



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Op de schommel tussen autonomie en repressie: een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving

Keirse, A.L.M.; Mak, V.; Barkhuysen, T.; Bijlsma, J.; Emmerik, M.L. van; Franken, A.A.; Kampen, P.T.C. van

Citation

Keirse, A. L. M., & Mak, V. (2022). Op de schommel tussen autonomie en repressie: een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving. In T. Barkhuysen, J. Bijlsma, M. L. van Emmerik, A. A. Franken, & P. T. C. van Kampen (Eds.), *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* (pp. 9-93). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3514399>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3514399>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De repressieve samenleving

Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief

Preadviezen van

Prof. mr. Tom Barkhuysen

Mr. dr. Johannes Bijlsma

Mr. dr. Michiel van Emmerik

Prof. mr. Stijn Franken

Prof. dr. mr. Petra van Kampen

Prof. mr. dr. Anne Keirse

Prof. dr. mr. Vanessa Mak



Wolters Kluwer

Verkorte citeerwijze: Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving* 2022/[paragraafnummer]
Volledige citeerwijze: T. Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving. Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

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

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.h2rplus.nl

ISBN 978 90 13 16867 9

NUR 820-102

© 2022, Wolters Kluwer Nederland B.V., T. Barkhuysen e.a.

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 veeleenvoudigd, 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) 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: wolterskluwer.com/nl-nl/solutions/nederland/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 wolterskluwer.com/nl-nl/privacy-cookies.

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

NAVIGATOR



De preadviseurs



Prof. mr. Tom Barkhuysen studeerde staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht en Europees- en internationaal recht aan de Universiteit Leiden. Aan die laatste universiteit promoveerde hij in 1998 op een proefschrift over de eisen die het Europese recht stelt aan nationale rechtsbescherming. Hij is op dit moment advocaat-partner bestuursrecht bij Stibbe. Daarnaast is hij hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en onder meer lid van de redactie van het Nederlands Juristenblad.



Mr. dr. Johannes Bijlsma is universitair hoofddocent strafrecht aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (beide Universiteit Utrecht). Zijn recente onderzoek is gericht op de toenemende inzet van het strafrecht als middel om gevaar voor recidive te beheersen.



Mr. dr. Michiel van Emmerik is hoofddocent staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden. Daarnaast is hij rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Midden-Nederland (afdeling bestuursrecht). Hij verzorgt onderwijs op alle niveaus (Ba, Ma, PAO). Zijn onderzoek richt zich op de doorwerking van Europese grondrechten in het Nederlandse bestuursrecht en op de rechtsbescherming in het bestraffende bestuursrecht. Als wetgevingsjurist bij het ministerie van BZK leverde hij een belangrijke bijdrage aan de Vierde tranche van de Awb (met name het deel over de bestuurlijke boete). Hij is onder meer vaste annotator van de *AB*.



Prof. mr. Stijn Franken is advocaat in Amsterdam en als hoogleraar straf(proces)recht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht.



Prof. dr. mr. Petra van Kampen is hoogleraar Strafrechtspraktijk aan de Universiteit Utrecht en (strafrecht-) advocaat te Amsterdam. Ze schrijft veelvuldig over onderwerpen die de strafrechtspraktijk raken.



Prof. mr. dr. Anne Keirse is raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam en hoogleraar burgerlijk recht bij het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Zij is lid van de European Group on Tort Law, het European Centre of Tort and Insurance Law en de International Academy of Commercial and Consumer Law. Bij haar academische en rechterlijke werkzaamheden richt zij zich, varend op een diepgravende kennis van het positieve recht, op de ontwikkeling van het nationale en Europese verbintenissenrecht. Het is haar ambitie om te ontdekken wat de koers van het privaatrecht is en te concretiseren hoe en waarom die koers kan worden bekrachtigd of beïnvloed.



Prof. dr. mr. Vanessa Mak is hoogleraar Civiel recht aan de Universiteit Leiden. Zij was vanaf 2008 verbonden aan Tilburg University, waar zij in 2014 benoemd werd tot hoogleraar Nederlands en Europees verbintenissenrecht. Van 2017-2020 was zij tevens vice-decaan onderzoek aan Tilburg Law School. Haar onderzoek richt zich op rechtsvorming in het Europees privaatrecht, in het bijzonder in het contractenrecht. In 2020 verscheen een monografie waarin zij deze thema's beschouwt vanuit rechtsppluralistisch perspectief (Legal Pluralism in European Contract Law, OUP 2020). In 2022 werd aan Vanessa Mak een NWO Vici-beurs toegekend voor onderzoek naar een herijking van het consumentbeeld in het licht van digitalisering, platformisering en duurzaamheid.

Inhoudsopgave

Voorwoord: de repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk perspectief	1
<i>Anne Keirse en Vanessa Mak</i> Op de schommel tussen autonomie en repressie: Een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving	9
<i>Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik</i> De repressieve samenleving en het bestuursrecht: worstelend op zoek naar een betere balans tussen wetteloosheid en rechteloosheid	95
<i>Johannes Bijlsma, Stijn Franken en Petra van Kampen</i> Altijd een komma, nooit een punt? Reclassering, toezicht en resocialisatie	191

Op de schommel tussen autonomie en repressie: Een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving

Anne Keirse en Vanessa Mak

1	Inleiding	11
2	Repressie en privaatrecht	17
2.1	<i>Begripsverkenning: Repressie en vrijheid</i>	17
2.2	<i>Terreinverkenning: repressie en private autonomie</i>	18
2.3	<i>Repressieve functie en/of werking van privaatrecht</i>	21
2.4	<i>Niets revolutionairs</i>	23
3	Het komen en gaan van repressieve elementen in het privaatrecht	25
3.1	<i>Schommelen tussen vrijheid en repressie</i>	25
3.2	<i>Verschuivende grens tussen privaatrecht en publiekrecht</i>	27
3.3	<i>De evolutie van ons privaatrecht</i>	34
3.4	<i>Golfbewegingen van contractenrecht</i>	40
3.5	<i>Golfbewegingen van aansprakelijkheidsrecht</i>	45
3.6	<i>De lijnen samengebracht</i>	50
4	Actuele repressieve tendensen in het privaatrecht	53
4.1	<i>Duiding van hedendaagse tendensen</i>	53
4.2	<i>Privaatrecht als instrument om gedrag te sturen</i>	54
4.2.1	Dwingend recht	54
4.2.2	Instrumentalisering van het privaatrecht	57
4.2.3	Effectiviteitsbeginsel en Europees consumentenrecht	58
4.3	<i>Privaatrechtelijke handhaving</i>	62
4.3.1	Wij zullen handhaven	62
4.3.2	Collectieve handhaving	64
4.3.3	Privaatrechtelijke regelingen voor publiekrechtelijke con- troles en boetes	66
4.3.4	Privaatrechtelijke vrijheidsbeneming	69
4.4	<i>Privaatrechtelijke behartiging van algemene belangen</i>	70
4.4.1	Maatschappelijke belangen en het algemeen belang	70
4.4.2	Vermaatschappelijkte rollen	72
4.5	<i>Privaatrecht als tegenwicht tegen repressie</i>	77

5	Evaluatie	81
6	Tot slot	87
7	Stellingen en discussiepunten	91

Wij leven in een tijd waarin niet alleen publieke organen, maar ook private actoren actief betrokken zijn bij het nastreven van publieke doelen en het handhaven van maatschappelijke normen. Burgers zetten zich in voor het afdwingen van klimaatnormen via de rechter, het privaatrecht zelf verlangt dat contractspartijen met grote marktmacht rekening houden met de belangen van zwakkere partijen, en het privaatrecht wordt in toenemende mate als instrument gebruikt voor handhaving van publiekrechtelijke normen. Hoewel deze ontwikkelingen de afgelopen jaren zichtbaarder zijn geworden, werd deze trend al eerder ingezet en past deze binnen de algemene tendens van horizontalisering waarbij hiërarchisch bestuur (*government*) plaats maakt voor netwerksturing (*governance*). Zorg voor veiligheid en toezicht worden inmiddels verdeeld over een bonte verzameling van maatschappelijke (publieke en private) actoren. In het kader van hun maatschappelijke posities krijgen private instellingen steeds vaker verantwoordelijkheid ten aanzien van algemene belangen, zoals veiligheid, duurzaamheid en het voorkomen van discriminatie, fraude, witwassen en klimaatschade. Zo wordt van non-gouvernementele organisaties, multinationals, financiële instellingen, scholen, woningbouwverenigingen, voetbalclubs en winkeliersverenigingen verwacht dat zij bij de maatschappelijke uitdagingen van deze tijd hun schouders eronder zetten, hoeders zijn van algemene belangen en zelf veiligheidsprogramma's ontwikkelen en uitvoeren.

Dit brengt ook mee dat private partijen met het oog op schadevoorkoming en ordehandhaving de (bewegings)vrijheid van anderen vergaand kunnen beperken. Concreet kunnen slachtoffers van (seksueel) geweld die nieuwe confrontaties met hun daders willen vermijden middels het privaatrechtelijke kort geding vergaande contactverboden doen opleggen, variërend van straatverboden tot verhuisgeboden. Ook ondernemingen die geconfronteerd worden met wangedrag zetten het privaatrecht daartegen in en beogen de orde te handhaven met behulp van privaatrechtelijke locatieverboden. Bekend zijn de privaatrechtelijke stadion(gebieds)verboden die door de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB) worden opgelegd en de tienduizend (individuele en

collectieve) winkel- en/of horecaontzeggingen die jaarlijks door ondernemingen worden opgelegd.

Deze voorbeelden maken aanschouwelijk dat het privaatrecht – juist het rechtsgebied bij uitstek voor het faciliteren van vrije burgers en bedrijven – in toenemende mate wordt ingezet om repressief te kunnen optreden. Toezicht op gewenst gedrag en aanpak van ongewenst gedrag liggen niet (meer) exclusief op het terrein van de overheid, maar worden mede door private actoren uitgevoerd. De privaatrechtelijke vrijheid van private actoren krijgt in dit licht een nieuwe invulling.

Dit preadvies zoomt vanuit een privaatrechtelijk perspectief in op slingerbewegingen van autonomie naar repressie en op de verschuivingen van de reikwijdte en grenzen van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. Stond Nederland in de laatste decennia van de vorige eeuw te boek als tolerant gidsland, tegenwoordig leven we steeds meer in een repressieve samenleving met vraag naar strengere regels, zwaardere sancties en toenemend toezicht. Het discours van de filosofie, politicologie, sociologie, bestuurskunde en criminologie onderschrijven het perspectief van structurele veranderingen van onze westerse maatschappij als gevolg van de industrialisering, liberalisering, secularisering, Europeanisering, globalisering, individualisering, marktwerking en privatisering en duiden dit kernachtig in termen van risicosamenleving, controlecultuur, participatiesamenleving en repressieve samenleving. Hoewel het te vroeg is om trends te benoemen, gaat de impact die COVID-19 op de samenleving heeft, gepaard met een verdergaande controle en – voor het privaatrecht van belang – een brede heroverweging van de verhouding tussen individuele en collectieve belangen. Wij zijn getuige van de meest dramatische uitbreiding van de staatsmachten sinds de Tweede Wereldoorlog. COVID-19 is wereldwijd aanleiding om repressie op te voeren. Met het argument van bescherming van de samenleving wordt (nood)wetgeving ingevoerd die de vrijheid van burgers en ondernemingen vergaand beperkt.

Deze ontwikkeling naar een repressieve samenleving heeft in publiekrechtelijke kringen veel pennen in beweging gebracht, hetgeen samenhangt met het feit dat deelgebieden van zowel het strafrecht als het bestuursrecht de afgelopen tijd merkbaar repressiever zijn geworden.¹ In het privaatrecht ligt dit genuanceerder. Uiteraard wordt ook in dit vakgebied geschreven over de ontwikkelingen en tendensen, maar het begrip ‘repressie’ is daarbij geen sleutelwoord. Dat neemt niet weg dat de ontwikkelingen in het privaatrecht wel onderzocht kunnen worden vanuit het perspectief van een repressieve

1 Zie het voorwoord van de begeleidingscommissie alsook de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke preadviezen in deze bundel met verdere verwijzingen.

samenleving. Begrip van de omgeving van het recht, te weten de samenleving waaraan het recht ten dienste staat, draagt bij aan begrip van het recht. Allereerst valt de roep om betere handhaving van het (privaat)recht op alsook de toegenomen inspanningen van de overheid om bij de handhaving het privaatrecht in te zetten. Handhaving heeft bij uitstek een repressief karakter en het thema ‘de repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk perspectief’ had mogelijk zelfs kunnen worden ingevuld met een verhandeling volledig gewijd aan dit onderwerp. Wij hebben er evenwel voor gekozen om in bredere zin te onderzoeken welke repressieve tendensen kunnen worden onderscheiden in het privaatrecht, in het verleden, het heden en met een blik op de toekomst.

Een repressieve lading van privaatrecht is te onderkennen daar waar het privaatrecht in toenemende mate wordt ingezet teneinde bepaald gewenst gedrag te bewerkstelligen of ongewenst gedrag tegen te gaan, daar waar privaatrechtelijke handhaving toeneemt, en daar waar de focus van het privaatrecht meer gericht raakt op belangen van de samenleving. Wij signaleren een aantal ontwikkelingslijnen in het privaatrecht waarin deze veranderingen in de kleur van het privaatrecht en de daarmee samenhangende veranderende rollen van private en publieke actoren tot uiting komen. Een actuele tendens in het privaatrecht is de verschuiving van een *ex post* naar een *ex ante* perspectief. De focus op terugdraaien en restitutie maakt steeds meer plaats voor vooruitkijken en oog voor handhaving en preventie. Ook wordt meer ingezet op collectieve in plaats van individuele handhaving, onder andere door het veruimen van de wettelijke mogelijkheden voor collectieve acties. Terwijl de Minister van Justitie rond de eeuwwisseling in een brief aan de Tweede Kamer over de toenemende claimcultuur nog waarschuwde voor een intensiever gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, en niet alleen de pro’s maar ook de contra’s belichtte,² is de toon inmiddels gewijzigd. Recentere brieven illustreren dat de regering vertrouwen stelt in de heilzame werking van de (pro)actieve inzet van het civiele aansprakelijkheidsrecht.³ Het Europese recht versterkt de tendensen die we in dit opzicht op nationaal niveau zien. Dat gebeurt niet alleen door wetgeving, maar ook door de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, waarin het effectiviteitsbeginsel een sterke impuls geeft aan de mogelijkheden voor privaatrechtelijke handhaving. Voorts zien we een toenemend aantal voorbeelden van handhavingsinstrumenten in individuele privaatrechtelijke verhoudingen, zoals gedragscodes en contractuele boetes. Zichtbaar is ook een toename van algemeenbelangacties voor de civiele rechter. Wij doelen hierbij op civiele rechtszaken die worden gevoerd teneinde een

2 *Kamerstukken II* 1998/99, 26630, nr. 1.

3 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VI, nr. 31; *Kamerstukken I* 2016–2017, 28 663, nr. B. Aldus ook T. Hartlief, ‘Het Nederlands aansprakelijkheidsrecht op de drempel van 2015’, in: Th. Vansweevelt & B. Weyts, *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Morsel: Intersentia 2015, p. 269.

algemeen belang van de samenleving te waarborgen, bijvoorbeeld klimaatbescherming.

Deze tendensen duiden wij hieronder als uitingen van repressie in het privaatrecht. Drie, elkaar versterkende ontwikkelingslijnen zijn te onderscheiden. Ten eerste wordt het privaatrecht op deelgebieden inhoudelijk dwingend door het werk van nationale en Europese wetgevers en rechters. Ten tweede zetten private actoren zelf het privaatrecht creatiever in als instrument van gedrags- en beleidsbeïnvloeding. Ten derde wordt het privaatrecht door publiekrecht gekleurd of zelfs – *de facto* maar niet *de iure* – verdrongen doordat de overheid in de privaatrechtelijke rechtsverhouding ingrijpt door private actoren op te leggen elkaar te controleren en te beperken.

Tegelijkertijd komt de vraag op of deze ontwikkelingen duiden op een fundamentele verandering van privaatrecht richting meer repressie. Het privaatrecht is immers in beginsel juist faciliterend van aard, terwijl dat ook nog steeds zichtbaar is in hedendaagse ontwikkelingen, waarin het privaatrecht een kader biedt aan private actoren om te innoveren en zelf nieuwe producten en diensten te ontwikkelen. De private sector heeft in dat opzicht een belangrijke rol naast de overheid in het aanjagen van maatschappelijke ontwikkelingen. Een thema van deze tijd dat die rol illustreert, is het streven naar duurzame productie en consumptie en bescherming van het klimaat. Private actoren dragen in belangrijke mate bij aan het aandragen van oplossingen, bijvoorbeeld in de transitie naar duurzame energie. Het privaatrecht functioneert in onze ogen derhalve ook als tegenkracht tegen repressie: het waarborgt de vrijheid van private actoren, waardoor innovatie vanuit de markt wordt gestimuleerd. Daarenboven wordt ook via de rechter het privaatrecht ingezet om repressie tegen te gaan door omstreden regels, maatregelen of initiatieven als onrechtmatig opzij te laten zetten.

De huidige coronacrisis is een accelerator van de ontwikkelingen die in dit preadvies voor het voetlicht worden gebracht. De aanpak waartoe COVID-19 aanleiding geeft, heeft immers alles in zich van het beeld dat wij vanuit een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving schetsen. Op ruim terrein binnen deze aanpak maken vrijwilligheid en regelend recht plaats voor dwang en dwingend recht. Alom doemen nieuwe inbreuken op privacy en ongekende beperkingen in handelings- en contractsvrijheid op. We hebben in een oogwenk een radicale omslag in het Nederlandse vaccinatiedebat gezien; illustratief daarin is dat in het recente verleden jarenlang hevig is gediscussieerd over de – tot recent – beladen vraag of private organisaties in de kinderopvang de clientèle naar de vaccinatiestatus van hun kinderen mochten vragen en kinderen die niet tegen de bof, mazelen en rodehond waren gevaccineerd in hun opvang mochten weigeren. Burgers en private organisaties hebben zelf initiatieven ontplooid teneinde de vaccinatiegraad te vergroten en het weren van ongevaccineerden te stimuleren. Zij worden ook allerwegen door de over-

heid ingezet in de strijd tegen corona. Denk aan de controlerende en uitvoerende taak die de horeca op straffe van boete op zich heeft gekregen. Tegelijkertijd zien we ook dat het privaatrecht als correctie-instrument tegen repressie wordt gebruikt. Vele civiele rechtszaken tegen het coronabeleid van de overheid hebben het licht gezien, waarvan de juridische slag om de avondklok een van de bekendste is.⁴ Het coronabeleid blijkt niet soeverein maar wordt zichtbaar bespeeld door een verscheidenheid aan krachten binnen de (internationale) samenleving.

Dit preadvies is opgebouwd rond een aantal centrale vragen. Hoe ontwikkelt het privaatrecht zich in reactie op repressieve tendensen in de samenleving? Zijn in de huidige tijd trends zichtbaar waarin via privaatrechtelijke weg repressieve doelen worden nagestreefd? Zou het privaatrecht van de toekomst op repressie gericht moeten zijn? Of zou het privaatrecht en het overheidsaansprakelijkheidsrecht in het bijzonder juist tegenwicht moeten bieden aan repressie? Onze doelstelling is aanschouwelijk te maken in welke mate de repressievere oriëntatie in de samenleving zich vertaalt in de privaatrechtspleging. Het beeld hiervan wordt in de eerste plaats ingevuld door de wijze waarop vorm en inhoud wordt gegeven aan de doelstellingen van het privaatrecht. Een vraag die daarbij rijst, is of repressie tot de (actuele) doelstellingen van het privaatrecht behoort. Vervolgens wordt het beeld nader ingevuld door de werking van het privaatrecht in ogenschouw te nemen.

Om onze doelstelling te bereiken en voornoemde centrale vragen te beantwoorden, geven wij hieronder eerst een werkdefinitie van het begrip ‘repressie’ en schetsen wij in grote lijnen welke plaats repressie heeft in het normatieve kader van het privaatrecht. Wij brengen in kaart hoe repressieve tendensen in de samenleving zich in het privaatrecht hebben gemanifesteerd. Onze hypothese is dat tendensen van tolerantie en repressie elkaar afwisselen. In het huidige tijdsgewricht, zo is de volgende hypothese, wordt het privaatrecht repressiever, publiekrechtelijker in die zin dat het algemene belangen meer erbij betreft, dat een collectievere aanpak ingang krijgt en een *ex ante* perspectief gericht op schadevoorkoming terrein wint. Vervolgens bespreken wij concrete en actuele voorbeelden van repressie in het privaatrecht. Op welke gebieden worden privaatrechtelijke verhoudingen beïnvloed door repressieve tendensen? De resultaten van deze *tour d’horizon* gebruiken wij vervolgens om te analyseren of (en hoe) repressie in het privaatrecht past. Doen de besproken voorbeelden afbreuk aan de beginselen van het privaatrecht, zoals (contracts)vrijheid en

4 In kort geding in eerste aanleg werd de Staat veroordeeld de avondklok per omgaande buiten werking te stellen, maar in hoger beroep werd de tenuitvoerlegging van dit vonnis dezelfde dag direct geschorst en vervolgens is het vonnis vernietigd. Zie Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:RBDHA:2021:1100; Hof Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:252; Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285 (*Avondklok-zaak*).

private autonomie,⁵ of passen ze in een trend waarin de grenzen tussen privaats- en publiekrecht steeds meer vervagen? Wij sluiten af met het uitspreken van een verwachting over de plaats van repressie in het privaatrecht in de nabije toekomst en een aantal aandachtspunten voor het behoud van het eigen, op (positieve) vrijheid en autonomie gerichte karakter van het privaatrecht.

5 Private autonomie wordt ook wel aangeduid met de termen wilsonomie en partijautonomie. Het verwijst naar de overtuiging dat elk individu de bevoegdheid heeft om de eigen rechtspositie te bepalen.

2.1 Begripsverkenning: Repressie en vrijheid

De term repressie wordt veelal gebruikt als uiting van dwang en het inperken van vrijheid, bijvoorbeeld om (overheids)handelen te duiden dat erop gericht is bepaald gedrag van (groepen) individuen te onderdrukken of te bestraffen. Dat gaat vaak middels het recht en het recht dient daarbij tegelijkertijd ook als kader om dat (overheids)handelen te normeren, bijvoorbeeld om te bepalen in welke omstandigheden een sanctie gepast is en hoe zwaar de straf of boete mag zijn. Daar waar de overheid straffen oplegt of anderszins normen oplegt, wordt de vrijheid van de burger beperkt. Ook private actoren kunnen de vrijheid van anderen (doen) beperken. In de huidige tijd worden private actoren door de coronamaatregelen van de overheid zelfs gedwongen om de vrijheid van anderen te beperken.

Repressie staat in deze zin op gespannen voet met het (neo)liberale, individualistische vrijheidsbegrip dat gericht is op handelen conform de vrije wil zonder (overheids)belemmering. Dit neemt niet weg dat repressie vrijheid ook kan dienen. Door bepaald gedrag van de een te onderdrukken of te bestraffen wordt meer dan eens beoogd een maatschappelijke omgeving te creëren waarin de ander veilig en *in vrijheid* kan leven, en waarin fundamentele rechten van burgers zo veel mogelijk gewaarborgd zijn.¹ Het in de politieke en sociale filosofie veelgemaakte onderscheid tussen twee concepties van vrijheid, te weten negatieve vrijheid en positieve vrijheid, kan hier verhelderend werken.² Negatieve vrijheid wordt gevormd door de *afwezigheid* van beperkingen, ob-

1 Van Kempen betoogt dat repressie juist ook kan worden nagestreefd door een beroep op fundamentele rechten. Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (inaugurele rede, Radboud Universiteit Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publisher 2008.

2 Het begrippenpaar positieve vrijheid en negatieve vrijheid is door Berlin in 1958 geïntroduceerd. I. Berlin, *Two Concepts of Liberty* (1958), in: I. Berlin, *Liberty* (red. H. Hardy), Oxford: Oxford University Press 2002, p. 195.

stakels en grenzen. Positieve vrijheid ontstaat door de *aanwezigheid* van mogelijkheden om te handelen en het leven aldus zelf in de hand te nemen. Terwijl negatieve concepties van vrijheid zich richten op beantwoording van de vraag op welke terreinen de mens de vrijheid dient te hebben om ongehinderd de eigen gang te gaan, stellen positieve concepties van vrijheid aan de orde wie of wat bepaalt of beïnvloedt wat een mens doet, is of wil.

Repressie verkleint aldus negatieve vrijheid, omdat repressie door anderen gevormde obstakels meebrengt die het eigen handelen beperken. Maar tegelijkertijd kan deze repressie positieve vrijheid juist vergroten, doordat het handelen van iets of iemand de mogelijkheid creëert tot zelfontplooiing. Een inperking van negatieve vrijheid die tevens een bijdrage aan positieve vrijheid vormt, wordt bijvoorbeeld geleverd door overheidsregelgeving die erop gericht is zwakkere contractspartijen een sterkere positie te geven door regels van dwingend recht. Inperking van contractsvrijheid – een beginsel dat een negatieve conceptie van vrijheid reflecteert – kan aldus private autonomie – dat met positieve vrijheid samenvalt – vergroten.³

Dit strookt met het socialistisch of collectivistisch vrijheidsbegrip, dat niet beoogt dat eenieder onbelemmerd zijn gang kan gaan, maar dat juist voor ogen heeft dat terwijl de gemeenschap invloed kan uitoefenen op het bestuur, het bestuur invloed heeft op de economie, de markt en het privébezit.⁴ Overigens kan beleid gericht op positieve vrijheid ook repressie inhouden. Sterker nog, er wordt voor gewaarschuwd dat juist door het sociale aspect van positieve vrijheid onderdrukking in de hand wordt gewerkt omdat het meer dan eens samengaat met een problematische beperking van de negatieve vrijheid van andersdenkenden.⁵ Het huidige coronabeleid biedt in deze een interessante leerschool.

Kortom, vrijheid is in meerdere opzichten een dubbelconcept en dat brengt ook mee dat de waardering van repressie geen eenduidigheid kent.

2.2 Terreinverkenning: repressie en private autonomie

Wie aan repressie denkt, zal niet onmiddellijk aan privaatrecht denken, maar veeleer aan publiekrecht. Dat hangt samen met de gebruikelijke inkleuring van een scheidslijn tussen publiekrecht en privaatrecht. Het beeld daarbij is dat het publiekrecht de wijze regelt waarop de Staat binnen de samenleving fungeert met het oog op het algemeen belang en dat het privaatrecht de ruimte en de gelegenheid schept voor rechtssubjecten, waaronder in het bijzonder

3 Vergelijk S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitsluiting in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 15.

4 A. de Dijn, *Vrijheid, een woelige geschiedenis*, Amsterdam: Alfabet Uitgevers 2021.

5 Berlin (1958) 2002, p. 179.

individueen, om het eigen belang te behartigen. Het privaatrecht wordt ook wel omschreven als het regelen van de private autonomie, oftewel de bevoegdheid om de eigen rechtspositie te bepalen.⁶ Het vermogensrecht, als overkoepelende term voor het economisch gerichte privaatrecht, beschermt en faciliteert rechten op en uitwisseling van goederen en waardeerbare prestaties.⁷ De regels van het Burgerlijk Wetboek zijn meer ordenend van karakter dan sturend.⁸

Terwijl repressie een morele grondslag heeft, draait het in het privaatrecht aldus met name om efficiëntie. Privaatrecht is in de kern vooral faciliterend en spreekt niet zo zeer van sancties, maar eerder van remedies.⁹ Regels van eigendomsrecht en contractenrecht zijn erop gericht een kader te bieden aan partijen die vrijelijk kunnen beslissen of zij goederen in eigendom willen overdragen of een overeenkomst met een ander willen aangaan. Aansprakelijkheidsrecht biedt een kader voor (het afdwingen van) compensatie voor geleden schade. Het vermogensrecht dwingt partijen in beginsel niet in een bepaalde richting. Toespitsing op sancties – of zo men wil: remedies of verhaalsmogelijkheden – gaat dan ook deels voorbij aan waartoe het verbintenenrecht op aarde is. Het aangaan van privaatrechtelijke relaties is primair gericht op het realiseren van eigen belangen. De verwachtingen en belangen van partijen over en weer worden door het privaatrecht vertaald in juridisch relevante eisen die aan het handelen van de betrokken partijen worden gesteld.

Niettemin kunnen ook in het privaatrecht beperkingen op de (negatieve en positieve) vrijheid van partijen worden geobserveerd die als repressie kunnen worden bestempeld. Het gaat in dit soort gevallen om privaatrechtelijke regels die worden ingezet teneinde bepaald gewenst gedrag te bewerkstelligen of ongewenst gedrag tegen te gaan. Deels gaat het daarbij om horizontaal werkende gevallen: private actoren die het privaatrecht inzetten om bepaald gedrag af te dwingen, en dus een repressieve samenleving bewerkstelligen. Daarbij wordt de negatieve vrijheid van een partij ingeperkt teneinde de positieve vrijheid van een ander te bevorderen. Voorbeelden zijn privaatrechtelijke contactverboden, winkelverboden en stadionverboden bij geweldsdelicten, winkeldiefstal of vandalisme, alsook contractuele boetes voor niet-nakoming van wettelijke plichten en (collectieve) privaatrechtelijke acties voor de hand-

6 Vergelijk bijvoorbeeld: K. Larenz & M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen rechts*, Verlag V.H. Beck: München 2004, nr. 1: “Das Privatrecht ist derjenige Teil der Rechtsordnung, der die Beziehungen der einzelnen Personen als Bürger zueinander auf der Grundlage ihrer Gleichberechtigung und Selbstbestimmung (‘Privatautonomie’) regelt.”

