

De rol van publieke doelen en belangen in het privaatrecht

NTBR 2023/16

Redactioneel

Privaatrecht en publiekrecht zijn al geruime tijd geen gescheiden werelden meer. Mede onder invloed van Europa spelen publieke doelen en belangen – zoals consumenten- en milieubescherming, een evenwichtige verdeling van schaarse middelen, verduurzaming en effectieve handhaving van publieke normen – een steeds grotere rol in het privaatrecht.² Publieke tendensen zijn uiteraard al langer waarneembaar in het privaatrecht, met name binnen de functionele rechtsgebieden zoals het arbeidsrecht, gezondheidsrecht en milieurecht,³ maar de laatste tijd heeft de ‘verpubliekrechtelijking’ van het privaatrecht dusdanige vormen aangenomen, dat het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht als zodanig ter discussie is komen te staan.⁴

Voor een privaatrechtelijk tijdschrift als het *NTBR* is deze ontwikkeling van wezenlijke, zelfs existentiële betekenis. Bestudering van het burgerlijk recht heeft weinig zin zonder oog te hebben voor de publiekrechtelijke context waarin het burgerlijk recht functioneert en waardoor het tot op zekere hoogte en in toenemende mate wordt beïnvloed. Wat is precies de invloed van publieke tendensen in het privaatrecht en hoever reikt die? Gaat het privaatrecht hiermee op adequate wijze om? En is er een grens aan de verpubliekrechtelijking van het privaatrecht? Dat zijn vragen die in dit themanummer centraal staan. Het doel is om een beeld te schetsen van de manier waarop publieke doelen en belangen het privaatrecht (gaan) beïnvloeden, nu en in de nabije toekomst.

Met de gekozen bijdragen beoogt de redactie zeker geen uitputtende behandeling te presenteren van het thema (wat nauwelijks mogelijk lijkt), maar wel een representatief beeld te schetsen van enkele actuele, in het oog springende publieke tendensen in het privaatrecht. Sommige actuele thema's op het grensvlak van privaatrecht en publiekrecht blijven buiten beschouwing, omdat zij elders al uitvoerig besproken zijn.⁵ Dat geldt bijvoorbeeld voor de rol van de civiele rechter bij de behartiging van publieke belangen,⁶ de taakverdeling en onderlinge afstemming tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter,⁷ de invloed van publiekrechtelijke

1 Citeerwijze: K.J.O. Jansen, K.K.E.C.T. Swinnen & V. Tweehuysen, 'De rol van publieke doelen en belangen in het privaatrecht', *NTBR* 2023/16, afl. 5. Prof. mr. K.J.O. (Kasper) Jansen is hoogleraar Europees aansprakelijkheidsrecht aan Erasmus School of Law en hoofdredacteur van dit blad. Prof. dr. K.K.E.C.T. (Koen) Swinnen is hoogleraar Privaatrecht en Publieke en Private Belangen aan Erasmus School of Law en gastredacteur van dit themanummer. Mr. dr. V. (Valérie) Tweehuysen is universitair hoofddocent Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen en redacteur van dit blad.

2 Zie over de invloed van het Europese recht op de vervlechting van privaatrecht en publiekrecht bijv. K.J.O. Jansen, *Stoomwals en wegbereider* (oratie EUR), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 14 e.v.

3 Vgl. reeds J. Valkhoff, *Een Eeuw Rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938)*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1938.

4 Zie bijv. P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 57; G. Sniijders, 'Gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht; normen van publiek- en privaatrechtelijke aard', in: G. Sniijders & A.G. Castermans, *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht* (preadviezen VASR 2020), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 16-18.

5 Zie voor diverse voorbeelden de bijdragen in: L.F.H. Enneking, M.R. Hebly & K.K.E.C.T. Swinnen, *Publiek privaatrecht. Over publieke doelen en belangen in privaatrechtelijke verhoudingen* (Jonge Meesters), Den Haag: Boom juridisch 2021.

6 Zie bijv. I. Giesen, E.R. de Jong & R.J.B. Schutgens, *De spankracht van de civiele rechter* (Preadviezen VBR), Zutphen: Paris 2022.

7 Zie bijv. L.F. Wiggers-Rust, 'Goed voorbeeld doet goed volgen! Over de coördinatie van bestuursrecht en privaatrecht op het hoogste én op lager rechterlijk niveau', *NJB* 2022, afl. 37, p. 3037-3038; C.W. Dempser, 'Rechterlijke toetsing van lagere regelgeving aan rechtsbeginselen. Waarom de burgerlijke rechter explicieter moet aansluiten bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter', *NTBR* 2023/13, p. 107-118.

normen op open normen in het privaatrecht⁸ en de invloed van duurzaamheids-perspectieven op het privaatrecht.⁹ Ook een thema als publieke bestemming van eigendom blijft buiten beschouwing.¹⁰

De opzet van het themanummer is als volgt. De eerste drie bijdragen van het themanummer zijn goederenrechtelijk georiënteerd. De laatste vier bijdragen bevinden zich op het terrein van het verbintenissenrecht.

