

HANTEERBAAR PRIVAATRECHT

Participerende vakgroepen: Privaatrecht en Notarieel Recht & Rechtsgeschiedenis

1. Inleiding; vier ontwikkelingen

In het vorige onderzoeksprogramma lag de nadruk op de consistentie van het Nederlandse privaatrecht in een meergelaagde rechtsorde. Consistentie is echter slechts één van de aspecten die binnen het systeemdenken kunnen worden onderscheiden.¹ In het huidige programma is de focus daarom gericht op een ander aspect, te weten de hanteerbaarheid van het privaatrecht. Daarmee komen de behoeften van de gebruikers van het privaatrecht (of dat nu rechters, advocaten, bedrijven of consumenten zijn) centraal te staan.

Hoewel op zich niet nieuw, is de eis van hanteerbaarheid door een viertal voortdurende ontwikkelingen aanmerkelijk en – naar het zich laat aanzien – blijvend versterkt.

Instrumentalisering

Het privaatrecht is in de afgelopen decennia – mede onder invloed van Europese ontwikkelingen – in toenemende mate door de overheid opgevat als instrument ter realisering van beleidsdoelstellingen. Dit heeft er bijvoorbeeld toe geleid dat handhaving van privaatrechtelijke normen tot de verantwoordelijkheid van de overheid zelf is gaan behoren in plaats dat deze is overgelaten aan private partijen zelf.

Instrumentalisering van het privaatrecht doet de vraag rijzen of het private partijen hun doelstellingen in voldoende mate kunnen realiseren met privaatrechtelijke middelen. Gezichtspunten als (door de rechtssubjecten gepercipieerde) rechtvaardigheid, efficiëntie, effectiviteit gaan een meer prominente rol vervullen.

Individualisering en normatieve fragmentarisering

De immer voortschrijdende individualisering maakt het nauwelijks mogelijk om vormen aan te reiken die voor een meerderheid van de gevallen passen. Keuzevrijheid is een belangrijke te honoreren norm geworden. Met namen in het personen- en familierecht leidt dit tot vragen, zeker ook gezien het openbare orde-karakter van dit rechtsgebied. Anders dan vroeger kan het huwelijk niet meer als centraal referentiepunt dienen. Burgers willen zelf vormgeven aan hun relaties en verwachten dat het privaatrecht daarvoor ruimte biedt. Dezelfde verwachting bestaat ten aanzien van het naamrecht, de adoptie en de erkenning.

Een tweede gegeven is de normatieve fragmentarisering. Deze houdt in dat als gevolg van het cultureel pluriforme karakter van de huidige Nederlandse samenleving min of meer eenduidige morele principes ontbreken die een richtsnoer kunnen vormen.

Deze individualisering en normatieve fragmentarisering nopen derhalve tot een (continue) herbezinning op de arrangementen die het privaatrecht aanreikt aan mensen ter regeling van hun onderlinge verhoudingen.

Globalisering en Europeanisering

De economische vervlechting heeft tot gevolg dat de inrichting van het Nederlandse vermogensrecht en burgerlijk procesrecht aanzienlijke economische gevolgen heeft. De

¹ Zie Asser-Vranken **, 1995, nrs. 118-130. Als derde aspect onderscheidt Vranken de grensfunctie (nr. 130).

Nederlandse economie is erbij gebaat dat het Nederlandse recht aantrekkelijk blijft in de ogen van buitenlandse bedrijven. Indien in buitenlandse bestuurskamers de indruk mocht postvatten dat het Nederlandse recht onvoorspelbaar is door vage normen of doordat rechters zich een aanzienlijke discretionaire bevoegdheden toeëigenen, leidt ertoe dat partijen de toepasselijkheid van Nederlands recht op hun rechtsverhouding zullen trachten te vermijden. Datzelfde geldt wanneer de Nederlandse rechtsbedeling als traag of onvoorspelbaar wordt gezien.

Het enkele feit dat het Nederlandse privaatrecht afwijkend is, kan al beslissend zijn. Globalisering geeft derhalve onder meer aanleiding tot de vraag hoe wenselijk een bepaalde regel is als mocht blijken dat Nederland daarmee een unieke positie inneemt. Het is mede tegen deze achtergrond dat in het rechtspersonenrecht de keuze is gemaakt voor een ‘two tier board’ van rechtspersonen. In het vermogensrecht speelt eenzelfde vraag met betrekking tot de precontractuele aansprakelijkheid voor afgebroken onderhandelingen.