7 W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 26. Dit preadvies is voornamelijk gericht op een analyse van het vermogensrecht. Hier en daar verwijzen wij naar voorbeelden uit het ondernemingsrecht, dat eveneens onderdeel uitmaakt van het privaatrecht.

8 F.J. van Ommeren, ‘Algemeen wetgevingsbeleid’, in: S.E. Zijlstra e.a. (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 144.

9 Overigens niet uitsluitend. Zie C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht. (Monografieën BW A11)* (derde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2017; en voor België R. Feltkamp, *Beginselen van het vermogensrechtelijk privaatrecht* (tweede, herziene druk), Antwerpen: Maklu 2017, p. 235 e.v.

having van rechten en plichten. Daarnaast gaat het ook om de ontwikkeling en invoering van privaatrechtelijke regels voor het waarborgen van collectieve belangen (ofwel: collectieve zelfverwezenlijking), bijvoorbeeld door het toekennen van rechtsbescherming aan zwakkere partijen en toenemende mogelijkheden voor collectieve procedures en handhaving. Als het gaat om publieke belangen zien we in het privaatrecht meerdere tendensen, zoals het rekening moeten houden met belangen van derden of zelfs van toekomstige generaties en algemene belangen zoals duurzaamheid.¹⁰ Voorts zijn er gevallen waarin het privaatrecht ‘taken van het publiekrecht’ overneemt door de inzet van privaatrechtelijke vormen van certificering en controlemechanismen en door de aangroei van de poortwachtersfunctie van private instellingen, zoals banken en woningcorporaties.

Door de inzet van het privaatrecht voor het waarborgen van publieke belangen, vindt vaak ook een verandering plaats van het recht zelf die fundamenteel is dan de inzet van regels van privaatrecht om repressieve doelen te bewerkstelligen. Het privaatrecht zelf wordt instrumenteler. In plaats van faciliterend, wat het privaatrecht in beginsel is, wordt het (ook) sturend of geleidend.¹¹ Dat uit zich bijvoorbeeld in nieuwe regelgeving op het grensvlak van publiek- en privaatrecht, zoals normen van dwingend recht in het arbeidsrecht, consumentenrecht, financieel recht en gezondheidsrecht.¹² Een vraag die wij ons daarom ook stellen is of de repressieve tendensen in het privaatrecht in het licht van de bredere tendens tot het waarborgen van publieke belangen betekenen dat het privaatrecht van kleur verschiet.

Deze tendensen kunnen systematischer worden geduid door ze te bezien in het licht van de drie ontwikkelingslijnen die wij hierboven noemden. Ten eerste wordt het privaatrecht inhoudelijk repressiever van kleur door de dwingender invulling die nationale en Europese wet- en regelgevers eraan geven, alsmede de rechtspraak. Ten tweede wordt het privaatrecht door actoren zelf vaker op een sturende of dwingende manier ingezet tegen andere actoren. Ten derde wordt het privaatrecht in sommige gevallen van de publiekrechtelijke ratio doorspekt en verplicht de overheid private actoren om beperkend of controlerend jegens elkaar op te treden.

10 Denk bijvoorbeeld aan HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

11 De term ‘geleidend’ past meer bij het privaatrechtelijk jargon, terwijl ‘sturend’ wordt gebruikt in de sociaal-economische wetenschappen. Vergelijk W.H. van Boom, *Norm en normativiteit in het vermogensrecht* (Preadvies Christen Juristen Vereniging), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 9.

12 Over de spanning die dat oplevert met het normatieve karakter van het privaatrecht, dat vooreerst faciliterend is, hieronder meer.

2.3 Repressieve functie en/of werking van privaatrecht

Een blik op de geschiedenis leert ons dat een repressieve inzet van het privaatrecht geenszins uitsluitend van deze tijd is. Integendeel, de wortels van het verbintenissenrecht zijn repressief van aard en reiken tot in Romeinsrechtelijke systemen van eigenrichting en weerwraak.¹³ Zowel de buitencontractuele delictsacties als de acties inzake wanprestatie hadden aanvankelijk een punitief karakter. Dit uitte zich onder meer in verschuldigde compensatie die de geleden schade ver overtrof, niet-vererving van delictsacties en executie op de persoon van de debiteur in plaats van executie op diens vermogen. Het te vorderen bedrag had niet zozeer als vergoeding, maar veeleer als vergelding te gelden. Bij vernieling en bedrog bleef de private straf nog beperkt tot het betalen van een bedrag gelijk aan de vermogensschade, maar bij andere vergrijpen, zoals diefstal, mishandeling en belediging, moest veel meer betaald worden. Bij de typering als strafvordering in plaats van schadevergoedingsvordering past ook dat alle mededaders tot betaling veroordeeld werden alsook dat erfenamen van daders die zelf niets hadden misdaan, vrijuit gingen.

Het Romeinse recht kende voor een behoorlijk aantal schadeveroorzakende gedragingen geen strikte scheiding tussen het strafrecht en het privaatrecht. Wel werd er onderscheid gemaakt tussen zogenoemde *crimina* en *delicta*, hoewel sommige gedragingen in beide categorieën thuishoorden. *Crimina* waren ernstiger misdrijven, zoals misdrijven tegen de Staat of de goede zeden, seksuele misdrijven, geweld tegen personen, grafschennis, diefstal en oplichting. *Crimina* konden van overheidswege vervolgd worden. In geval van *delicta*, waartoe geringere vergrijpen zoals belediging en zaaksbeschadiging werden gerekend, als ook de *crimina* diefstal en mishandeling, kon het slachtoffer zelf een straf afdwingen via de rechter in de vorm van een geldboete die dan hemzelf ten goede kwam. Het repressieve en het vergoedende aspect van het recht zijn pas later geleidelijk aan van elkaar losgeraakt. Het was in het Romeinse recht in een behoorlijk aantal gevallen dan ook niet de overheid die optrad bij vergrijpen – behoudens bij misdrijven tegen de Staat – maar de slachtoffers zelf die poenale acties instelden. In de tijd dat de rechtspraak nog in de kinderschoenen stond, vond de burger aldus hoofdzakelijk via privaatrechtelijke weg, in plaats van publiekrechtelijke waarborgen, bescherming

13 Zie onder veel meer E.J.H. Schrage, 'Van delict tot onrechtmatige daad', *Ars Aequi Cahiers*, Nijmegen 1998, p. 18; J.H. Dondorp (m.m.v. J. Hallebeek), *Schuld en boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Amsterdam: VU University Press 1998, p. 9 e.v.; C.A.N.M.Y. Cauffman, 'Naar een punitief Europees verbintenissenrecht', *TPR* 2007, p. 802; J.S. Kortmann, 'The Tort Law Industry', *ERPL* 2009 17(5), p. 801 e.v.; H.S. Maine, *Ancient Law*, Cambridge University Press 2012, p. 370 e.v.; R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding; Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad* (herzien en bewerkt door L.C. Winkel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1 e.v.; P. Gillaerts, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2020, p. 126 e.v.

tegen bedrog en geweld.¹⁴ Bracht een slachtoffer een bestraffing door de overheid op gang, dan verloor hij daarmee namelijk tot in de latere keizertijd de mogelijkheid van financiële genoegdoening via de weg van een private delicts-actie.

Daar waar het privaatrecht in sterkere mate een repressief, punitief karakter heeft, stellen rechtsbronnen het laakbare gedrag van de schuldenaar, de dader centraal en in mindere mate het geschonden belang van de schuldeiser, het slachtoffer. In geval van een reipersecutoire functie is dat juist andersom. Terwijl in het Romeinse recht en het inheemse recht van de middeleeuwen als uitgangspunt bij privaatrechtelijke aansprakelijkheid gold dat bepaald gedrag moest worden bestraft, hing het canonieke recht de restitutieleer aan. In de rechtspraktijk van de late middeleeuwen heeft zich een ontwikkeling voltrokken die heeft geleid tot een verschuiving van de repressieve functie naar het publiekrechtelijk domein.¹⁵ Met de opkomst van het natuurrecht in de zeventiende eeuw is vervolgens afstand genomen van het punitieve karakter van het privaatrecht en werd bestraffing een publieke zaak. In het privaatrecht in Europa werd de focus verlegd van het laakbare gedrag van de dader naar het geschonden belang van de benadeelde en maakte de private boete plaats voor een algemene actie voor schadevergoeding. In de woorden van Hugo de Groot hebben zij die verkort zijn weliswaar recht op ‘weder-evening’ oftewel redres, maar komt het recht om te straffen de overheden toe.¹⁶ Sedertdien is de repressieve functie van het privaatrecht meer naar de achtergrond verdrongen en is bestraffing in moderne rechtssystemen inderdaad in beginsel voorbehouden aan de overheid. Het is echter niet zo zwart-wit, zoals wij hieronder in een historische schets zullen illustreren; repressief recht komt in vele tinten grijs.

Om te beginnen komt repressief recht niet slechts in de vorm van het *post factum* opleggen van leed. Bovendien geldt dat zelfs als het punitieve karakter wel voorop staat, hiermee niet uitsluitend boetedoening wordt nagestreefd. Leed wordt veelal in het vooruitzicht gesteld teneinde sociaal onwenselijke gedragingen te ontraden en verstoringen van de maatschappelijke orde te voorkomen. Aan repressie is met andere woorden in de regel ook een preventief doel verbonden. Bestrafing kan men bovendien ook duiden in termen van correctieve of vereffenende rechtvaardigheid en herstel van verstoord evenwicht. De repressieve functie van het recht valt aldus deels samen met de preventieve functie of handhavingsfunctie daarvan. Het gaat dan om de betuigelende werking van en het herstellen van de sociale orde door het recht. Deze

14 Maine 2012, p. 371.

15 J. Hallebeek, ‘Buitencontractuele aansprakelijkheid aan de vooravond van de moderne samenleving’, in: B. Debaenst & B. Delbecq (red.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving*, Brugge: Die Keure 2014, p. 22.

16 H. de Groot, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (1631), Boek 3, deel 32 (bewerkt door F. Dovring, H.F.W.D. Fischer, E.M. Meijers), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1965.

functies hebben het publiekrecht en privaatrecht met elkaar gemeen. Preventie is onmiskenbaar een belangrijke functie van (onderdelen van) het (privaat) recht. In lijn met de publiekrechtelijke delen van deze preadviezen vertrekt onze beschouwing vanuit de veronderstelling dat de rechtspleging zich in toenemende mate richt op preventie.

Tot slot verdient opmerking dat functie en effect dienen te worden onderscheiden. De functie ziet op de doelstelling, op hetgeen wordt beoogd; het effect op de mate waarin die doelstelling wordt gerealiseerd, op hetgeen het beoogde of onbeoogde gevolg is. De functie ligt besloten in het ontwerp en de toepassing van rechtsregels, het effect is het gevolg van die toepassing. Zo kunnen zich ook zonder (expliciete) repressieve doelstellingen repressieve trends afspelen en kunnen instrumenten van privaatrecht ook zonder repressieve functie repressieve werking hebben.

Samenvattend kan worden gesteld dat ook al wordt repressie niet als een zelfstandige doelstelling van het hedendaagse privaatrecht beschouwd, repressie niet vreemd is aan het privaatrecht en het privaatrecht bovendien een repressieve werking kan hebben alsook in meer of mindere mate als repressief kan worden ervaren.

2.4 Niets revolutionairs

Repressie kan zich in het privaatrecht onder meer vertalen in (zwaardere) sancties, (hogere) schadevergoedingen, (verdergaande) (zorg)plichten, inperkingen van (contracts)vrijheid, dader- in plaats van slachtoffer-gerichtheid, nadruk op rechtsbescherming in plaats van belangenbescherming, het vooropstellen van publieke belangen in plaats van private belangen, collectiviteit, uitbreiding van de kring van ‘onderdrukkers’ zoals private toezichthouders en van de groep die onderdrukt wordt bijvoorbeeld door toegenomen private controle, *ex ante* aanpak in plaats van *ex post* en vervaging van grenzen met publiekrecht. In dit licht kunnen wij op het eerste gezicht zeggen dat de tendensen die wij waarnemen, passen in een toenemende repressie in het privaatrecht. De privaatrechtelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid zijn in de huidige samenleving aanzienlijk gegroeid, terwijl de verklaring daarvoor niet kan worden gevonden in een toename van onveiligheid en vermijdbare schade in dezelfde periode.¹⁷ De reikwijdte van het contractuele en buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht wordt merkbaar groter en de mogelijkheden voor civielrechtelijk verhaal nemen toe.¹⁸

17 Aldus ook S. Hedley, ‘The Unacknowledged Revolution in Liability for Negligence’, in: S. Worthington, A. Roberts & G. Virgo (eds.), *Revolution and Evolution in Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2018, p. 119.

18 Zie ook Hartlief 2015, p. 269.

Zoals echter uit de bovenstaande schets van de oorsprong van het privaatrecht blijkt, is handhaving door en instrumentalisme in het privaatrecht niet nieuw en dienen we eerder van een wederopleving dan van een introductie van repressiviteit te spreken. Dit strookt ook met het gegeven dat het privaatrecht zich door de eeuwen heen in golfbewegingen ontwikkelt. Het (privaat)recht beweegt voortdurend mee met maatschappelijke ontwikkelingen en problemen waarvoor de maatschappij zich gesteld ziet.¹⁹ Het (privaat)recht laat zich enerzijds wiegen door de maatschappelijke krachten die erop inwerken en versterkt deze krachten anderzijds ook. Terwijl het (privaat)recht steunt op politieke, sociale, economische, morele, filosofische, historische en psychologische opvattingen ten aanzien van samenlevingsontwikkelingen en behoeften, worden rechtswetenschappelijke analyses daarvan ook via rechtsregels en via de rechtsbedeling afgedwongen.²⁰

Een blik op de rechtsgeschiedenis in ons land en daarbuiten, die in het volgende hoofdstuk wordt ingekleurd, leert ons dat we in het privaatrecht geen revoluties mogen verwachten.²¹ Het zijn veeleer geleidelijke evoluties, stromingen van continuïteit en consistentie wat de klok slaat, met bij tijd en wijle een gedeeltelijk wederkeren naar oudere concepten en gedachtegoed.²²

19 R. Rijnhout e.a., 'Beweging in het aansprakelijkheidsrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht (NTBR)* 2013-5, p. 172.

20 L. Cornelis, *Samenlevingsgericht (aansprakelijkheids)recht; Grondwettelijke zuurstof voor het op adem trappende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 4-5.

21 D. Ibbetson, 'Revolutions in Private Law?', in: S. Worthington, A. Roberts & G. Virgo (eds.), *Revolution and Evolution in Private Law*, Oxford: Hard Publishing 2018, p. 12; J. Steele, 'Risk Revolutions in Private Law', in: Worthington, Roberts & Virgo (eds.) 2018, p. 75; T.T. Arvind, 'Paradigms Lost or Paradigms Regained? Legal revolutions and the Path of the Law', in: Worthington, Roberts & Virgo (eds.) 2018, p. 75.

22 A.L.M. Keirse & T. Bouwman, 'Nudging Financial Decisions: Protecting Weaker Parties while Promoting Autonomy', *Texas International Law Journal* 2019-2, p. 202.

3.1 Schommelen tussen vrijheid en repressie

In de volgende subparagrafen analyseren wij eerst hoe de scheidslijn tussen publiek- en privaatrecht door de eeuwen heen is getrokken en verschoven en vervolgens welke invloed de politieke, economische en sociale context in verschillende tijdsgewrichten heeft gehad op de inhoud van het privaatrecht. Het overzicht richt zich op de grote lijnen die uit de nationale en Europese geschiedenis kunnen worden gedestilleerd, waarbij de invloed van vreemd recht op het Nederlandse recht aanzienlijk is geweest. Het individualisme uit het Romeinse recht en later het Franse recht is in recenter jaren deels naar de achtergrond gedrukt door, naast nationale, Europese tendensen gericht op gemeenschapsdenken.

Wij brengen met deze historie in beeld hoe afwisselend vrijheid en repressie worden gewaardeerd. Terwijl Gratama in de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV) van 1872 spreekt over “de vrijheid, die hier te lande en in elk beschaafd land van Europa ieder individu heeft om zijn rechtsbetrekkingen in te richten gelijk hij verkiest”,¹ schrijft Pitlo in zijn boek *Evolutie in het privaatrecht* dat honderd jaar later precies het tegengestelde geldt: “Noch in Nederland, noch elders in Europa, kan het individu zijn rechtsbetrekkingen naar eigen inzicht regelen. Talloos zijn de wetten, die hem in die vrijheid beknotten. Waaraan is deze ommekeer, die men uit wet, rechtspraak en doctrine dagelijks kan aflezen, toe te schrijven?”² Naast het individuele juridische concept van vrijheid heeft zich de afgelopen 2500 jaren ook een politieke, collectiever vrijheidsbegrip ontwikkeld dat verschillende bloeiperiodes heeft gekend.³ De juridische onderverdeling tussen vrij mens en slaaf en de zogenoemde negatieve vrijheid zelf te kunnen beschikken over je leven,

1 B.J. Gratama, *HNJV* 1872-II, p. 110.

2 A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972, p. 39.

3 De Dijn 2021.

lichaam en lot is van oudsher een belangrijk onderdeel van het vrijheidsbegrip. Nog immer brengen wij vrijheid in verband met individuele rechten die een privédomein afbakenen waarop geen inbreuk mag worden gemaakt.

Vanaf 500 voor Christus hebben de Grieken en Romeinen het begrip ‘vrijheid’ evenwel ook een politieke of sociale lading gegeven. Dit meer democratische concept van vrijheid roept niet op tot bescherming tegen (overheids)-bemoeienis, maar tot controle door het volk op de wijze waarop het wordt geregeerd en tot aanwending van overheidsmacht om het collectieve welzijn te vergroten. In de moderne tijd is dit klassieke concept weer tot leven gewekt door renaissancistische humanisten, onder wie Machiavelli, en hun leerlingen. Vervolgens raakten de Amerikaanse, Franse, Nederlandse en Poolse revolutionairen van de laat achttiende eeuw en vroeg negentiende eeuw geïnspireerd en kwamen zij in opstand in naam van de vrijheid zichzelf te besturen.⁴

In reactie hierop groeide een contrarevolutionaire beweging en volgde het liberalisme met als gevolg dat in de negentiende en twintigste eeuw opnieuw een verschuiving in het denken over vrijheid plaatsvond. Geleerd werd dat vrijheid niet een kwestie was van wie er regeerden, maar werd bepaald door de mate waarin werd geregeerd. Vrijheid werd niet langer gelijkgesteld aan zelfbestuur door het volk, maar aan persoonlijke onafhankelijkheid. De doctrine van vrijheid liet zich samenvatten in het Franse ‘laissez faire’ en het Amerikaanse ‘mind your own business’.

Ook in die tijd stuitte deze individualistische benadering van vrijheid op weerstand, zeker in de nasleep van de Amerikaanse lange depressie en de wereldwijde economische crisis eind negentiende eeuw.⁵ Niet de inperking van overheidsbemoeienis, maar het einde van politieke en economische overheersing zou echte vrijheid brengen. Deze heropleving van de oproep tot democratische vrijheid van denkers en politici, onder wie Roosevelt, verstomde in het Westen evenwel door de Koude Oorlog. De idee dat de overheid moet helpen om de wensen van burgers te realiseren heeft begrijpelijkerwijs niet steeds evenveel aanhangers (gehad). In het werk van Berlin dat tegen de achtergrond van de Koude Oorlog kan worden gezien,⁶ lezen we dat alleen de ‘negatieve’ vrijheid, in de zin van niet-inmenging (door de Staat), de moeite waard is.⁷ De andere, ‘positieve’ invulling van het concept kan als een vertroebeling of een leugen worden gekenschetst. Voor De Dijn, een filosoof uit de huidige tijd die

4 De Dijn 2021, p. 8.

5 De ‘Lange Depressie’ was een crisis van 1873 tot 1879 of 1896. Over het eindpunt verschillen de meningen, maar hoe dan ook was het de langste periode van dalende groei in de Amerikaanse geschiedenis tot dan toe. Deze economische crisis was het ernstigst in de Verenigde Staten en (West-)Europa. Zij volgde op de sterke economische groei die in gang was gezet door de tweede industriële revolutie in de tien jaar na de Amerikaanse Burgeroorlog. Deze Lange Depressie werd ook ‘Grote Depressie’ genoemd totdat deze titel werd gereserveerd voor de ‘Grote Depressie’ van de jaren dertig van de twintigste eeuw.

6 Zie J. Müller, *Isaiah Berlin’s Cold War Liberalism*, Singapore: Palgrave Macmillan 2019.

7 Berlin (1958) 2002.

over vrijheid schrijft, ligt dat anders.⁸ Zij wijst weliswaar als huidige invulling van het vrijheidsbegrip de negatieve conceptie aan, maar heeft zelf een positieve, democratische kijk op wat het betekent om vrij te zijn in een samenleving of als samenleving. Onze vraag is of het tij niet wederom is gekeerd. Immers, als wij het goed zien – en hieronder volgt een schets van ons beeld – staat De Dijn niet alleen.

3.2 Verschuivende grens tussen privaatrecht en publiekrecht

De geschiedenis leert dat de scheidslijn tussen privaatrecht en publiekrecht aan verschuiving onderhevig is. Daarmee varieert ook in verschillende opzichten de repressiviteit van beide rechtsgebieden. Terwijl het publiekrecht – dat met inachtneming van de algemene belangen de bevoegdheden alsook de organisatie van de gemeenschap en de verhouding van het individu tot die gemeenschap regelt – door de overheid wordt gehandhaafd, wordt het privaatrecht – dat met een focus op de belangen van het individu de verhouding van individuen onderling regelt – in beginsel door benadeelde individuen zelf afdgedwongen. Alleen al dit onderscheid brengt een verschil in repressie mee, daar de overheid bijzondere bevoegdheden toekomt, dwangmiddelen tot haar beschikking heeft en dit een intrinsiek ongelijkwaardige rechtsverhouding meebrengt. Dit betekent ook dat een verschuiving van publieke regelgeving en/of handhaving naar private regelgeving en/of handhaving of andersom of een cumulatie daarvan, verschil maakt voor de mate van de gevoelde repressie.

Voorbeelden kunnen dit illustreren. Iemand die een roofoverval pleegt, kan door justitie worden vervolgd en bestraft onafhankelijk van wat de benadeelde daarvan vindt en los van de vraag of ook laatstgenoemde zelf er werk van maakt en een privaatrechtelijke claim tegenover de dief instelt. De overheid treedt tegen diefstal op in het belang van de gemeenschap. Dit wordt tot het terrein van het publiekrecht gerekend. Op het terrein van het privaatrecht wordt daarentegen het initiatief tot rechtshandhaving overgelaten aan de benadeelde. Komt een schuldenaar doelbewust zijn verplichtingen niet na, dan zal eerst de schuldeiser tegenover zijn schuldenaar moeten optreden en naar de rechter moeten stappen alvorens een rechter deze zaak ter hand neemt. Betekent dit dat de moderne maatschappij in sterkere mate wil worden behoed voor overvallers dan voor wanprestanten?

Wat tot het publiekrecht wordt gerekend en wat tot het privaatrecht, reflecteert het belang dat daaraan wordt toegekend. Deze categorisering is geen rustig bezit. Het verschilt van maatschappij tot maatschappij en van tijd tot tijd

wat daar en dan van zo essentieel belang wordt geacht dat het onder het publiekrecht wordt gebracht.⁹ Met grove pennenstreken laten zich hier golven van eb en vloed aftekenen; er zijn tijden dat het publiekrecht het privaatrecht meer en meer terugdringt en andersom zijn er tijden in de sfeer van *laissez faire, laissez aller*, van vrijheid van productie en (handels)verkeer.

Het kan ook samengaan. Hoofdstuk 4 inzake actuele repressieve tendensen laat zien dat publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regulering en handhaving in toenemende mate samen plaatsvinden.¹⁰ Zo opteert het Europese mededingingsrecht sinds de laatste eeuwwisseling voor een parallelle handhaving door bestuursrecht en privaatrecht. Ook op de terreinen van het consumentenrecht en de financiële dienstverlening is gekozen voor een gecombineerde aanpak. Onder de werking van de Wet handhaving consumentenbescherming kunnen de Autoriteit Consument en Markt en de Autoriteit Financiële Markten bestuursrechtelijk optreden naast de consumenten en concurrenten die groeiende mogelijkheden hebben om privaatrechtelijke en desgewenst collectieve acties te starten.

Repressief publiek- en privaatrecht kunnen hier als communicerende vaten functioneren. Normen die in het privaatrecht zijn ontwikkeld met het oog op de bescherming van de individuele belangen van private partijen worden meer dan eens in het publiekrecht opgenomen. Bij het uitwerken of herformuleren van deze in meer of mindere mate open normen uit het privaatrecht tot publiekrechtelijk te handhaven gedragsregels verworpen ze tot meer strakke en concreet geformuleerde normen.¹¹ Vervolgens krijgen deze aangepaste en aangescherpte normen ook betekenis in de onderlinge privaatrechtelijke verhoudingen waar ze door private partijen kunnen worden ingeroepen. Aldus wordt het functioneren van het privaatrecht sterk beïnvloed. Het brengt ook mee dat de (van oorsprong privaatrechtelijke) normen zich kunnen ontwikkelen in een richting die niet volledig spoort met het systeem van het privaatrecht. Potentieel problematisch is eveneens dat dubbele stelsels van normering en handhaving naast elkaar bestaan, op de terreinen van zowel publiekrecht als privaatrecht.¹² Een voorbeeld hiervan biedt de veralgemeniseerde bijzondere privaatrechtelijke zorgplicht van financiële instellingen die vanuit de wens om

9 Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem 1995*, nr. 4.

10 Vergelijk D.W.F. Verkade, *Onerlijke handelspraktijken jegens consumenten (Monografieën BW B49a)*, 2016/67 e.v.; A.J.C. de Moor-Van Vugt, A.P. Klap en T. de Lange, 'Parallele handhaving: match of mismatch? Het combinatieprincipe opnieuw bezien', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2017, p. 164-173.

11 G. Snijders, 'Gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht; normen van publiek- en privaatrechtelijke aard', in: G. Snijders & A.G. Castermans, *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht* (Preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 39 e.v.

12 Zie O.O. Cherednychenko, 'De betekenis van het financiële 'toezichtprivaatrecht' voor het verbintenissenrecht', in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Het publiek van het privaatrecht: hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt* (NILG Congresbundel) 2010, p. 63 e.v.; C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

het toezicht op financiële ondernemingen te verstevigen in publiekrechtelijke gedragsregels is genormeerd en wordt gehandhaafd onder meer door in het algemeen belang op te leggen sancties, hetgeen vervolgens effect heeft op de contractuele rechtsverhoudingen tussen financiële ondernemingen en hun cliënten.

De kruisbestuiving tussen privaats- en publiekrecht is natuurlijk niet willekeurig. Hoewel de beide terreinen beheerst worden door eigen beginselen, leerstukken en regels, behoren ze wel tot dezelfde rechtsorde. Instemmend halen wij Valk aan: “Eenheid van privaats- en publiekrecht is een dure plicht van zowel de bestuursrechters als de burgerlijke rechter; en trouwens ook van de rechtswetenschap.”¹³ In deze lijn oordeelt de Hoge Raad bijvoorbeeld dat naar zowel bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke maatstaven tot uitgangspunt moet worden genomen dat overheidslichamen gehouden zijn gedane toezeggingen na te komen, dat het belang van degene die aanspraak maakt op nakoming zwaar weegt en dat zwaarwegende andere belangen, waaronder belangen van derden of algemene belangen, aan nakoming in de weg kunnen staan.¹⁴ Vanuit publiekrechtelijk perspectief betekent dit dat het vertrouwensbeginsel niet met zich brengt dat gerechtvaardigd vertrouwen altijd moet worden gehonoreerd. Privaatrechtelijk gesteld, in de bewoordingen van artikel 6:2 BW, kan het onder bijzondere omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn om van de Staat nakoming van een gedane toezegging te verlangen.

Zoals hierboven al is aangestipt is een deel van dat wat in de moderne tijd tot het strafrecht wordt gerekend en daarmee tot het publiekrecht bij uitstek, eens privaatrecht geweest. In oude tijden werden sommige schadeveroorzakende gedragingen die wij als strafbare feiten kwalificeren bijvoorbeeld als een privéaangelegenheid tussen misdadiger en benadeelde beschouwd. Ook andere voorbeelden van verschuivingen van privaatrecht naar publiekrecht dienen zich aan. Huurlegers zijn in de loop der tijd opgevolgd door staatse legers en voor vrijwilligheid is daarbij overheidsdwang in de plaats getreden. Nu de opkomstplicht van dienstplichtigen sinds 1997 is opgeschort, bestaat de Nederlandse krijgsmacht inmiddels weer uit personen die zelf vrijwillig voor een baan bij het leger kiezen. Het moderne huwelijk dat zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke aspecten kent, is ook eens te typeren geweest als koop of roof. Ons stelsel van sociale zekerheid is in de plaats gekomen van particuliere verzekeringen en private vormen van liefdadigheid. Inmiddels is dit stelsel echter afgekalfd en wordt daarom ook toevlucht gezocht in verzekeringen en *crowdfunding*.

13 W.L. Valk in zijn conclusie ECLI:NL:PHR:2021:587 voor HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957.

14 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1957, r.o. 3.2.3.

Daartegenover staan rechtshandelingen, zoals het testen, die in oude tijden in het openbaar plaatshadden, omdat testamenten en verervingen de gehele gemeenschap aangingen, maar thans van privaatrechtelijke (hoogst) persoonlijke aard zijn. Handelsrecht was in vroeger tijden een apart verbijzonderd rechtsgebied, maar is thans integraal onderdeel van privaatrecht. Ook het pachtrecht, als vermaatschappelijk en geëconomiseerd agrarisch recht, is in het Burgerlijk Wetboek opgenomen.

