regel beter dan een kredietvragende consument in staat de gevolgen van kredietverstrekking te overzien en weer te geven, en om te beoordelen of de consument in staat zal zijn de lasten van de kredietverstrekking te dragen en te blijven dragen. De conclusie luidt:

> 'Op grond van het hiervoor overwogene bracht de bijzondere zorgplicht van de bank, ook in de periode 1999-2003, mee dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst tot hypothecair krediet met een consument inlichtingen diende in te winnen over diens inkomens- en vermogenspositie teneinde overkreditering van de consument te voorkomen. Dat deze verplichting pas nadien in regelgeving is vastgelegd, laat onverlet dat de norm al voordien tot ontwikkeling was gekomen. De vastlegging in geschreven recht vormde veeleer de bevestiging daarvan.'[38]

De Hoge Raad ziet dus ruimte voor een betamelijkheidsnorm naast de bestaande wetgeving, met heel wat meer aandacht voor het wettelijk kader dan in De Treek/Dexia. Duidelijk is dat de Hoge Raad zich heeft gebogen over de geldende – volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden onvoldoende uitgewerkte – wetgeving en de aanloop naar de uitbreiding van de wettelijke plichten van kredietgevers. Hierin past de op de omstandigheden van het geval toegesneden

35 Artikel 51 Wfd, later artikel 4:34 Wet op het financieel toezicht; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 507, nr. 2.

36 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *NJ* 2017/363, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P*), r.o. 4.2.3 met verwijzing naar HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, *NJ* 2015/477, r.o. 3.4.3.

37 Zie nader hoofdstuk IV.

38 R.o. 4.2.7.

gevonden zorgplicht. Hij heeft klaarblijkelijk geen aanwijzingen gevonden dat de wetgever destijds een verplichting tot onderzoek naar de financiële draagkracht uitdrukkelijk afwees.

In een recente uitspraak laat de Hoge Raad duidelijk zien hoeveel lagen de zorgplicht van de bank in contractuele rechtsverhoudingen kent. Allereerst zijn er de algemene bankvoorwaarden en de aanvullende wettelijke bepalingen van de boeken 6 en 7 BW:

> 'Een van de zorgplichten van een bank jegens haar cliënt is neergelegd in art. 2 van de ABV, die doorgaans van toepassing zijn op de door hen gesloten overeenkomst. Daarnaast kunnen uit verschillende wettelijke bepalingen die deze overeenkomst beheersen, voor een bank jegens haar cliënt verplichtingen voortvloeien, bijvoorbeeld uit art. 6:248 lid 1 BW en (afhankelijk van de rechtsverhouding tussen de bank en de cliënt) art. 7:401 BW' (r.o. 2.9.1).[39]

Voorts is er de bijzondere zorgplicht die voortvloeit uit de bijzondere maatschappelijke positie van de bank:

> 'De maatschappelijke functie van banken brengt daarnaast een bijzondere zorgplicht mee. Het kan daarbij onder meer gaan om onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingsplichten. De inhoud en de reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht hangen mede af van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het product en de daaraan verbonden risico's. In een geval als het onderhavige zijn de inhoud en de reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht beperkt, nu geldlening niet een ingewikkeld product is en de cliënt niet een consument is' (r.o. 2.9.2).

Ten slotte is er de algemene zorgplicht van artikel 24a Wet financieel toezicht:

> 'Voor een bank als financiële dienstverlener gelden voorts de gedragsregels en normen van Deel 4 Wft. Daarbij verdient opmerking dat de in art. 4:24a Wft neergelegde zorgplicht blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling geen andere is dan de uit het privaatrecht voortvloeiende zorgplicht van financiële dienstverleners jegens hun cliënten' (r.o. 2.9.3).

De verhouding tussen de privaatrechtelijke en publiekrechtrechtelijke zorgplicht behoeft dus niet – langer – te worden geproblematiseerd, omdat de wetgever de twee inmiddels ziet als synoniemen.

Zo lijkt het erop dat de Hoge Raad meer werk maakt van de samenhang tussen betamelijkheidsnorm en de wet, meer dan in De Treek/Dexia. Hierbij hanteert hij niet met zoveel woorden de maatstaf uit het Bosentan-arrest. Zo stelt hij niet de vraag of strikte toepassing van het bestaande wettelijk kader zozeer in strijd is met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, dat een

39 HR 20 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276, *RvdW* 2020/883 (*Alegre/Promontoria*).

aanvulling noodzakelijk is. Dat heeft er misschien mee te maken dat de Bosentan-maatstaf eigenlijk niet nodig is en dat uitleg van de wettelijke regeling zou kunnen volstaan om ruimte te maken voor een aanvullende zorgplicht.

III.4 Volstaat uitleg van de wettelijke regeling?

Men kan zich afvragen of de bijzondere aandacht voor artikel 120 Gw noodzakelijk is, of het nu om het vinden van een betamelijkheidsnorm gaat in een context die wordt bestreken door publieke regelgeving of om het beoordelen van de onaanvaardbaarheid van een beroep op een dwingende wet. Is er niet een aanlokkelijk alternatief voorhanden? Kan de rechter niet volstaan met de inhoud en reikwijdte van die dwingende wet vast te stellen en na te gaan of deze ruimte laat voor een betamelijkheidsnorm naast de wet, zoals hij ook zou kunnen nagaan of die wet verdraagt dat een partij in concrete omstandigheden geen beroep op de wet toekomt? Het kan best zijn dat die ruimte er pas is in geval van strijd met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, maar denkbaar is dat er gevallen zijn waarin met minder genoegen kan worden genomen.

