

60 JAAR ARS AEQUI

Convergentie en divergentie van publiek- en privaatrecht

Wouter den Hollander, Esther Huijzer, Marjolein van Rest, Daniël Stein & Wouter de Zanger

Ars Aequi bestaat 60 jaar. Dat laten we niet ongemerkt voorbijgaan. We vieren het twaalfde lustrum met dit lustrumnummer en een lustrumsymposium rondom het thema *Convergentie en divergentie van publiek- en privaatrecht*.

Het zestigjarig bestaan biedt een mooie gelegenheid eens in de archieven te neuzen. De verhouding tussen publiek- en privaatrecht blijkt ten minste éénmaal eerder inzet te zijn geweest van een Ars Aequi-themanummer. Zo verscheen in mei 1987 het themanummer *Osmose tussen publiek- en privaatrecht*. De redactie constateerde destijds dat in de achterliggende vijftien jaren een verschuiving was opgetreden in het denken over de verhouding tussen beide rechtsgebieden (p. 273). De overheid beperkte zich niet langer tot het eenzijdig uitvaardigen van bindende besluiten in een verticale gezagsstructuur, maar zocht in toenemende mate samenwerking met particuliere instanties om overheidsbeleid te realiseren. De gemene rechtsleer, waarin het burgerlijk recht geldt als commuun recht 'voorzover het publiekrecht er geen inbreuk op maakt', maakte daarom plaats voor de gemengde rechtsleer. Daarin zijn publiek- en privaatrecht gelijkwaardig en doordringen zij elkaar over en weer. Osmose, zogezegd: het zich wederzijds vermengen van twee vloeistoffen door een poreuze wand heen (Van Dale).

Deze verschuiving in de verhouding tussen overheid en particuliere instanties heeft zich sinds 1987 doorgezet. De privatisering van nutsbedrijven bijvoorbeeld heeft een serie rechtsgebieden opgeleverd die de gemengde rechtsleer bij uitstek belichamen. Te denken valt aan het financieel, energie-, telecommunicatie-, gezondheids- en mededingingsrecht. Deze rechtsgebieden kenmerken zich enerzijds door intensieve publiekrechtelijke regulering en bestuurs- en strafrechtelijke handhaving door gespecialiseerde toezichthouders als DNB, AFM, NMa, OPTA en NZa en anderzijds door privaatrechtelijke verhoudingen tussen met elkaar concurrerende ondernemingen en tussen ondernemingen en hun klanten.

De grens tussen publiek- en privaatrecht vervaagt ook door het ontstaan van een meergelaagde rechtsorde, zo betogen de Belgische auteurs Van Gerven en Lierman in hun vorig jaar verschenen *Algemeen deel* (W. Van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later*, Mechelen: Kluwer 2010). Nationaal publiek- en privaatrecht doordringen niet alleen el-

kaar, maar worden ook doordrongen door het EVRM en het Unierecht. Te denken valt aan de doorwerking van fundamentele rechten in privaatrechtelijke verhoudingen en aan de Europese verkeersvrijheden van goederen, diensten, personen en kapitaal. Volgens Van Gerven en Lierman maakt het vervagen van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht de weg vrij te zoeken naar de beginselen die aan beide rechtsgebieden ten grondslag liggen, zoals proportionaliteit en de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen, die door de rechter moeten worden toegepast en uitgewerkt.

Van gemene rechtsleer via gemengde rechtsleer naar een rechtsleer die het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht voorbij is en zich kenmerkt door functionele rechtsgebieden en een (trans)nationale rechter die zich sterk oriënteert op rechtsbeginselen? Twee kanttekeningen zijn hier op hun plaats. Publiek- en privaatrecht convergeren onmiskenbaar, in elk geval in die zin dat het handelen van de overheid of ondernemingen in bijvoorbeeld de gezondheidszorg genormeerd wordt door zowel het publiek- als het privaatrecht. Toch is er goede reden publiek- en privaatrecht te blijven onderscheiden als afzonderlijke rechtsgebieden met eigen, soms divergerende beginselen en regels. Dit onderscheid laat zich nog altijd rechtvaardigen doordat in het privaatrecht in beginsel gelijkwaardige partijen tegenover elkaar staan, die opkomen voor hun eigen belangen, terwijl in het publiekrecht onderdanen zich geconfronteerd zien met de overheid die opkomt voor het algemeen belang en daarbij dwang en drang kan toepassen.