Met ‘*the movement from status to contract*’ aan het einde van de achttiende, begin negentiende eeuw onderging ons recht een fundamentele wijziging.¹⁵ De rechtspositie werd niet langer bepaald door iemands toebedeelde status en positie in vaste hiërarchische verbanden, maar door de rechtsbetrekkingen die het individu uit vrije wil is aangegaan. Een rechtstelsel waarin de rechten en verplichtingen van individuen van hogerhand worden opgelegd, maakte plaats voor een rechtssysteem waarin de rechten en verplichtingen door mensen vrijelijk in afzonderlijke overeenkomsten werden opgenomen.¹⁶ In de woorden van Alfred Fouillée (1838-1912): “*Toute justice est contractuelle; qui dit contractuel, dit juste.*” Zoals hieronder nog uitgebreider aan de orde komt, heeft de Franse revolutie de leuzen van vrijheid en gelijkheid gebracht en de leer van private autonomie doen floreren. Met het oog op de grootste welvaart voor het grootst aantal mensen wordt opgeroepen tot vrijheid van handel, vrijheid van mededinging, vrijheid van arbeid en daarmee tot contractsvrijheid. Deze visie reduceert de rol van de Staat tot het eerbiedigen en doen eerbiedigen van het recht op het private economische initiatief, het particuliere eigendomsrecht en het gegeven woord. Het beeld van een politiestaat komt hier op, verwijzend naar het model van een minimale staat in overeenstemming met de ideeën van politiek liberalisme. Aan politieke inmenging ligt het behoud van individuele rechten ten doel en de instelling van de overheid vindt haar basis in de instemming van individuen. Aldus is de missie van het publiekrecht in deze tijdgeest – enigszins gechargeerd gezegd – beperkt tot het handhaven van de optimale voorwaarden voor de uitoefening van privaatrecht.

Hierop volgt echter een ontwikkeling in tegenovergestelde zin. De evolutie ‘*from status to contract*’ keert om in een ontwikkeling ‘*from contract to status*’.¹⁷ De tendens die sinds het einde van de negentiende eeuw wordt gesignaleerd, is die van een verschuiving van het recht van de privaatrechtelijke sfeer naar de publiekrechtelijke sfeer en daarmee van een uitbreiding van dwingend recht ten opzichte van regelend recht.¹⁸ In reactie op de sfeer van *laissez faire*,

15 H.S. Maine, *Ancient Law. Its connections with the early history of society and its relation to modern ideas*, London 1917, p. 100.

16 R. Kruithof, ‘Leven en dood van het contract’, *Rechtsgeleerd Weekblad* 1985-86, p. 2734.

17 Kruithof 1985-86, p. 2740; M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht (Monografieën Nieuw BW A19)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 63-64; R.P.J.L. Tjittes, ‘Van status naar contract naar status’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1991, p. 60 e.v.

18 Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem* 1995, nr. 14.

laissez aller, het vooropstellen van juridische vrijheid in het eerste driekwart deel van de negentiende eeuw, de economische verhoudingen ten gevolge van de industrialisatie en de erbarmelijke materiële positie van het proletariaat, is de overheid er in sterkere mate dan voorheen toe overgegaan de beschermingswaardig geachte (zwakke en misdeelde) partij door wettelijke maatregelen te beschermen. Een proactieve regering werkt samen met sociale partners aan wat later de verzorgingsstaat is gaan heten. Dit heeft onafwendbaar de individuele vrijheid doen inboeten. Denk aan de beperkingen van het eigendomsrecht – na de Franse revolutie vastgelegd als een onschendbaar en heilig recht, *droit inviolable et sacré*, maar vervolgens sterk bekritiseerd – en de daarmee gepaard gaande toenemende uitholling van het privévermogen. Preventief en repressief (overheids)toezicht hebben het vrije ondernemingsleven in toenemende mate aan banden gelegd. Ouderlijke *macht* wordt dankzij de kindervetten ouderlijk *gezag*. Zoals hierna nog wordt geïllustreerd kent het contractenrecht een groeiende inmenging van regels van dwingend recht en heeft het beginsel van contractsvrijheid klappen te verduren gekregen. Een en ander brengt aldus een beweging van toenemende overheidsbemoeienis en vermaatschappelijking van het recht in beeld. In de jaren zeventig van de twintigste eeuw staat Nederland internationaal bekend als een riant verzorgingsstaat.¹⁹

Vervolgens vindt opnieuw een trendbreuk plaats. Aan de geleide economie komt in de jaren zestig een einde en de overheid begint zich langzaam terug te trekken van het privaatrechtelijke erf.²⁰ Nadat de overheid in omvang meer dan vervijfvoudigd is, komt in 1983 een einde aan die groei.²¹ De overtuiging dat de overheid te omvangrijk is geworden en terug moet treden wint terrein. In West-Europa wordt bewust gekozen voor een afslanking van de overheid ten behoeve van de eigen verantwoordelijkheid en de vrije markt. Het neoliberale beleid van Thatcher en Reagan, dat zich richt op het vergroten van concurrentie, economisch *laissez faire*-beleid en de rol van de overheid terugdringt, krijgt alom navolging. In beleidsprogramma's van de kabinetten van Lubbers en Kok geeft de Nederlandse overheid aan terug te willen treden, te willen werken aan de dekolonisatie van de burger en aan deregulering en in te

19 Met de opbouw van de verzorgingsstaat in de jaren vijftig en zestig, de uitbreiding van de dienstverlening door de overheid en het toegenomen gebruik van de socialezekerheidsregelingen in de jaren zeventig, liep de collectieve-uitgavenquote op van 29% van het bruto binnenlands product (BBP) in 1950 tot 61% van het BBP in 1983. Zie F. Bos, *Centraal Plan Bureau, De Nederlandse collectieve uitgaven in historisch perspectief*, Den Haag: CPP 2006, p. 9.

20 C.J.H. Jansen, 'De ontwikkelingen in het privaatrecht in de eerste jaren na de bevrijding (1945-1950)', *RMThemis* 2019-6, p. 253.

21 Als een maatstaf om de grootte van de overheid te vergelijken wordt het totaal van de overheidsuitgaven als percentage van het bruto binnenlands product (BBP) gebruikt. Tussen 1870 en 1983 zijn in Nederland de overheidsuitgaven toegenomen van rond 10% van het BBP naar ruim 60%. Vervolgens is dit percentage tot het begin van deze eeuw gestaag gedaald en de laatste jaren schommelt het rond de 50%. Ook in andere West-Europese landen groeide de overheid tot de jaren tachtig exponentieel. Zie Bos 2006 en Centraal Bureau voor de Statistiek, Statline, statline.cbs.nl.

zetten op marktwerking en privatisering. De overheid stoot publieke taken, zoals het leveren van nutsvoorzieningen, post, telecommunicatie en openbaar vervoer, af en besteedt die taken uit aan private actoren. De PTT wordt opgesplitst in een tak post en een tak telecom, de eerste jaren met de Staat als enige aandeelhouder maar vanaf 1994 als beursgenoteerde bedrijven. De Nederlandse Spoorwegen worden naar aanleiding van Europese regelgeving zelfstandig en opgesplitst in een onderdeel infrastructuur (nu ProRail) en een deel vervoer (NS).²² Deze golf van privatisering heeft tot gevolg dat voorheen publieke taken worden belegd bij private partijen en aldus gestuurd worden door bedrijfsmatige processen en financiering. Dat betekent dat weer meer ruimte ontstaat voor contractsvrijheid. Meer dan in het publieke domein bestaat voor ondernemingen de mogelijkheid om te sturen op kosten-efficiëntie, het behalen van winst, en het onderhandelen van gunstige contractsvoorwaarden. Vanuit het perspectief van de overheid verschuift het accent van sturing naar *soft law* en het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten wordt een van de instrumenten van overheidsbeleid. Aan door overheid opgelegde regels gaat meer dan eens zelfregulering vooraf en in toenemende mate gaan private organisaties publieke taken uitoefenen en publieke belangen behartigen. Aldus is in de laatste decennia van de vorige eeuw een nieuwe slingerbeweging ingezet richting deregulering en privatisering en is het centrum van de rechtsvorming weer (tijdelijk) naar de autonomie van partijen verschoven.²³

In het spoor van terugtreding door de overheid verdwijnt evenwel niet het algemene belang of het publiekrecht uit het privaatrecht. Weliswaar pretendeert de overheid niet langer de samenleving direct aan te sturen, maar indirect doet zij dat wel, als regisseur van de processen die beheerst worden door publiekrechtelijke kaders, geprivatiseerde publieke organen en publiekrechtelijk privaatrecht. Regulering wordt in de eenentwintigste eeuw opgevat als een publieke ruimte, waarbij overheidsregulering en maatschappelijke zelfregulering elkaar aanvullen.²⁴ Ondanks de omslag komen de toenemende overheidsbemoeienis met de private sector en de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht aldus niet tot een halt.

Het is ook dankzij de doorwerking van het Europese recht in ons nationaal privaatrecht dat de toenemende vervlechting van privaatrecht en publiekrecht een hoge vlucht heeft genomen.²⁵ Bij de privatisering van diensten op nationaal niveau sluit het marktdenken van de Europese Gemeenschappen goed aan. De opkomst van de Europese interne markt vanaf de jaren tachtig en

22 Zie <https://www.ns.nl/over-ns/wie-zijn-wij/geschiedenis>.

23 Loth 2009, p. 64.

24 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002, p. 125.

25 C.J.H. Jansen, 'Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2019, p. 114.

vervolmaakt met het Verdrag van Maastricht in 1992 past goed bij de neoliberale trend op nationaal niveau waarin marktwerking het wint van publiek beheer van voorzieningen. Opvallend genoeg kiest de Europese wetgever daarbij niet voor deregulering, maar maakt juist op grote schaal gebruik van wet- en regelgeving voor het bereiken van Europese marktdoelstellingen. De opkomst van het Europese consumentenrecht, zoals hieronder nog aan de orde komt, is daarvan een voorbeeld.²⁶

De aanscherping van het recht die de toenemende inzet van publiekrecht met zich kan brengen, gaat in vlagen zeer ver. In de woorden van het kabinet zelf in reactie op de recente toelagenaffaire: “De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden. Door harde regelgeving, vooringenomen handelen, het ontbreken van de menselijke maat en door geen gehoor te geven aan noodsignalen, hebben tienduizenden ouders en kinderen hun leven de afgelopen tien jaar zien veranderen in een moeras van ellende.”²⁷ Het beleid rondom COVID-19 is eveneens stringent. Onder het credo van bescherming van de kwetsbaren en/of de collectiviteit zijn de persoonlijke vrijheid en de vrijheid van ondernemen op drastische wijze ingeperkt. De anderhalvemetersamenleving, de lockdowns, het stilleggen van sectoren, de mondkapjesplicht, de avondklok en de coronapas reduceren de private autonomie in buitengewone mate. De pijlers van grondrechten, zoals lichamelijke integriteit, privacy, vrij verkeer, contractsvrijheid en vrijheid van ondernemen, waarop onze samenleving berust, verzwakken en verzakken.

Als antwoord op de crisis waarin de rechtsstaat thans volgens velen verkeert, wordt opgeroepen het individuele belang weer meer in ogenschouw te nemen.²⁸ Bij het opstellen en uitvoeren van overheidsbeleid moet de menselijke maat worden hervonden. De rechtsstaat moet responsiever worden. Dit betekent dat het klassiek rechtstatelijke beeld dat een democratisch gelegitimeerde algemene regel op zich een voldoende rechtvaardiging is voor overheidsoptreden wordt losgelaten en dat wettelijk verankerde beleidsvrijheid voor de overheid door de (civiele) rechter niet zonder meer wordt gerespecteerd. Een responsieve rechtsstaat stelt het perspectief van de burger zoals die echt bestaat voorop en waarborgt dat de overheid openstaat voor de private autonomie, de belangen, de behoeften en de argumenten van individuen.²⁹

Een volgende uiting van de hier bedoelde variatie is dat daar waar het publiekrecht het privaatrecht binnendringt, de individuele vrijheid wordt beperkt ten gunste van het algemeen belang; aldus wordt het privaatrecht repressiever.

26 Vergelijk V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: OUP 2020, p. 79-80.

27 Kabinetsreactie rapport ‘Ongekend onrecht’, brief van 15 januari 2021, kenmerk 4181691.

28 S. Philipsen, ‘Responsief onderwijsrecht in de nasleep van de toelagenaffaire’, *School & Wet* 2021-5, p. 4.

29 M. Scheltema, ‘Wetgeving in de responsieve rechtsstaat’, *RegelMaat* 2018-3, p. 121.

Open privaatrechtelijke normen die (in toenemende mate) door publiekrechtelijke regels worden ingevuld, worden strakker. De ontwikkeling van en binnen het privaatrecht wordt in de volgende paragraaf geschetst.

3.3 De evolutie van ons privaatrecht

Het privaatrecht zoekt steeds een evenwicht tussen de vrijheid van mensen en hun plichten die het leven in de samenleving meebrengt. Het vinden van een balans tussen respect voor autonomie en effectieve bescherming van individuele belangen behoort aldus traditioneel tot de kern van het vermogensrecht. Het draait om het toedelen en verdelen van eigendom, subjectieve rechten, verantwoordelijkheden, risico's en ontplooiingsmogelijkheden. De uitkomst van deze afweging verschilt naar tijd en plaats. Zoals uit de bovenstaande historische schetsen volgt, worden aan de belangen van individuele vrijheid enerzijds en aan ordehandhaving, bescherming en zekerheid anderzijds niet steeds gelijk gewicht toegekend. Een wijzigende tijdgeest die het resultaat is van ontwikkelingen van sociale, economische en politieke aard, leidt bijgevolg tot een andere invulling van het principe van de private autonomie. Wij schetsen deze geschiedenis van het privaatrecht en trekken daarbij opnieuw zevenmijlslaarzen aan.

De klassieke beschaving heeft het Romeinse privaatrecht als erfenis nagelaten. De invloed daarvan op het privaatrecht die door de eeuwen heen nimmer geheel is verdwenen, heeft verschillende bloeiperiodes gekend.³⁰ Het Romeinse recht is tot ontwikkeling gekomen in een uitdijend en krimpend Romeins rijk. Het bloeit in de oudheid, beleeft zijn top in de tweede eeuw na Christus en wordt in de zesde eeuw vastgelegd in het *Corpus Iuris Civilis* door keizer Justinus, die regeerde over Italië en het oostelijke deel van het Romeinse rijk.³¹ In het westen is de kennis van het Romeinse recht dan verloren gegaan, maar maakt het in de elfde eeuw door een herontdekking van de Digesten een comeback in verschillende continentale Europese landen. Intussen zijn delen van het Romeinse recht door monniken en leken bestudeerd en door opdringende stammen uit het oosten overgenomen. Zo leefde het Romeinse recht voort naast het inheemse recht, waaronder gewoonterechten, lokale of stedelijke wetgeving en koninklijke ordonnanties. Met de geboorte van de rechtswetenschap in de elfde eeuw, door oprichting van de eerste rechtsschool in

30 Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem 1995*, nr. 13.

31 G.C.J.J. van den Bergh, *Geleerd recht; een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht* (bewerkt door C.J.H. Jansen), Deventer: Kluwer 2007, p. 11; J.H.A. Lokin, W.J. Zwalve & C.J.H. Jansen, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 124.

Bologna, beleefde het Romeinse recht opnieuw een triomftocht.³² Als object van studie trok het *Corpus Iuris* studenten uit heel Europa naar Italië, die na hun studie de opgedane kennis uitdroegen in hun land van herkomst.³³ Andere universiteiten volgden met rechtswetenschappelijk onderwijs op basis van het Romeinse recht. Gezien de noden van de opkomende vroegkapitalistische maatschappij, het streven naar centralisatie van kerk en staat, de vrees voor provincialiteit, de opkomst der steden, het gegeven dat Europa nog slechts één wetenschappelijke taal kende (het Latijn), en de kwaliteit van het Romeinse recht, heerste destijds een voor de receptie van het Romeinse recht gunstig klimaat.³⁴ Tezamen met het canonieke recht vormde het Romeinse recht het 'gemeenschappelijke' recht (*ius commune*) en kwam het feitelijk een grotere betekenis toe dan het (ongeschreven) lokale gewoonterecht, dat formeel primaire gelding had. In de Lage Landen drong het Romeinse geleerde recht sinds de dertiende eeuw steeds verder door in de praktijk van het geldende lokale en regionale recht.

Op deze Europeanisering van en door het recht en de rechtswetenschap volgde een tijdelijke tegenbeweging van nationalisering.³⁵ In de zestiende à zeventiende eeuw kromp de invloed van het *Corpus Iuris Civilis* gaandeweg.³⁶ Dit ging tezamen met de opkomst van de moderne staten met hun wetgevende activiteiten en de waardering voor hetgeen eigen is aan de aard van een volk alsook voor de eigen landstaal. Het Romeinse recht had de status van keizerlijke wetgeving en de geschreven rede zelf (*ratio scripta*) verloren. Het kreeg slechts gelding als het 'goed recht' was en niet opzij werd gezet door het inheems recht neergelegd in stedelijke wetgeving, plaatselijke verordeningen en gewestelijke regelgeving. Hoewel het inheemse recht veel privaatrechtelijke kwesties ongeregeld liet, groeide ook de kritiek op het Romeinse recht in de achttiende eeuw. De tijd van de Republiek der Verenigde Nederlanden tekent zich door rechtsverbrokkeling. Mede onder invloed van het natuurrecht zette een en ander de stemmen die opgingen voor uniformiteit, zekerheid en codificatie kracht bij.

Nadat in Frankrijk de roep om codificatie luid werd gehoord en de grote revolutie was uitgebroken, zag na enige mislukte codificatiepogingen de *Code Civil des Français* in 1804 het licht, kort daarop gevolgd door de *Code Napoléon*. In onze Republiek, die inmiddels aan macht had ingeboet, was de gedachte van uniform recht nog geen gemeengoed geworden en werd mede in

32 P. Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1; Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem 1995*, nr. 13.

33 A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van vermogensrecht', in: A.L.M. Keirse en P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2010, p. 87.

34 D. Heirbaut, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent: Academia Press 2013, p. 108 e.v.

35 Keirse 2010, p. 88-89.

36 Van den Bergh 2007, p. 155.

het licht van de toenemende invloed van het federalisme aan de haalbaarheid van een eigen codificatie getwijfeld.³⁷ In 1807 eiste Napoleon Bonaparte dat de *Code Napoléon* ook hier zou worden ingevoerd en onze koning, zijn broer Lodewijk Napoleon, gaf hieraan gehoor, zij het met een aanpassing voor de Nederlandse situatie. Zo gold van 1 mei 1809 tot onze annexatie bij Frankrijk begin 1811 het ‘Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland’ en vervolgens tot 1838 de Franse *Code Civil*. Het Nederlands Burgerlijk Wetboek (oud) dat vanaf 1 oktober 1838 van kracht werd, was een navolging van de Franse *Code* behoudens enkele onderdelen waarin het inheemse recht was neergelegd.³⁸

Het vermogensrecht dat in deze wetboeken is uitgewerkt, ademt een Romeins-rechtelijke geest en is sterk gekleurd door de aan het Romeinse recht ontleende theorie van het individualisme. Het bood het individuele eigendomsrecht en de contractsvrijheid ruime bescherming. “*En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse*”,³⁹ aldus Portalis, die mede aan de wieg van de *Code Civil* stond. In de maatschappijvisie van deze tijd waarin individualisme en economisch liberalisme bloeiden, werd veel belang gehecht aan de vrijheid van het individu. Het uitgangspunt dat elk individu over een rede en een vrije wil beschikt, heeft weerslag op het recht. Niet de wet, maar de vrije wil van het individu (zoals die zich uit in vrijwillig gesloten overeenkomsten) wordt gezien als de uiteindelijke bron van rechtsbetrekkingen en verbintenissen.⁴⁰ De rol en de inmenging van de Staat en het publiekrecht zijn dan ook beperkt. Het individu is bevoegd om zijn eigen rechtspositie vrij te bepalen.

De periode van het legisme breekt aan. Maar het verstrijken van tijd vanaf het moment dat de wetgeving tot stand is gekomen, de veroudering van het wetboekenrecht en de daarmee samenhangende verwijding van de kloof tussen de wet en de behoeften van de maatschappij, tussen het wettenrecht en het in de maatschappij levende recht, voeden de tegenstroom. Aan het einde van de jaren tachtig in de negentiende eeuw wordt deze antilegistische beweging sterker.⁴¹ Vervolgens groeit het besef dat het uitgangspunt van vrijheid en gelijkheid van alle burgers niet met de maatschappelijke werkelijkheid strookt en dat de wetgever achterblijft met het wettelijk regelen van de maatschappe-

37 P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming: De politieke en politiek-theoretische achtergronden van de codificatie van het privaatrecht in Pruisen, de Donaumonarchie, Frankrijk en Nederland, 1450-1811* (diss. Groningen), Groningen: Wolters-Noordhoff 1996, p. 359-361.

38 Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem 1995*, nr. 13.

39 J.E.M. Portalis, *Discours Préliminaire*, in Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Brussel: 1836 I, p. 177 (1804). Zie ook Keirse & Bouwman 2019, p. 204.

40 Kruithof 1985-86, p. 2735; S. Stijns, *Verbindenissenrecht, Boekdeel I*, Brugge: Die Keure 2005, p. 37.

41 C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht in de lange 19^e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 119.

lijke problemen die bekend staan als de sociale kwestie. Economische, sociale en culturele ongelijkheden zijn aan de orde van de dag. De woningbouw stagnert, de gezondheidszorg faalt, de veiligheid in de fabrieken schiet te kort, bevolkingsgroepen worden uitgebuit, economische crises komen op. De rol van de Staat moet sturender zijn met het oog op een betere ordening van de maatschappij. En zo is de overheid zich direct en indirect steeds verder gaan bemoeien met de productie en de verdeling van private goederen en diensten.⁴²

Beoefenaren van het privaatrecht verzetten zich aanvankelijk tegen het nieuwe verschijnsel dat voor privaatrechtelijke problemen oplossingen buiten het privaatrecht worden gezocht en verkiezen een inperking van de contractsvrijheid of een private verzekering boven staatsinmenging.⁴³ Maar dit tegenwicht weet de toenemende overheidsbemoeienis met het privaatrecht en de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht niet lang af te houden. Zoals in de volgende paragraaf nog aan de orde komt, is het arbeidsrecht het eerste rechtsgebied waar de private autonomie door publiekrecht aan banden wordt gelegd. Met de regeringsmaatregelen in de Eerste Wereldoorlog en de regelgeving tijdens de crisis in de jaren dertig zet de publiekrechtelijke inperking van de contractsvrijheid zich met vaart voort.⁴⁴

Ook binnen het privaatrecht zelf klinken er sinds het einde van de 19e eeuw nieuwe geluiden. Het individualistisch getinte privaatrecht verschiet van kleur en zet een evolutie in collectivistische richting in. Nu de maatschappij minder individualistisch wordt gestructureerd, wordt het privaatrecht meer coöperatief.⁴⁵ Daarbij worden de individuele eigendomsvrijheid, de contractsvrijheid en de ondernemingsvrijheid ingrijpend beperkt ten gunste van de collectiviteit. De mens werd niet langer, zoals in de traditie van het Romeinse recht, als ego neergezet, maar als een gemeenschapswezen dat zijn subjectieve bevoegdheden alleen ten gunste van de gemeenschap mag gebruiken. Volgens deze nieuwe, meer ‘Germaansrechtelijke’ visie op het privaatrecht heeft het privaatrecht een sociale roeping. De voorzitter van de vergadering van de NJV van 1927, Limburg, hield de verzamelde juristen in zijn openingsrede voor dat het van het grootste gewicht is dat de uitlegger van de wet doordrongen is van de sociale roeping van de wet en haalde daarbij de gevleugelde woorden van Von Gierke aan: “*Unser Privatrecht wird sozialer sein, oder es wird nicht sein.*”⁴⁶ In de handelingen van de NJV van 1936 valt te lezen dat als het gemeenschapsbelang ook op de lange duur komt te strijden met het privaatrecht.

42 Kruithof 1985-86, p. 2741.

43 Jansen 2015, p. 178 en 216.

44 Jansen, *RMThemis* 2019-6, p. 247.

45 J. Valkhoff, *Vermaatschappelijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967, p. 4.

46 J. Limburg, ‘Rede’, *HNJV* 1927-II, p. 7.

lang, de gemeenschap voorgaat.⁴⁷ De nationaalsocialistische opvatting van het recht die in deze tijd opgang maakt, kiest zelfs vol voor de universalistische visie en geeft het gemeenschapsbelang altijd voorrang boven het individuele belang.

Opgemerkt zij dat de verheerlijking van het gemeenschapsbegrip niet van kritiek ontbloot is. In 1941 nam Drion stelling tegen het anti-individualisme: “Het gemeenschapsbelang, dat niet uitgaat van het individu, kan alle onrecht dekken en hééft veel onrecht gedekt. (...) Het recht kan slechts van de individuen uitgaan; een rechtsstaat slechts bestaan bij eerbied voor het individu. Wie uitgaat van het alles overheersend belang van dat hoogst vage begrip ‘de gemeenschap’ komt *nolens volens* bij Hitlers nieuwe orde uit.”⁴⁸ Ook de Franse civilisten Ripert en Savatier ijverden voor het herstel van de klassieke noties van het privaatrecht.⁴⁹ Geklaagd werd dat iedere vorm van vrijheid steeds verder uit het private leven werd geperst.⁵⁰ Desalniettemin zet zich de ‘publicisation’ van het privaatrecht voort en worden de contractsvrijheid en de vrijheden van de eigenaar en de onderneming verder uitgehold in het belang van de gemeenschap. Ook na de Tweede Wereldoorlog zetten de beknottung van de privaatrechtelijke vrijheden en de vermaatschappelijking van de eigendom zich voort.⁵¹ De bijzondere overeenkomsten van arbeid, koop, pacht en huur worden niet meer beschouwd als contracten van louter privaatrechtelijke aard. In het gebruik van goederen ondervinden eigenaren steeds meer beperkingen. Denk aan de sterk gewijzigde positie van de eigenaar die op zijn grond een huis wil bouwen of de boer die op zijn land wil boeren en met veel meer dan alleen zijn eigen belang rekening moet houden. Vermaatschappelijkt is ook het ondernemingsleven, waar met verplichte publiciteit en preventief en repressief overheidstoezicht de weg naar maatschappelijk verantwoord ondernemen wordt geplaveid. Sommigen twijfelden zelfs aan het zelfstandige bestaansrecht van het privaatrecht.⁵² Zij stelden voor het Burgerlijk Wetboek te splitsen in wetten waarin publiek- en privaatrecht samenkwamen. Voor Meijers was de rol van het algemeen belang in het privaatrecht juist een motief voor de hercodificatie van het privaatrecht.⁵³ Nu het algemene belang in bijna elke privaatrechtelijke rechtsverhouding ingreep, riep Meijers op het Burgerlijk Wetboek

47 B.V.A. Röling, ‘Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van een zelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen?’, *HNJV* 1936-I (Eerste stuk), p. 18.

48 H. Drion, ‘Individualisme in gevaar’ (1941), in: *Van, over en met Huib Drion* (1917- 2004), Den Haag: Boom Juridisch 2005, p. 46.

49 Zie C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht tussen 1940 en 1992*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 37.

50 C.J.H. Jansen, ‘Vrijheid en onvrijheid in het vermogensrecht in en na de Tweede Wereldoorlog’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2020-7/8, p. 252; Valkhoff 1967, p. 5-7.

51 Jansen, *RMThemis* 2019-6, p. 253.

52 Jansen 2016, p. 160.

53 Jansen, *RMThemis* 2019-6, p. 249.

opnieuw in ogenschouw te nemen om na te gaan of het algemeen belang niet veel meer dan tot dan toe in de privaatrechtelijke wetsartikelen zelf uitdrukking moest vinden.⁵⁴

In de Algemene Inleiding bij het nieuw Burgerlijk Wetboek schreef hij: “Steeds meer dient het individu zich bewust te zijn, dat hij lid van een samenleving is en dat slechts door die samenleving en de regels, die daar gelden, zijn bestaan en zijn vrijheid verzekerd zijn. Dit heeft niet alleen ten gevolge, dat de wijze, waarop het individu van zijn rechten en bevoegdheden mag gebruik maken, steeds meer door in het algemeen belang gestelde regels wordt ingekort, maar ook dat de ene burger van de andere kan verlangen, dat hij zich bij de uitoefening van zijn rechten en bevoegdheden als iemand met sociaal besef gedraagt.”⁵⁵ Aldus zijn het algemeen belang en de bescherming van de zwakkeren ingevlochten in ons huidige Burgerlijk Wetboek.

Vanaf de tweede helft van de vorige eeuw neemt de welvaart in Nederland en de ons omringende landen meer toe. Innovatie en productie nemen een grote vlucht. De consumptiemaatschappij komt op. Afstand wordt genomen van het denken in sociale klassen. “Consumenten dat zijn we, per definitie, allemaal”; deze befaamde woorden van Kennedy maken een diepe indruk. De idee van de maakbare samenleving en de uitbreiding van de overheid stuiten in toenemende mate op kritiek. Vanuit het besef dat zelfontplooiing autonomie impliceert, wordt sturing (door de overheid) als paternalisme ervaren. De kring van belangen waarmee rekening moet worden gehouden wordt kleiner. Met de verandering van denken wordt niet meer zozeer van private partijen verlangd dat zij zich laten leiden door het belang van de gemeenschap, maar gaat het veeleer draaien om de belangen van degenen die concreet bij de private actie betrokken zijn. Zo bijvoorbeeld klinkt het sinds Baris/Riezenkamp dat partijen die in onderhandeling treden over het sluiten van een contract tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding en hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁵⁶ Kortom: het privaatrecht, in de negentiende eeuw doortrokken van individualisme, raakt in de daarop volgende eeuw doortrokken van gemeenschapszin en ademt vervolgens broederschap.⁵⁷ Na de sterke relativering en inkrimping van de historische, door het Romeins recht erkende,

54 E.M. Meijers, ‘Voor- en nadelen van het samenstellen van een nieuw Burgerlijk Wetboek’, rede uitgesproken op 20 januari 1949, in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* (Deel I), Leiden: UPL 1954, p. 179.