Men neme de casus van Lindenbaum/Cohen die tegenwoordig wordt bestreken door Richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan. Volgens de preambule van de richtlijn is de ratio van de regeling gelegen in het feit dat innovatieve bedrijven steeds meer zijn blootgesteld aan oneerlijke praktijken die gericht zijn op het onrechtmatige gebruik van bedrijfsgeheimen, zoals diefstal, kopiëren zonder toestemming, economische spionage of inbreuk op vertrouwelijkheidsvereisten, zowel van binnen als van buiten de Unie. In de Europese Unie is de bescherming van bedrijfsgeheimen divers en versnipperd. De richtlijn beoogt het recht van de lidstaten op elkaar af te stemmen, zodat er op de gehele interne markt een toereikend en consistent niveau van civielrechtelijke maatregelen is in geval van het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim.

Overweging 10 van de preambule voegt hieraan toe:

> 'Deze regels moeten gelden onverminderd de mogelijkheid voor de lidstaten te voorzien in verder reikende bescherming tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van bedrijfsgeheimen, zolang de waarborgen ter bescherming van de belangen van derden die uitdrukkelijk in deze richtlijn zijn vastgesteld, in acht worden genomen.'

Artikel 1 van de Richtlijn (EU) 2016/943 bepaalt voorts uitdrukkelijk:

> 'De lidstaten kunnen, met inachtneming van de bepalingen van het VWEU, voorzien in een verder reikende bescherming tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van bedrijfsgeheimen dan door deze richtlijn wordt voorgeschreven.'

Er is dus kennelijk ruimte voor verdergaande bescherming dan de bescherming die in Nederland is neergelegd in de Wet bescherming bedrijfsgeheimen.[40] De rechter is hierbij niet per se aangewezen op een ingewikkelde zoektocht naar de omstandigheden die zijn verdisconteerd in de wettelijke regeling en op strijd met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, anders dan de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Uitleg van de regeling kan simpelweg uitwijzen dat er ruimte is voor bescherming die verder reikt dan de wet biedt.

III.5 Afronding

Waarom zou het anders zijn voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid? Ten eerste moet vooropstaan dat niet de regeling zelf ter beoordeling staat, maar het beroep erop door een partij, in het licht van de omstandigheden van het geval. Ook daarbij is het zaak oog te houden op de inhoud en reikwijdte van de dwingende wettelijke regeling en zal van belang zijn of die ruimte laten voor de gebruikelijke toepassing van de artikelen 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW. De mogelijkheid van een beroep op die bepalingen behoeft niet per definitie af te hangen van de concrete omstandigheden die de wetgever heeft verdisconteerd en van de eventuele strijdigheid met ongeschreven recht, anders dan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Het is eigenlijk zoals de Hoge Raad het vóór Bosentan en Mathilda deed: nagaan wat de wetgever met de wettelijke regeling voor ogen stond.

Ondertussen zijn de rechters niet te benijden. Vragen als deze, van sociale, economische of technische aard, vergen input die zij niet vanzelfsprekend in huis hebben. Het gaat bovendien om keuzes van maatschappelijk controversiële aard, waarvan de gevolgen in de regel moeilijk zijn te voorspellen. De test van Bosentan en Mathilda scherpt de rechters in te onderzoeken of het wel aangewezen is maatschappelijke knopen door te hakken met gebruikmaking van een betamelijkheidsnorm.

We zouden de rechters de link met artikel 120 Gw kunnen besparen bij het vinden van betamelijkheidsnormen die mogelijk interfereren met een al bestaand wettelijk kader en volstaan met het stellen van ‘hoge’ of ‘zware’ eisen aan de omstandigheden waarop een betamelijkheidsnorm wordt gestoeld.

Het is dan wel raadzaam dat partijen anticiperen op de taak die de rechter heeft te verrichten, nog afgezien van hun betrokkenheid bij de totstandkoming van wetgeving. Zij kunnen de rechter – ook de hoogste rechter – voorzien van de feitelijke achtergrond van hun geschil, van de noodzakelijke expertise met betrekking tot de context en van de mogelijke gevolgen van deze of gene

40 Wet van 17 oktober 2018, houdende regels ter uitvoering van Richtlijn 2016/943/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (PbEU 2016, L157).

beslissing.[41] Zij zouden het moeten doen, want een in algemene termen vervatte zorgplicht náást een wettelijke regel wordt immers al gauw onderdeel van het algemene juridisch kader. Zo maken partijen deel uit van het proces van rechtsvinding, vanaf het eerste moment waarop hun zaak gestalte krijgt tot en met het vragen van vonnis of arrest.