Een andere kanttekening betreft de politieke dekking van een rechtsleer die aan de (transnationale) rechter een zo grote rol toekent. De rechter zal dan onvermijdelijk ook politieke keuzes moeten maken. In dit lustrumnummer vraagt Carel Smith in zijn essay naar aanleiding van het *Algemeen Deel* van Van Gerven en Lierman nadrukkelijk aandacht voor dit politieke aspect, dat volgens hem onderbelicht dreigt te blijven wanneer de werkzaamheden van de rechter uitsluitend worden voorgesteld als het toepassen en uitwerken van beginselen en het afwegen van belangen.

Foto © Marten Hoogstraat (*whiteframe.nl*)

Imelda Tappeiner, Chantal Mak en Raymond Schlössels bespreken elk een concreet vraagstuk van convergentie en divergentie van publiek- en privaatrecht. In de bijdrage van Tappeiner staat de Wet Bibob centraal. Het oorspronkelijke doel van dit bestuursrechtelijk instrument is het waarborgen van de integriteit van het openbaar bestuur. Inmiddels wordt de Wet Bibob door burgemeesters enthousiast ingezet als instrument ter bestrijding van allerlei vormen van criminaliteit: van prostitutie tot vechtsportgala's en overlast op straat. Tappeiner betoogt dat dit een onwenselijke convergentie van bestuurs- en strafrecht oplevert, waarbij een politiek wenselijk geachte 'harde aanpak' van criminaliteit prevaleert boven de rechtsstatelijke waarborgen, die het strafrecht traditioneel hoog in het vaandel heeft staan.

Mak gaat in op de doorwerking van fundamentele rechten in de civiele rechtspraak. Zij koppelt dit vraagstuk nadrukkelijk aan de Europeanisering van het privaatrecht, die met name in het contractenrecht een hoge vlucht neemt. Het Europees recht, dat meer dan het nationaal privaatrecht functioneel van aard is, leidt tot convergentie van publiek- en privaatrecht en brengt fundamentele rechten in beeld. Mak demonstreert dit aan de hand van toekomstige regelgeving

op het gebied van toegang tot digitale diensten. De doorwerking van fundamentele rechten in privaatrechtelijke verhoudingen vergt daarom een dialoog tussen de nationale civiele rechter en het Europees Hof van Justitie.

De bijdrage van Schlössels ziet op procesrechtelijke osmose. Nu het bestuursrecht, privaatrecht en strafrecht inhoudelijk verder in elkaar grijpen en het bestuursprocesrecht een geschilbeslechtend 'partijenprocesrecht' wil zijn, is het tijd ook in het bestuursrecht over de gehele lijn cassatieberoep open te stellen, zo betoogt hij. Een bestuursrechtelijke cassatieopdracht aan de Hoge Raad zou volgens Schlössels het sluitstuk moeten zijn van volledige integratie van de bestuursrechtspraak in de reguliere rechterlijke organisatie. Het huidige complexe stelsel van bestuursrechtspraak met niet minder dan vijf hogerberoepsinstanties kan dan plaatsmaken voor een solide stelsel waarin cassatie, concentratie, specialisatie, selectie en kwaliteit centraal staan.

Convergentie en divergentie van publiek- en privaatrecht: in zestig jaar is veel veranderd. Niettemin blijven veel vragen hetzelfde. Ars Aequi hoopt ook in de toekomst een podium te kunnen bieden aan jonge én oude(re) juristen om op veelgestelde vragen nieuwe antwoorden te formuleren.