55 C.J. van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek; Algemeen Deel; Voorgeschiedenis en Algemene Inleiding*, Deventer: Kluwer 1962, p. 119.

56 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

57 Deze ontwikkeling kan ook kort worden geduid met de sleutelwoorden egoïsme, paternalisme en fraternalisme. Zie J.H. Nieuwenhuis, ‘Paternalisme, fraternalisme, egoïsme; een kleine catechismus van het contractenrecht’, *Nederlands Jursitenblad (NJB)* 2009-35, p. 2254 e.v.; A.L.M. Keirse, ‘Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord’, *Contracteren* 2009-4, p. 105.

subjectieve rechten veren deze enigszins terug doordat ze niet meer tegenover de belangen van de gemeenschap worden gezet maar tegenover diegenen waartegen de rechten worden uitgeoefend. Ook in het Europeesrechtelijk perspectief is een verschuiving te zien van gemeenschapszin naar broederschap. De door de Europese Gemeenschap geïnspireerde consumentenwetgeving heeft het dwingende recht in het privaatrecht doen toenemen, maar nadat decennialang het belang van consumentenbescherming voorop staat, zien we een tegenreactie en zijn contractsvrijheid en de vrijemarktwerking sleutelwoorden geworden.

Als wij het goed zien, is deze golfbeweging van individualisme naar gemeenschapszin naar broederschap momenteel gekeerd en beweegt het privaatrecht momenteel van broederschap (terug) naar gemeenschapszin. Thans wordt weer de roep om bescherming gehoord. In de huidige tijd wordt opnieuw een beroep gedaan op de maatschappelijke verantwoordelijkheid van burgers en ondernemingen. Illustratief is de overgang in het ondernemingsrecht naar maatschappelijk verantwoord ondernemen. Denk ook aan huidige verwachtingen in de coronacrisis, waaronder de oproep aan bedrijven om onder bepaalde omstandigheden betalingsverplichtingen kwijt te schelden, de druk op verhuurders om huursommen gedeeltelijk kwijt te schelden en de suggestie aan banken flexibel te opereren ten aanzien van kredietverlening. Opvallend is verder hoe sterk gewezen wordt op de gemeenschappelijke verantwoordelijkheid voor onder meer de publieke gezondheid, het klimaat en het energieverbruik. De kring van belangen waarmee het individu bij de invulling van het private leven rekening moet houden, breidt uit. De infiltratie van het publiekrecht in het privaatrecht is geen voorbijgaand verschijnsel.

3.4 Golfbewegingen van contractenrecht

Het contractenrecht beweegt mee met de – met ontwikkelingen in de sociale, economische en politieke achtergrond gepaard gaande – veranderende tijdgeest. De bovenstaande historische schets heeft in beeld gebracht dat de maatschappelijke betekenis van de overeenkomst zich laat tekenen als een golfbeweging. Het gewicht dat respectievelijk aan het eigen belang, het belang van de gemeenschap of de belangen van directbetrokkenen wordt gehecht, verschilt van tijd tot tijd. Daarmee varieert ook de invulling van het uitgangspunt van het moderne contractenrecht, de private autonomie, in het contractenrecht beter bekend onder de termen ‘wilsautonomie’ of ‘partijautonomie’. Wij zien een ontwikkeling van status naar contract naar status naar contract naar status.

In de ontwikkeling van de premoderne naar de moderne samenleving, die samengaat met een overgang van een agrarische naar een industriële samenleving en de opkomst van de klassieke markteconomie, beweegt de slinger

‘from status to contract’.⁵⁸ Met het verlichtingsdenken ligt de nadruk op individualisering en wilsovereenstemming. Vanuit de individualistische visie dat partijen in vrijheid en gelijkheid met elkaar kunnen contracteren, uit de leer van de private autonomie zich in het contractenrecht in de drie klassieke facetten van contractsvrijheid, de bindende kracht van overeenkomsten en consensualisme. De negentiende-eeuwse wilstheorie van de invloedrijke Duitse Pandektisten, onder wie in het bijzonder Von Savigny en Windscheid, beschouwt de wil als voorwaarde en rechtvaardiging van het contract en drukt een grote stempel op het contractenrecht. De overtuiging is dat het eenieder vrijstaat al dan niet te contracteren, met wie en waarover men wil, en dat het aan partijen is om de inhoud en de vorm van de overeenkomst te bepalen. Het individu dat beschikt over een rede en een vrije wil, en in vrijheid en gelijkheid met anderen contracteert, neemt in deze visie de centrale positie in.⁵⁹

Deze visie, die pleit tegen elk onderscheid van personen, wordt vanaf het einde van de negentiende eeuw sterk bekritiseerd en de beweging draait in tegengestelde richting om ‘from status to contract’. “Het ‘vrije’ contract wordt niet meer gesloten door de individuen afzonderlijk, maar organisaties hebben dat veelal reeds namens of voor hen gedaan.”⁶⁰ Omdat andermaal iemands sociale positie of status bepalend is voor diens rechtspositie, wordt dit getypeerd als een terugkeer van contract naar status. Verschil is wel, dat daar waar het in de premoderniteit om een toebedeelde status draaide, het in de moderniteit aankomt op een zelf bereikte of gekozen status. Het begrip ‘autonomie’ krijgt aldus een andere lading, waarin niet alleen de eigen vrijheid besloten ligt maar ook het respecteren van de zelfverwezenlijking van anderen.⁶¹ Standaardisatie en collectivisering nemen toe. Rechtsposities worden, mede aan de hand van een toenemend gebruik van dwingend recht, bepaald door standaardcontracten, collectieve (arbeids)overeenkomsten en de rechtsvorm van rechtspersonen. De ruimte van de contractsvrijheid wordt kleiner en de kring van belangen waarmee rekening moet worden gehouden groter.⁶² Nu de contractant niet als *ego* maar juist als sociaal wezen wordt gepositioneerd, moet deze zich laten leiden door het belang van de gemeenschap. Aldus wordt de leer der partijautonomie onder invloed van de socialisering van het contractenrecht aan-

58 Loth 2009, p. 63.

59 J.H.A. Lokin, ‘Van handeling naar rechtshandeling. Een kwestie van definitie’, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2000, vol. XVII, p. 17-42.

60 F.A.J. Gras, *De sociale werkelijkheid van het standaardcontract, een rechtssociologisch onderzoek*, Amsterdam: Uitgeverij Kobra 1984, p. 9.

61 Vergelijk J.B.M. Vranken, ‘Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht’, in: M.A.B. Chao-Duvis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginnelen van het contractenrecht*, W.E.J. Tjenk Willink: Deventer 2000, p. 145.

62 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginnelen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 6; T. Hartlief, ‘Contractvrijheid: een inleiding’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Kluwer: Deventer 1999, p. 1 e.v.; *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/52 e.v.

gevuld en gecorrigeerd. Niet de wil van contractanten is wet, maar de goede trouw en de billijkheid.⁶³

De voornaamste inperkingen van de contractsvrijheid ontstaan in Nederland vanaf het einde van de negentiende eeuw als gevolg van ontwikkelingen in het arbeidsrecht. De industriële revolutie heeft in korte tijd voor grote veranderingen gezorgd in de maatschappij, in het bijzonder in de opschaling van productie en de verdeling van werk. Kleine en middelgrote bedrijven maken plaats voor fabrieken waarin machinaal producten worden vervaardigd en arbeiders in grote aantallen deelnemen aan het productieproces. Het werk is veelal gevaarlijk, de werkdagen lang en de vergoeding karig. In deze periode ontstaat in Nederland, net als in andere landen zoals Duitsland en Engeland, aandacht voor de plaats van sociale vraagstukken in het privaatrecht. Het contract biedt meer dan een gelegenheid om de eigen handelingsmogelijkheid met die van een ander uit te breiden; het is ook een sociaal of maatschappelijk gegeven dat bijsturing verdient om ongelijkwaardigheid te compenseren.⁶⁴ De geleide economie vergt een geleid – door de overheid gereguleerd – contract.⁶⁵ In Nederland resulteert dat in het arbeidsrecht in een versterking van de contractuele rechten van arbeiders in de Wet op de Arbeidsovereenkomst van 1907, in het bijzonder ten aanzien van doorbetaling van loon tijdens ziekte.⁶⁶

De bescherming van zwakkere contractspartijen wordt in de loop van de twintigste eeuw door invoering van sociaaleconomische wetgeving uitgebreid naar de huurder, de pachter, de kredietnemer en de huurkoper, nadien aangeduid met de algemene categorie: consumenten.⁶⁷ Evenals bij de arbeidsovereenkomst wordt de sociale rechtvaardiging voor het beschermen van consumenten gevonden in de omstandigheid dat deze groep zich structureel in een zwakkere positie bevindt ten opzichte van de contractuele wederpartij. Economisch is het van belang de distributie van schaarse goederen en de mededinging in goede banen te leiden. Waar tussen gelijkwaardige partijen de regels van het privaatrecht – bijvoorbeeld een beroep op overmacht – de ene keer ten gunste van de ene partij en een volgende keer ten gunste van de andere uitvallen, bestaat bij ongelijke verhoudingen tussen werkgever en werknemer of aanbieder en consument het risico dat de laatste altijd aan het kortste eind trekt. De werkgever dan wel de aanbieder is namelijk in een positie om de voorwaarden van een overeenkomst te bepalen en voor de werknemer of con-

63 Jansen, *RMThemis* 2019-6, p. 248; J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling: De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938)*, Amsterdam: N.V. de Arbeiderspers 1938, p. 233 e.v.

64 Keirse 2009, p. 105.

65 Aldus C.H.F. Polak, *Het geleide contract* (oratie), Wageningen 1947, p. 11.

66 J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie (Monografieën Sociaal Recht nr. 75)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, paragraaf 2.1.

67 G.J. Rijken, 'Ontstaan en positie van het consumentenrecht', in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek consumentenrecht*, (vijfde druk), Zutphen: Paris 2020, p. 19. Zie ook E.H. Hondius, *Konsumentenrecht* (Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 1976.

sument geldt ‘take it or leave it’.⁶⁸ Vanaf de jaren vijftig van de twintigste eeuw zien consumentenorganisaties het licht, om hieraan tegenwicht te bieden.⁶⁹ Mede onder druk van deze maatschappelijke ontwikkelingen gaan zowel de nationale als Europese wetgever zich vanaf de zeventiger jaren bekommeren om de positie van de consument in de brede zin van het woord, waaronder ook de patiënt en de reiziger gaan vallen.⁷⁰ De Colportagewet uit 1973 die in 1975 in werking is getreden,⁷¹ kan worden aangewezen als de eerste Nederlandse wet van verbintenisrechtelijke aard die als doel heeft de consument te beschermen. Deze bloeiperiode van consumentenbeleid duurt voort en tegen het einde van de tachtiger jaren worden consumentenrechten met de komst van het nieuw Burgerlijk Wetboek zeker gesteld en in 1992 doet het begrip ‘consument’ – als beschermingswaardige zwakkere partij – expliciet zijn intrede in civielrechtelijke wetgeving.⁷² Ook vanuit Europa wordt in het laatste kwartaal van de vorige eeuw steeds steviger ingezet op consumentenbescherming in het contractenrecht, via de weg van harmonisatie van regelgeving en de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie.⁷³ Consumentenbescherming fungeert van meet af aan als middel om de Europese interne markt te realiseren. Vanaf 1992 met de inwerkingtreding van het Verdrag van Maastricht wordt consumentenbescherming, hoewel in de praktijk nog altijd verbonden aan de integratie van de interne markt, ook genoemd als op zich staande doelstelling van de Europese Unie.⁷⁴ De bescherming van zwakkere partijen door middel van het contractenrecht is daarmee sinds de vorige eeuw sterk uitgebreid.

Intussen hebben zich in Nederland nieuwe slingerbewegingen ingezet. Vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw is het centrum van de rechtsvorming binnen het contractenrecht voor korte tijd weer naar de autonomie van partijen verschoven. Gezien het tanend vertrouwen in het sturend vermogen van de overheid wint het instrument van de overeenkomst weer aan betekenis, zowel op privaatrechtelijk als publiekrechtelijk terrein. In de laatste twee decennia voor de eeuwwisseling is het dereguleren en privatiseren wat de klok slaat. Het is een tijd waarin de aandeelhouder het voor het zeggen heeft. De contractsvrijheid leeft op.

68 Vergelijk Van der Pijl 2019, paragraaf 2.1; J.G.J. Rinkes, ‘De consument als zwakke partij’, *AA* 2009-6, p. 380-387.

69 T. van Mierlo, ‘Crown Jewels for Consumers in the 1992 Civil Code: The Making of Consumer Law in the Netherlands’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2018-1, p. 25.

70 K.J. Cseres, *Competition Law and Consumer Protection*, Deventer: Kluwer Law International 2015, p. 194 e.v.

71 Wet van 7 september 1973, houdende regelen tot het tegengaan van misbruiken bij colportage, *Stb.* 1973, 438.

72 E.H. Hondius, *Consumentenrecht (Monografieën BW A8)*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 1-2; Van Mierlo 2018, p. 25.

73 Keirse 2010, p. 37, 77 e.v.

74 H. Unberath en A. Johnston, ‘The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection’, *Common Market Law Review* 2007, 44, p. 1242.

Zien wij het goed, dan heeft deze comeback van contractsvrijheid niet lang doorgezet. Privatisering en deregulering op nationaal niveau heeft, zo kan worden betoogd, ruimte gecreëerd voor regulering vanuit Europa. Het project van eenwording van de Europese interne markt viel in tijd samen met nationaal beleid gericht op marktwerking. Op Europees niveau werd regulering juist als instrument gebruikt om die eenwording te bewerkstelligen, wat verklaart waarom het Europese consumentenrecht vanaf het einde van de vorige eeuw een grote vlucht nam.⁷⁵

Aldus tekenen repressieve tendensen zich ook op het terrein van het contractenrecht niet lineair af, maar wisselen stromingen van contractsvrijheid en inperking van de negatieve vrijheid van private actoren – met het oog op (consumenten)bescherming – elkaar af. Van repressie *pur sang* is veelal geen sprake. Het contractenrecht wordt vooreerst gekenmerkt door beginselen van vrijheid en autonomie en inperking daarvan heeft eerder een sturend dan een repressief karakter. Recent zien we echter ook steeds meer repressie in de vorm van collectieve handhaving, handhaving van Europees recht via de doorwerking van het Europese effectiviteitsbeginsel in het contractenrecht, en het gebruik van contractuele boetes bij de handhaving van publiekrechtelijke verplichtingen.

Ook wordt het contractenrecht – al dan niet als alternatief of aanvulling op publiekrechtelijke regelgeving – ingezet als instrument voor het nastreven van maatschappelijke doelstellingen. De maatschappelijke thema's van de huidige tijd zijn duurzaamheid en digitalisering.⁷⁶ Die thema's hebben in hoog tempo het privaatrechtelijk debat bereikt. In het (consumenten)kooprecht wordt onderzocht of aanpassingen in de regels over non-conformiteit en remedies tot ecologisch duurzamer oplossingen kunnen leiden.⁷⁷ In het commerciële contractenrecht wordt in het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen onderzocht in hoeverre oplossingen voor duurzame productie kunnen worden

75 Vergelijk G. Majone, 'The Rise of the Regulatory State in Europe', *West European Politics* 1994, p. 80.

76 Vergelijk Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, 'Nieuwe consumentenagenda. De weerbaarheid van de consument versterken met het oog op duurzaam herstel', COM/2020/696 final.

77 Zie o.a. C.M.D.S. Pavillon, 'Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw jikpunt?', in: C.M.D.S. Pavillon en W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 11; V. Mak en E. Terryn, 'Circular economy and Consumer Protection. The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment through Consumer Law', *Journal of Consumer Policy* 2020, vol. 43, p. 227; E. Van Gool en A. Michel, 'The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis', *Journal of European Consumer and Market Law* 2021, vol. 10, p. 136.

bereikt en afgedwongen door middel van afspraken die doorwerken in de contractuele keten.⁷⁸

Op het gebied van digitalisering heeft het contractenrecht een rol toebedeeld gekregen in het streven naar zorgvuldig gebruik van persoonsgegevens bij digitale transacties. Het contractenrecht kan aanvullende bescherming bieden naast de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).⁷⁹ In deze context wordt het contractenrecht duidelijk gekleurd door het publiekrechtelijke kader van de AVG. In die zin is overigens de Europese invloed op het Nederlandse privaatrecht sterk zichtbaar. Dat is eveneens zo in het financiële contractenrecht, dat met name sinds de financiële crisis van 2008 steeds verder gereguleerd is en waarin het privaatrecht en publiekrecht communicerende vaten zijn.⁸⁰ Dit type toezichtcontractenrecht wordt door sommige auteurs zelfs als eigen gebied gekarakteriseerd.⁸¹

3.5 Golfbewegingen van aansprakelijkheidsrecht

Het aansprakelijkheidsrecht balanceert op het snijvlak tussen de vrijwaring van de handelingsvrijheid aan de ene kant en de bescherming van het rechts-subject tegen schade veroorzaakt door een ander aan de andere kant. Herhaald zij dat aan deze twee hoogwaardige belangen van (negatieve) vrijheid en veiligheid door de eeuwen heen niet steeds het gelijke gewicht wordt toegekend. Het opgekomen streven naar een grotere bescherming van slachtoffers, de socialisering van het privaatrecht en de opkomst van verzekeringen, heeft ook stempels op het aansprakelijkheidsrecht gedrukt. Hoewel het algemene beeld is dat het aansprakelijkheidsrecht uitdijt en royaler is geworden en dat de mogelijkheden voor gedupeerden om hun schade op anderen te verhalen sterk verruimd zijn, ontwikkelt ook dit rechtsgebied zich niet lineair, maar veeleer in golfbewegingen.

Perioden van uitdijning en inperking van aansprakelijkheid wisselen elkaar af. Zo laat het aansprakelijkheidsrecht in ieder geval vanaf de inwerkingtreding van het oud-Burgerlijk Wetboek in 1838 tot in de jaren zestig en zeventig van

78 J. Hörnig, 'Inspired by Law? A Contractual Approach to Closed-Loop Supply Chains', in: C. Johansson & V. Mauerhofer (red.), *Proceedings of the 27th International Sustainable Development Research Society Conference*, Östersund: Mittuniversitetet 2021, p. 1733; F. Cafaggi, 'Regulation through Contracts: Supply-chain Contracting and Sustainability Standards', *European Review of Contract Law* 2016, 12(3), p. 218.

79 Vergelijk S. van Gulijk & D.J.B. Op Heij, 'Oneigenlijk gebruik van data: een verkenning van privaatrechtelijke oplossingen', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)* 2016/7110, p. 453.

80 Zie ook paragraaf 3.2.

81 Cherednychenko hanteert de term 'European Supervision Private Law'; zie O.O. Cherednychenko, 'Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?', *European Review of Private Law* 2014, 22(1), p. 37. Zie ook: Cherednychenko 2010, p. 63 e.v.; O.O. Cherednychenko, 'Toezichtcontractenrecht: vooruitgang in het burgerlijk recht?', *Contracteren* 2011, p. 11-15; Snijders 2021, p. 41.

de negentiende eeuw het beeld zien van een redelijk ruime buitencontractuele aansprakelijkheid.⁸² Vervolgens was tot aan het begin van de twintigste eeuw een tendens te onderkennen van steeds minder vergaande aansprakelijkheid. Dit was mede ingegeven door de behoefte de opkomende industrie aan het einde van de negentiende eeuw zo min mogelijk te belasten. Vervolgens luidde het arrest *Lindenbaum/Cohen* in 1919 weer een periode van verruiming van aansprakelijkheid in.⁸³

In meer recente tijden staan de ontwikkelingen van het aansprakelijkheidsrecht evenmin op zich. Zij maken deel uit van een verandering in denken over verantwoordelijkheid en recht. Het is niet toevallig dat het aansprakelijkheidsrecht uitdijt als de sociale zekerheid afkalft. Het uitkeringsniveau gaat meer en meer omlaag, de uitkeringsvoorwaarden zijn aangescherpt, er is een toenemende nadruk op re-integratie. Halverwege de vorige eeuw, toen het niet op kon met de sociale zekerheid, kondigde Bloembergen juist de inwisseling van het aansprakelijkheidsrecht voor de sociale zekerheid aan.⁸⁴ Zover is het niet gekomen en nu zien we dus een tegengestelde tendens.

De mens wordt nog immer voortdurend aan risico's blootgesteld, maar vermijdbare schade is de laatste eeuw fors afgenomen. Desalniettemin is de privaatrechtelijke aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in deze zelfde periode aanzienlijk gegroeid.⁸⁵ De reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht wordt groter en de mogelijkheden voor civielrechtelijk claimen nemen toe. Het klassieke daderprofiel 'schuldig' is uitgehold doordat het gedrag van de dader in toenemende mate objectiverend wordt gewaardeerd. Op beroepsbeoefenaren rusten tegenwoordig strenge zorgplichten die zich in een flink tempo ontwikkelen. Causaliteitsperikelen waar schadeclaims op dreigen stuk te lopen, worden opgelost met nieuwe leerstukken, zoals de omkeringregel, proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans. De kring van mogelijk aansprakelijke rechtssubjecten groeit met kwalitatieve aansprakelijkheden en zogenoemde secundaire daders, zoals toezichthouders. Door de relativering van het leerstuk van verjaring is er meer tijd voor claims. De wetgever heeft de absolute verjaringstermijn voor de toekomst afgeschaft, daar waar het gaat om letsel of dood, en de Hoge Raad heeft in een reeks arresten de werking van verjaring sterk gerelativeerd. Deze rechtspraak is een mooie illustratie van hoe de billijkheid het recht doordrenkt en hoe de letter van de wet het kan afleggen

82 G.E. van Maanen, 'Stroomtreinen en aansprakelijkheid', *WPNR* 5743 (1985), p. 412.; A.L.M. Keirse, 'Golfbewegingen in het verbintenissenrecht', in: J.H.A. Lokin, J.M. Milo, C.H. van Rhee (red.) *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland*, Groningen: Chimaira 2010, p. 121-128.

83 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776 (*Lindebaum/Cohen*).

84 A.R. Bloembergen, 'Naar een nieuw ongevallenrecht', in: *Bloembergens Werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 51 e.v.

85 Aldus ook Hedley 2018, p. 119.

tegen het rechtvaardigheidsgevoelen.⁸⁶ Meer wordt vertaald in geld; denk aan schadevergoeding wegens zuiver psychisch letsel, aan shockschade- en angstschadeclaims, aan vergoeding van affectieschade en zorgschade. De hoogte van toegekende schadevergoedingen neemt ook toe.

Zoomen we evenwel uit, dan tonen zich steeds golfbewegingen. Aan de orde kwam reeds het bestraffende karakter van aansprakelijkheid in het Romeinse recht, naar welk recht bijvoorbeeld een eigenaar van een gestolen zaak het dubbele of zelfs viervoudige van de waarde van de ontvreemde zaak van de dief kon eisen. In de moderne tijd is de repressieve functie van het aansprakelijkheidsrecht juist afgewezen en is bestraffing voorbehouden geraakt aan de overheid.⁸⁷ Tegenwoordig wordt evenwel gewezen op de vitaliteit van de repressieve functie van het civiele aansprakelijkheidsrecht en de inzet van aansprakelijkheidsrechtelijke instrumenten als private straf.⁸⁸ Nog ruimer staat de zogenoemde handhavingsfunctie van het aansprakelijkheidsrecht in de hedendaagse belangstelling. Het recht op schadevergoeding wordt niet uitsluitend compensatoir ingezet, aan schadevergoeding wordt ook een handhavingselement toegekend.⁸⁹ Recht dat meer gericht is op handhaving, is sterker geïnteresseerd in repressieve elementen. In het licht van de toenemende vraag naar privaatrechtelijke handhaving van onder meer het mededingingsrecht, mensenrechten, het consumentenrecht en het intellectuele-eigendomsrecht en de roep om steviger privaatrechtelijke sancties ter preventie en bestraffing van ernstige normschendingen, is het niet verwonderlijk dat in de rechtsleer weer veel aandacht wordt geschonken aan *de iure* en *de facto* punitieve elementen in het aansprakelijkheidsrecht, zoals winstafdracht en *punitive damages*.⁹⁰ Ook aan de vergoeding voor immateriële schade in geval van opzettelijke en lucratieve schendingen van persoonlijkheidsrechten wordt soms een preventieve en bestraffende functie gekoppeld.⁹¹

De actuele aandacht voor immateriële schade is wel betiteld als een ‘luxualisering’ en ‘emotionalisering’ van het aansprakelijkheidsrecht, kenmerkend

86 Dit actuele proces van relativering van het leerstuk van verjaring gaat vooralsnog verder dan in andere Europese landen. Mogelijk met uitzondering van het Engelse recht, kennen de andere Europese rechtsstelsels een strenger regime van verjaring. Zie I. Gillead & B. Askland (eds.), *Prescription in Tort Law; Analytical and Comparative Perspectives*, Cambridge: Intersentia 2020.

87 R.C. Meurkens, *Punitive damages: the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2014, p. 381 en 389; I. Samoy e.a., ‘De dynamiek van het schadevereiste (1804-heden)’, in: B. Debaenst & B. Delbecq (red.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving*, Brugge: Die Keure 2014, p. 148; Gillaerts 2020, p. 137.

88 Zie Gillaerts 2020, p. 131 met verdere verwijzingen.

89 Zie hierover onder meer T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Een Europees schadebegrip’, *NTBR* 2018/5, p. 35-36; Gillaerts 2020, p. 147 e.v.; D.A. van der Kooij & J. van Kralingen, ‘Schadevergoeding op grond van de AVG: ter compensatie en/of handhaving?’, *NTBR* 2022 (nog te verschijnen).

90 Zie onder meer Meurkens 2014, p. 378 en Samoy 2014, p. 157 met verdere verwijzingen.

91 Meurkens 2014, p. 388; Gillaerts 2020, p. 135.

voor deze tijd.⁹² Maar reeds in het oud-Hollandse recht was immateriële schadevergoeding bekend, en het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* voorzag in een recht op smartengeld; de gekwetste of verminkte had het recht om ook vergoeding te vorderen voor pijn, smart en ontsiering van het lichaam.⁹³ Daarna zien we een tegengestelde ontwikkeling. In de periode 1811-1838, toen de *Code Civil* hier te lande gold, ontbrak iedere verwijzing naar immateriële schade. En ook ons oud-Burgerlijk Wetboek hield vast aan het uitgangspunt dat de toekenning van immateriële schadevergoeding niet mogelijk was, behoudens in geval van opzettelijke belediging. Het duurde tot 1943 alvorens de rechtspraak via de geleidelijke weg van de jurisprudentie het recht op smartengeld weer erkende.⁹⁴

Ook de ontwikkelingen op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid weerspiegelen dit beeld van golfbewegingen. Na een periode van steeds verdergaande aansprakelijkheid van werkgevers voor arbeidsongevallen – sommigen spraken al van risicoaansprakelijkheid – vaart de Hoge Raad tegenwoordig een mildere koers. Van de werkgever wordt nog immer een actief veiligheidsbeleid gevergd, maar bij alledaagse ongevallen op de werkvloer die door de werkgever redelijkerwijs niet hadden kunnen worden voorkomen, is een grens gesignaleerd. Dit brengt met zich dat meer nadruk wordt gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer.

Van bijzonder belang voor onze studie is de ontwikkeling van het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Vanzelfsprekend wordt naar wegen gezocht om de belangen van de overheid – en daarmee van de samenleving als geheel – te verzoenen met de belangen van individuen die door overheidshandelen schade lijden. Het leerstuk van overheidsaansprakelijkheidsrecht is gedoopt en gegroeid in de negentiende en twintigste eeuw.⁹⁵ Daarvoor gold in de rechtsstelsels van Europa en daarbuiten het adagium *rex non potest peccare, the king can do no wrong*, maar langzaam maar zeker zijn deze immuniteiten gerelativeerd

92 Zie Hartlief, 'Het slachtoffer en zijn inkomensschade; hoe flexibel moet hij zijn in het belang van de dader', in: F.T. Oldenhuis e.a., *Schadebeperkingsplicht; Wie verwacht wat van wie?*, Den Haag: Boom Juridisch 2010, p. 40.

93 Artikel 1320 WNH: "Kwetsing, of verminking aan enig deel van het ligchaam geeft aan den gewonden het recht om te vorderen vergoeding van het meesterloon, en van de schade en winstderving daardoor aan hem toegebracht, de pijn en smart en ontsiering van het ligchaam daaronder gerekend, het geen door den regter, naar gelang van den persoon en de omstandigheden begroot wordt." De aanspraak op vergoeding voor smart en ontsiering van het lichaam strijdt met de Romeinsrechtelijke traditie, die in de *Code Civil* is gevolgd. Zie ook E.G.D. van Dongen & G.L.H. van Rosmalen, 'De vergoeding van immateriële schade in Nederland en Italië: een vergelijkend-rechtshistorische analyse', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2022 (nog te verschijnen).