IV Open normen en soft law

IV.1 Soft law

De zaak tussen de SNS Bank en de Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P is om nog een andere reden interessant voor de grenzen aan het werken met open normen. In zijn zoektocht naar het bestaan van een zorgplicht van de SNS Bank in een tijd waarin de wet voor het onderhavige geval nog geen bijzondere zorgplicht bevatte met het oog op overkreditering, kende de Hoge Raad gewicht toe aan het bestaan van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen.[42] De kredietgevers waren zelf betrokken bij die code en dat lijkt van belang om hen gebonden te kunnen achten aan wat in de concrete rechtsverhouding – achteraf, maar in lijn met die code – als betamelijk of redelijk en billijk wordt geacht, zo leek de Hoge Raad te willen zeggen. De zorgplicht lag dus niet achter de poort van de rechter verscholen.

Het ligt ook voor de hand dat partijen en rechters in hun zoektocht naar aanwijzingen voor wat wel en niet door de beugel kan, kijken naar uitdrukkingen van gewenst gedrag in documenten die in de maatschappelijke kring van de betrokken partijen zijn opgesteld, zeker als een zaak in een hele specifieke context speelt. Dan is er deskundigheid en ervaring nodig om die context te kunnen begrijpen. Als tegelijkertijd specifieke wettelijke regels ontbreken, is het maar de vraag of partijen in staat zijn inzicht te bieden en rechters in staat zijn inzicht te krijgen in wat ter zake als betamelijk of redelijk en billijk heeft te gelden. Er zijn natuurlijk procesrechtelijke mogelijkheden om dat inzicht te verwerven, maar die kunnen tijdrovend en kostbaar zijn. Als een partij zelf, haar brancheorganisatie of een andere instantie in een gedragscode of in een ander document als het ware een voorschot heeft genomen op wat in de relevante kringen als redelijk en billijk of betamelijk zou kunnen worden beschouwd, dan biedt zo'n document een welkom uitgangspunt voor het partijdebat en de beoordeling van de zaak.[43]

---

41 Vergelijk artikel 393 lid 2 Rv voor de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad.

42 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *NJ* 2017/363, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P*), r.o. 4.2.4.

43 Onder meer I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: W.J. Witteveen, I. Giesen & J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving* (preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: Kluwer 2007 en zijn Monografie Privaatrecht nr. 8 (2007) over hetzelfde onderwerp; M. Menting & J.B.M. Vranken, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland' en M.W. Scheltema, 'Assessing Effectiveness of International Private Regulation in the CSR Arena', in: *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaat-*

In de regel gaat het over documenten die op zichzelf genomen geen afdwingbare rechtsplichten bevatten. Het gaat om *soft law*, in soorten en maten. Er zijn bedrijven, brancheorganisaties, verenigingen, beroepsgroepen, overheden, toezichthouders of particuliere ad-hoccommissies die voor zichzelf, werknemers, groepsondernemingen, handelspartners, burgers, beroepsgroepen en branches documenten opstellen met beginselen, aanbevelingen, *best practices* of gedragsregels.

Die documenten hebben gemeen dat ze op zichzelf geen bron van rechtsplichten zijn. In een concrete zaak zijn het eigenlijk feiten. Tegelijkertijd weten wij dat ze wel van invloed kunnen zijn op rechtsverhoudingen en een rol kunnen spelen bij het invullen van open normen. Wanneer en hoe, dat verschilt.[44]

IV.2 De relevantie van soft law

In contractuele rechtsverhoudingen ligt het voor de hand het document te betrekken bij het vaststellen van de rechten en verplichtingen van partijen, bij de uitleg van de overeenkomst, bij het vaststellen van de verwachtingen over en weer of bij een beroep op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.[45]

Soms vraagt de ene partij van de andere uitdrukkelijk het commitment aan een gedragscode. Soms kan uit het document een in Nederland levende rechtsovertuiging worden gedestilleerd, die kan worden betrokken bij het vaststellen van wat de redelijkheid en billijkheid vergen (art. 3:12 BW).[46] Soms reflecteert het een gewoonte die de rechtsgevolgen van een overeenkomst bepaalt (art. 6:248 lid 1 BW). Soms kunnen aan ronkende voornemens gerechtvaardigde verwachtingen worden ontleend.

Dat er metterdaad rechtsgevolgen worden verbonden aan een document is echter geen wet van meden en perzen. Beginselen, best practices en gedragsregels lenen zich immers niet per se voor de rol van afdwingbare rechtsplichten. Bovendien zijn er zorgen over de ontwikkelingen van soft law, omdat de opstellers van 'soft law-documenten' niet noodzakelijkerwijs recht doen aan de belangen van de betrokken partijen, en betrokkenen noodzakelijke bescherming onthouden.[47] Rechters zullen in die gevallen niet schromen het soft law-document ter zijde te laten.

---

rechtelijk perspectief (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2014; H. Swennen & A.G. Castermans, 'Privaatrecht en soft law', *TPR* 2014-2, p. 805-845; M.W. Wallinga, 'De invloed van Europese soft law op privaatrechtelijke normstelling op het gebied van financiële dienstverlening', *NTBR* 2015/40, p. 271-272.

44 M.-C. Menting, *Industry codes of conduct in a multi-layered Dutch private law* (diss. Tilburg), Tilburg: Prisma print 2016, p. 191 e.v.

45 A.G. Castermans & B. Fauvarque Cosson, 'CSR in contracts', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *CSR for young business lawyers*, Den Haag: BJU 2017, p. 109 e.v.; M. Scheltema, 'Koop van zaken uit verre landen: hoe om te gaan met contractuele ketens', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Sluitertijd. Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 315 e.v.

