

NILG Jaarcongres 2010

Het publieke van het privaatrecht

Edgar du Perron
020-525 3449
duperron@uva.nl



“Ik ben ervan overtuigd, dat ook een sterke mate van socialisatie de kernen van ons Burgerlijk Wetboek: huwelijk en ouderlijke macht – eigendom – contract en schadevergoeding – vererving krachtens familieband en testament, niet zouden aantasten. (...) Anders zou het zijn, indien het communisme over ons kwam, dan ging dit alles verloren. Dan was er geen privaatrecht meer, neen in wezen geen recht meer.”

Paul Scholten, Gedenkboek BW, 1938, p. 30.

“In onze ogen heeft het subjectieve privaatrecht slechts een betrekkelijke betekenis als men het ziet in het licht van het algemeen belang. Dit wil zeggen, dat naar moderne zienswijze het objectieve privaatrecht een taak heeft, die voor een deel buiten het privaatrecht ligt. Het is immers alles dienst aan de gemeenschap.”

A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, 1972(2^e), p. 41.

Waarheid als een koe I



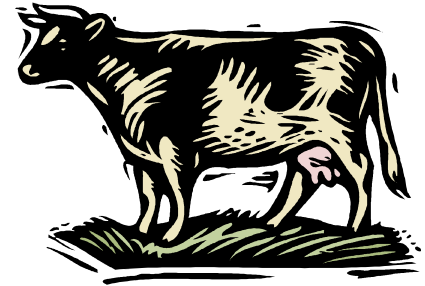
Het privaatrecht maakt deel uit van
de maatschappelijke ordening

Waarheid als een koe II

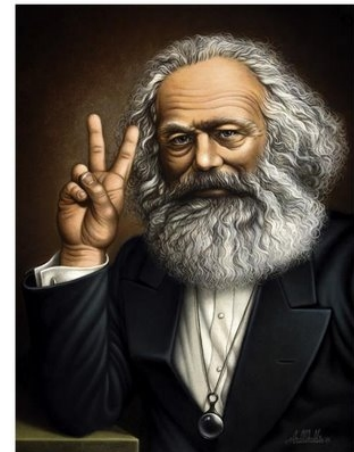


De grondbegrippen en -beginselen van het privaatrecht zijn een uitdrukking van de opvattingen die aan de maatschappelijke ordening ten grondslag liggen

Waarheid als een koe III



Het Nederlandse (en Europese) privaatrecht is onderdeel van een op Christelijke waarden gebaseerde samenleving met een liberale maar sterk gesocialiseerde (“vermaatschappelijkte”) markteconomie



Waarheid als een koe IV



Het privaatrecht is een *instrument*
van maatschappelijke ordening

Scholtens pijlers van het BW I

- Huwelijk (monogame stabiele relatie)
 - Staat onder druk door pluriformiteit samenleving (Boele-Woelki over polygamie)
- Ouderlijke macht
 - Welke mate van overheidsinvloed (vergelijk Blankman over wilsonbekwamen)
- Erven krachtens familieband en testament
 - Opgelegde rechten op de erfenis (Kolkman)
+ succesierecht

Scholtens pijlers van het BW II

- Eigendom/absolute rechten
 - Economische achtergronden van de regeling van het auteursrecht (Senftleben)
 - Doelstellingen wet bij het in het kader daarvan te maken belangenafweging (WSNP, Verstijlen)

Scholten's pijlers van het BW III

- Contract
 - Vergaande inperking contractsvrijheid
 - Redelijkheid en billijkheid
- “Schadevergoeding”
 - Basisnorm OD direct verbonden met maatschappelijke opvattingen

Wat is relatief nieuw?

Regulatory state



Omvangrijk stelsel van normen buiten het privaatrecht dat publiekrechtelijk wordt gehandhaafd (toezicht) en dat (door)werkt op maatschappelijke gebieden die traditioneel vrijwel uitsluitend door het privaatrecht werden geregeld

Vragen door de *regulatory state*

- Gevolgen samenloop van privaatrechtelijk en publiekrechtelijk gehandhaafde normen
 - Financiële recht (Cherednychenko)
 - Vreemdelingenrecht (De Lange)
 - Bevoegdheden faillissementscurator (Boschma)
- Privaatrecht kan via open normen publiekrecht/maatschappelijke inzichten accommoderen

NJF 2010, 45 (Ktr. Utrecht 2009)

De in een vrij hoog tempo groeiende consensus over de aanpak van hoge ontslagvergoedingen en bonussen kan naar het oordeel van de kantonrechters zeker leiden tot ingrepen waarbij de hoogte van toekomstige ontslagvergoedingen (en bonussen) wordt beperkt. (...) Tegenover het persoonlijke belang dat X. bij nakoming van de retentiebrief heeft, is het belang van de bank minder zwaarwegend. Zij heeft met name haar vrees voor het verlies van cliënten onvoldoende onderbouwd, terwijl evenmin is komen vast te staan dat zij op verdere overheidssteun niet behoeft te rekenen, indien zij aan X. — en de andere senior-managers die in een vergelijkbare situatie verkeren — niet de eerder toegezegde ontslagvergoeding onthoudt. In een dergelijke zin heeft de Minister van Financiën zich niet uitgelaten. Onder de gegeven omstandigheden geeft dan ook de doorslag het algemeen erkende rechtsbeginsel dat het gegeven woord bindt, op welke beginsel het rechtsverkeer, waarvan ook ABN AMRO afhankelijk is, berust. De door ABN AMRO bepleite wijziging van de overeengekomen ontslagvergoeding kan derhalve geen doorgang vinden.

NJF 2009, 469 (Ktr. Amsterdam 2009)

Kort samengevat: ABN AMRO is in zwaar weer terecht gekomen. Aan de aanzienlijke staatssteun zijn voorwaarden gebonden in de vorm van invloed op de beloningen van (hogere) werknemers. De maatschappelijke opvattingen over de hoogte van bonussen en afvloeiingsregelingen zijn kritischer geworden. In het licht van die omstandigheden zou het aan eiser zijn om een concrete relatie te leggen tussen de vergoeding en zijn nadeel. Dat heeft hij nagelaten: eiser baseert zich alleen of in hoofdzaak op een toezegging die specifiek aan hem is gedaan toen de financiële en maatschappelijke omstandigheden van de bank al veranderde. Het bovenstaande afwegende acht de kantonrechter in de omstandigheden van dit geval ongewijzigde nakoming van de toezegging naar normen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

Aspecten van consistentie

- Blootleggen contraire regels en uitgangspunten
 - Akkermans over reïntegratieplicht en schadebeperkingsplicht
- Meewegen publieke belangen bij privaatrechtelijke belangenafweging
 - Jansen over aanbestedingsrecht
- Privaatrechtelijke gevolgen van overtreding publiekrechtelijk gehandhaafde regels
 - Nietigheid en restitutie (Jonkers)

Afscheid van het onderscheid?

- Normen zijn niet privaatrechtelijk of publiekrechtelijk, het zijn normen
- Normen moeten consistent zijn
- Handhaving van normen instrumenteel benaderen: privaatrechtelijk, publiekrechtelijk of beide
 - Fragmentatie van rechtsgebieden (zoals bij arbeidsrecht, huurrecht, financieel recht)
- Burger zal fundamentele rechten inroepen tegen regulerende overheid ('constitutionalisering')