94 HR 21 mei 1943, *NJ* 1943, 455 (*Van Kreuning/Bessem*): "dat in overeenstemming met hetgeen van oudsher in ons land gegolden had en met hetgeen thans volgens wet of rechtspraak in de naburige landen geldt, het toekennen van vergoeding voor ideële schade, geleden ten gevolge van voormelde daden, als redelijk en billijk valt te beschouwen; dat daarom bij twijfel, wat de wetgever van 1838 met het tweede lid van artikel 1407 bedoeld heeft, de Hoge Raad er de voorkeur aan geeft dit aldus uit te leggen, dat bij de waardeering van de schade mede die van ideeelen aard in aanmerking komt."

95 A.L.M. Keirse & R. Ortlep, 'Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2017-2, p. 4.

en tot slot zo goed als losgelaten. In Nederland is er aanvankelijk veel debat geweest over de ruimte voor een privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.⁹⁶ Weliswaar werd al snel aangenomen dat de overheid bij schending van een privaatrechtelijke norm of een subjectief recht jegens een burger aansprakelijk kon zijn, maar in de loop van de negentiende eeuw heeft de gedachte postgevat dat het publiekrechtelijk handelen van de overheid niet door het privaatrecht kon worden genormeerd. Dit was in lijn met de algemeen aanvaarde opvatting dat het privaatrecht en het publiekrecht gescheiden systemen zijn. Daar waar publiekrechtelijk optreden in het spel was, konden overheidslichamen slechts op grond van het publiekrecht worden aangesproken. In de twintigste eeuw is deze scheiding tussen publiek- en privaatrecht losgelaten en is verdedigd dat het privaatrecht het algemene recht belichaamt waaraan ook de overheid tegenover de burger gebonden is. Terwijl de wetgever de ontwikkeling van overheidsaansprakelijkheid aan de rechter liet, heeft de Hoge Raad in de vroege twintigste eeuw ruim baan gemaakt voor privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid die vervolgens sterk is gegroeid. De laatste tijd wordt de (te) ver uitgedijde overheidsaansprakelijkheid op bepaalde terreinen weer ingeperkt en krijgen de overheden weer meer speelruimte.⁹⁷ Deze golfbewegingen worden mede ingezet door tijdgebonden rechtspolitieke afwegingen die ook samenhangen met de bijzondere positie van de overheid. De armslag van de overheid vergroot naarmate de politieke beladenheid van het handelen in kwestie toeneemt en verkleint naarmate het handelen meer gelijkenis met privaat handelen vertoont. Tendensen van tolerantie en repressie wisselen elkaar af.

De convergentie van overheidsaansprakelijkheid en repressie is overigens geen eenrichtingsverkeer. Enerzijds kan getracht worden repressie op te voeren middels overheidsaansprakelijkheid. Een voorbeeld biedt de *Urgenda*-zaak, waarin de Staat is bevolen maatregelen te treffen om de uitstoot van broeikaseffecten te (doen) verminderen.⁹⁸ Illustratief is ook de zaak *Gaswinning Groningen*, waarin de Staat onrechtmatig handelen wordt verweten door niet tijdig passende maatregelen in de vorm wetgeving, beleid, besluiten en feitelijk handelen te treffen om het ontstaan van schade als gevolg van gaswinning zo veel mogelijk te voorkomen.⁹⁹ Anderzijds kan aansprakelijkstelling van de overheid als instrument tegen repressie dienen. Denk aan de recente civiele rechtszaken van onder meer Stichting Viruswaarheid tegen de *lock-*

96 L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, p. 16 e.v.; G.E. van Maanen, 'De ondergang van de Vrouwe Elske en de opkomst van Noordwijkerhout/Guldemond', in: R.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 43 e.v.; P.A. Fruytier, *De civielrechtelijke inbedding van het besluitenansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 12.

97 Keirse & Ortlep, 2017, p. 14.

98 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

99 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Gaswinning Groningen*).

down-maatregelen, de avondklok, de mondkapjesplicht, het vaccinatiebeleid en het inreisverbod.¹⁰⁰ Te wijzen valt voorts op de procedures van de Koninklijke Horeca Nederland tegen de Staat om de heropening van cafés en restaurants af te dwingen, om de coronamaatregelen voor nachtclubs en discotheken te versoepelen en om schadevergoedingen te bewerkstelligen voor de zwaar door de *lockdown* getroffen branche.¹⁰¹

Deze voorbeelden illustreren dat policy-argumenten mede het overheidsaansprakelijkheidsrecht bepalen en dat daarmee op zichzelf nog niet een vaste beleidsrichting, van inperking dan wel uitdijing van overheidsaansprakelijkheid, is gegeven.¹⁰² Kritiek dat de civiele rechter niet genoeg oog heeft voor de vrijheid die de overheid nodig heeft om haar bestuurstaak goed uit te voeren wordt afgewisseld door commentaar op de terughoudendheid van de rechter om de overheid aansprakelijk te houden.¹⁰³

3.6 De lijnen samengebracht

Het privaatrecht is in beweging, zoals de samenleving en ons denken in beweging zijn. Het kompas van kennis uit het verleden toont aan dat het een doodlopende weg is om in dit proces een lineaire lijn van groei te willen ontdekken. Het proces verloopt chaotischer en daarbij zijn aan elkaar tegengestelden bewegingen te ontwaren. Het zijn maatschappelijke gegevens dat een reactie in de regel een tegenreactie uitlokt en dat aan werkelijke verandering chaos voorafgaat. Dat maakt dat het recht zich in geenszins nauw omlinnde golfbewegingen ontwikkelt. De hierboven besproken historie heeft dat in meerdere opzichten geïllustreerd.

Een van de golfbewegingen die wij in beeld hebben gebracht is het komen en gaan van de invloed van het Romeinse recht. Daarmee deels samenhangende tendensen zijn die van Europeanisering en nationalisering. De op-en-neer-beweging *from status to contract* en terug is aan de orde geweest. De mate van contractsvrijheid is een kwestie van meer of minder. Volledige contractsvrijheid is nimmer verwezenlijkt, evenmin heeft het daar ooit volledig aan ontbroken.¹⁰⁴ Wij hebben gezien hoe maatschappelijke en economische crises tot hevig ingrijpen leiden. Hoe het publiekrecht en privaatrecht elkaar afwisselen en aanvullen. Gespiegeld is dat de kring van belangen waarmee rekening moet worden gehouden uitzet en inkrimpt. Het gewicht dat toekomt aan het eigen

100 Zie <https://viruswaarheid.nl/rechtszaken>.

101 Zie onder meer Rb. Den Haag 17 september 2019, ECLI:NL:HR:RBDHA:2021:10092.

102 Hierover meer uitgebreid Keirse & Ortlep 2017, p. 3 e.v.

103 Di Bella 2014, p. 15.

104 C.J.H. Jansen, 'Tussen autonomie en solidariteit: contractsvrijheid in de 19^e eeuw', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridisch 2003, p. 134.

belang, het belang van de gemeenschap, de belangen van directbetrokkenen varieert van tijd tot tijd. De sleutelwoorden van privaatrecht wisselen van individualisme naar gemeenschapszin naar broederschap en terug naar gemeenschapszin. De schommelingen tussen de vrijheid die partijen zich kunnen veroorloven en de repressie die zij moeten dulden, worden bepaald door de in een bepaalde tijd heersende opvatting van wetgever en rechter van het gemeenschapsbelang. En die opvatting varieert onder meer naar gelang de maatschappelijke omstandigheden, de toestand van de economie, de sociaal-politieke opvattingen, gehanteerde waardeoordelen over en visies op de maatschappij, de ethiek en de visie op moraal.

Een eventuele conclusie dat de actuele repressie van het privaatrecht zeer ver gaat, komt in een helderder daglicht te staan, als in ogenschouw wordt genomen dat elke reactie (te) ver kan doorslaan en, zoals de slinger van een klok, even ver naar de andere zijde van het middelpunt verwijderd doorloopt als waar de actie, waarop de reactie de reflex is, aan deze zijde van het middelpunt uitgehangen heeft.¹⁰⁵

105 Vergelijk Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem 1995*, nr. 14.

4.1 Duiding van hedendaagse tendensen

De vraag is hoe hedendaagse repressieve tendensen in het privaatrecht moeten worden geduid. Hoe ver is de slinger doorgeslagen naar een repressief privaatrecht? Die vraag is, zoals het voorgaande rechtshistorische overzicht laat zien, makkelijker te beantwoorden indien het object van studie verder in het verleden ligt. Duiding geven aan een ontwikkeling waar we nog middenin staan, is ingewikkelder.

Om die reden zullen wij in dit hoofdstuk een aantal voorbeelden van repressieve tendensen in het hedendaagse privaatrecht uitwerken. Die voorbeelden illustreren dat het hedendaagse privaatrecht, zoals wij in de inleiding stelden, gekleurd lijkt te worden door repressie. Aan het eind van dit hoofdstuk noemen wij als tegenwicht ook een paar belangrijke maatschappelijke ontwikkelingen die juist gefaciliteerd worden door het kader van autonomie, vrijheid en economische ordening dat het privaatrecht biedt. Niet uit het oog mag worden verloren dat het privaatrecht die functie als basis heeft.

Onze *tour d'horizon* is onderverdeeld in de drie aspecten van repressiviteit in het privaatrecht die we hierboven identificeerden: (i) inzet van het privaatrecht (proces)recht teneinde bepaald gewenst gedrag te bewerkstelligen of ongewenst gedrag tegen te gaan, (ii) privaatrechtelijke handhaving, en (iii) inzet van het privaatrecht (proces)recht als onderdeel van het opkomen voor algemene belangen van de samenleving. Zoals zal blijken, gaat het hier om deels elkaar overlappende categorieën. Illustratief zijn civielrechtelijke algemeenbelangacties gericht op gedragsbeïnvloeding en effectieve handhaving, die hieronder de revue zullen passeren.

4.2 Privaatrecht als instrument om gedrag te sturen

4.2.1 *Dwingend recht*

Dwingend recht werd eerder in dit preadvies al genoemd als uiting van sturing of geleiding door middel van het privaatrecht. Als voorbeelden werden genoemd normen van dwingend recht in het arbeidsrecht, huurrecht, consumentenrecht, financieel recht en gezondheidsrecht. In de ontwikkeling van het privaatrecht zien we de opkomst van dit type regels in het arbeidsrecht. Vanaf de industriële revolutie ontstond een grotere kwetsbaarheid van arbeiders en daarmee de behoefte aan bescherming, bijvoorbeeld ten aanzien van werken, ziekte en loon. Het consumentenrecht volgde later. De grondgedachte bij deze regelgeving is dat dwingend recht nodig is om zwakkere partijen te beschermen tegen contractuele uitbuiting door sterke partijen. Dat komt tot uitdrukking in het karakter van regels van dwingend recht, waarvan niet contractueel kan worden afgeweken, of van semi-dwingend recht, waarvan afwijking wel mogelijk is mits niet ten nadele van de zwakkere partij.¹ In het ongeschreven recht dwingen de eisen van redelijkheid en billijkheid, de maatschappelijke betamelijkheid en zorgplichten partijen in een bepaalde richting.

Ook vanuit het Europese recht is de invloed van sociale aspecten zichtbaar, in het bijzonder in de vorm van specifieke regelgeving ten aanzien van consumentenovereenkomsten. Sociaal is de bescherming van de zwakkere contractspartij. In het Burgerlijk Wetboek zijn Europeesrechtelijke regels van dwingend recht terug te vinden in de informatieverplichtingen van artikel 6:230a e.v. BW² en 6:230g e.v. BW,³ de algemene-voorwaardenregeling van artikel 6:231 e.v. BW, en de regels voor bijzondere overeenkomsten in boek 7 BW voor consumentenkoop, pakketreizen, timeshare-overeenkomsten, consumentenkrediet en binnenkort ook digitale inhoud.

Hoort dwingend recht nu in het privaatrecht en het Burgerlijk Wetboek thuis? De sociale rol van het privaatrecht, waarbij gebruik wordt gemaakt van dwingend recht, is in elk geval erkend door de wetgever: “De tijd is voorbij, waarin als eenige taak van den burgerlijken wetgever bij de vastlegging van het contractenrecht werd aangemerkt het geven van regelen, welke alleen gelden voor zoover partijen daarvan niet gelieven af te wijken. Ook in het contractenrecht moeten sociale overwegingen onophoudelijk medespreken.”⁴

1 Zie bijvoorbeeld artikel 7:6 BW ten aanzien van consumentenkoop.

2 Implementatie van Richtlijn 2006/123/EG betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376, verder: Dienstenrichtlijn.

3 Implementatie van Richtlijn 2011/83/EU betreffende consumentenrechten, *PbEU* 2011, L 304/64, verder: Richtlijn consumentenrechten.

4 *Kamerstukken II* 1933/34, 431, nr. 3, p. 7.

De vraag naar de plaats van sociale regelgeving in het privaatrecht is daarmee echter niet beslecht. Sommige auteurs menen dat de bescherming van zwakkere partijen in het privaatrecht aan heroverweging toe is, althans voor zover het gaat om de categoriale bescherming van consumenten. De toename aan zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers), kleine ondernemingen, en prosumenten (een partij die tegelijkertijd producent en consument is) op onlineplatforms betekent dat de ondernemer lang niet in alle gevallen een sterke(-re) contractspartij is.⁵ Schelhaas pleit om die reden voor een andere norm, onafhankelijk van de grootte van partijen, namelijk bescherming 'in geval van een wezenlijke disbalans tussen partijen, waarbij financiële of economische afhankelijkheid dan wel een grote kennis- en informatieachterstand in de weg staan aan normaal functioneren van de contractsvrijheid zodat evenredige benadeling reëel is'.⁶ Smits deed al eens een ander voorstel, namelijk voor twee typen contractenrecht: één met een handelsmoraal, waarbij winst maken voorop staat, én een contractenrecht van de sociale rechtsstaat waarin 'wonen, werken, leven en gezondheid' vooropstaan.⁷ De toename van particuliere aanbieders in de platformeconomie, onder de noemer 'prosument', geeft eveneens aanleiding tot een herijking. Daarbij moet de vraag worden gesteld of een onlineplatform niet (deels) de verantwoordelijkheden van een handelaar moet dragen jegens de consument, indien zaken of diensten via het platform worden aangeboden door een prosument.⁸

In dit licht kan hier niet onvermeld blijven dat recente opmerkelijke wetgeving op verschillende terreinen stevige dwingendrechtelijke bepalingen in de *business to business* (B2B-)relatie heeft geïntroduceerd. In de nieuwe Franchisewet is bepaald dat niet ten nadele van in Nederland gevestigde franchisenemers kan worden afgeweken van de bescherming die deze wet franchisenemers beoogt te bieden tegen een gebrek aan transparantie en te veel eenzijdigheid in de contracten van franchisegevers. De in 2021 – ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/633 – ingevoerde Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen beschermt leveranciers, ook heel grote met een jaarlijkse omzet tot 350.000.000 euro, tegen de inkoopmacht van grote supermarktketens. Verder is in 2019 een Europese verordening aangenomen met het doel zakelijke aanbieders op onlineplatforms te be-

5 Vergelijk T. Hartlief, 'Kooplieden in het recht', *NJB* 2018/1236.

6 H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?*, Den Haag: Boom Juridisch 2018. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Twintig jaar nieuw BW: bijzondere overeenkomsten', *AA* 2012, afl. 11, p. 872.

7 T. Hartlief, 'Het contractenrecht anno 2025', *NJB* 2017/1392, met verwijzing naar J.M. Smits, 'Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht: over het gedetermineerd verleden en de postmoderne toekomst van het privaatrecht, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1998, p. 10 e.v.

8 V. Mak, *De prosument en de digitale economie. Een verkenning van het privaatrecht van de toekomst*, (oratie Leiden) 2021. Vergelijk Hartlief 2017/1392.

schermen in hun verhouding tot de platformbeheerder.⁹ Deze *platform to business* (P2B-)Verordening, voorziet in specifieke bepalingen over oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden, waarborgen voor toegang en verwijdering van aanbieders van een platform, en de beschikbaarheid van een klachtenregeling. Met de invoering van lid 2 en 3 in artikel 6:195 BW op grond van de Wet Acquisitiefraude uit 2016 worden ondernemers beschermd tegen misleidende omissies in acquirerende handelspraktijken.¹⁰ Deze nieuwe wetgeving is opmerkelijk te noemen omdat in overige *business to business*-situaties vrijwel het gehele contractenrecht (vooralsnog) van regelend recht is.

Overigens verdient opmerking dat door de civiele rechtspraak reeds in ruimere mate dwingendrechtelijk wordt ingegrepen in de verhouding tussen professionals. Denk aan de zorgplichten die professionals ook tegenover hun zakelijke klanten (en zelfs derden) in acht te nemen hebben.¹¹ In het bijzonder wordt bijvoorbeeld de bancaire contractsvrijheid vergaand ingeperkt door in de rechtspraak ontwikkelde verplichtingen om een bepaald contract niet aan te gaan (weigeringsplicht) of juist wel (contracteerplicht) dan wel om een bestaand contract te beëindigen (beëindigingsplicht).¹²

Niettemin, hoe de vormgeving van bescherming van (relatief) zwakkere partijen er ook uitziet, de invloed van sociale ontwikkelingen op het privaatrecht is niet langer weg te denken. Sleutelwoorden, zoals maatschappelijke betamelijkheid, zorgplichten, redelijkheid en billijkheid, subjectieve goede trouw, recht op gezinsleven en persoonlijke integriteit, kleuren het privaatrecht. Het door het privaatrecht gedragen beginsel van autonomie behelst niet alleen de eigen contractsvrijheid maar ook dat rekening wordt gehouden met de belangen van anderen, zodat zij hun autonomie kunnen verwezenlijken. Het lijkt ons in dit licht waarschijnlijk dat bepalingen van dwingend privaatrecht behouden blijven en zelfs nog verder aan uitbreiding onderhevig zullen zijn. Is het niet omdat Europees recht daartoe verplicht dan omdat dwingend recht een uitgelezen middel kan zijn om via het privaatrecht beleidsdoelen, politieke doelstellingen en gemeenschappelijke waarden te realiseren. Dat brengt ons tot de volgende uiting van de sturende rol van het privaatrecht: instrumentalisering.

9 Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten, *PbEU* 2019, L186/57.

10 Wet van 29 maart 2016 ter zake van acquisitiefraude, *Stb.* 2016, 133.

11 O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010, p. 66 e.v.; I.S.J. Houben, 'Autonomie in het contractenrecht: de bescherming van de ondernemer', *AA* 2017, p. 605-606.

12 Zie D. Busch, 'Anti-witwasregels, Freikörperkultuur en de grenzen van de bancaire contractsvrijheid', *AA* 2022, p. 142 e.v.

4.2.2 Instrumentalisering van het privaatrecht

Het privaatrecht wordt de laatste decennia steeds vaker ingezet als instrument om bij te dragen aan het nastreven van beleidsdoelen of politieke doelstellingen en waarden. Deze ‘instrumentalisering’ van het privaatrecht heeft met name een impuls gekregen door de invloed van het Europese recht op het Nederlandse recht.

De Europese Unie, zoals de Europese Gemeenschappen daarvoor, heeft zich in de Verdragen verbonden tot het nastreven van een hoog niveau van consumentenbescherming als onderdeel van de Europese sociale markteconomie. Dat doel is te herleiden uit de waarden en doelstellingen van de Europese Unie, vastgelegd in artikel 2 en 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU). Consumentenbescherming wordt voorts als grondslag genoemd voor de wetgevingsbevoegdheid van de Europese wetgever, als aanvulling op het nastreven van de integratie van de Europese interne markt (artikel 114 lid 1 en 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)).¹³ Het recht is instrumenteel aan het nastreven van dat doel, enerzijds door middel van negatieve harmonisatie en anderzijds door positieve harmonisatie. Negatieve harmonisatie betekent het wegnemen van regelgeving die een barrière kan vormen voor de integratie van de interne markt. De Europese Unie heeft daartoe bevoegdheden op grond van de vier vrijheden.¹⁴ Met positieve harmonisatie wordt bedoeld op het introduceren van EU-wetgeving die beoogt de regelgeving van de lidstaten te uniformeren of dichter bij elkaar te brengen. Vanaf 1985, en vooral in de jaren negentig van de vorige eeuw, is een groot aantal Europese richtlijnen aangenomen op het gebied van het consumentencontractenrecht.¹⁵ Na een aantal jaren van consolidatie zijn recent drie nieuwe richtlijnen aangenomen: Richtlijn (EU) 2019/2161 inzake modernisering van het consumentenrecht, Richtlijn (EU) 2019/770 inzake overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, en Richtlijn (EU) 2019/771 inzake consumentenkoop (en ter vervanging van Richtlijn 1999/44/EG).¹⁶

Over de wenselijkheid van de instrumentalisering van het privaatrecht wordt van mening verschild. Niet alleen kan worden afgevraagd of het pri-

13 Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), *PbEU* 2012, C 326/1.

14 Vrij verkeer van goederen (artikelen 28-37 VWEU), diensten (artikel 56 VWEU), kapitaal (artikel 63 VWEU) en personen (artikel 21 VWEU).

15 Keirse 2010, p. 37 e.v.

16 Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie, *PbEU* 2019, L 328/7, verder: Moderniseringsrichtlijn; Richtlijn (EU) 2019/770 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *PbEU* 2019, L 136/1; Richtlijn (EU) 2019/771 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, *PbEU* 2019, L 136/28. Zie ook V. Mak, ‘Op weg naar een Europese ‘Digital Single Market’’. Twee nieuwe richtlijnvoorstellen voor het Europees contractenrecht’, *NJB* 2016, afl. 8, p. 518-524.

vaatrecht, dat gebaseerd is op de gedachte van autonomie, wel geschikt is als instrument. De keuze voor en vormgeving van de privaatrechtelijke actie wordt dan namelijk niet slechts bepaald door de onderlinge verhouding van de private partijen, maar mede afhankelijk gemaakt van de mate waarin het kan bijdragen aan een algemener, zagezegd hoger doel. In bredere zin kan instrumentalisering van het recht leiden tot afkalving van de onafhankelijke positie van het recht en de rechter.¹⁷ Aan de andere kant past de tendens richting instrumentalisering in de golfbeweging tussen publiek- en privaatrecht die wij hierboven beschreven.¹⁸ De slinger lijkt in onze tijd door te slaan in de richting van een weer groeiende invloed van het publiekrecht op het privaatrecht.

Instrumentalisering komt niet alleen in de wetgeving maar ook in de rechtspraak tot uitdrukking. In onze tijd zien we een toenemende rol van de rechter als aanspreekpunt voor burgers voor het afdwingen van politieke afspraken of beleidsdoelen, bijvoorbeeld op het gebied van klimaat. Op dergelijke *public interest litigation* komen we hieronder nog terug in het licht van de verhouding tussen privaatrecht en maatschappelijke belangen. De rechter zelf stelt zich voorts vaker actief op door via het privaatrecht te zoeken naar wegen die de bescherming van sociale rechten van burgers waarborgen, onder meer via de band van het Europese recht.¹⁹ Het effectiviteitsbeginsel uit het Europese recht is in dat opzicht van grote invloed geweest.

4.2.3 *Effectiviteitsbeginsel en Europees consumentenrecht*

De effectiviteit van rechten neergelegd in het EU-recht is in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (HvJ EU) een steeds nadrukkelijker thema geworden.²⁰ Het effectiviteitsbeginsel houdt in dat de effectiviteit (of doeltreffendheid) van regels van EU-recht niet mag worden beperkt door regels van nationaal recht. Daar waar dat wel het geval is, moeten de nationale regels buiten toepassing worden gelaten of kan de Staat²¹ of, onder omstandigheden, een particulier aansprakelijk worden gehouden.²² In het contractenrecht heeft dit beginsel de basis gevormd voor een lijn van rechtspraak van het HvJ EU waarin de handhaving van consumentenrecht kracht wordt bijgezet door een

17 B. Tamanaha, *The Perils of Pervasive Legal Instrumentalism* (Wolf Legal Publishing, Oisterwijk 2008), stelt dat 'in situations of sharp disagreement over the social good, if law is perceived as an instrument, individuals and groups within society will endeavor to seize the law, and fill in, interpret, and apply the law, to serve their own ends'.

18 Paragraaf 3.2.

19 Vergelijk Hof van Justitie EU 14 maart 2015, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*). Zie C. Mak, E. Mak en V. Mak, 'De verwijzende rechter. Rechtspolitieke verandering via prejudiciële vragen van lagere rechters aan het Europese Hof van Justitie', *NJB* 2017, p. 1724.

20 Artikel 19 VEU, tweede zin bepaalt: "Het [Hof] verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen."

21 HvJ EU 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, *Jur.* 1991, p. I-5357 (*Francovich*).

22 HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, *Jur.* 2001, p. I-6297 (*Courage/Crehan*).

verplichting voor nationale rechters tot ambtshalve toetsing. Daarbij moet worden opgemerkt dat het HvJ EU rekening houdt met, en ruimte laat voor, regels van nationaal procesrecht.²³

In dit verband is het wederom van belang om de bredere context van de rechtsontwikkeling in de gaten te houden. Evenals in het Nederlandse verbintenissenrecht zijn in het Europese recht tendensen zichtbaar. In de rechtspraak van het HvJ EU ten aanzien van effectiviteit van EU-recht kunnen drie fasen worden onderscheiden, te weten terughoudendheid, interventionisme, en het respecteren van nationaal recht.²⁴ Met die fasen is grofweg de periode in kaart gebracht vanaf de oprichting van de Europese Gemeenschappen, tot het erkennen van staatsaansprakelijkheid bij het niet tijdig implementeren van richtlijnen, naar het zoeken naar een balans tussen Europees en nationaal procesrecht bij de handhaving van consumentenrechten. Deze indeling is van Tridimas en stamt uit 2006.²⁵ De vraag kan worden gesteld of we inmiddels in een vierde fase terecht zijn gekomen, die in lijn is met de ook meer algemene ontwikkeling van constitutionalisering van het privaatrecht. Het HvJ EU heeft sinds de *Aziz*-uitspraak uit 2013 steeds nadrukkelijker naar het EU-Handvest van de grondrechten verwezen als basis voor het effectueren van EU-recht, met als grondslag in het bijzonder artikel 47.²⁶

Artikel 47, eerste zin van het Handvest bepaalt: “Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte ...” Deze bepaling wordt gezien als een uitwerking van het effectiviteitsbeginsel, met in de overige paragrafen van het artikel een uitwerking van het grondrecht op een eerlijk proces (in overeenstemming met artikel 6 en 13 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM)).²⁷ Het artikel heeft echter een bredere reikwijdte dan het effectueren van EU-recht op zich. De formulering van de eerste zin laat zien dat de bepaling expliciet is gericht op het garanderen van rechtsbescherming voor EU-burgers. De genoemde ‘voorziening in rechte’ kan bestaan uit het invoeren van een nieuwe materiële remedie in het nationale recht.²⁸ In het consumentenrecht zal dit materiële doel overigens veelal samenvallen met het procedureel effectueren van EU-recht.²⁹ Voorts is rechtsbescherming ook in

23 Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Effectiviteitsbeginsel en nationaal privaatrecht’, *WPNR* 2011 (6901), p. 794.

24 Vergelijk Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: OUP 2006, p. 420-422. Zie ook Tjong Tjin Tai 2011, p. 794.

25 Zie overigens ook M. Dougan, *National remedies before the Court of Justice: issues of harmonisation and differentiation*, Oxford: Hart 2004, p. 26-52.

26 EU Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, *PbEU* C 364/1. HvJ EU 14 maart 2015, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*).

27 Vergelijk J.L.M. van Duin, ‘Metamorphosis? The Role of Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13/EEC’, *Journal of European Consumer and Market Law* 2017, vol. 6, afl. 5, p. 191.

28 A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 3-I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/110.

29 Van Duin 2017, p. 192.

eerdere rechtspraak van het HvJ EU een uitvloeisel geweest van het waarborgen van effectiviteit.³⁰ Niettemin biedt het benoemen van dit doel een opening voor het HvJ EU om zich explicieter te richten op het waarborgen van individuele rechtsbescherming.

In privaatrechtelijke casus komt die bescherming onder andere tot uitdrukking in de bescherming van consumenten tegen uitzetting uit de woning bij uitwinning van een hypotheeklening door de bank. Ingevolge rechtspraak van het HvJ EU mag die uithuiszetting niet plaatsvinden gedurende de tijd dat een (parallele) procedure aanhangig is waarin bedingen uit de hypotheekovereenkomsten worden aangevochten op grond van de oneerlijke-bedingenregeling van Richtlijn 93/13/EEG.³¹ Een ander voorbeeld is de ambtshalve te beoordelen nietigheid van oneerlijke rentebedingen. Indien de rechter via deze weg een rentebeding vernietigt, zal de rechter niet op grond van aanvullend recht de wettelijke rente toewijzen. Door dat niet te doen, is de afschrikwekkende werking, en daarmee de effectiviteit, van de oneerlijke bedingenregeling zeker gesteld. Anders zou sprake zijn van een loterij zonder nieten, waarbij aanbieders zonder risico hoge rentebedingen kunnen opnemen in overeenkomsten.³²

De vanuit Europa ingezette tendens naar sterkere individuele rechtsbescherming voor consumenten, waarin effectieve en afschrikwekkende sancties een belangrijke rol spelen, heeft zich voortgezet in het nationale recht. We zien dat in de uitspraak die de Hoge Raad in november 2021 deed in antwoord op prejudiciële vragen van de Rechtbank Amsterdam en de Rechtbank Roermond over de handhaving van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten.³³ Deze vragen zijn ingegeven door de wens om effectief te kunnen optreden tegen handelaren die niet voldoen aan deze informatieplichten, geïmplementeerd in artikel 6:230m en 6:230v BW. De Richtlijn zelf schrijft niet voor welke sancties van toepassing zijn en heeft het dus aan het nationale recht overgelaten om dat te bepalen, met als voorwaarde dat de sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.³⁴ In de praktijk betekent dit dat rechters de keuze hebben uit een scala aan materieelrechtelijke en procesrechtelijke

30 *Asser/Hartkamp 3-I* 2019/110 met verwijzing naar HvJ EU 15 mei 1986, 222/84, ECLI:EU:C:1986:206, *Jur.* 1986, p. 1651 (*Johnston*) en HvJ EU 19 juni 1990, C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257, *Jur.* 1990, p. I-2433 (*Factortame I*).