In het eerste artikel onderzoekt Verheul de verschillende vormen die de overgang van vergunningen en subsidies kan aannemen. Uit zijn onderzoek blijkt dat de publieke belangen die betrokken kunnen zijn bij de overgang van vergunningen en subsidies, er in sommige gevallen toe leiden dat geen sprake is van een overdracht in privaatrechtelijke zin. Die constatering lijkt op het eerste gezicht wellicht vooral dogmatisch interessant, maar blijkt grote praktische consequenties te hebben, aangezien zij ertoe leidt dat publiekrechtelijke rechten in veel gevallen bijvoorbeeld niet verpandbaar zijn, en het nog maar de vraag is of er beslag op gelegd kan worden.

Hoops en Bouzora onderzoekten in het tweede artikel de verenigbaarheid van de opkoopbescherming ex artikel 40 e.v. Huisvestingswet 2014 en de C-labelverplichting ex artikel 5.11 Bouwbesluit met artikel 1 eerste protocol EVRM. Hun betoog luidt dat beide publiekrechtelijke maatregelen doorgaans een gerechtvaardigde inmenging in het eigendomsrecht uitmaken, hoewel dat bij de C-labelverplichting, in het licht van de evenredigheidseis, zal afhangen van de vraag of de eigenaar de investering kan terugverdienen. Tevens besteden Hoops en Bouzora uitgebreid aandacht aan de impact van de genoemde publiekrechtelijke maatregelen op de privaatrechtelijke verplichtingen van de eigenaar, waarbij zij tot de conclusie komen dat het privaatrecht er niet altijd in slaagt om de verstoorde balans tussen de eigenaar en diens contractspartij te herstellen.

In het derde artikel bespreekt Reynebeau in welke mate (het antwoord op) de vraag wie eigenaar is van een warmtenet onderhevig is aan verpubliekrechtelijking. Daaronder verstaat zij de opkomst van regelgeving die de beslissingsmacht van private eigenaars op enigerlei wijze inperkt met het oog op het behartigen van andere belangen, waaronder publieke belangen. Reynebeau constateert, onder meer verwijzend naar de 'doorknipregeling' van artikel 5:20 lid 2 BW en de (huidige en toekomstige) Warmtewet, dat in het Nederlandse recht de verpubliekrechtelijking verder is gevorderd dan in het Belgische recht. Naar aanleiding van de kritiek op het voorstel om (grootschalige) Nederlandse warmtenetten in publieke handen te brengen, merkt Reynebeau op dat de praktijk gekant is tegen extreme vormen van verpubliekrechtelijking en dat minder vergaande maatregelen denkbaar zijn.

Thorborg en Van Triet onderzoeken de kwestie van de (on)geldigheid van overeenkomsten die vóór het *Didam*-arrest van de Hoge Raad¹¹ gesloten zijn, maar daarmee achteraf in strijd blijken te zijn. Zij schetsen de meest actuele stand van zaken in de literatuur en rechtspraak op dit gebied, en bespreken in dat kader ook de recente uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden in de bodemprocedure van de *Didam*-zaak,¹² die veel stof heeft doen opwaaien. In hun bijdrage behandelen Thorborg en Van Triet ook de wisselwerking tussen het bestuursrecht en het civiele recht in bredere zin. Zij komen tot de conclusie dat er steeds meer sprake is van 'gemeenschappelijk recht' en minder van los van elkaar staande rechtsgebieden.

8 Zie bijv. G. Snijders & A.G. Castermans, *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht* (preadviezen VASR), Deventer: Wolters Kluwer 2021; E.R. de Jong & M.G. Faure, 'De autonomie van het civiele recht en het strafrecht bij normstelling voor ernstige risico's voor de fysieke leefomgeving', *NJB* 2022/864, p. 1028-1039.

9 Zie bijv. de themanummers 'Verantwoord ondernemen, duurzaamheid en privaatrecht', *NTBR* 2022, afl. 12 en 'Duurzaamheid', *WPNR* 2023/7407.

10 Zie bijv. HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1815, *NJ* 2022/194, m.nt. Verstijnen.

11 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *NJ* 2022/149.

12 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796.