Privaatrecht wordt steeds minder louter nationaal. Zo oefent Europese regelgeving grote invloed uit op het privaatrecht via Richtlijnen en Verordeningen. Ook via harmonisatieprojecten als het DCFR en rechtsvergelijking zijn relevant voor de gedachtevorming over nationaal privaatrecht.

Recht als proces

Als laatste ontwikkeling kan worden genoemd een veranderde opvatting over de rechter en het recht. Deze andere perceptie houdt in dat recht een gebruiksvoorwerp is. De uitspraak van een rechter en juridische processen (bijvoorbeeld ‘ketens’ van notarissen en Kadaster) in het algemeen worden beoordeeld op hun bruikbaarheid en efficiëntie. Als toetsingscriterium geldt daarbij in veel mindere mate de strikt juridische juistheid of consistentie daarvan. Deze ontwikkeling is in belangrijke mate het gevolg van de toenemende digitalisering van de samenleving waardoor juridische processen enerzijds gemakkelijker kunnen laten verlopen, maar anderzijds ook weer nieuwe problemen van praktische en juridische aard oproepen.

Dit alles heeft niet alleen gevolgen voor de wijze waarop de ‘afnemers/eindgebruikers’ naar juridische processen kijken, maar geeft ook kleur aan de brillenglazen waardoor de wetgever, rechters en andere actoren zoals notarissen daarnaar kijken. Wetenschappers die een bijdrage willen leveren aan de praktijk doen er dan ook goed aan om het recht vanuit hetzelfde perspectief te analyseren.

2. Onderzoeksvraag en methodologie

De algemene onderzoeksvraag van dit programma is tweeledig en luidt:

- (1) In hoeverre is het Nederlandse en Europese privaatrecht hanteerbaar voor elk van de actoren die daarmee in aanraking komt (bedrijven, natuurlijke personen, advocaten en rechters, de overheid als beleidsmaker)? In dit kader wordt uiteraard ook het begrip ‘hanteerbaar’ geproblematiseerd.
- (2) Voor zover de hanteerbaarheid te wensen overlaat:
 - a. hoe kan deze worden verbeterd? en
 - b. wie dient daarvoor zorg te dragen (nationale of Europese rechter of wetgever of op andere wijze, bijvoorbeeld door zelfregulering)?

Bij de beantwoording van deze probleemstelling op deelterreinen wordt van één veronderstelling uitgegaan die overigens zelf ook voorwerp van onderzoek is. Deze is dat

scherpte de belangrijkste factor is die de hanteerbaarheid van privaatrechtelijke normen bepaalt. De (te toetsen) veronderstelling is derhalve dat een gezichtpuntenbenadering op veel terreinen voor de meeste actoren als suboptimaal wordt ervaren.

Bij beantwoording van de onderzoeksvraag worden gegevens ontleend aan de volgende drie bronnen.

Rechtsvergelijkend onderzoek

Dit zal een belangrijke rol spelen. In de buitenlandse rechtspraak geteste oplossingen kunnen waardevolle alternatieven bieden voor hier te lande gekozen oplossingen.

Rechtsvergelijkend onderzoek kan alternatieve en/of beter hanteerbare oplossingen aanreiken voor een in Nederland gesignaleerd probleem.

Rechtsbeginselen

Een hanteerbaarheidsprobleem kan het gevolg zijn van onduidelijkheid omtrent het aan bepaalde regels ten grondslag liggende beginselen. Het verschaffen van duidelijkheid over funderende beginselen heeft dus oplossend vermogen. Een funderend beginsel kan soms worden gevonden, maar in de meeste gevallen is het in meer of mindere mate een constructie. Dat doet zich met name voor in gevallen waarin een nieuw probleem of een nieuwe ontwikkeling (denk aan internet) de bestaande regels uitdaagt. Omdat de wetgever de nieuwe ontwikkeling bij de totstandkoming van die regels niet heeft kunnen voorzien, valt uit het recht geen oplossing te deduceren langs logische weg. De oplossing impliceert daarmee een normatieve keuze waarbij naast meer op gevolgen georiënteerde gezichtspunten (efficiëntie, effectiviteit) normatieve uitgangspunten een grote rol spelen. Rechtsbeginselen kunnen op dat vlak een richting aanwijzen of, waar dat niet het geval is, in elk geval duidelijk maken welke principiële belangen in het geding zijn. Bij deze constructie van funderende beginselen kan rechtshistorisch onderzoek waardevolle aanknopingspunten bieden.²

Informatie uit de Nederlandse rechtspraak

(i) Allereerst kan uit jurisprudentieonderzoek blijken van een hanteerbaarheidsprobleem. Een veelheid van rechtspraak of tegenstrijdige uitspraken kunnen daarop duiden.