31 Zie HvJ EU 17 juli 2014, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099 (*Sánchez Morcillo I*); HvJ EU 10 september 2014, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189 (*Kušionová*).

32 Vergelijk C.M.D.S. Pavillon, *Geen loterij zonder nieten. Sancties in het consumentenrecht anno 2020*, Den Haag: Boom Juridisch 2020. Zie ook Landelijk Overleg Vakinhoud Civel en Kanton & Toezicht (LOVCK&T), *Amtshalve toetsing III*, Raad voor de Rechtspraak 2018, p. 55.

33 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677.

34 Richtlijn consumentenrechten, artikel 24. Voor een analyse van de in Nederland beschikbare sancties zie L.B.A. Tigelaar, *Sanctionering van informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

opties.³⁵ De vragen die aan de Hoge Raad zijn voorgelegd hebben betrekking op die opties. Naast een aantal processuele vragen over ambtshalve toetsing zijn de Hoge Raad de vragen voorgelegd of sancties moeten worden opgelegd voor het niet of ten dele voldoen aan informatieplichten; zo ja, welke sancties passend zijn en of de grondslag daarvan moet worden gezocht in de redelijkheid en billijkheid; en tot slot, of een staffel mag worden gehanteerd voor vergoeding.³⁶ De Hoge Raad beantwoordt deze vragen bevestigend en acht de sanctie van partiële vernietiging op grond van artikel 3:40 lid 2 BW passend.³⁷ Gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst kan bestaan in een vermindering van de verplichtingen, met name de betalingsverplichtingen, van de consument. In de praktijk komt dat erop neer dat consumenten indien sprake is van een voldoende ernstige schending van een of meer essentiële informatieplichten, aanspraak hebben op terugbetaling van tien, vijftientig of mogelijk zelfs vijftig procent van de koopprijs. Advocaat-generaal Wissink merkt daarbij overigens op dat een prijsvermindering met vijftig procent wat hem betreft aan de (te) hoge kant is. Een hoog percentage prijsreductie kan immers voor de handelaar ongunstiger uitpakken dan algehele vernietiging met wederzijdse ongedaanmaking en zou daarmee ongeschikt zijn als minder vergaand alternatief voor algehele vernietiging.³⁸

Deze uitspraak van de Hoge Raad is verstrekkend. De vraag is of door het kiezen van deze lijn de belangen van handelaren niet te veel uit het oog worden verloren. Loos en Pavillon hadden om die reden een andere aanlegroute bepleit.³⁹ Het niet voldoen aan informatieplichten kan in de meeste gevallen worden gekwalificeerd als een misleidende omissie in de zin van de regeling voor oneerlijke handelspraktijken. In het Nederlandse recht bestaat daarvoor op grond van artikel 6:193j lid 3 BW een vernietigingsmogelijkheid voor de consument. Loos en Pavillon betogen dat deze bepaling een passender grondslag biedt voor de (gedeeltelijke) vernietiging van overeenkomsten bij ontbrekende informatie dan artikel 3:40 lid 2 BW of alternatieve grondslagen, zoals de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW en 6:248 BW). De reden daarvoor is dat artikel 6:193j lid 3 BW een causaliteitstoets hanteert: heeft de consument onder invloed van de oneerlijke handelspraktijk een overeenkomst gesloten die hij anders niet zou zijn aangegaan? De bepaling toetst dus of de wil van de consument daadwerkelijk is beïnvloed door het ontbreken van ver-

35 M.B.M. Loos & C.M.D.S. Pavillon, 'Civielrechtelijke sancties op de schending van informatieplichten. Handvatten voor de ambtshalve toetsingspraktijk aan de Richtlijn consumentenrecht', *NJB* 2020, afl. 29, p. 2124-2135.

36 HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, r.o. 2.5, vragen g, h en i.

37 Idem, r.o. 3.1.15.

38 Zie Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2021:758, onder 7.49.4. De Hoge Raad laat zich niet uit over de hoogte van de staffel.

39 Loos & Pavillon, *NJB* 2020, p. 2131. De bewijslast van de causaliteit ligt op de consument. Om die belemmering op te heffen pleiten Loos en Pavillon voor omkering van de bewijslast bij toepassing op de informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten.

plichte informatie. Die toets ontbreekt in artikel 3:40 lid 2 BW. De Hoge Raad gaat op dit punt niet nader in en laat dus in het ongewisse in hoeverre hij meent dat de belangen van handelaren hierdoor in het gedrang komen. Wellicht kan enige zorg worden weggenomen door de analyse van advocaat-generaal Wissink. Hij ziet de route van artikel 3:40 lid 2 niet als problematisch, omdat de lijst van informatieverplichtingen in artikel 6:230m BW en 6:230v BW *an sich* al een beperking geeft aan de gevallen waarvoor artikel 3:40 lid 2 BW een basis vormt voor (gedeeltelijke) vernietiging van de overeenkomst.⁴⁰

Niettemin zal in de praktijk moeten blijken of handelaren onevenredig hard worden getroffen door deze uitspraak van de Hoge Raad. Voor kleine of startende ondernemers is het een harde tik op de vingers als zij consumenten een groot deel van de koopprijs moeten vergoeden voor het niet of niet geheel voldoen aan de informatieplichten uit de Richtlijn consumentenrechten. De gedachte om juist een afschrikwekkende sanctie te hanteren tegenover handelaren van grotere omvang die als ‘repeat player’ vaker bij de rechter staan, maakt deze uitspraak evenwel beter verstaanbaar. In ieder geval kan de uitspraak worden gezien als een uiting van een repressieve tendens in het overeenkomstenrecht in de vorm van remedies die verder gaan dan vergoeding van geleden schade en bij uitstek een afschrikwekkende functie hebben.

4.3 Privaatrechtelijke handhaving

4.3.1 *Wij zullen handhaven*

Handhaving heeft bij uitstek een repressief karakter en daarvoor heeft men zich lange tijd tot de overheid gewend. Ook wat betreft voor het privaatrecht wezenlijke kwesties, zoals de (on)geoorloofdheid van contracten en de (on)vrijheid van mededinging, heeft de nadruk in Nederland eerst op strafrechtelijke handhaving gelegen en vervolgens op de bestuursrechtelijke handhaving. Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw is de privaatrechtelijke handhaving steeds sterker in de belangstelling komen te staan.⁴¹ De laatste jaren groeit het aantal mensen dat zich in de private sector bezighoudt met het bestrijden van criminaliteit hard. Dat private actoren in de huidige tijd meer en meer verantwoordelijkheid krijgen bij het afdwingen van normconform gedrag is deels te wijten aan het feit dat de overheid op sommige terreinen doelbewust de verantwoordelijkheid bij een private actor legt en is deels ook het gevolg van een gewijzigd maatschappelijk klimaat waarin meer honger is naar

40 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2021:758, onder 7.52.

41 Zie E.F.D. Engelhard e.a., *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2009, p. 15 en p. 51 e.v.

veiligheid en orde, mede door een andere beleving hiervan. Naast het ‘blauw’ van de politie, vult het straatbeeld zich ook met het ‘lichtblauw’ van de boa’s (de buitengewone opsporingsambtenaren) en het grijs van particuliere beveiligers.⁴² Na een reeks incidenten, zoals de onthullingen uit de Panama Papers, witwasschandalen bij Europese banken en mensenrechtenschendingen, is het maatschappelijke en politieke draagvlak voor bedrijven die het niet zo nauw nemen met de regels of complexe belastingconstructies optuigen tanende. Van bedrijven wordt verwacht dat ze niet alleen oog hebben voor hun eigen financiële belangen, maar ook voor de maatschappij.

Zo spelen banken een belangrijke rol als poortwachter van het financiële stelsel in de bestrijding van fraude, witwassen en terrorismefinanciering.⁴³ De bank dient haar potentiële klanten te onderwerpen aan een *customer due diligence*-onderzoek en bij een onaanvaardbaar risico op witwassen of hoge integriteitsrisico’s behoort de bank de relatie niet aan te gaan. Is de contractuele relatie met de bank eenmaal tot stand gekomen, dan duurt de verantwoordelijkheid van de bank voort en behoort de bank een voortdurende controle uit te oefenen op de zakelijke relatie en op de transacties die tijdens de duur van de relatie worden verricht. De bank dient zich ervan te verzekeren dat de transacties overeenkomen met de kennis die de instelling heeft van de klant en diens risicoprofiel, met zo nodig een onderzoek naar de bron van de middelen die gebruikt worden. Wanneer gesignaleerd wordt dat een klant een te hoog risico op betrokkenheid bij witwassen of terrorismefinanciering met zich brengt, zal de bank de relatie met de klant moeten beëindigen. Daarbij zal de bank echter ook haar bijzondere zorgplicht in acht moeten nemen, die zij gelet op haar maatschappelijke functie heeft ten opzichte van klanten en derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Daarbij is van groot gewicht dat het vrijwel onmogelijk is om deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer, laat staan om een bedrijf te exploiteren, zonder te beschikken over een betaalrekening bij een bank. Dit betekent dat op banken op grond van hun maatschappelijke positie de verplichting kan rusten een betaalrekening aan te bieden en in stand te houden.⁴⁴ De contractsvrijheid van banken wordt aldus in verschillende opzichten ingeperkt.⁴⁵ Enerzijds behoren zij bepaalde relaties niet aan te gaan of te verbreken en hun medewerking aan bepaalde transacties te ontfangen. Anderzijds wordt hun fundamenteel en zwaarwegend recht om niet te worden verplicht een contractuele relatie aan te gaan met een ander en

42 J.G. Brouwer & A.E. Schilder (red.), *Van een andere orde: Over private ordehandhaving*, Den Haag: Boom Juridisch 2014, p. 3.

43 Zie onder meer C.W.M. Lieverse & M.L. Louisse, ‘Hoofdstuk 3 - Banken’, in: B. Snijders-Kuipers & A.T.A. Tilleman (red.), *Handboek WWFT*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 33 e.v.

44 Zie HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652.

45 Zie ook hiervoor paragraaf 4.2.1 en Busch 2022, p. 139 e.v.

de in de Algemene bankvoorwaarden (ABV) opgenomen contractuele bevoegdheid om de bankrelatie op te zeggen sterk begrensd.

Ook andere private actoren, zoals verzekeringsmaatschappijen, woningcoöperaties, notarissen en curatoren, krijgen publieke verantwoordelijkheid doorgeschoven in het kader van een brede aanpak van vormen van fraude.⁴⁶ In 2011 is op initiatief van de overheid de Fraudehelpdesk opgericht, een private stichting die wil dienen als eerste loket bij oplichting en fraude wil voorkomen door voorlichting aan burgers en bedrijven. Dat deze trend zich doorzet blijkt ook uit het initiatief van onder meer belangenorganisatie MKB-Nederland tot oprichting van Vereniging Veilig Ondernemen door Informatie op Maat (VO-DIOM).

4.3.2 *Collectieve handhaving*

In het verlengde van de privaatrechtelijke bescherming van zwakkere partijen hebben zich in de laatste decennia verschillende handhavingsmechanismen ontwikkeld. Waar de rechten zelf als geleidend of sturend kunnen worden gezien,⁴⁷ heeft handhaving zoals gezegd een bij uitstek repressief karakter. Inbreuken op consumentenrechten kunnen aanleiding geven tot collectieve handhaving, ofwel publiekrechtelijk door de Autoriteit Consument en Markt (ACM), ofwel privaatrechtelijk via de collectieve actie van artikel 3:305a BW of via de collectieve vaststellingsovereenkomst onder de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).⁴⁸ In 2019 is daaraan de mogelijkheid van een collectieve schadevergoedingsvordering toegevoegd door de invoering van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA)⁴⁹ en intussen is na jarenlang wachten eindelijk een Europese richtlijn (Richtlijn (EU) 2020/1828) met betrekking tot collectieve acties aangenomen.⁵⁰ Het gaat hierbij om procesrechtelijke regelingen voor de effectuering van materiële rechten, zonder dat daarbij het aansprakelijkheidsrecht of schadevergoedingsrecht wordt gewijzigd.

De effectiviteit van (de handhaving van) het privaatrecht wordt vergroot door deze instrumenten. Doordat collectief wordt opgetreden, geldt dat niet

46 Zie o.a. C.M. Hilverda, 'De publiek-publieke en publiek-private samenwerking ter bestrijding van faillissementsfraude', *NJB* 2016, p. 1420; S. Buisman, 'Naar een normatief kader voor hybride rechtspleging in Nederland en de Europese Unie', *NJB* 2021, p. 281.

47 Zie paragraaf 2.2.

48 Wet van 23 juni 2005 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet collectieve afwikkeling massaschade), *Stb.* 2005, 340.

49 Wet van 20 maart 2019 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie), *Stb.* 2019, 130.

50 Richtlijn (EU) 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2020, L 409/1.

alleen wordt opgekomen voor de gebundelde rechten van individuele bena-deelden, maar dat ook een algemeen belang wordt nagestreefd. Dat belang is erin gelegen om grootschalige schendingen van individuele rechten, bijvoorbeeld consumentenrechten, te voorkomen.⁵¹ De Richtlijn (EU) 2020/1828 illustreert dat. Deze richtlijn is de uitkomst van jarenlange pogingen tot Europese regulering van de procedure voor massaschadeclaims. In 2013 heeft de Europese Commissie met een mededeling en aanbeveling over een te ontwikkelen Europees horizontaal kader voor collectief verhaal de lidstaten aangemoedigd om mechanismen van collectief verhaal in te stellen voor de vergoeding van schades en voor de vorderingen tot staking van inbreuken.⁵² Het Volkswagenschandaal met betrekking tot frauduleuze emissietesten was voor de Europese Commissie de meest recente aanleiding voor een nieuw voorstel voor een verordening als onderdeel van de ‘New Deal for Consumers’ uit 2018. De Nederlandse wetgever, die de aanmoediging uit 2013 ter harte heeft genomen, koos ervoor het (onzekere) Europese wetgevingsproces niet af te wachten en de invoering van de WAMCA in de tussentijd door te zetten. Mogelijk zijn kleine aanpassingen nodig, al overlappen de wet en de richtlijn op een aantal punten.⁵³ Inmiddels is al een aantal WAMCA-procedures gestart, waarbij opvalt dat het privaatrecht wordt ingezet om een gebrek aan capaciteit in de publieke handhaving op te vangen. Op het gebied van privacyrecht zijn collectieve acties gestart tegen Oracle/Salesforce en tegen TikTok.⁵⁴ Dergelijke acties zijn een alternatief voor bestuursrechtelijke handhaving door de Autoriteit Persoonsgegevens, met als bijkomend aspect dat gedupeerden via de privaatrechtelijke weg schadevergoeding kunnen vorderen. Overigens blijkt uit de recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in de Oracle/Salesforce-procedure dat nog hordes genomen moeten worden om tot een effectieve toepassing van de WAMCA-regeling te komen. In dit geval oordeelde de rechtbank dat de stichting die zich als klassenvertegenwoordiger meldde niet ontvankelijk moest worden geacht vanwege een gebrek aan representativiteit. De stichting had via een ‘like’-knop op een website de steun van 75.000 belanghebbenden vergaard. De rechtbank achtte dit echter onvoldoende om vast

51 Algemeen belang en groepsactie c.q. collectiviteit kunnen dus ook samenlopen. Zie ook R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, ‘Algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter’, in: A. Wirtgen et. al., *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2020-2021*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 161.

52 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio’s ‘Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal’, COM(2013) 401; Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, Pb L 201/60.

53 B.M. Katan & D.L. Barbiers, ‘De Richtlijn representatieve vorderingen komt eraan. Wat te doen met de WAMCA?’, *NTBR* 2019/27.

54 Zie voor een overzicht van collectieve acties <https://www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen>.

te stellen dat de stichting opkwam voor een voldoende groot deel van de getroffen groep benadeelden.⁵⁵

Naast private organisaties blijven toezichthoudende instanties van belang voor de collectieve bescherming van rechten. De ACM is in dat opzicht de laatste jaren een actievare rol gaan spelen. Dat uit zich onder andere in de praktijk van de ACM in de handhaving van consumentenrechten door middel van onderzoek naar mogelijke inbreuken, het uitdelen van waarschuwingen en het opleggen van boetes.⁵⁶ De ACM werd in 2015 nog verweten te weinig boetes uit te delen aan bedrijven die in overtreding waren en te vaak een goed gesprek voldoende te vinden.⁵⁷ De laatste jaren lijkt de toezichthouder, wellicht in reactie hierop, wel weer meer en hogere boetes op te leggen.⁵⁸ Dat zou kunnen worden gezien als een repressieve tendens, al is het op basis van de cijfers nog te vroeg om te zeggen of die langer zal aanhouden.

4.3.3 *Privaatrechtelijke regelingen voor publiekrechtelijke controles en boetes*

In lijn met het voorgaande kan als repressieve tendens in het privaatrecht worden gewezen op het toenemend gebruik van privaatrechtelijke gedragscodes en contractuele boeteclausules voor de handhaving van publiekrechtelijke regelgeving. In veel gevallen gaat het om het verdelen van verantwoordelijkheden tussen partijen in een netwerk of keten. Het belang van privaatrechtelijke controle van bedrijven en multinationals binnen hun handelsketens is in de huidige tijd toegenomen door de globalisering, de toenemende publiekrechtelijke regelgeving waaraan moet worden voldaan en de instigatie vanuit non-gouvernementele organisaties en overheden om hun maatschappelijke verantwoordelijkheid te nemen ten opzichte van stakeholders die door hun activiteiten beïnvloed worden en inmiddels zelfs ten opzichte van de samenleving in het algemeen. Enerzijds bieden gedragscodes en contractuele boetebedingen een uitbreiding van de handhavingsmogelijkheden van publiekrechtelijke normen via het privaatrecht en wordt het privaatrecht aldus ingezet als handhavingsinstrument. Anderzijds kan worden gezegd dat het privaatrecht in deze context vooral ook wordt ingezet voor het *verleggen* van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in de handelsketen. In die zin is hier geen sprake van toenemende repressie, maar eerder van een herverdeling tussen partijen in de keten, waartoe het privaatrecht al sinds jaar en dag mogelijkheden biedt. Een vraag

55 Rb. Amsterdam 29 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7647 (*Oracle/Salesforce*).

56 De ACM heeft deze bevoegdheden op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming, *Stb.* 2006, 591.

57 NRC 11 april 2015, 'Boetes? We doen liever eerst een wenkbrauwgesprek'.

58 Andersson Elffers Felix, 'Evaluatie van de Autoriteit Consument en Markt', rapport in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat 2020, p. 47.

daarbij is: kan een partij de last van het naleven van een publiekrechtelijke verplichting bij een andere partij neerleggen?

Denk aan de mogelijkheid van het verzekeren voor boetes. Tegen de lancering van een boeteverzekering voor parkeerboetes, bumperkleven en snelheidsovertredingen heeft de politiek zich verzet.⁵⁹ Verdedigd wordt dat een verzekering die strafrechtelijke of bestuursrechtelijke boetes dekt, strijdig is met de openbare orde of goede zeden daar het maatschappelijk onwenselijk is om het bestraffende effect van de boete weg te nemen.

Een succesvoller voorbeeld betreft de privaatrechtelijke handhaving van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV).⁶⁰ Deze wet schrijft voor dat het een werkgever, dat wil zeggen degene die een ander arbeid laat verrichten, verboden is een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder de door de wet vereiste vergunning.⁶¹ Toezicht op dit vereiste werkt door in een keten van werkgevers, mocht de vreemdeling feitelijk voor een andere werkgever komen te werken. In dat geval is de eerste werkgever verplicht een afschrift te verstrekken van het identiteitsbewijs van de vreemdeling (artikel 15 lid 1 WAV) en is de tweede werkgever verplicht de identiteit van de vreemdeling te controleren en het afschrift te bewaren (artikel 15 lid 2 WAV). De WAV werd in eerste instantie strafrechtelijk gehandhaafd, maar in 1995 is de bestuurlijke boete als handavingsinstrument geïntroduceerd.

Naar aanleiding van uitspraken van de bestuursrechter waarin boetes werden opgelegd voor het niet-naleven van WAV-verplichtingen zijn werkgevers op zoek gegaan naar wegen om de last van deze publiekrechtelijke boetes via het privaatrecht in de keten te verleggen. Het uitgangspunt van de WAV om de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid bij zowel de uitlenende als de inlenende werkgever te leggen, neemt niet weg dat in de contractuele verhouding tussen beide werkgevers de verantwoordelijkheid voor aanwezigheid van tewerkstellingsvergunningen, als die nodig zijn voor uitvoering van de opgedragen werkzaamheden door bepaalde personen, kan berusten bij de uitlenende werkgever, nu het immers in beginsel de uitlenende werkgever is die bepaalt welke medewerkers hij inzet voor uitvoering van het opgedragen werk. Dit betekent dat een inlenende werkgever die zich door schending van de WAV geconfronteerd ziet met een bestuursrechtelijke boete, deze schade onder omstandigheden met succes kan verhalen op zijn contractspartij (de uitlenende

59 Begin deze eeuw heeft Minister van Justitie Donner zich ingespannen om een dergelijke 'scheurverzekering' van de Nederlandse verzekeringsmarkt te weren.

60 Wet van 21 december 1994 tot vaststelling van de Wet arbeid vreemdelingen, *Stb.* 1994, 959.

61 Artikel 2 WAV, waarbij de vergunning kan zijn een tewerkstellingsvergunning of een gecombineerde vergunning als gedefinieerd in artikel 1 Wav.

werkgever) via het contractuele aansprakelijkheidsrecht.⁶² Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan sprake zijn van een toerekenbaar tekortschieten van de uitlenende werkgever en daarmee van een gehoudenheid de boetebedragen van de opvolgend feitelijk werkgever(s) te vergoeden.⁶³

Privaatrechtelijke verlegging van publiekrechtelijke boetes kan ook met de inzet van contractuele bedingen worden gerealiseerd. In steeds meer gevallen gebruiken werkgevers contractuele clausules om onderling afspraken te maken over toezicht en boetes. Ter illustratie, een aantal van de voornoemde zaken waarin door de bestuursrechter boetes werden opgelegd betroffen vreemdelingen die in dienst van een distributiebedrijf dagbladen bezorgden. De uitgever van de dagbladen, in dit geval werkgever op afstand, kon volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State worden aangemerkt als werkgever van de vreemdeling.⁶⁴ De Afdeling oordeelde voorts dat de uitgever geen maatregelen had getroffen om overtredingen van de WAV te voorkomen en ook contractueel geen afspraken had gemaakt met het distributiebedrijf over naleving van de WAV. In die omstandigheden achtte de Afdeling schuld/verwijtbaarheid gegeven en bestond geen aanleiding om de boetes te matigen, gelet op het evenredigheidsbeginsel.⁶⁵

62 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 20 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI6110; Rb. Dordrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL4310; Rb. Den Haag 25 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15027; Hof Amsterdam 200.267.482 (niet gepubliceerd). Dergelijke claims zijn niet steeds succesvol, zoals blijkt uit Rb. Utrecht 30 juli 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD8740; Rb. 's-Hertogenbosch 4 februari 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH2893; Rb. Assen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:2187; Hof 's-Gravenhage 31 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI3416; Rb. 's-Gravenhage 8 oktober 2010, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG4451; Rb. Dordrecht 30 maart 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BP9792; Rb. Amsterdam 29 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6391; Rb. Oost-Brabant 28 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5315; Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA) 16 december 2011, nr. 32.654; RvA 14 januari 2013, nr. 33.230, in hoger beroep gevolgd door RvA 14 juli 2014, nr. 71.868.

63 Het verweer dat de inlener zelf ook zijn publiekrechtelijke verantwoordelijkheid heeft geschonden door niet de identiteit van de ingezette werknemer te controleren, kan in beginsel niet afdoen aan de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de uitlener jegens hem. De schuldenaar die zelf bij machte is om de schade te voorkomen of beperken door te doen waartoe hij krachtens de overeenkomst met de schuldeiser verplicht is, maar daarin toerekenbaar tekortschiet, kan zich in beginsel niet ter afwijking of beperking van zijn aansprakelijkheid erop beroepen dat de schuldeiser door het treffen van (bijvoorbeeld) controlemaatregelen de schadelijke gevolgen van die wanprestatie had kunnen voorkomen of beperken. Vergelijk A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 123 en 151. Aangezien het in een geval als dit aan de uitlener kan worden toegerekend dat hij welbewust werkzaamheden laat verrichten zonder vereiste tewerkstellingsvergunning, kan de omstandigheid dat de inlener geen zelfstandige controle heeft uitgeoefend op de identiteit van de ingezette werknemer niet afdoen aan de contractuele aansprakelijkheid van de uitlener jegens de inlener ter zake van deze tewerkstelling. Voor zover laatstgenoemde omstandigheid kwalificeert als eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW, eist de billijkheid onder deze omstandigheden, gezien de contractuele verhouding van partijen en de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten, dat de vergoedingsplicht van de uitlener volledig in stand blijft. Dit is anders als de inlener wist dan wel onder de omstandigheden behoorde te weten dat voor de ingeschakelde arbeidskracht(en) een tewerkstellingsvergunning ontbrak. Vergelijk Rb. Rotterdam 20 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI6110; Rb. Den Haag 25 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:15027. Zie echter ook Rb. Dordrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL4310.

64 AbRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8823. Hetzelfde geldt voor de distributiebedrijven waarvoor de vreemdelingen middels een overeenkomst van opdracht werkzaam waren; zie AbRvS 28 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN2655.

65 AbRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8823, r.o. 2.7.2.

Werkgevers reageerden op deze rechtspraak door met anderen lager in de keten wel contractuele afspraken te maken over naleving van de WAV en mogelijke boetes. In de civiele rechtspraak kwam naar aanleiding daarvan de vraag naar voren of clausules waarbij de naleving van een publiekrechtelijke plicht wordt doorgeschoven naar een contractuele wederpartij afdwingbaar zijn. De Hoge Raad oordeelde dat deze bedingen inderdaad afdwingbaar zijn.⁶⁶ Echter, ook bij gebruik van een contractueel verhaalsbeding blijft de verantwoordelijkheid voor de naleving van de WAV bij de werkgever zelf liggen. In geval van niet-naleving geeft het contractuele beding hem een verhaalsmogelijkheid op grond van wanprestatie, maar dat neemt de verantwoordelijkheid niet weg. De werkgever draagt het risico van niet-verhaalbaarheid, bijvoorbeeld indien zijn contractuele wederpartij in staat van faillissement komt te verkeren.

Contractuele afspraken over verhaal van publiekrechtelijke boetes doorkruisen de publiekrechtelijke handhaving dus niet en zijn in beginsel toegestaan. Overigens merkt de Hoge Raad in antwoord op aanvullende vragen op dat verhaalsbedingen onder omstandigheden wel nietig kunnen zijn.⁶⁷ Te denken valt aan gevallen waarin met een contractueel beding wordt beoogd de bestuursrechtelijke handhaving te frustreren, of gevallen waarin niet-naleving van de WAV te wijten is aan de opzet of grove schuld van de verhaalzoekende partij.⁶⁸ De hier genoemde uitspraak ziet op de WAV en het is niet uitgesloten dat bij andere boetebedingen een andere uitkomst wordt bereikt onder artikel 3:40 lid 1 BW. Voor ieder geval zal apart moeten worden getoetst of een contractueel verhaalsbeding een wettelijke regeling doorkruist of nietig moet worden geoordeeld op grond van een met de openbare orde of goede zeden strijdige inhoud of strekking van het beding.

4.3.4 *Privaatrechtelijke vrijheidsbeneming*

De inzet van het privaatrecht om het publieke domein en in het bijzonder de veiligheid binnen de publieke ruimte te regelen, kan zelfs tot vrijheidsbeneming leiden. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw – toen voor het eerst door de Hoge Raad uitspraak is gedaan over het verschijnsel van contactverbod – hebben private partijen concrete mogelijkheden om mensen die zich hebben misdragen voor langere tijd te weren uit een bepaalde omgeving.⁶⁹

66 HR 11 december 2015, *NJ* 2017/59, m.nt. J. Hijma (*Wijnen Bouw Horst/Muller Complete Afbouw*).

67 In deze zaak beslist het Hof 's-Hertogenbosch na de prejudiciële beslissing in zijn eindarrest dat het beroep op het beding opgaat en dat de boete kan worden verhaald; Hof 's-Hertogenbosch, 20 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5600.

68 HR 11 december 2015, *NJ* 2017/59, m.nt. J. Hijma (*Wijnen Bouw Horst/Muller Complete Afbouw*), r.o. 3.7.

69 HR 24 mei 1985, *NJ* 1987, 1 (*Aanrander met de hond*). Zie ook: A.L.M. Keirse, *Schadevoorkomingsplicht; Rapportage over de mogelijkheden van de schadevoorkomingsplicht via het aansprakelijkheidsrecht in het kader van het programma Bewust Omgaan met Veiligheid*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 42 e.v.