46 Zij het 'niet zonder meer': HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1696, *NJ* 2018/398, r.o. 3.3.3. In vennootschapsrechtelijke verhoudingen onder meer HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, *NJ* 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABNAMRO*), r.o. 4.4 en HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, *NJ* 2010/544, m.nt. van Schilfgaarde (*ASMI*).

47 V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2020, hoofdstuk 6.

In de context van buitencontractuele aansprakelijkheid is het op het eerste gezicht minder vanzelfsprekend een relevant soft law-document te betrekken bij het invullen van de betamelijkheidsnorm, ervan uitgaande dat de betrokken partijen zich niet jegens elkaar hebben gecommitteerd langs de lijnen van dat document te handelen.

Vanuit het perspectief van de rechter kan zo'n document welkom zijn, omdat het mogelijkerwijs belangrijke informatie bevat over wat in een bepaalde context als zorgvuldig of betamelijk heeft te gelden. Daar is meer reden voor naarmate er meer relevante partijen bij zijn betrokken.

Neem de Urgenda-uitspraken, waarin een belangrijke rol is ingeruimd voor soft law-documenten.[48] Het ging om internationale, niet bindende documenten over klimaatverandering. Bij de totstandkoming ervan was de Staat betrokken. In de procedure zijn deze documenten uit en te na besproken, zo blijkt uit de uitspraken van rechtbank, hof en Hoge Raad. De rechtbank heeft ze gebruikt voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW en het hof om de positieve verplichtingen van de Staat op grond van het EVRM te concretiseren.

Men kan van mening verschillen of de documenten het feitelijk steeds bij het rechte eind hebben. Ook kan men vraagtekens zetten bij de bevoegdheid van de civiele rechter om de Staat specifieke klimaatdoelen op te leggen. Van belang in het kader van dit preadvies is dat de documenten met het karakter van soft law in de Urgenda-uitspraken onderdeel waren van een nauwgezet proces van waarheidsvinding. Vastgesteld werd dat partijen het in hoge mate eens waren over de feiten, waaronder de inhoud en strekking van de documenten van soft law en daarmee over de mate van urgentie van maatregelen om klimaatverandering tegen te gaan. De feitenrechters ordenden het door partijen aangedragen feitenmateriaal, stelden op basis daarvan de feiten vast en vulden de open norm – artikel 6:162 BW, artikelen 2 en 8 EVRM – in. Zo was de brug van de feiten naar zorgplicht of positieve verplichting onder het EVRM – procesrechtelijk gezien – betrekkelijk klein.

De Urgenda-zaak maakt wat mij betreft inzichtelijk aan welke beperking het werken met soft law bij het invullen van open normen onderhevig is. De rechter moet er niet aan beginnen als niet eerst de inhoud en strekking van de desbetreffende documenten is vastgesteld.

IV.3 Soft law als feit

Werken met soft law is niet gemakkelijk, juist omdat het om iets feitelijks gaat. Voordat rechters soft law kunnen hanteren om een norm in te vullen, moeten naast de inhoud van het document zelf ook de feiten en omstandigheden worden vastgesteld die aanleiding vormen om het document te hanteren bij het invullen van de open norm. Partijen zouden de rechter de relevante documenten en informatie daarover moeten aanleveren. De betekenis ervan moet worden gesteld en zo nodig bewezen.

48 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier.

Welke feiten zijn relevant? Er is aandacht voor de representativiteit van de opstellers, transparantie ter zake van de totstandkoming, de wijze waarop verantwoording wordt afgelegd en de handhaafbaarheid.[49] Voorts wordt van belang geacht de aard van de materie, de inhoudelijke kwaliteit van de opgenomen regels, de betrokkenheid van de overheid en het procedurele kader.[50] Met het oog hierop ligt het voor de hand een aantal vragen te stellen. Wie heeft het document opgesteld? Zijn partijen betrokken bij het document; is die betrokkenheid relevant voor het doorwerken van het document?[51] Welke omstandigheden maken dat het document in meer of mindere mate effect heeft op de open norm? Waarom leent de inhoud en strekking van de verschillende onderdelen van het document zich in meer of mindere mate voor invulling van de open norm? Waarom is meer of minder relevant wat de opstellers voor ogen hadden? Met de antwoorden op deze vragen kan de rechter beoordelen of er aanleiding is er betekenis aan toe te kennen bij het formuleren van maatstaven van redelijkheid en billijkheid, betamelijkheidsnormen of zorgplichten.

Enkele zaken, naast de uitspraken in Urgenda, laten zien hoeveel werk partijen en rechters ervan maken. Een voorbeeld is de zaak waarin de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek van het Verbond van Verzekeraars een belangrijke rol speelt. Partijen deden in feitelijke instanties een beroep op deze code.[52] Het hof legde de relevante bepalingen van de code uit en paste deze toe in de context van het partijdebat.[53] In cassatie werden tegen de desbetreffende overwegingen geen rechtsklachten maar motiveringsklachten gericht, en terecht, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad:

> 'Opmerking verdient nog dat de Gedragscode berust op zelfregulering en niet kan worden aangemerkt als "recht" in de zin van art. 79 RO, zodat de uitleg daarvan in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht.'[54]

In een andere zaak, waarin de meetinstructies van de Nederlandse Vereniging van Makelaars worden gehanteerd om de zorgplicht van de verkopende makelaar jegens de koper in te vullen, stelt de feitenrechter nauwkeurig vast dát de makelaar lid was van die vereniging en waarom die meetinstructie tot stand is gekomen en wat die behelst:

---

49 M. Menting & J.B.M. Vranken, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland', in: *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 40.

