

## RECHTSTHEORIE

## RECHTSGESCHIEDENIS

AAK20188654

C.J.H. Jansen

De Duitse rechters hebben in de jaren dertig van de vorige eeuw sterk bijgedragen aan de infiltratie van het nationaalsocialistische gedachtegoed in het burgerlijke recht. De wetgever zat uiteraard ook niet stil. Ik verwijs slechts naar de Neurenberger rassenwetten van 1935, die onder andere huwelijken tussen Joden en 'ariërs' verbod. De nazificatie van het Duitse burgerlijke recht was echter grotendeels op het conto van de Duitse rechters te schrijven. Zij grepen de open normen (de *Generalklausel*) uit het BGB, zoals § 157 BGB – de uitleg van overeenkomsten 'nach Treu und Glauben' (redelijkheid en billijkheid) – aan om het burgerlijke recht in nationaalsocialistische zin uit te leggen en 'om te duiden'. Deze interpretatiemethode staat bekend als de 'unbegrenzte Auslegung'. Zie F.A.J. van der Ven, "Gleichschaltung" en "Umdeutung". Oftewel, hoe het Nationaalsocialistische gedachtegoed na 1933 kon doordringen in het Duitse burgerlijke recht', *RM Themis* 2011, afl. 5, p. 215 e.v. en C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht tussen 1940 en 1992*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 20-27. Slechts weinig Duitse rechters (en advocaten) zijn in opstand gekomen tegen het nationaalsocialistische onrecht. Op zich is dat begrijpelijk in een terreurstaat, maar uit onderzoek komt naar voren dat de overgrote meerderheid van de meer dan 10.000 rechters in de Weimar Republiek een grote sympathie had voor een autoritaire staatsvorm. Zij waren bovendien zeer tevreden over hun ambt. Toch heeft met gevaar voor eigen leven een aantal rechters ervoor gekozen om niet te buigen voor het nationaalsocialisme en zijn antisemitische rechtsleer. De bekendste is wellicht Hans von Dohnanyi (1902-1945), aanvankelijk Reichsgerichtsrat in Leipzig/Berlijn, die een 'SS-Standgericht' in april 1945 tot de dood heeft veroordeeld wegens hoog- en landverraad waarna hij werd opgehangen. Een van zijn grootste verdiensten was dat het hem nog in 1942 lukte 14 Joden naar Zwitserland te laten 'uitreizen'. Een andere felle antinazi was Paulus van Husen (1891-1971), Oberverwaltungsgerichtsrat in Berlijn. De gelovige rooms-katholiek Van Husen behoorde tot de *Breslauer Kreis*, die al vanaf 1940 bezig was met een blauwdruk voor een nieuwe Duitse staat na de ineenstorting van Hitlers 'Derde rijk'. De huidige minister van Buitenlandse Zaken, in de vorige regering van Merkel minister van Justitie, 'glamoursocialist' en ooit de best geklede man van Duitsland, Heiko Maas, heeft het initiatief genomen het leven en het moedige optreden van een 17-tal Duitse rechters en advocaten aan de vergetelheid te ontrukken. Het boek heet *Furchtlose Juristen. Richter und Staatsanwälte gegen das NS-Unrecht*, München: Beck 2017. Een voorbeeldig

initiatief dat een interessante studie heeft opgeleverd (met in de titel een knipoog naar het baanbrekende werk van I. Müller, *Furchtbare Juristen*). Eveneens in 2017 verscheen een ander boek over juristen in verzet tegen Hitler. Het is opgezet als een feestbundel voor de Duitse jurist Friedrich Justus Perels (1910-1945), die evenals Dohnanyi in april 1945 werd vermoord. Perels bestreed vanaf de jaren dertig het racistische denken van de nazi's, de ondergang van het Duitse recht en de Duitse rechtsstaat. Ook in dit werk is er veel aandacht voor de personen (in het bijzonder de juristen) die tot de *Breslauer Kreis* behoorden. Perels, bemoedigd door zijn protestants-christelijke geloof, was in zijn leven een voorbeeld voor de tegenstanders van het nationaalsocialisme. Zie Stiftung Adam von Trott, Imshausen e.V. (Hrsg.), *Die Rolle der Juristen im Widerstand gegen Hitler. Festschrift für Friedrich Justus Perels*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2017.

Aan het einde van de 19e eeuw begon een proces dat zijn eindpunt voorlopig nog niet heeft bereikt: de doordringing van het publiekrecht in het privaatrecht. De staat wenste vanaf ongeveer 1880 de regeling van de sociale kwestie niet langer over te laten aan het privaatrecht en/of de maatschappelijke krachten. Hij greep met behulp van publiekrechtelijke wetgeving in private verhoudingen in, vooral op het gebied van het arbeidsrecht. Zo zagen de eerste sociale wetten, zoals de Arbeidswet (1889) en de Ongevallenwet (1901), het levenslicht. De Eerste Wereldoorlog, de crisis in de jaren dertig en de Tweede Wereldoorlog zorgden voor een verdergaande beknotting van de contractsvrijheid, de vrijheid van de eigenaar en de vrijheid van de ondernemer door het publiekrecht. Een mooi voorbeeld is de Geldschieterswet van 1932, waarin het privaatrechtelijke probleem van de 'woeker' publiekrechtelijk, via vergunningen en boetes, werd aangepakt.