Aanvankelijk leidde deze ontwikkeling tot heftige discussies nu de botsing en inperking van grondrechten hier in het geding zijn. Inmiddels hebben privaatrechtelijke ontzeggingen, contact- en gebiedsverboden zich gesetteld in ons recht. De verboden jegens degenen die door crimineel, agressief of imponeerend gedrag anderen bedreigd doen voelen, komen in verschillende vormen voor: het buurt-, dorps-, stad-, park-, pleinverbod, het telefoon- en schrijfverbod, het winkel(centrum)verbod, het studeerverbod en zelfs het woonverbod. Talrijk zijn de verbodsacties die gevorderd worden tegen hooligans of lastige ex-partners in geval van verstoorde of afgebroken affectieve relaties. Ook worden regelmatig contactverboden opgelegd aan hen die zich schuldig hebben gemaakt aan het toebrengen van ernstige overlast, mishandeling, aanranding of verkrachting dan wel dreiging daarmee zonder dat er sprake is (geweest) van een daaraan voorafgaande relatie tussen het slachtoffer en de dader.⁷⁰ Onder omstandigheden worden zelfs ter afdwinging van nakoming van geboden of verboden privaatrechtelijke vorderingen toegewezen tot toepassingen van het dwangmiddel lijfswang met inzet van de deurwaarder.⁷¹

Private actoren proberen in toenemende mate ook in georganiseerd verband meer orde en veiligheid te creëren door overlast en criminaliteit in het publieke domein samen te bestrijden. Terwijl het begon met een toegangsverbod voor een specifieke locatie, een winkel of horecagelegenheid, worden thans ook collectieve ontzeggingen uitgedeeld en zien steeds meer registers het licht waarin overlastgevers als *personae non grata* worden geregistreerd. Zo verenigen winkeliers zich en treden zij door middel van de collectieve winkelontzegging op tegen normoverschrijdend gedrag van (potentiële) klanten. Overlastgevers, die de orde hebben verstoord bijvoorbeeld door diefstal of een poging daartoe in een van de bij een vereniging van winkeliers aangesloten winkels, kunnen aldus uit een omvangrijk winkelgebied worden geweerd.⁷²

4.4 Privaatrechtelijke behartiging van algemene belangen

4.4.1 Maatschappelijke belangen en het algemeen belang

Als uiting van repressieve tendensen in het privaatrecht kan ook worden gewezen op de rol die het privaatrecht de laatste jaren steeds meer heeft als onderdeel van het opkomen voor algemene maatschappelijke belangen, zoals duurzaamheid. Het privaatrecht wordt in dit kader gebruikt als een instrument voor

70 Zie voor verwijzingen naar rechtspraak en literatuur Keirse 2017 p. 42-49.

71 Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 9 juli 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD6624.

72 M. Schuilenburg, *Orde in veiligheid; een dynamisch perspectief*, Den Haag: Boom Juridisch 2012; Brouwer & Schilder (red.) 2014, p. 51-52.

collectieve zelfverwezenlijking: de positieve vrijheid van de burger wordt bevorderd door het versterken of inroepen van privaatrechtelijke rechten tegen de overheid en andere machtige actoren. De schakering van verschillende typen acties is zo rijk dat wij volstaan met het samenvatten van de repressieve invloed die uitgaat van de vermaatschappelijking, constitutionalisering en politisering van het privaatrecht. Dit doen wij aan de hand van de drie elkaar versterkende ontwikkelingslijnen van (i) de interne, inhoudelijke verkleuring van het privaatrecht naar meer sturend en dwingend privaatrecht in het algemeen belang, (ii) de toegenomen inzet en initiatieven van private actoren om op te treden tegen maatschappelijk ongewenst gedrag en bij te dragen aan duurzaam gewenst gedrag en (iii) de verschuiving van de publieke taak van de overheid om het algemeen belang te dienen richting private actoren.

Ter inleiding van deze paragraaf is enige afbakening nodig om helder te maken waarop wij doelen als we spreken over algemene en/of maatschappelijke belangen. Voor de term ‘algemeen belang’ bestaat geen vaststaande definitie en termen zoals ‘algemeen belang’, ‘collectief belang’, ‘groepsbelang’, ‘ideeel belang’ en ‘maatschappelijk belang’ worden door elkaar gebruikt.⁷³ Ook wij beogen geen scherpe afbakening te maken. Een algemeen belang kan worden afgezet tegen particuliere belangen of groepsbelangen en worden omschreven als een doel dat de gemeenschap zich stelt, uit oogpunt van maatschappelijke rechtvaardigheid of ter verwezenlijking van maatschappelijk onderschreven waarden.⁷⁴ Het gaat om een maatschappelijk ideaal of doel dat een grote diffuse groep of zelfs de gemeenschap als geheel raakt. Een algemeen belang heeft aldus een ideële kleur, namelijk het nastreven van maatschappelijke waarden en doelen. Die waarden en doelen kunnen de optelsom zijn van door individuele burgers gedeelde belangen, die onderling kunnen verschillen. Voorbeelden van algemene belangen zijn onafhankelijke rechtspraak, een rechtvaardig asielbeleid, biodiversiteit en dierenwelzijn.

Met de diverse algemene belangen is nog niet ‘het algemeen belang’ gegeven. Tot op zekere hoogte vallen algemene maatschappelijke belangen, zoals duurzaamheid, verkeersveiligheid, een goede gezondheidszorg of bewegingsvrijheid tijdens de coronapandemie, samen met het algemeen belang. Het algemeen belang is de resultante van een afweging van uiteenlopende algemene belangen en bijzondere belangen, waaronder groepsbelangen en individuele belangen.⁷⁵ De stelling dat een actie in het algemeen belang is, betekent derhalve dat na afweging van alle betrokken algemene en bijzondere belangen deze actie de gemeenschap het beste dient. Bij een dergelijke stelling zijn de

73 Zie ook E.J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1982, p. 2.

74 Aldus Schutgens & Sillen 2021, p. 159.

75 Dommering 1982, p. 3; Schutgens & Sillens, 160.

mathematische exactheid, zekerheid en onweerlegbaarheid uiteraard ver te zoeken.

Vanuit een traditionele opvatting over de democratische rechtsstaat ligt het in eerste instantie op de weg van de democratisch gelegitimeerde ambten om te bepalen welke waarden en doelen tot het algemeen belang behoren en wat in het algemeen belang is.⁷⁶ Wij menen echter dat private actoren ook een rol kunnen spelen en ook daadwerkelijk spelen in het bepalen wat tot het algemeen belang hoort en in het afdwingen ervan. In dit preadvies passeren voorbeelden de revue van civiele wetgeving, rechtspraak of actievoering in het algemeen belang, van door wetgever, rechter of rechtzoekende aan de orde gestelde maatschappelijke belangen die niet de hele samenleving raken en van individuele en collectieve procedures waarin ook een algemeen belang aan de orde is.

4.4.2 *Vermaatschappelijkte rollen*

De repressieve ontwikkelingslijnen die wij onderscheiden, ook in deze paragraaf over privaatrechtelijke behartiging van algemene belangen, betreffen de veranderende rollen van de civiele wetgever, de civiele rechter, private actoren en het bestuur. Het klassieke schema van publiek- en privaatrecht waarin het publiekrecht het rechtsgebied bij uitstek is dat het diffuse algemeen belang dient en het privaatrecht juist de particuliere belangen van het individu dient, is sterk genuanceerd.

Dit preadvies biedt om te beginnen een bloemlezing van de wijze waarop de wetgever in toenemende mate het privaatrecht hanteert om bepaalde doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken. Algemene belangen worden gediend in formeel privaatrechtelijke regels van dwingend recht ter zake van bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst, de huurovereenkomst en consumentenovereenkomsten. Overeenkomsten en bedingen kunnen civielrechtelijk (partieel) worden vernietigd wegens strijd met publieke belangen, de wet, goede zeden en openbare orde. En ook het in aanmerking nemen van maatschappelijke verschillen tussen partijen en de bescherming van zwakkere partijen geschiedt in het algemeen belang.

Ook in de toepassing van het privaatrecht door de rechter komen algemene doelstellingen uit oogpunt van maatschappelijke rechtvaardigheid en ter verwezenlijking van maatschappelijk onderschreven waarden tot uitdrukking. Zo bijvoorbeeld is de standaardisering door de Hoge Raad van de aansprakelijkheid voor schade door ongevallen waarbij een motorrijtuig is betrokken ten behoeve van kinderen, voetgangers en fietsers op de grondslag van de billijkheidscorrectie in het kader van eigen schuld (de zogenoemde 50%- en

76 Vergelijk Schutgens & Sillens 2021, p. 160-161.

100%-regels), ingegeven door het grote gewicht van het maatschappelijk belang van een behoorlijke bescherming van deze groepen van verkeersslachtoffers.⁷⁷ In *Staat/Kabayel*, waarin de ontruiming van een asielzoekerscentrum was gevorderd, heeft de Hoge Raad beslist dat een ‘civielrechtelijk belang’ niet is vereist voor een vordering uit onrechtmatige daad, zodat de Staat ook publiekrechtelijke belangen kan verdedigen met de inzet van artikel 6:162 BW.⁷⁸ Het *Hangmat*-arrest getuigt ervan dat de Hoge Raad de grenzen van verzekerde opstalaansprakelijkheid mede afhankelijk stelt van wat in de maatschappij leeft en wat naar maatschappelijke opvattingen – in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar – het meest redelijk moet worden geacht.⁷⁹ In de jurisprudentie over de vraag hoelang een rechtsvordering kan worden afgedwongen alvorens deze verjaart, vindt een afweging plaats van het algemene belang van rechtszekerheid en individuele gerechtigheid.⁸⁰

De wetgever heeft de civiele rechter overigens ook de opdracht meegegeven acht te slaan op algemene belangen. Wij memoreren dat volgens Meijers het algemeen belang in bijna elke rechtsverhouding ingrijpt en dat in zijn ogen het algemeen belang meer dan vroeger in de artikelen van het Burgerlijk Wetboek zelf uitdrukking moet vinden.⁸¹ Hierop sluit aan dat artikel 3:12 BW expliciteert dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen ook rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Gewezen zij ook op artikel 6:168 BW dat bepaalt dat de rechter een vordering strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging kan afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld.⁸²

Deze ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak worden versterkt doordat burgers en andere private actoren steeds vaker de rechter weten te vinden voor het via het privaatrecht afdwingen van het in hun ogen algemeen belang, van politieke afspraken of van beleidsdoelen.⁸³ De ontstane maatschappelijke druk om naar manieren te zoeken waarmee het duurzaamheidsbelang en de naleving van langetermijndoelstellingen kunnen worden verzekerd, heeft ook ge-

77 HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400 (*Saïd Hyati*); HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 401 (*Marleen Timmermans*); HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 402 (*Pierre Wildiers II*). Zie hierover Keirse 2003, p. 231-238 met verdere verwijzingen.

78 HR 18 februari 1994, *NJ* 1995/718, m.nt. M. Scheltema ECLI:NL:HR:1994:ZC1267.

79 HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*-arrest), ECLI:NL:HR:2010:BM6095.

80 Zie onder veel meer Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, *NJ* 2017/313 (*Mesotheloom*); HR 23 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:649, *NJ* 2021/165 (*Opeising legaat*).

81 Meijers, 1954, p. 179. Zie ook hiervoor paragraaf 3.3.

82 Naast de wetsartikelen 3:12 en 6:168 BW die wij hier aanhalen wijzen wij op de artikelen 1:29b, 3:134 lid 1 sub a, 3:168 lid 2, 3:185 lid 1, 5:78 sub b, 6:259 lid 2, 7:58 sub j, 7:119 sub 9, 7:309, 7:326, 7:377, 7:396 lid 4, 7:458 lid 2 sub a BW.

83 Zie o.a. I. Giesen, ‘Het privaatrecht als instrument in het publieke domein’, *NJB* 2018, -31 p. 2316 e.v.

leid tot een verruiming van de toegang tot de rechter voor vorderingen van private actoren gericht op algemene belangen. Het baanbrekende arrest van de Hoge Raad uit 1986 in de zaak die Milieudefensie voerde tegen de gemeente Amsterdam over onwenselijke baggerstort in de Nieuwe Meer, introduceerde de mogelijkheid voor maatschappelijke organisaties om naar de civiele rechter te stappen als de belangen waarvoor ze opkomen, worden geschaad.⁸⁴ In 1994 is deze weg van de algemeenbelangactie in artikel 3:305a BW gecodificeerd en in de huidige tijd valt deze actie een hernieuwde belangstelling ten deel.⁸⁵ Terwijl de ontwikkelingen die in de vorige subparagrafen de revue passeerden, in eerste instantie veeleer om rechtsbescherming draaien en niet zozeer direct specifieke beleidseffecten beogen, kan de inzet van het privaatrecht juist ook rechtstreeks gericht zijn op het nastreven van publieke beleidsdoelen en het bewerkstelligen van maatschappelijke verandering. Dat kan onder meer door de overheid of grote private partijen in rechte te betrekken, bijvoorbeeld in de vorm van algemeenbelangacties. De uitkomst van de zaak is dan in sommige gevallen ondergeschikt aan het belang van agendering van het betrokken thema. Illustratief is wellicht de collectieve actie van de Consumentenbond tegen Samsung over veiligheidsrisico's als gevolg van kwetsbaarheden in Android, het besturingssysteem van de smartphones van Samsung.⁸⁶ Hoewel het gebod om updates en upgrades door te voeren is afgewezen, lijkt de actie als onderdeel van de campagne van de Consumentenbond om technologiebedrijven aan hogere conformiteitsstandaarden te houden ten opzichte van consumenten dan zij gebruikelijk zijn te doen, niettemin geslaagd.

De grondslagen voor algemeenbelangacties kunnen variëren, al wordt in de regel de route van de (dreigende) onrechtmatige daad gekozen. De inzet is gewoonlijk een gebod of verbod op grond van artikel 3:296 juncto 6:162 BW. Het kan gaan om aansprakelijkheid (in de ruime zin van het woord) voor schending van internationale normen ten aanzien van klimaatbescherming of open zorgvuldigheidsnormen, zoals de verkeersveiligheid.⁸⁷ Ook kan het gaan om aansprakelijkheid voor inbreuken op concrete rechten van individuen die een algemeen belang vertegenwoordigen, zoals aansprakelijkheid voor gezondheidsschade van omwonenden van een fabriek, waarbij het algemeen belang is gelegen in bescherming van de volksgezondheid of het opkomen voor het recht op toegang tot schoon drinkwater van kinderen wier ouders de waterrekening niet hebben betaald. *Defence for Children* en het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten menen dat gezinnen niet mogen worden afgesloten van water en dat de overheid en de waterbedrijven andere mogelijkheden moeten onderzoeken om ervoor te zorgen dat ouders de rekening

84 HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 753, m.nt. W.H. Heemskerk.

85 Schutgens & Sillen 2021, p. 155.

86 Rb. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6310 (*Consumentenbond/Samsung*).

87 Voor meer voorbeelden zie Schutgens & Sillen 2021, p. 155-207.

betalen, waarbij het recht van kinderen op water gewaarborgd wordt, en procederen hierover.⁸⁸ De belangenorganisatie *Foodwatch* is een campagne gestart waarin zij de overheid oproept maatregelen te nemen om op gezonde voeding te sturen, zodat overgewicht en de ziekten die daaruit voortkomen, worden voorkomen.⁸⁹ *Foodwatch* is van mening dat de overheid niet genoeg doet om voedingsbedrijven op dit punt te sturen. Zij wil af van de ontoereikende zelfregulering van fastfoodbedrijven, bepleit een totaalverbod op kindermarketing voor alle producten die buiten de Schijf van Vijf vallen en wil aldus dat de overheid repressiever gaat optreden.

Klimaatzaken hebben de meeste bekendheid gekregen. De Rechtbank Den Haag deed in de *Urgenda*-zaak een vooruitstrevende stap door te oordelen dat de Nederlandse overheid zich harder moet inspannen om de uitstoot van broeikasgassen te reduceren. De rechtsgrond van de verplichting van de overheid jegens de burger werd gevonden in de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsplicht uit het aansprakelijkheidsrecht.⁹⁰ Hoewel de rechtsgrond in de uitspraak van de Hoge Raad in deze *Urgenda*-zaak uiteindelijk een andere was, namelijk de verplichtingen van de Staat volgend uit het VN-Klimaatverdrag en het EVRM, blijft de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm in beeld bij het voeren van klimaatprocedures. Een recent voorbeeld is de zaak van Milieudefensie tegen Shell – opvallend omdat het hier niet gaat om een procedure tegen de overheid maar tegen een private partij.⁹¹ De vordering van Milieudefensie berust op de stelling dat Shell onrechtmatig handelt door te weinig te doen tegen klimaatverandering, specifiek door onvoldoende maatregelen te treffen om in lijn met de doelstellingen van het Akkoord van Parijs de CO₂-uitstoot en de opwarming van de aarde tegen te gaan. De Rechtbank Den Haag beveelt Shell om via haar concernbeleid de CO₂-uitstoot eind 2030 netto 45% te verminderen ten opzichte van 2019. Deze zaak illustreert dat met toepassing van het privaatrecht meer druk wordt uitgeoefend en in sterkere mate wordt ingegrepen in de handelingsvrijheid van Shell dan wat de inzet van het publiekrecht tot nu toe heeft laten zien.

Uiteraard kan de betrokkenheid van of een beroep op een algemeen belang ook kracht bijzetten in een individuele of collectieve rechtszaak die – conform het meer traditionele civiele model – in eerste instantie om particuliere rechtsbescherming draait, en niet zozeer direct specifieke beleidseffecten beoogt. Dergelijke zaken kunnen wel beleidswijziging als neveneffect hebben. Het besef dat het privaatrecht bijdraagt aan de maatschappelijke controle op acti-

88 Zie <https://www.defenceforchildren.nl/actueel/nieuws/armoede/2022/recht-op-water-procedure-ieder-kind-heeft-recht-op-water/>.

89 Zie <https://www.foodwatch.org/nl/current-nieuws/2021/offensief-voor-onze-gezondheid/>.

90 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*).

91 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

viteiten, producten en diensten die de veiligheid en gezondheid bedreigen, is gegroeid. De druk op private actoren tot zelfregulering neemt toe. De privaatrechtelijke strijd tegen industrieën van legale maar gezondheidsbedreigende producten, zoals DES, asbest, tabak, fastfood, loodhoudende verf, suiker en borstimplantaten, is wereldwijd losgebarsten.⁹² Met verwijten zoals *inadequate security* en de *failure to protect the public from* worden zogenoemde secundaire daders, zoals toezichthouders en ondernemingen die kunnen bijdragen aan de veiligheid van hun klanten, ter verantwoording geroepen voor strafbare feiten van anderen.⁹³ Deze zogenoemde secundaire aansprakelijkheid spreekt de crimineel als primaire dader natuurlijk geenszins vrij, maar biedt doorgaans wel een efficiëntere vorm van slachtofferbescherming. Aldus wordt een grote kring van private actoren ertoe bewogen een bijdrage te leveren aan maatschappelijk gewenst gedrag en criminaliteitsbestrijding. De kosten daarvan kunnen in de prijs van de door hen geleverde diensten of producten worden omgeslagen.

Last but not least is hier de veranderende rol van de publiekrechtelijke wetgever en het bestuur van belang. Een totaaloverzicht leert dat de overheid niet alleen actief controlerende en opsporende – en dus traditioneel publieke – taken doorschuift naar de civiele rechter en private actoren, maar dat zij ook door inactiviteit op bepaalde terreinen de civiele rechter en private actoren aanspoort om repressiever op te treden. Laatstgenoemden springen in gaten die vallen daar waar de politiek het laat afweten, bijvoorbeeld door onvoldoende vaart te maken met het vertalen van klimaatafspraken in beleid. Het beeld van een weerhuisje met poppetjes voor regen en zonneschijn is treffend: als de publiekrechtelijke wetgever en het bestuur terugbuigen, stappen de civiele rechter en private actoren naar buiten.⁹⁴

Voor privatisten leveren ook deze ontwikkelingen nieuwe onderzoeksvragen op. Een van deze vragen is in hoeverre het privaatrecht geschikt is als vehikel voor het behartigen van algemene belangen. Algemene belangen gaan individuele belangen immers te buiten en vallen in die zin buiten de grenzen van het partijgeschil of de partijverhouding waarop het privaatrecht in beginsel betrekking heeft. Omdat bovendien botsingen kunnen ontstaan met en tussen individuele belangen lijkt het eerder op de weg van de democratisch gelegiti-

92 Zie A.L.M. Keirse, 'Nieuw risico's; wie is er nog bang voor de magnetron?', *NJB* 2007, p. 2418 e.v.; A.L.M. Keirse, R.S.B. Kool & R. Ortlep, *Ongezonder (on)geoorloofd; Publiek- en privaatrecht & legale maar gezondheidsbedreigende producten en diensten*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

93 Zie hierover o.a. K.L. Maes, *Secundaire aansprakelijkheid; een rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de zorgplicht van beheerders van private ruimten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridisch 2020.

94 Dit beeld is aangedragen door oud-advocaat-generaal L. Timmerman, aangehaald in: <https://fd.nl/ondernemen/1385358/buigt-de-overheid-terug-dan-stapt-de-rechter-naar-voren>.

meerde politieke ambten te liggen om vast te stellen wat het algemeen belang is en waartoe het algemeen belang noopt.⁹⁵ De vraag is echter of dat zo is. Privaat- en publiekrecht vullen elkaar juist op veel terreinen aan en de wisselwerking tussen de twee betekent dat private actoren de ruimte hebben om ook een aanvullende evenals controlerende rol te vervullen ten opzichte van de overheid. Het privaatrecht biedt in die zin ook een tegenwicht tegen repressie, waarover hieronder meer.

De maatschappelijke inzet van het privaatrecht heeft uiteraard ook invloed op de ontwikkeling van leerstukken van privaatrecht.⁹⁶ De invulling van deze leerstukken in het licht van beleidsdoelen behoeft echter nog meer uitwerking. Hoe moet bijvoorbeeld worden omgegaan met toerekening en causaliteit nu de schade aan de samenleving, het klimaat of de gezondheid niet door één onderneming wordt veroorzaakt, maar door vele? Voor welke uitstoot bijvoorbeeld kan een onderneming verantwoordelijk worden gehouden?⁹⁷ Wat is het belang van *public interest litigation* naast andere vormen van toezicht en handhaving?

4.5 Privaatrecht als tegenwicht tegen repressie

Uit de voorgaande *tour d'horizon* zou het beeld kunnen ontstaan dat het hedendaagse privaatrecht een stevige slingerbeweging maakt richting repressie. De vraag is of die conclusie recht doet aan de huidige stand van het recht. Het privaatrecht heeft immers ook een rol, in wisselwerking met het publiekrecht, in het faciliteren van maatschappelijke ontwikkelingen. Het biedt een kader voor de economische ordening van transacties tussen partijen, in het bijzonder in het contractenrecht, naast bijvoorbeeld het mededingingsrecht. In dat opzicht faciliteert het privaatrecht actoren bij het ontwikkelen van economische activiteiten.⁹⁸ De autonomie van partijen staat voorop en maakt het voor private actoren mogelijk om zelf initiatieven te ontplooiën en te bepalen onder welke voorwaarden een samenwerking met een andere partij wordt aangegaan.

Het kan zijn dat private partijen daarin beter slagen dan de overheid en in die zin ontsnappen aan een minder goed alternatief dat anders vanuit de publieke sector zou zijn verzorgd, of zelfs een voorbeeldfunctie vervullen voor de overheid bij het aanpakken van maatschappelijke kwesties. Waarom wachten op de overheid om huizen duurzamer te maken als het ook lukt om samen

95 Vgl. Schutgens & Sillen 2021, p. 180.

96 Zie hierover o.a. E.N.F.M. de Kezel, *Asbest, gezondheid en veiligheid; een rechtsvergelijkende analyse van de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht naar aanleiding van de asbestkwestie* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2013.

97 E.R. de Jong, 'Klimaat aansprakelijkheid van private ondernemingen', *NTBR* 2021, afl. 1, p. 2.

98 Zie paragraaf 2.2.

met de burens te investeren in zonnepanelen en de opgewekte energie te delen? Wij zien dit als tegenkracht die het privaatrecht kan bieden tegen repressie. Op punten waar de overheid niet goed in staat is om maatschappelijke ontwikkelingen te begeleiden of moeite heeft om de juiste oplossingsrichtingen te vinden, zoals bij de energietransitie het geval lijkt te zijn,⁹⁹ kunnen private actoren bijspringen. Voorbeelden van ontwikkelingen van deze aard zijn de opkomst van private initiatieven ten behoeve van de energietransitie, zoals het zelf opwekken van stroom in buurtcoöperatieven,¹⁰⁰ en het nastreven van duurzame productie en consumptie via de contractuele keten. Private partijen nemen in die gevallen maatschappelijke taken over van de (semi-)overheid. Zij zijn vaak wendbaarder en innovatiever dan de overheid, doordat ze kleinschaliger opereren en in beginsel voornamelijk hun eigen belangen hoeven mee te wegen.

Voor het privaatrecht zelf hebben dit soort maatschappelijke processen ook inhoudelijk betekenis. Zij hebben bijvoorbeeld hun weerslag op de toepassing van contractenrechtelijke leerstukken.¹⁰¹ Zo is vernieuwing zichtbaar in contracten in de bouw. Grote opdrachtgevers werken steeds vaker samen met een 'energy service company' (ESCO), die op grond van contractuele afspraken garandeert dat een bepaald energiebesparingsniveau wordt gerealiseerd.¹⁰² De ESCo draagt zorg voor de ontwikkeling, realisatie, het onderhoud en het beheer van onderdelen van het gebouw, en de financiering daarvan. Dit type contract is typisch voor de verschuiving naar een diensteneconomie, waarin partijen in plaats van een eenmalige (koop)transactie een overeenkomst aangaan waarbij de aanbieder zich verbindt een bepaalde prestatie te leveren.¹⁰³ Dat betekent dat de aanbieder, zoals in dit voorbeeld, zich verbindt onderdelen te leveren ten behoeve van duurzame bouw (zoals zonnepanelen), maar zelf eigenaar daarvan blijft en verantwoordelijk voor onderhoud en beheer.

Innovatie vanuit de markt is overigens niet zonder risico's, nu grote marktspelers vooral gericht zijn op eigen belangen en winstmaximalisatie. De overheid, op nationaal en Europees niveau, heeft ook als taak te zorgen dat innovatie niet ten koste gaat van een eerlijke en concurrerende markt. Innovatie die wordt gefaciliteerd door het privaatrecht wordt om die reden begrensd door

99 Zie over procedures van burgers tegen de overheid over 'van het gas afgaan' C.M.D.S. Pavillon, *Onderzoeksstudie rondom consumentenrecht en ecologische duurzaamheid*, studie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat 2020, p. 45.

100 Zie daarover A. Carrillo en S. Lavrijssen, 'Radical consumer innovations in the electricity sector and the impact on prosumer regulation', *Sustainability* 2017, afl. 9, p. 1.

101 Vergelijk S. van Gulijk, 'De transitie naar duurzame energie in de bouw: duurzaam gecontracteerd?', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2019, afl. 11, p. 921.

102 Van Gulijk 2019, afl. 11, p. 921.

103 J. Hojnik, 'Ecological modernization through servitization: EU regulatory support for sustainable product-service systems', *Review of European, Comparative & International Environmental Law* 2018, vol. 27, afl. 2, p. 162; V. Mak, 'Van ownership naar access: is toegang de nieuwe eigendom?', *AA* 2018, afl. 7/8, p. 664.

publiekrechtelijke regelgeving, onder meer in het mededingingsrecht. De private sector en de overheid houden elkaar op die manier in evenwicht. Die wisselwerking is in het hedendaagse privaatrecht zichtbaar in digitale markten.

Bedrijven en consumenten hebben in de laatste decennia steeds meer mogelijkheden gekregen om met anderen te contracteren, ver buiten de eigen landsgrenzen. De opkomst van het internet en meer recent grote onlineplatforms heeft gezorgd dat het aantal transacties is opgeschaald van lokaal naar mondiaal niveau. De COVID-19 crisis heeft daaraan in die zin niet veel veranderd, nu reizen en toerisme weliswaar beperkt zijn (geweest), maar de onlinehandel juist een grote vlucht heeft genomen tijdens lockdowns. In deze digitale markten zijn partijen tot nog toe vrij om zelf hun ‘terms of engagement’ te bepalen op grond van overeenkomsten en gedragscodes, en zijn de grote spelers veelal weinig vatbaar voor het aansprakelijkheidsrecht.¹⁰⁴ Dat geldt in het bijzonder voor grote techbedrijven, zoals Amazon en Airbnb, die aanbieders en consumenten via onlineplatforms de gelegenheid bieden om met elkaar te contracteren. Ten tijde van het schrijven van dit preadvies is op wetgevinggebied het een en ander in beweging. De Europese wetgever heeft een voorstel gedaan voor een Digital Services Act en een Digital Markets Act,¹⁰⁵ en de Nederlandse wetgever beraadt zich op aanvullende regulering op nationaal niveau.¹⁰⁶ Die voorstellen zouden, in combinatie met de toenemende druk op collectieve handhaving, kunnen leiden tot repressiever recht in digitale markten. De discussie is echter nog gaande en de opkomst van onlineplatforms als ‘private wetgevers’¹⁰⁷ illustreert ook het belang van het privaatrecht als faciliterend kader voor maatschappelijke ontwikkelingen.

Reeds naar voren kwam dat het privaatrecht ook in andere vorm een tegenkracht kan bieden tegen repressie. Het privaatrecht biedt immers mogelijkheden om voor de rechter op te komen tegen ontwikkelingen die als (te) repressief worden ervaren. Zowel in individuele en collectieve zaken gericht op particuliere belangen als in algemeenbelangacties kunnen vrijheidsbeperkingen die door de overheid of andere machtige organen worden opgelegd,

¹⁰⁴ Vergelijk Mak 2020.

¹⁰⁵ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten (wet inzake digitale diensten) en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG, COM/2020/825 final (Digital Services Act); Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector (wet inzake digitale markten), COM/2020/842 final.

¹⁰⁶ Zie *Kamerstukken II* 2020-2021, 35134 en 35251, nr. 14, brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat; V. Mak en F. Schemkes, ‘Onderzoekstudie rondom consumentenbeleid in de digitale economie’, studie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, februari 2020, beschikbaar via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-961412.pdf>.