50 M. Menting & J.B.M. Vranken (2014), p. 41.

51 Zo is de Hoge Raad kritisch op het een-op-een toekennen van betekenis aan de bedoeling van de opstellers van de NVM-standaardakte; het moet immers gaan om de bedoeling van de contracterende partijen. Zie HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414, *NJ* 2010/62, m.nt. M.H. Wissink (*De Rooij/Van Olphen*), r.o. 3.6.

52 Onderdeel 20 van de conclusie van P-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *NJ* 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Interpolis*).

53 R.o. 6-8 en 34-36.

54 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *NJ* 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Interpolis*), r.o. 5.2.1.

> 'Het hof heeft vastgesteld dat de NVM toepassing van de meetinstructie voor de bij haar aangesloten makelaars verplicht heeft gesteld omdat derden erop moeten kunnen vertrouwen dat het woonoppervlak dat bij verkoop wordt vermeld niet de bruto maar de netto (gebruiks)oppervlakte betreft, bepaald volgens de zogenoemde NEN-2580 (rov. 3.7; zie ook rov. 3.13). Mede in het licht van de diverse uitspraken van de Raden van Toezicht en de Centrale Raad van Toezicht van de NVM die [verweerder] c.s. hebben overgelegd en waarop zij zich hebben beroepen, is die vaststelling geenszins onbegrijpelijk. Zo overwoog de Centrale Raad van Toezicht van de NVM in onder meer de – door het hof in rov. 3.9 genoemde – uitspraak van 6 juni 2013 (nr. 13-2442 CRvT):
>
> 'Uitgangspunt is dat derden in beginsel op de inhoud van de in de verkoopdocumentatie opgenomen eigenschappen van het aangeboden object moeten kunnen afgaan bij het nemen van een aankoopbeslissing.
>
> Het behoort tot de taak van de verkopend makelaar om te vermijden dat op grond van de inhoud van de verkoopdocumentatie bij derden verwachtingen worden gewekt waarvan later blijkt dat daarvoor geen of onvoldoende grond bestaat. Dat geldt in het bijzonder voor de in de verkoopdocumentatie opgenomen gebruiksoppervlakte omdat de gegevens daarover voor potentiële kopers in het algemeen een belangrijk aspect vormen bij het nemen van een aankoopbeslissing.'
>
> De meetinstructie strekt derhalve tot bescherming van de belangen van de aspirant-kopers' (r.o. 3.4.4).

Dit betekent voor de zorgplicht van de makelaar-verkoper jegens de koper:

> 'Aldus bepaalt de meetinstructie in belangrijke mate het vertrouwen dat kopers van woningen die worden aangeboden door NVM-makelaars, mogen ontlenen aan de in de verkoopinformatie genoemde woon- of gebruiksoppervlakte: in beginsel mogen zij ervan uitgaan dat de vermelde oppervlakte is gemeten met inachtneming van de meetinstructie en dus – afgezien van de in de meetinstructie zelf genoemde ondergeschikte afwijkingen ten gevolge van bijvoorbeeld interpretatieverschillen, afrondingen of beperkingen bij het uitvoeren van de meting – overeenkomt met het netto woonoppervlak van de woning. Dat kan anders zijn indien de aspirant-koper uit verklaringen of gedragingen van de zijde van de verkopend makelaar, eventueel in samenhang met andere omstandigheden van het geval, heeft moeten begrijpen dat de in de verkoopinformatie vermelde oppervlakte van de woning volgens een andere methode dan de door de meetinstructie voorgeschreven methode is gemeten (zie hiervoor in 3.1 onder (ii), slot), of indien de omstandigheden van het geval anderszins de koper aanleiding hadden moeten geven tot twijfel over de juistheid van de opgegeven oppervlakte. Stelplicht en bewijslast ter zake van dergelijke, aan het vertrouwen van de aspirant-koper afbreuk doende, verklaringen, gedragingen of andere omstandigheden, rusten op de betrokken NVM-makelaar' (r.o. 3.4.5).[55]

De meetinstructie is derhalve een feit en kan als zodanig van invloed zijn op de van de makelaar te vergen betamelijkheid, net als de betekenis die kopers in een concrete zaak wel of niet toekennen aan de opgave van de oppervlakte van een perceel of woning. Als er feiten en omstandigheden zijn waaruit is af te leiden dat de kopers zich niet bekreunden over het precieze aantal vierkante meters, dan is het aan de makelaar-verkoper om de rechter ervan te door-

55 HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, *NJ* 2020/7, m.nt. J.L. Smeehuijzen onder *NJ* 2020/8.

dringen dat er geen aanleiding is in deze zaak aan te nemen dat er een zorgplicht is geschonden, de meetinstructie ten spijt.

