

Tilburg University

Privaatrechtelijke rechtsvorming, regulering en wetenschap 0.13

Mak, Vanessa; van Gestel, Rob; Loth, Marc

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2016

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Mak, V., van Gestel, R., & Loth, M. (2016). Privaatrechtelijke rechtsvorming, regulering en wetenschap 0.13. *Nederlands Juristenblad*, 2016(28), 1962-1969.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Privaatrechtelijke rechtsvorming, regulering en wetenschap 0.13

Rob van Gestel, Marc Loth & Vanessa Mak¹

Er is waarschijnlijk geen zichzelf respecterend departement privaatrecht in Europa te vinden dat zich niet bezighoudt met de toenemende – vaak subtiele – meergelaagdheid van het privaatrecht en de problemen die dat met zich brengt. Waar veel minder aandacht voor bestaat is wat deze veranderingen precies betekenen voor de methode waarmee zowel rechters, wetgevers en andere regelgevers, alsook rechtswetenschappers hun bijdrage leveren aan de beantwoording van rechtsvragen in een moderne meerlagige rechtsorde. Juist hierop wil het nieuwe Tilburg Institute for Private Law (TIP) zich de komende jaren gaan richten. Met dit artikel wil men aantonen hoe belangrijk en uitdagend dit kan zijn. De bijdrage eindigt met een onderzoeksagenda en een oproep aan collega-privatisten elders om mee te denken.

1. Nieuwe uitdagingen voor het privaatrecht

Het privaatrechtelijk onderzoek staat op een kruispunt.² Ook in het wetenschappelijke verkeer betekent het naderen van zo'n kruispunt dat degenen die aan het stuur zitten richting moeten kiezen. Welke kant willen zij op? Stilstaan is geen optie, omdat de belangrijkste opdracht voor iedere wetenschappelijke discipline nu eenmaal is om nieuwe kennis te genereren op het betreffende vakgebied.³ Dat vooruitgang nodig is in het privaatrecht, zegt evenwel nog niets over de koers die gekozen wordt. Blijven we bijvoorbeeld als discipline vooral de rechtspraktijk volgen of willen we daar juist meer afstand van nemen om tot grotere theoretische hoogtes te stijgen? Blijven we de scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht als een baken hanteren om de verantwoordelijkheden van overheden en burgers op zijn minst te kunnen onderscheiden of gaan we er vanuit dat dit steeds minder mogelijk is in een participatiesamenleving waar burgers en bedrijven worden ingeschakeld bij wat we voorheen typisch publieke diensten of nutsvoorzieningen noemden?⁴ Is bovendien bij de bestudering van het privaatrecht, de nationale invalshoek nog steeds het uitgangspunt of moeten wij typisch privaatrechtelijke vragen op het gebied van eigendom, contracten, aansprakelijkheid voor schade, enz. steeds meer vanuit een Europese en internationale invalshoek gaan bekijken?⁵ Deze vragen zijn actueel omdat de aard van veel problemen waarvoor het privaatrecht tegenwoordig mede een oplossing poogt te bieden wezenlijk is

veranderd, al dan niet als gevolg van technologische innovatie.

Denk slechts aan de problemen van de 'sharing economy' of 'access economy', waarbij vaak transnationale online netwerken en marktplaatsen de waarde van onderbenutte goederen en diensten ontsluiten door vraag en aanbod direct bij elkaar te brengen zonder dat daarvoor traditionele en institutionele tussenpersonen nodig zijn.⁶ Voorbeelden zijn het onderling lenen en huren van gereedschap via Peerby, zonder tussenkomst van een bouwmarkt, het huren van een kamer via Airbnb zonder tussenkomst van een hotel, of het afnemen van een autorit via Uber, zonder tussenkomst van een taxicentrale. Hieraan zijn vaak ook nieuwe systemen van kwaliteitsbewaking (denk aan online rating en certificeringssystemen, waarbij klanten of peers de diensten van aanbieders beoordelen) en geschillenbeslechting gekoppeld (bijvoorbeeld klachten over nepbeoordelingen die een aanbieder in een kwaad daglicht stellen om de prijs te beïnvloeden of de concurrentie te beperken) die echter lang niet altijd optimaal functioneren, waardoor o.a. de vraag opkomt: door wie en hoe kunnen consumenten effectief juridisch beschermd worden en wie is verantwoordelijk voor de kwaliteit van het product of de dienst: de aanbieder indien vastgesteld kan worden wie dat is, de architect achter het netwerk of de online marktplaats of de overheid die onvoldoende toezicht houdt of ...?