Een van de rechtsgebieden waarop in de afgelopen jaren de doordringing van het publiek- in het privaatrecht het meest zichtbaar is geworden, is het financiële recht. Dit van oudsher privaatrechtelijke rechtsgebied wordt tegenwoordig sterk beheerst door publiekrechtelijke, in het bijzonder Europees- en bestuursrechtelijke regelgeving. Dit betekent dat 'publieke' belangen, zoals toezicht, duurzaamheid, het toestaan van concurrentie, innovatie, diversiteit, consumentenbescherming en dergelijke, een leidraad zijn geworden bij de beoordeling van het private handelen van financiële ondernemingen. Er is bovendien in toenemende mate sprake van publiekrechtelijke handhaving (onder meer door de Autoriteit Financiële Markten of de Autoriteit Persoonsgegevens en door het opleggen van boetes). Zie hierover W. Sniijders, 'Twintig jaar nieuw BW', *Ars Aequi* 2012, afl. 12, p. 952-954 (AA20120952); W.H. van Boom, 'De Nederlandse privaatrechtswetenschap en de wetgever (1992-2012)', *RegelMaat* (27) 2012, afl. 5, p. 280 en Jansen 2016, p. 160-161.

De Payment Services Directive (PSD) 2, ofwel Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, is een mooi voorbeeld van vervlechting van privaatrecht en publiekrecht op financieel rechtelijk terrein.

Vgl. ook J.Ph. Broekhuizen, 'Extensies van de betaalketen. Regulering van de betaaldiensten en de PSDF II', *Tijdschrift voor Internetrecht* maart 2017, p. 104. PSD2 moest oorspronkelijk op 13 januari 2018 in de Nederlandse wetgeving zijn geïmplementeerd, maar deze implementatie is in het najaar van 2017 tot ergens in (het voorjaar van) 2018 opgeschort.

De wereldwijde digitalisering heeft het elektronische betalingsverkeer niet onberoerd gelaten. Betalingsdiensten zijn essentieel voor het functioneren van vitale economische en sociale activiteiten (zie overweging 7 bij PSD2). De richtlijn beoogt binnen de Europese Unie leemten in de regelgeving te dichten, de juridische duidelijkheid (rechtszekerheid) te vergroten en een hoog niveau van consumentenbescherming te garanderen met betrekking tot het betalingssysteem in het geheel en betalingsdiensten in het bijzonder (zie overweging 6 bij PSD2). PSD2 roept allerlei rechtspolitieke vragen in het leven. Zij hebben in de media vooral de aandacht getrokken. De richtlijn verplicht banken zorgvuldig verwerkte en beheerde betalingsgegevens te verstrekken aan derden, zogenaamde betaalinitiatiedienstaanbieders, kort gezegd rechtspersonen die betalingsdiensten aanbieden, en rekeninginformatieaanbieders. Tot deze nieuwe dienstverleners behoren FinTech-bedrijven, die het kontje van de Europese commissie echt niet nodig hebben. Moet de gegevensverstrekking door banken *kosteloos* gebeuren? Krijgen banken omgekeerd ook toegang tot de gegevens van deze derden (FinTech-bedrijven), waarachter bedrijven als Google, Facebook, Apple of Amazon kunnen schuilgaan? Op welke wijze is de toestemming tot het verlenen van toegang tot de bij de banken berustende betalingsgegevens door de betalingsdienstgebruiker (kort gezegd de klant: u en ik) gereguleerd? Etc. De Nijmeegse hoogleraar computerbeveiliging B.P.F. (Bart) Jacobs sprak in zijn column van 12 september 2017 op iBestuur van een 'Europese strategische blunder'. Hij schreef cynisch dat het Brusselse Directoraat-generaal Mededinging weinig moet hebben van privacy van klanten van banken.

De PSD2-richtlijn roept eveneens vele wetenschappelijke vragen op, vooral door het al genoemde samenspel van Europees recht en nationaal recht, zowel privaatrecht (BW) als publiekrecht (Wet op het financieel toezicht, Wft). Binnen het privaatrecht kunnen weer problemen ontstaan, omdat de richtlijn als uitgangspunt neemt dat consumenten en ondernemingen niet in dezelfde positie verkeren en niet dezelfde mate van bescherming hoeven. Artikelen 66 lid 5 en 67 lid 4 PSD verbieden dat de relatie tussen een bank en een betalingsinitiatiedienstaanbieder berust op een contract. Een ander probleem betreft de vraag welke zorgplichten op de verhouding tussen een betalingsdienstgebruiker en een bank van toepassing zijn. Botsen hier publiekrechtelijke belangen, zoals de integriteit en de risicobeheersing van de betaalketen, met de privaatrechtelijke zorgplichten die bij de bijzondere overeenkomsten van Boek 7 (zie de regeling van de betaalketen in Boek 7 BW, titel 7B) gelden? Zie uitvoerig over al deze en nog vele andere kwesties P.T.J. Wolters en B.P.F. Jacobs, 'De

toegang tot betaalrekeningen onder PSD2', in *Ondernemingsrecht* 2018/5 (20 april 2018). Rechtshistorisch gezien zijn deze ontwikkelingen op het gebied van de vervlechting van publiek- en privaatrecht razend interessant ('is de contractsvrijheid dood in bepaalde sectoren van het burgerlijke recht?'). Zij verdienen daarom de aandacht van alle rechtshistorici die de band tussen het recente verleden (19e en 20e eeuw) en het heden koesteren.