Zo precies en transparant gaat het niet altijd. Het gebruik van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen in de SNS-zaak biedt nagenoeg geen inzicht in de betekenis van die code. Het hof refereert aan de Gedragscode Hypothecaire Financieringen en overweegt dat volgens de SNS Bank uit die code was af te leiden dat de bank niet veel anders kon of behoorde te doen:

> 'SNS Bank betwist, samengevat, primair dat er destijds op haar een zorgplicht rustte om overkreditering te voorkomen. In die tijd bestond er geen maatschappelijke- of rechtsnorm om consumenten te behoeden voor overkreditering. Toetsing vond in die tijd plaats op basis van een normatief, dus geobjectiveerd, kader, zoals destijds vastgelegd in de Gedragscode Hypothecaire Financieringen 2001. Bij de toetsing mag SNS Bank geen willekeurige rente hanteren, maar dient zij zich te houden aan de toetsrente, zoals vastgelegd in genoemde gedragscode. De voorwaarde dat de inkomstenbron niet mag worden aangetast is eerst in 2007 opgenomen in de Gedragscode Hypothecaire Financieringen. Die regel is niet in wettelijke normen herhaald. Thans is de norm dat rekening moet worden gehouden met het redelijkerwijs te verwachten rendement. Op grond van de destijds geldende rendementsverwachtingen was er geen reden om de door [X.] gehanteerde rendementen in twijfel te trekken. Een rendementsverwachting van 8% was destijds reëel.'[56]

Het hof bespreekt vervolgens dit verweer niet. Het legt de Gedragscode ook niet aan zijn beslissing ten grondslag. In cassatie zijn op dit punt geen klachten geformuleerd. De advocaat-generaal rept niet over de gedragscode.

De Hoge Raad verwijst niettemin bij het invullen van de zorgplicht van de bank uitdrukkelijk naar de Gedragscode:

> 'De verstrekking van hypothecair krediet was in de periode 1999-2003 onderwerp van zelfregulering. In die periode bestond er een Gedragscode Hypothecaire Financieringen die primair was gericht op informatieverstrekking. Uit de versie van 2001 ([…] blijkt dat de hypothecair financier aan de consument onder meer een globale aanduiding diende te geven van de financiële consequenties en kosten die verbonden waren aan of samenhingen met de verkrijging van een hypothecaire financiering. Ook diende de hypothecair financier aan de consument bepaalde meer specifieke informatie te verschaffen, waaronder (onder omstandigheden) een hypotheeklastenberekening. Begin 2007 is de Gedragscode aangescherpt ter invulling van de open wettelijke norm over verantwoorde kredietverstrekking.'[57]

Hij acht zich klaarblijkelijk vrij op grond van het bestaan van de Gedragscode in de relevante periode en de daarin bestede aandacht voor de wenselijkheid van het verstrekken van bepaalde informatie door de kredietverstrekker aan de consument te concluderen dat de SNS Bank zich het belang van de consument

56 R.o. 4.22 arrest van het hof, te kennen uit HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *NJ* 2017/363, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P*).

57 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, *NJ* 2017/363, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*SNS/Stichting gedupeerden overwaardeconstructie W&P*), r.o. 4.2.4 met verwijzing naar de antwoorden van de minister van Financiën van 18 september 2008 op Kamervragen, *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, p. 133-134.

bij de in de code genoemde informatie dient aan te trekken. Het kan heel wel zijn dat uit het procesdossier blijkt dat partijen zo met elkaar hebben gedebatteerd en dat de betekenis die de Hoge Raad aan de Gedragscode toekent wordt gedragen door dat partijdebat. Dat blijkt echter niet uit het arrest. Daarbij komt dat de Hoge Raad geen feitenrechter is. De vraag is dus op welke feiten de Hoge Raad zich heeft gebaseerd en hoe hij de stap van feit – gedragscode – naar zorgplicht heeft kunnen maken. Dat maakt de referte aan de Gedragscode weinig overtuigend. De zorgplicht lijkt zich op dit punt dus werkelijk achter de poorten van de wet te bevinden.

In de beperking zou zich de meester moeten laten zien. Juist op het punt van gedragscodes lijkt de Hoge Raad zijn rol als rechtsontwikkelaar en zijn – beperkte – rol als vaststeller van feiten moeilijk uit elkaar te houden, toen de Rechtbank Den Haag een prejudiciële vraag stelde over de eerlijkheid van een beding in een arbeidsongeschiktheidsverzekering van Nationale-Nederlanden uit 2001. Het beding luidde:

> 'Zolang verzekerde arbeidsongeschikt is, zullen de mate van arbeidsongeschiktheid, de omvang van de uitkering en de periode waarvoor deze zal gelden, worden vastgesteld door de maatschappij aan de hand van gegevens van door de maatschappij aan te wijzen medische en andere deskundigen. […] Indien verzekeringnemer niet binnen 30 dagen zijn bezwaar heeft kenbaar gemaakt, wordt hij geacht het standpunt van de maatschappij te aanvaarden.'