¹⁰⁷ H. Schweitzer, ‘Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische “Plattform-Regulierung”’, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2019, afl. 1, p. 1.

aan de kaak worden gesteld. Voorbeelden die wij aanhaalden zijn de – vooralsnog weinig succesvolle – rechtszaken tegen de overheid waarin opgelegde coronamaatregelen door burgers en stichtingen voor de civiele rechter worden aangevochten.¹⁰⁸ Een andere – evenmin succesvolle – illustratie biedt de zaak die is aangespannen door Amnesty International, het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, Stichting Radar, Control Alt Delete en twee individuele eisers om actie te voeren tegen etnisch profileren en om een verbod uit te lokken op het gebruik van etniciteit als mogelijke indicator bij grenscontroles door de Koninklijke Marechaussee.¹⁰⁹ Een wel succesvol voorbeeld is de *SyRI*-zaak binnen de campagne ‘Bij Voorbaat Verdacht’ over het systeem waarmee de overheid gegevens van onverdachte burgers uit allerlei databanken aan elkaar koppelt om zo risicoprofielen op te stellen ter bestrijding van fraude op bijvoorbeeld het terrein van uitkeringen, toeslagen en belastingen.¹¹⁰ De Rechtbank Den Haag acht de wetgeving die de inzet van het Systeem Risico Indicatie (SyRI) regelt in strijd met het recht op respect voor het privéleven. De Staat heeft geen hoger beroep ingesteld en legt zich bij dit vonnis neer.

Zekerheidshalve merken wij op dat wij de toename van rechtszaken voor de civiele rechter met als doel het nastreven van een algemeen belang, de zogenoemde algemeenbelangacties, enerzijds kwalificeren als een tendens die repressief kan worden genoemd, omdat het privaatrecht wordt ingezet in naam van het publieke belang, als middel om publieke en daarmee traditioneel publiekrechtelijke belangen te waarborgen. Anderzijds kan een algemeenbelangactie juist ook als inzet hebben om een vrijheidsbeperking op te heffen of een machtsuitoefening tegen te gaan en zich aldus tegen een vorm van repressie richten. Over de vragen welke acties in het algemeen belang zijn en welke maatschappelijke misstanden met behulp van privaatrechtelijke vorderingen moeten worden bevochten, wordt uiteraard niet eenduidig gedacht. Van eenrichtingsverkeer is in elk geval geenszins sprake.

108 Zie paragraaf 3.5.

109 Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:RBDHA:2021:10283.

110 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

Wat drijft het privaatrecht van morgen? De idee van autonomie of het paradigma van (gedwongen) solidariteit? Is het privaatrecht gericht op het waarborgen van negatieve vrijheid of op het waarborgen van zelfverwezenlijking en dus positieve vrijheid? Wil het privaatrecht tolereren of presseren? Dit zijn geen nieuwe vragen. Integendeel, deze vragen raken de kern, of zo men wil het doel, van ons vakgebied; te weten de zoektocht naar het antwoord op de vraag in hoeverre de mens zich bij het bepalen van zijn gedrag en bij de uitoefening van zijn rechten dient te laten leiden door de rechten en belangen van anderen. In deze zoektocht wordt de uitkomst mede bepaald door de nadruk die nu eens op solidariteit en bescherming wordt gelegd en dan weer op autonomie en vrijheid.

In het huidige tijdgewricht lijkt de slinger zich te bewegen in de richting van meer repressie. Dat is zichtbaar in de ontwikkelingen die wij hierboven schetsten. Wij hebben in beeld gebracht dat het privaatrechtelijk veld zich niet scherp laat afgrenzen. Het privaatrecht heeft zich in de loop van de tijd over meer en complexere rechtsbetrekkingen uitgespreid en ook de vermenging van het beginsel van private vrijheid met de concepten van maatschappelijke betamelijkheid, zorgplichten, redelijkheid en billijkheid en goede trouw heeft aan de diffuusheid bijgedragen. De invloed van het publiekrecht op het privaatrecht is groter geworden, wat tot uitdrukking komt in bepalingen van dwingend recht. Het karakter van het privaatrecht is instrumentalistischer geworden, in het bijzonder door de invloed van het Europese recht op het Nederlandse recht. In de handhaving van het privaatrecht zien we grotere aandacht voor collectieve handhaving. Ook wordt het contractenrecht als vehikel gebruikt voor het effectueren van publiekrechtelijke verplichtingen. Tot slot wordt het privaatrecht ingezet voor het waarborgen van algemene maatschappelijke belangen. *Public interest litigation*, in het bijzonder in klimaatzaken, is daarvan een voorbeeld. Met deze ontwikkelingen verschuift de focus van het privaatrecht (opnieuw) van rechten naar plichten.¹

1 Zie ook A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenberg, *Een nieuwe aanpak!*, Den Haag: Sdu 2010, p. 4 e.v.

Deze ontwikkelingen illustreren een beperking van de private autonomie ten gunste van anderen, of anders gezegd: de eigen vrijheid wordt begrensd of verkleind door de noodzaak om de autonomie van anderen te respecteren, zodat ook zij de ruimte hebben voor zelfverwezenlijking. Die tendens heeft zich in de geschiedenis van het privaatrecht eerder voorgedaan. Het autonomiebeginsel kreeg een andere invulling, breder dan de eigen (contracts)vrijheid, door sociale invloeden op het recht als gevolg van veranderingen in arbeid en productieprocessen vanaf het einde van de negentiende eeuw.²

Ook de huidige coronacrisis zet de autonomie onder druk. Voor overheden ligt hier de moeilijke taak om de belangen van individuele actoren alsook die van de samenleving te wegen. Bescherming van de een gaat ten koste van (de vrijheid van) de ander. De gevolgen van de ingrijpende maatregelen van de overheid om de verspreiding van het virus tegen te gaan, zijn groot, ook op civielrechtelijk terrein. We zien in de civiele rechtspraak pogingen om de daaruit voortvloeiende schade rechtvaardig over getroffen actoren te verdelen, bijvoorbeeld tussen bedrijfsmatige verhuurders en ondernemers die huurlas blijven betalen terwijl zij vanwege een *lockdown* inkomsten mislopen.³ Ook het privaatrecht draait in deze crisis in verschillende opzichten overuren. Het zal interessant zijn te bezien hoeveel van de huidige *ad hoc*-ontwikkelingen een blijvende invloed hebben op de inhoud en strekking van het privaatrecht.

Op de vraag of repressieve tendensen zichtbaar zijn in het privaatrecht zal het antwoord op grond van deze analyse bevestigend moeten zijn, in elk geval voor nu, in het huidige tijdgewricht en voor zover wij dit op grond van bovenstaande voorbeelden kunnen beoordelen. Met de ontwikkeling van nationale en Europese wetgeving en rechtspraak is het privaatrecht ten eerste op deelgebieden inhoudelijk dwingend geworden. Ten tweede benutten private actoren in de huidige tijd het privaatrecht als instrument van controle op en beïnvloeding van het gedrag van anderen. Ten derde hevelt de overheid publieke taken inzake veiligheid en orde bewust over naar private actoren. De overheid grijpt aldus in de privaatrechtelijke rechtsverhouding in door private partijen op te leggen elkaar te controleren en te beperken. Deze drie lijnen van ontwikkeling staan uiteraard niet los van elkaar, maar versterken elkaar.

Een andere vraag is of het privaatrecht in de toekomst al dan niet gericht zou moeten zijn op repressie. Of kan het privaatrecht voor private actoren juist een tegenwicht bieden tegen repressie door de overheid of door andere private partijen? Deze normatieve vraag raakt het privaatrecht in de kern. In onze analyse van het begrip ‘repressie’ wezen wij er reeds op dat het privaatrecht

2 Zie hoofdstuk 3.

3 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1974, *WR* 2022/21.

naar aard faciliterend is, in plaats van sturend of geleidend. Dat uitgangspunt zou erop duiden dat het privaatrecht zich niet zou moeten bezighouden met zaken als bescherming van zwakkeren of herverdeling van goederen. Het is een ordeningsmechanisme dat transacties faciliteert.

Tegelijkertijd bestaan echter veel voorbeelden van sociale invloeden op het privaatrecht die juist meer doen dan faciliteren en partijen naar bepaald (gewenst) gedrag sturen. De werkelijkheid botst dus met het theoretische uitgangspunt. Daarbij komt dat ook mét sociale aspecten, zoals dwingend consumentenrecht, het privaatrecht nog steeds, naast geleidend, met name ook faciliterend is. (Grote) bedrijven mogen immers nog steeds kiezen met wie en hoe zij zakendoen, terwijl tegelijkertijd een ongelijke verhouding rechter wordt getrokken. De toegenomen inzet van het privaatrecht door private actoren als instrument van gedrags- of beleidsbeïnvloeding ziet ook op de bescherming van private belangen in de private rechtsverhoudingen en beslechting van privaatrechtelijke geschillen. Het past aldus binnen het kader van het privaatrecht. Het is een zogenoemde interne kwestie. Er geldt dan als waarborg dat de civiele rechter in voorkomende gevallen de belangen afweegt en beslist waar de grenzen van de privaatrechtelijke actie liggen. Dat hier een serieuze, interne taak voor het privaatrecht is weggelegd, blijkt ook uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Daar waar bijvoorbeeld een privaatrechtelijke clause of overeenkomst het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens schendt, vindt de private vrijheid een duidelijke grens.⁴ Naar Nederlands recht waarborgen onder meer artikel 3:40 BW, 6:2 BW en 6:248 BW dat de structuur van een privaatrechtelijke handeling niet alleen wordt bepaald door de vrijheid van betrokken partijen en hun onderling vertrouwen. Dit is voor het privaatrecht een interne aangelegenheid, nu het privaatrecht niet alleen een band tussen partijen, maar ook tussen hen en de samenleving smeedt. Problematischer wordt de kwestie als privaatrechtelijke repressie niet zozeer ten behoeve van private belangen en in het kader van de ordening van particuliere rechtsverhoudingen wordt uitgeoefend, maar gericht is op publieke belangen en feitelijk een privaatrechtelijke uitvoering van een publieke taak inhoudt, zoals het voor de overheid uitvoeren van controles. Dan rijst de vraag of het privaatrecht zelf nog in staat is de grenzen te bewaken. De stelregel dat het publieke belang van ondergeschikt belang is bij private handhaving dreigt hier namelijk met voeten te worden getreden. Dat geldt zeker als de private controle niet plaatsvindt in het kader van zelfregulering, en daarmee dus het zelfregulerend vermogen van de markt niet leidend is, maar veeleer het handhavingstekort van de overheid als achtergrond heeft. De omstandigheid dat een handeling deel uitmaakt van een publieke taakvervulling dient immers

4 Zie o.a. EHRM 16 december 2008 (*Khursid en Mustafel/Zweden*), AB 2009/508, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

gevolgen te hebben voor de inhoud van het recht waardoor die handeling wordt geregeerd. Het is essentieel om voor ogen te houden dat het handelen van de overheid te allen tijde moet worden getoetst aan de norm of de handelwijze zich verdraagt met de specifieke belangen die zij heeft te verzorgen. Onlangs heeft ook de bestuursrechtelijke toezichthouder Autoriteit Persoonsgegevens erop gewezen dat politietaken niet overgeheveld mogen worden naar private actoren. Vergunningaanvragen van de Fraudehulpdesk en VO-DIOM voor het aanleggen van zwarte lijsten en fraudeursdatabases heeft zij afgewezen omdat belangrijke (publiekrechtelijke) waarborgen voor burgers ontbreken.⁵

Een antwoord op de normatieve vraag of het privaatrecht ten dienste zou moeten staan van repressie zal onzes inziens afhangen van het perspectief dat juristen hebben op de rol van het (privaat)recht in de maatschappij. Wie meent dat het recht is gebaseerd op politieke ideologieën, of zich hoort aan te passen aan maatschappelijke ontwikkelingen, zal geneigd zijn te zeggen dat het privaatrecht ruimte hoort te bieden aan repressieve tendensen. Recht kan in die zin ‘responsief’ worden genoemd.⁶ Als de maatschappij verandert, en bijvoorbeeld repressiever wordt van karakter, dan is het recht daarvan een uiting. Die stelling klinkt wellicht negatief, maar kan ook positief worden uitgelegd: repressie ziet doorgaans op de bescherming van zwakkere partijen, met als keerzijde het beperken van de vrijheid van andere, sterkere private actoren. Voorbeelden daarvan zijn de opkomst van werknemersbescherming in het arbeidsrecht, huurbescherming in het huurrecht en consumentenbescherming in het consumenten(contracten)recht.

In een ander perspectief kan het recht worden gezien als autonoom ten opzichte van maatschappelijke ontwikkelingen: recht en rechtspraak staan boven partijen en verbinden autoriteiten. Autonoom recht valt samen met de onderdelen van de klassieke rechtsstaat, gebaseerd op de scheiding der machten en beginselen van gelijkheid en rechtszekerheid.⁷ Wordt dit perspectief als leidend gezien, dan zou juist in de rede liggen om het privaatrecht als tegenkracht te zien. Niet met iedere maatschappelijke tendens hoeft te worden meegegaan, maar het recht geeft aan welke beginselen ten grondslag liggen aan de ordening van privaatrechtelijke verhoudingen.

Wellicht is het onmogelijk een keuze te maken voor het ene of het andere normatieve standpunt. Dit brengt ons ook terug op het onderscheid dat wij maakten tussen de repressieve functie en de repressieve werking van het pri-

5 Zie <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/fraudehulpdesk-mag-geen-strafrechtelijke-gegevens-verwerken>; <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-wijst-aanvraag-vergunning-zwarte-lijst-vodiom-af>.

6 Vergelijk P. Nonet & P. Selznick, *Law & Society in Transition*, New York: Octagon Books 1978.

7 Vergelijk R.C. Hartendorp, *Naar m(e)er rechtspraak?* (oratie Leiden), Leiden 2020, p. 6.

vaatrecht.⁸ Het maakt wezenlijk verschil of repressie een bewust en beoogd effect is van het privaatrecht of een onbedoeld (neven)effect. Zoals het *laissez faire* uit de negentiende eeuw niet is ingegeven door de wens autonomie optimaal in het privaatrecht te bevorderen, maar voortkomt uit de visie op de samenleving en de rol van de staat daarin, zo moet ook de repressie die wij signaleren worden geplaatst tegen de achtergrond van de maatschappelijke verhoudingen, de economische evolutie en de wijziging in de sociale opvattingen.⁹ De toon van repressie verandert bovendien naar gelang op een meer individualistisch of collectief concept van vrijheid wordt afgestemd. In de huidige tijd zien we zowel uiting van responsief als autonoom recht. Zoals Hartendorp terecht stelt, is er geen sprake van een lineaire ontwikkeling van autonoom naar responsief recht, zoals voorgesteld door Nonet en Selznick in de jaren zeventig van de twintigste eeuw, maar eerder van een dialectische verhouding tussen de twee.¹⁰ Zowel voorstanders van het gebruik van privaatrecht als instrument voor het sturen van gedrag of het waarborgen van maatschappelijke belangen, als tegenstanders daarvan, kunnen in de rechtstheoretische fundamenteën van onze samenleving aanknopingspunten vinden ter ondersteuning van hun standpunt.

Zelf kunnen wij overigens goed leven met de responsieve tendensen die zichtbaar zijn in het hedendaagse privaatrecht en die geïnitieerd zijn door privaatrechtelijke wetgeving, de civiele rechter of private actoren, zoals de toenemende mogelijkheden voor collectieve handhaving van private belangen en *public interest litigation*. Hoewel de toegenomen rol van het privaatrecht en van private actoren in het nastreven van maatschappelijke belangen kan worden geduid als een repressieve tendens, passen deze ontwikkelingen volgens ons nog bij het karakter van het privaatrecht. Ze zijn ook toe te juichen, omdat de bescherming van maatschappelijke belangen via het recht een bredere inbedding krijgt, waarbij het publiekrecht de last niet alleen hoeft te dragen, maar in zekere zin wordt bijgestaan door het privaatrecht. Zorgwekkender wordt het daar waar de overheid de publieke taak om zorg te dragen voor het algemeen belang bewust of onbewust doorschuift naar private actoren. Wij zijn kritisch over de inkleuring van het privaatrecht door de overheid als middel om publieke taken ten uitvoer te brengen. Alsdan bestaat het risico dat burgers elkaar moeten controleren en vervagen de rollen die private partijen in de horizontale verhouding ten opzichte van elkaar hebben zonder de rechtsbescherming die private partijen in de verticale verhouding jegens de overheid toekomt. Met deze vorm van repressie komt de private autonomie in het gedrang, omdat het private belang ondergeschikt wordt gemaakt aan het publie-

8 Paragraaf 2.3.

9 Vergelijk ook Houben, p. 608-609; Asser/Sieburgh 6-III 2018/51.

10 Hartendorp 2020, p. 6.

ke belang. Dan verlaten we wat ons betreft de (open) ruimte van het privaatrecht en betreden we het (meer of minder dichtgetimmerde) terrein van het publiekrecht.

Anders dan op het eerste gezicht kan worden gedacht, zijn repressie en privaatrecht, zo blijkt uit onze analyse, niet geheel vreemd aan elkaar. Het faciliterende karakter van het privaatrecht wordt aangevuld met elementen die bepaald gedrag sturen of geleiden, met instrumenten voor (collectieve) handhaving, en met aandacht voor algemene maatschappelijke belangen. In het privaatrecht zijn die tendensen inpasbaar doordat ze niet alleen pressie meebrengen maar ook bijdragen aan de mogelijkheden tot zelfverwezenlijking van burgers, of anders gezegd: de private autonomie ook vergroten. Wel is de invloed van deze tendensen groter of kleiner, afhankelijk van de context waarin het recht zich ontwikkelt. Tussen verschillende tijdsgewrichten zijn golfbewegingen zichtbaar van meer naar minder repressie, en weer naar meer.

Inzichtelijk is geworden dat het privaatrecht niet passief wordt gekneeld door externe ontwikkelingen, zoals de opkomst van een repressieve samenleving. Het is veeleer zo dat sociale veranderingen het privaatrecht erbij betrekken en het privaatrecht een belangrijke bijdrage kan leveren aan de veranderingen. Anders gezegd: het privaatrecht reflecteert niet alleen, maar het is ook deel van de maatschappelijke veranderingen. Daarbij moet de eigenheid van het privaatrecht worden gekoesterd, niet worden afgekalfd door maatschappelijke invloeden.

Onze analyse leert dat de waarden van individualisme, gezamenlijkheid en broederschap elk op hun beurt het privaatrecht en in het bijzonder de private autonomie kunnen dienen en hebben gediend, maar ook dat een ongebreidelde doorvoering van elk van deze de private autonomie kan ondermijnen. Private autonomie, het sleutelwoord van privaatrecht, wordt aldus niet bereikt door verheerlijking van een van deze waarden. Het komt aan op het vinden van een balans. Het gewicht van de waarden vrijheid, solidariteit en broederschap die het privaatrecht dragen, verschilt niet voor niets van tijd tot tijd. Mocht het privaatrecht steeds minder overlaten aan de vrijheid van partijen, dan dreigt het zich te ondergraven.

Voor privatisten kan bovenstaande analyse een kader bieden voor herijking van het eigen rechtsgebied. De gedachte van herijking hangt al in de lucht, zo

blijkt bijvoorbeeld uit het recente preadvies van Pavillon en Van Boom voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht.¹ Herijking kan plaatsvinden in het licht van duurzaamheidsdoelstellingen, zoals betoogd door Pavillon. Een dergelijke herijking sluit aan bij de klimaatzaken, zoals hierboven besproken, en het recente preadvies van Schutgens en Sillen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland over de algemeenbelangacties bij de burgerlijke rechter.² Een herijking kan ook gericht zijn op het herordenen van bestaande leerstukken teneinde de verhoudingen tussen marktpartijen beter te reguleren en bescherming te bieden aan kleine ondernemers, zoals betoogd door Van Boom. Die herijking zou aansluiten bij de door ons geschetste, eerdere tendensen gericht op de bescherming van zwakkere partijen, zoals werknemers, huurders en consumenten.³ Voorts kan een herijking van het privaatrecht nodig zijn in het licht van de hierboven door ons aangestipte nieuwe kwetsbaarheden, zoals die van prosumenten en andere gebruikers van digitale diensten.⁴

Bij al deze aspecten voor herijking kan de vraag gesteld worden in hoeverre het privaatrecht gekleurd zou moeten worden door sociale tendensen. Volgens ons is die vraag niet eenduidig te beantwoorden. Het recht is in sommige gevallen responsief ten aanzien van maatschappelijke ontwikkelingen en in andere gevallen autonoom, een kader waartegen nieuwe ontwikkelingen worden afgezet en gewogen. De grote uitdagingen van klimaatbescherming en digitalisering die de huidige tijd kenmerken lijken echter van het recht te vragen dat verder wordt gegaan dan het enkel faciliteren van economische transacties. Die observatie pleit ervoor om open te staan voor sociale invloeden op het privaatrecht en daarom, in de terminologie van dit preadvies, nieuwe repressieve tendensen ten behoeve van het privaatrecht en de gewenste privaatrechtelijke verhoudingen.

Privaatrecht en publiekrecht liggen daarmee in elkaars verlengde: beide staan ten dienste van het nastreven van de belangrijkste maatschappelijke doelstellingen van deze tijd. De invulling van die opdracht blijft wel eigen. Er moet voor worden gewaakt dat de groei van het bereik van het publiekrecht in het privaatrecht het evenwicht niet verstoort tussen het private belang van autonomie, particulier initiatief en contractsvrijheid enerzijds en het publieke belang anderzijds. Voorkomen moet worden dat ook bij de toepassing van

1 C.M.D.S. Pavillon en W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021. Zie ook A.L.M. Keirse, 'Een aansprakelijkheidsrecht dat *ubuntu* ademt; hoe het Afrikaanse regenboogconcept *ubuntu* een gitzwart toekomstbeeld weer kleur kan geven', in: T. Hartlief & M.G. Faure, *De Spier-bundel; de agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 69 e.v.; A.L.M. Keirse, 'Slotbeschouwing: Vrij of veilig?', in: Keirse, Kool & Ortlep 2018, p. 539 e.v.

2 Zie paragraaf 4.4.

3 Zie hoofdstuk 3.

4 Zie paragraaf 4.2.1.

privaatrechtelijke gedrags- en handhavingsregels de balans doorslaat naar het primaat van het publiekrechtelijk gedachtegoed. Het individu moet geen plaats maken voor de gemeenschap, net zomin als de gemeenschap plaats moet maken voor het individu. Naarmate privaatrechtelijk gedachtegoed op een bepaald terrein in toenemende mate bedreiging ondervindt van een (mogelijk geboden) uitbreiding van overheidsinmenging, is het van toenemend belang de waarde van dit gedachtegoed hoog te houden en ervoor op de bres te staan.

Dit brengt wat ons betreft mee dat de drie ontwikkelingslijnen van repressief privaatrecht die wij onderscheiden, niet gelijkelijk dienen te worden gewaardeerd. Kort herhaald, identificeren wij: (i) de interne, inhoudelijke verschuiving van faciliterend naar geleidend, sturend, dwingend privaatrecht, (ii) de toegenomen inzet en initiatieven van private actoren om op te treden tegen maatschappelijk ongewenst gedrag en bij te dragen aan duurzaam gewenst gedrag en (iii) de verschuiving van publieke taken van de overheid naar private partijen. Anders dan de eerste twee (interne) ontwikkelingslijnen, geïnitieerd door privaatrechtelijke wetgeving, de civiele rechter en private actoren, ondermijnt de derde (externe) ontwikkelingslijn, geïnitieerd door de overheid, de monopoliepositie van het privaatrecht bij het ordenen van particuliere rechtsverhoudingen en die van de civiele rechter bij het ontwikkelen ervan. Dit is aanleiding om deze lijn niet tot het privaatrecht te rekenen maar terug te schuiven naar de overheid en het publiekrecht met alle waarborgen van dien. Het privaatrecht dient immers niet primair het algemene, publieke belang, maar juist het private belang. Privaatrechtelijke repressieve middelen behoren ten dienste te staan van het privaatrecht zelf en van de ordening, bescherming of gelijktrekking van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen (en daarmee uiteindelijk de gehele samenleving).

Differentiatie tussen nood aan samenleving en nood van een samenleving kan hier verhelderend werken. Nood aan samenleving wordt idealiter privaatrechtelijk aangepakt, nood van een samenleving botst tegen de grenzen van de privaatrechtelijke ratio en vergt ook een publiekrechtelijke logica. Bij de eerste vorm gaat het over het afwegen van individuele en collectieve belangen. Hoe groot is de kring van belangen waarmee private actoren bij hun doen en laten rekening moeten houden? De waarden van individualisme, broederschap en gemeenschapszin wijzen hier de weg, een weg die over bergen en dalen gaat, maar niet onbegrensd is. De privaatrechtelijke ratio stelt zoals gezegd een grens. Het betrekken van individuele belangen, collectieve belangen en algemene maatschappelijke belangen in het privaatrecht moet (in ieder geval mede) het privaatrecht dienen en niet uitsluitend het publiekrecht. Bij nood van een samenleving is ook een andere belangenafweging geboden in het kader van een publiekrechtelijke logica alsook een beoordeling over het onderscheid tussen recht en beleid. Ter oplossing van nood van een samenleving is

er dan ook een grens aan wat vanuit het publiekrecht naar het privaatrecht kan worden doorgeschoven.

Daar het privaatrecht zich, anders dan het publiekrecht, niet richt op de verhouding tussen Staat en burger, maar op het afwegen van de belangen van private actoren, waartoe ook belangen behoren die algemeen zijn, vertaalt de repressieve samenleving in privaatrechtelijk perspectief zich in repressieve tendensen tussen private actoren onderling, bijvoorbeeld in het inperken van de (negatieve) vrijheid van de ene partij om de (positieve) vrijheid van de andere, zwakkere partij te vergroten. Het eigen karakter van het privaatrecht komt ook tot uitdrukking in een laatste aspect: de functie die het privaatrecht kan hebben als tegenkracht. Juist het faciliterende karakter van het privaatrecht kan private actoren stimuleren om zelf actief op te treden in het aanjagen van maatschappelijke ontwikkeling en innovatie. Dat is een aspect dat moet worden gekoesterd, ook als de slinger zich richting een meer sturend privaatrecht beweegt.

Overkoepelende stellingen

De coronacrisis is een accelerator van de repressieve invloed die uitgaat van de actuele vermaatschappelijking, constitutionalisering en politisering van het privaatrecht.

Een functie van het recht in een repressieve samenleving is het waarborgen van (negatieve en positieve) vrijheid van burgers.

Het is zaak dat het privaatrecht een goede balans vindt in het ondersteunen van enerzijds negatieve vrijheid en anderzijds positieve vrijheid.

Terwijl de waarden van individualisme, gemeenschapszin en broederschap elk op hun beurt het privaatrecht en in het bijzonder de private autonomie kunnen dienen en dat ook hebben gedaan, kan een verheerlijking van elk van deze de private autonomie ondermijnen.

Na golven van individualisme, gemeenschapszin en broederschap te hebben gekend, bevindt het actuele privaatrecht zich in een golfbeweging terug naar gemeenschapszin.

Het privaatrecht wordt repressiever door de dwingender invulling die nationale en Europese regelgevers en rechters eraan geven.

Het privaatrecht wordt vaker door private actoren zelf op een sturende of dwingende manier ingezet tegen anderen.

Het privaatrecht wordt in sommige deelgebieden van publiekrechtelijke ratio doorspekt en de overheid verplicht private actoren om beperkend of controlerend tegenover elkaar op te treden.

Daar waar privaatrechtelijke repressie niet primair wordt uitgeoefend ten behoeve van de ordening van particuliere rechtsverhoudingen met het oog op private belangen, maar daarentegen gericht is op publieke belangen en feitelijk een privaatrechtelijke uitvoering van een publieke taak oplegt, voert deze te ver.

Privaatrechtelijke repressieve middelen behoren ten dienste te staan van het privaatrecht zelf en van de ordening, bescherming of gelijktrekking van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.

Repressief publiekrecht en repressief privaatrecht zijn communicerende vaten.

Het individu moet geen plaats maken voor de gemeenschap, net zo min als de gemeenschap plaats moet maken voor het individu.

Nood aan samenleving wordt idealiter privaatrechtelijk aangepakt, nood van een samenleving botst tegen de grenzen van de privaatrechtelijke ratio en vergt ook een publiekrechtelijke logica.

Het recht laat zich enerzijds wiegen door de maatschappelijke krachten die erop inwerken en versterkt deze krachten anderzijds ook.

Juridische vooruitgang betekent een betere afstemming van het recht met de actuele noden van de samenleving.

Discussiepunten voor het gemeenschappelijk slotakkoord

Behoort de invulling van het begrip ‘autonomie’ in het privaatrecht te variëren naar gelang de maatschappelijke context waarin het privaatrecht opereert?

Kan een herijking van het privaatrecht volstaan met het herordenen en verdiepen van bestaande leerstukken, nu de structuur van het privaatrecht voldoende ruimte biedt voor responsiviteit in het licht van maatschappelijke doelstellingen?

Hebben private actoren niet alleen de mogelijkheid om zich actief in te zetten voor het nastreven van het algemeen belang, zoals klimaatbescherming, maar hebben zij daartoe ook een plicht indien de wetgever de handschoen niet oppakt of daarmee te lang wacht?

Is de slinger in de huidige tijd te ver doorgeslagen richting repressie en dient het privaatrecht (krachtiger) tegenwicht te bieden?

Zouden privaatrecht en publiekrecht meer met elkaar verbonden moeten worden – in het wetenschappelijke debat en in regulering – teneinde maatschappelijke doelstellingen, zoals het streven naar duurzame oplossingen, te bevorderen?