(ii) Ten tweede kan daarvan blijken uit vragen in de Tweede Kamer of aandacht in de media.

(iii) Waar dat wenselijk is, kan via interviews en/of enquêtes een meer volledig overzicht worden verkregen in de binnen een bepaalde groep bestaande opvattingen. Verder hebben de aan dit onderzoeksprogramma verbonden hoogleraren praktijkervaring, bekleeden zij nevenfuncties naast hun aanstelling als hoogleraar, geven zij cursussen en advies en onderhouden zij ook los daarvan veelvuldig contact met de praktijk. Via al deze kanalen kunnen zij kennis krijgen van hanteerbaarheidsproblemen en zijn zij in staat zich bij het vermoeden van dit probleem te laten informeren.

3. Operationalisering

Om te stimuleren dat de verschillende participerende specialismen samenwerken, is gekozen voor een thematische opzet.

Communicatie

Communicatie speelt een belangrijke rol in het privaatrecht. Zo is een gepaste verstrekking en uitwisseling van informatie in het contractenrecht van groot belang. Dat betreft bijvoorbeeld de ingebrekestelling en de op basis van Europese voorschriften geldende informatieplichten.

² Vgl. J. Gordley, *Foundations of Private Law*, Oxford University Press: Oxford 2006.

En dat laatste type voorschriften is ook een van de wijzen waarop communicatieplichten in het aansprakelijkheidsrecht aan de orde kunnen zijn.

Modernisering

Voortschrijdende digitalisering en automatisering van de maatschappij openen perspectieven op nieuwe (toepassingsmogelijkheden van bestaande) rechtsfiguren in het vermogensrecht. Veranderende maatschappelijke structuren, in het bijzonder schaalvergroting en internationalisering, stellen nieuwe eisen aan bestaande rechtsfiguren. Dit alles stelt ons voor nieuwe uitdagingen en leidt tot nieuwe vragen over traditionele figuren als pandrecht, hypotheek en executieveilingen. Tevens nopen de genoemde ontwikkelingen tot een heroverweging van de plaats, organisatie en functie van centrale actoren als het Kadaster en de notaris of banken en curatoren.

Rechtsverwezenlijking

Dit deel van het programma betreft de hanteerbaarheid van juridische procedures en juridische werkprocessen. Bezien wordt of en hoe rechtzoekenden en rechthebbenden op een hanteerbare wijze krijgen waar zij recht op hebben. Hoe kunnen bijvoorbeeld juridische werkprocessen, zoals bij of door een notaris, efficiënt en hanteerbaar worden vormgegeven? Bevatten bijvoorbeeld civiele procedures belemmeringen voor hanteerbare effectuering van rechtvaardige aanspraken? In hoeverre biedt bijvoorbeeld *mediation* een passend alternatief?

Rechtsbeginselen

Het vaststellen van de rechtsbeginselen die het Nederlandse vermogensrecht nu juist niet afwijkend of uniek maken, maar in overeenstemming doen zijn met andere privaatrechtsstelsels, kan bijdragen aan het vergroten van de voorspelbaarheid van de toepassing van het Nederlandse recht in buitenlandse ogen. Toepassing van het Nederlandse recht blijft dan aantrekkelijk voor buitenlandse bedrijven. Romeinsrechtelijk onderzoek op het gebied van het vermogensrecht (te denken valt onder meer aan de ingebrekestelling en risico-aansprakelijkheden) kan op die manier bijdragen aan de hanteerbaarheid van het Nederlandse privaatrecht.

4. Wetenschappelijke publicaties

De binnen dit programma gegenereerde wetenschappelijke bevindingen zullen worden gepubliceerd in nationale en internationale wetenschappelijke tijdschriften en in boeken.

Wat betreft internationale publicaties verdient opmerking dat een verdedigde oplossing voor een Nederlands hanteerbaarheidsprobleem om verschillende redenen voor het voetlicht van het internationale forum moet worden gebracht.

- (i) Dit kan waardevol zijn voor juristen uit landen met een vergelijkbare sociaal-economische structuur die met dezelfde problemen kampen.
- (ii) Ter voorkoming of correctie van onjuiste veronderstellingen over het Nederlandse privaatrecht.
- (iii) Waar verschillen bestaan tussen het Nederlandse recht en de ons omringende rechtsstelsels kan – met name in het kader van de ontwikkeling van het Europees Privaatrecht – worden getracht buitenlandse collega's te overtuigen van de Nederlandse oplossing.