Een verzekerde deed een beroep op de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Hij was het niet eens met de mate van arbeidsongeschiktheid zoals vastgesteld door Nationale-Nederlanden op basis van de rapportage van de deskundige. Nationale-Nederlanden verweerde zich met de stelling dat de bezwaartermijn van 30 dagen ongebruikt was verstreken, wat mee zou brengen dat de verzekerde geacht moet worden akkoord te zijn met de inhoud van de rapportages. De rechtbank leest het verweer van Nationale-Nederlanden zo dat de verzekerde reeds gebonden is aan de eenzijdig opgemaakte rapportages, omdat de bezwaartermijn ongebruikt is verstreken.[58] Zij gaat hierin niet mee en stelt de Hoge Raad vragen over de eerlijkheid van het beding.

De Hoge Raad ziet zich genoodzaakt het beding uit te leggen voordat hij antwoord kan geven op de gestelde vragen. Voor de uitleg van het beding knoopt hij aan bij het Protocol bij claims op Individuele Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (Protocol 2016) van het verbond van Verzekeraars. De Hoge Raad overweegt:

> 'Als de verzekerde het niet eens is met het besluit van de verzekeraar heeft hij de mogelijkheid om hernieuwd (medisch of arbeidskundig) onderzoek te laten doen (een second opinion). […] In het Protocol is geen termijn vermeld die de verzekerde bij het maken van bezwaar, het indienen van een klacht, of het starten van een procedure, op

58 R.o. 4.14 en 4.15 van het vonnis van de Rechtbank Den Haag in HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, *NJ* 2020/68, m.nt. S.D. Lindenbergh.

straffe van verval van het recht daartoe in acht dient te nemen. Eerdere versies wijken op deze punten niet substantieel af van het Protocol' (r.o. 3.7.6).

De Hoge Raad komt zo tot een consumentvriendelijke uitleg van de voorwaarde: er is geen sprake van een vervaltermijn. De verzekerde kan ook na ommekomst van de termijn de bestreden rapportage ontkrachten, met als resultaat dat het beding niet oneerlijk wordt geacht.

Annotator Lindenbergh acht het markant dat de Hoge Raad zo uitvoerig ingaat op de vraag naar de meest aannemelijke uitleg, die door de rechtbank niet is gesteld en waarover mogelijk door partijen nog onvoldoende debat is gevoerd. Ik deel deze kwalificatie, zeker omdat Nationale-Nederlanden zich voor de rechtbank nog had beroepen op de stelling dat de verzekerde al was gebonden aan de eenzijdig opgemaakte rapportages, omdat de bezwaartermijn ongebruikt was verstreken. Voorts deel ik de twijfel dat het debat over de feiten en omstandigheden die nodig zijn om het beding uit te leggen, voldoende is gevoerd. Alleen al gegeven het verweer van Nationale-Nederlanden voor de rechtbank, zoals gelezen door de rechtbank, is het zeer wel denkbaar dat consumenten het beding anders ervaren dan hoe de Hoge Raad het uitlegt.[59]

Annotator Van Boom heeft bezwaar tegen het gebruik van het protocol van 2016.[60] Het is hem een raadsel hoe het mogelijk is dat polisvoorwaarden die in 2001 werden overeengekomen, moeten worden uitgelegd en op hun eerlijkheid beoordeeld aan de hand van het protocol uit 2016. Hij tekent hierbij aan dat die regels dateren van ná het moment van afwijzing van de claim. Bovendien wijken de regels van 2016, anders dan de Hoge Raad overweegt, af van de versie van 2011. Het Protocol 2016 vermeldt metterdaad het recht op een second opinion. In de versie uit 2011 staat alleen maar dat de verzekerde moet klagen bij de directie of dat hij naar het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening of de rechter moet stappen.

Men zou zijn schouders kunnen ophalen over zoveel bezwaren. De feitenrechter zou zonder blozen mogen afwijken van het antwoord van de Hoge Raad, als hij op basis van de feiten tot het oordeel zou komen dat die afwijken van de feiten waarop de Hoge Raad het antwoord heeft gebaseerd.[61]

De Hoge Raad had er echter goed aan gedaan af te zien van het beantwoorden van de gestelde vragen, met als motivering dat de prejudiciële procedure niet is gegeven voor de beoordeling van een overeenkomst uit 2001, zeker niet nu – anders dan hij zelf heeft aangenomen – de context van het geschil met de introductie van de second opinion in het Protocol 2016 zo is

59 In deze zin ook H.B. Krans, 'Een oordeel over een beding in polisvoorwaarden: een ongelukkige uitkomst', *NTBR* 2019/10, p. 59-60.

60 W.H. van Boom in zijn noot onder HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, *AA* 2020/1, p. 64.

61 Afwijken in verband met afwijkende feitelijke context is zonder meer toegestaan; lees MvT, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 9; MvA I, *Kamerstukken I* 2011/12, 32 612, C, p. 5-6. Denk aan de vele situaties waarin de aansprakelijkheid van de bezitter van een huisdier zich kan voordoen, die HR 5 april 2016, ECLI:NL:HR: 2016:162, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*Imagine*) in een ander daglicht stellen; zie C.G. Breedveld-de Voogd & P.W. den Hollander, 'Het Imagine-arrest en het voorstellingsvermogen van de Hoge Raad', *NTBR* 2016/51, p. 353.

gewijzigd. Gelet op die wijziging kan moeilijk worden volgehouden dat het antwoord op de door de rechtbank gestelde vragen over een zaak uit 2001 nu nog van belang is voor (a) een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of (b) voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.