In het vijfde artikel onderzoekt Oosterhuis hoe het overeenkomstenrecht omgaat met de problematiek van plotselinge schaarste en economische onmogelijkheid, zoals de recente tekorten aan personeel en grondstoffen, en prijsstijgingen op de energiemarkten. Oosterhuis beschouwt de markt en het beginsel van contractuele gebondenheid dat daaraan ten grondslag ligt, als publieke belangen bij uitstek. Tegen deze achtergrond analyseert hij het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden en de coronarechtspraak van de afgelopen jaren mede vanuit rechtseconomisch perspectief. Hij concludeert dat het Nederlandse overeenkomstenrecht uitstekend kan worden uitgelegd in rechtseconomische termen. Ook de hoedanigheid van contractspartijen, die een rol speelt bij de verdeling van het nadeel bij aanpassing van een contract als gevolg van onvoorziene omstandigheden, kan in rechtseconomische termen worden vertaald. Andere publieke belangen dan marktwerking of een optimaal functionerende markt, zoals duurzaamheid of werkgelegenheid, zijn volgens Oosterhuis minder goed inpasbaar in het Nederlandse overeenkomstenrecht.

In het zesde artikel analyseert Schaub de combinatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regels in de Dienstenrichtlijn (2006/123/EG). Zij concludeert dat die combinatie problematisch is, omdat de strekking van de regels relevant is bij de bepaling van de reikwijdte van de regels. Daar komt nog bij dat als gevolg van de wijze waarop de privaatrechtelijke regels van de Dienstenrichtlijn zijn geïmplementeerd in het BW, de uitleg van het begrip 'dienst' vergaande en waarschijnlijk onbedoelde gevolgen heeft voor het contractenrecht, aldus Schaub. Tegen deze achtergrond beziet zij welke mogelijkheden er zijn om ongewenste gevolgen van de combinatie van publiekrecht en privaatrecht in de Dienstenrichtlijn te voorkomen. Meer in algemene zin pleit zij ervoor om bij de implementatie van richtlijnen nauwkeurig te achterhalen wat precies de doelstellingen en de reikwijdte van de regels van de richtlijn zijn, om te voorkomen dat er vanuit publiek-/privaatrechtelijk perspectief ondoordachte keuzes worden gemaakt met verstrekkende, en mogelijk onbedoelde, gevolgen voor het nationale recht.

In het zevende artikel bespreekt Busch de complexe wisselwerking van privaatrecht en publiekrechtelijke normen binnen het financieel toezichtrecht. Hij laat zien dat het publiekrechtelijk georiënteerde, veelal Unierechtelijke financieel toezichtrecht op drie manieren doorwerkt in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht: ten eerste doordat het financieel toezichtrecht zélf regels van aansprakelijkheidsrecht bevat, ten tweede doordat regels van financieel toezichtrecht doorwerken in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en ten slotte doordat het Europese financieel toezichtrecht, al dan niet in combinatie met het Europese effectiviteitsbeginsel en het Europese rechtszekerheidsbeginsel, zekere randvoorwaarden stelt aan het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Busch signaleert dat de financiële toezichtregels in toenemende mate zélf regels van aansprakelijkheidsrecht bevatten, en dat die regels vaak betrekkelijk rudimentair zijn. Hij benadrukt dat het bij de toepassing van zulke publiek-/privaatrechtelijke regels van belang is om steeds ook het nationale aansprakelijkheidsrecht en het nationale proces- en bewijsrecht in de analyse te betrekken.

De bijdragen aan dit themanummer laten zien dat er op het snijvlak van privaatrecht en publiekrecht meer dan ooit 'werk aan de winkel' is. Dat het publiekrecht, mede onder invloed van 'Europa', doorwerkt in het privaatrecht, is op zichzelf niets nieuws en hoeft ook niet zorgwekkend te zijn, maar het is wel iets dat de civilist tot bezinning noopt. Het 'over één kam scheren' van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke normenstelsels is riskant (vgl. Schaub), en de onderlinge afstemming van privaatrecht en publiekrechtelijke normen vergt grondige overdenking (vgl. Verheul, Hoops en Bouzora, Reynebeau en Busch). Private en publieke belangen kunnen complementair zijn (vgl. Oosterhuis over marktwerking als publiek én privaat belang), maar evengoed kunnen publiekrechtelijke belangen de uitoefening van privaatrechtelijke rechten beperken (vgl. Reynebeau, en Thorborg en Van

Triet). Anderzijds kan geconstateerd worden dat het publiekrecht ook nieuwe wegen wijst binnen het privaatrecht, bijvoorbeeld als het gaat om de inpassing van publiekrechtelijke figuren in een privaatrechtelijke context (vgl. Hoops & Bouzora en Reynebeau). Al met al biedt de wisselwerking tussen privaat- en publiekrecht zeker genoeg stof voor de komende jaargangen van het *NTBR*.