Als alternatief had de Hoge Raad zijn antwoord – in lijn met zijn eigen uitlegjurisprudentie – wat genuanceerder kunnen formuleren en de rechtspraktijk enkele handreikingen kunnen doen voor de uitleg van het beding en de beoordeling van de eerlijkheid, rekening houdend met de verschillende situaties die zich hebben voorgedaan, zoals de verschillen tussen de in de loop der tijd gehanteerde protocollen en de wijze waarop verzekeraars het beding hebben tegengeworpen aan verzekerden.[62]

Voor het thema van dit preadvies was het mooi geweest als hij de gelegenheid te baat had genomen te leren dat de eigen regels van het Verbond van Verzekeraars weliswaar een rol kunnen spelen bij de uitleg van de verzekeringsvoorwaarden, maar dat het feitelijk karakter van die zelfregulering het gebruik van het werken met open normen – in casu uitlegnormen – begrenst. Het vergt feitelijke vaststelling; zonder dat blijft invulling van open normen aan de hand van soft law achterwege.

IV.4 Afronding

Soft law kan niet zó maar worden omgezet in betamelijkheidsnormen. Daar komt meer bij kijken. Het enkele feit dat bijvoorbeeld een gedragscode wordt gehanteerd bij de invulling van een open norm, moet daarom niet zonder meer als het zoveelste bewijs voor de doorwerking van gedragscodes in open normen worden gezien.[63]

V Slot

Misschien is het allemaal toch niet zo gemakkelijk met de vrijheid die civilisten genieten, met de ruimte voor creativiteit die zij hebben bij het invullen van open normen. Het gaat uiteindelijk ook om de vrijheid van de burger, die meebrengt dat civilisten op zoek moeten gaan naar zijn betrokkenheid bij de te vinden betamelijkheidsnormen en zorgplichten.

Daarom verdienen de in het democratisch proces vastgestelde regels respect. Indien een open norm moet worden ingevuld in de context die valt onder een

62 Vergelijk MvT *Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, 3, p. 8-10 en MvA I, *Kamerstukken I* 2011/12, 32 612, C, p. 5-6.

63 Vergelijk J.L. Smeehuijzen in zijn noot onder HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, *NJ* 2020/8, die enerzijds geneigd is betekenis toe te kennen aan het aantal uitspraken waarin gedragscodes de betamelijkheidsnorm beïnvloeden, maar anderzijds – wat mij betreft terecht – oproept tot een feitelijke analyse van die uitspraken (onder 18 van zijn noot).

wettelijk regime, is er alle reden om met eenzelfde soort precisie te werk te gaan als de Hoge Raad voorschrijft bij het derogeren aan wettelijke regels. Voor beide situaties geldt dat mogelijk kan worden volstaan met wetsuitleg, in plaats van zoveel betekenis toe te kennen aan de vraag of bepaalde feiten en omstandigheden in de wet zijn verdisconteerd en te toetsen aan algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht.

Daarom ook moet grote betekenis toekomen aan de feiten en omstandigheden van het concrete geval, inclusief soft law dat – anders dan het recht zelf – in een procedure door de partijen moet worden aangeleverd en door de rechter moet worden vastgesteld.

Leiden/Florence, 8 november 2020

Deze uitgave behelst de preadviezen ten behoeve van de najaarsbijeenkomst 2020 van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht. Het onderwerp was *"de gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht"*. De preadviseurs waren Alex Geert Castermans (hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en visiting fellow bij het Robert Schuman Centre for Advanced Studies van het European University Institute te Florence) en Gerbrant Snijders (raadsheer in de Hoge Raad en staatsraad in buitengewone dienst in de Raad van State).

Castermans verkent de grenzen van het werken met open normen door de civiele rechter, vanuit het perspectief van de burger. Hij onderzoekt de verhouding van open normen tot dwingende wetgeving. Daarbij relativeert hij de betekenis van de Bosentan en Mathilda arresten. Voorts bespreekt hij de betekenis van zelfregulering zoals gedragscodes voor de invulling van open normen, die vooral feitelijk van aard is.

Snijders beperkt zich tot het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht. In zijn preadvies komen aan de orde de betekenis van die begrippen en het onderscheid en de verhouding daartussen, en de verschillende gevolgen die een vermenging van beide soorten van recht kan hebben. Centrale stelling is dat die gevolgen afhangen van de context. Dat wordt geïllustreerd aan de hand van rechtspraak en wetgeving. De uit een en ander blijkende werkwijze kan mogelijk ook gevolgd worden in andere gevallen van gelede normstelling.

De Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR) stelt zich ten doel deze rechtsgebieden in brede zin te bestuderen, mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief. VASR beoogt de vele ontwikkelingen met elkaar in verband te brengen, de gevolgen "door te rekenen", nog niet of onvoldoende verkende terreinen te verkennen en te bezien hoe de verschillende ontwikkelingen in wetgeving, rechtspraak en doctrine zich tot elkaar verhouden. Eén van de activiteiten van de VASR is een jaarlijkse bijeenkomst over korte en beknopte preadviezen waarin highlights en stof voor discussie worden gepresenteerd.

www.wolterskluwer.nl

9 789013 163483

Wolters Kluwer