Er is waarschijnlijk geen zichzelf respecterend departement

tement privaatrecht in Europa te vinden dat zich niet bezighoudt met de toenemende – vaak subtiele – meergelaagdheid van het privaatrecht en de problemen die dat met zich brengt.⁷ Waar helaas veel minder aandacht voor bestaat is wat deze veranderingen precies betekenen voor de methode waarmee zowel rechters, wetgevers en andere regelgevers, alsook rechtswetenschappers hun bijdrage leveren aan de beantwoording van rechtsvragen in een moderne meerlagige rechtsorde. Juist hierop wil het nieuwe Tilburg Institute for Private Law (TIP) zich de komende jaren gaan richten.⁸ In het navolgende geven we hiervan op elk van de drie pijlers voorbeelden om aan te tonen hoe belangrijk en uitdagend dit kan zijn. We besluiten deze bijdrage met een onderzoeksagenda en een oproep aan collega-privatisten elders om met ons mee te denken.

2. Methoden als invalshoek

De drie thema's die we hierna bespreken zijn: rechterlijke dialogen, private regelgeving en de gevolgen die dit heeft voor methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek. Ten aanzien van dit laatste onderdeel zullen wij betogen dat het niet alleen zaak is om leentjebuurt te spelen bij de sociale wetenschappen, maar vooral ook om als discipline zelf na te denken over wat voor type methodische kennis er nodig is binnen het privaatrecht en hoe deze beter verankerd kan worden in onderwijs en onderzoek. De hedendaagse wetenschappelijke bestudering van privaatrecht vormt een kruispunt waarbij verschillende methodes elkaar ontmoeten: de interpretatieve methode, de normatieve methode en de empirische methode.⁹ De kunst is evenwel te bepalen wanneer en hoe rechters, regelgevers en rechtswetenschappers welke mix van methoden in moeten zetten om te komen tot betrouwbare antwoorden op de privaatrechtelijke vragen van deze tijd.

3. Rechterlijke dialogen

Vranken schreef eerder met betrekking tot de rechtsvorming door de Hoge Raad dat deze 'meer en meer plaatsvindt in netwerken van rechtsontwikkeling die niet noodzakelijk institutioneel, grondwettelijk, hiërarchisch of in

een systeem van checks and balances verankerd zijn, maar vaak los-vast gevormd zijn met het oog op concrete onderwerpen.'¹⁰ Deze typering geldt niet enkel voor hoogste nationale rechters, maar in toenemende mate voor de gehele rechterlijke macht. Ook 'lagere' rechters doen tegenwoordig aan rechtsvorming, zoals o.a. het *Urgenda*-vonnis van de Haagse rechtbank nog niet zo lang geleden heeft laten zien.

Bijzonder aan die zaak was niet zozeer dat de rechtbank opdracht gaf tot het nemen van verdergaande emissiereductiemaatregelen op het gebied van CO₂ uitstoot, maar dat de rechter daartoe zelf een rechtsnorm construeerde waarbij de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm als neergelegd in artikel 6:162 BW in te kleuren met gebruikmaking van de criteria uit het *Kelderluik*-arrest, daarbij gebruikmakend van een amalgaam aan verdragsverplichtingen, EU-regelgeving, rechtsbeginselen en beleidsafspraken. Het vonnis deed veel stof opwaaien, omdat de rechtbank volgens sommigen ten onrechte op de stoel van de wetgever plaats nam, terwijl anderen juist benadrukten dat het de verantwoordelijkheid van de rechter is om knopen door te hakken wanneer regering en parlement er maar steeds niet in slagen eerder afgesproken klimaatdoelstellingen te behalen.¹¹

Het *Urgenda*-vonnis illustreert dat de meergelaagdheid van het privaatrecht ingrijpende gevolgen heeft voor zowel de wijze waarop de rechter aan rechtsvorming doet, als voor de wijze waarop wij in de privaatrechtswetenschap rechterlijke beslissingen bestuderen. Over beide hierna een enkel woord.

3.1. Rechterlijke rechtsvorming

Hoewel de privaatrechtswetenschap een rijke traditie kent op het gebied van de rechtsvinding,¹² laat die traditie ons in de steek waar het gaat om het rekening houden met de effecten van globalisering. Wat de Haagse rechtbank in bovenstaand vonnis demonstreert kan qua werkwijze niet in de gangbare categorieën worden gevat. De contextuele constructie van een rechtsnorm op basis van een amalgaam van rechtsbronnen van uiteenlopende herkomst is

Auteurs

1. Prof. dr. R.A.J. van Gestel, prof. mr. M.A. Loth en prof. dr. V. Mak zijn allen hoogleraar aan Tilburg Law School.

Noten

2. W. van Boom, 'Empirisch privaatrecht: Enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *Tijdschrift voor Privaatrecht TPR* 2013/1, p. 7-84.
3. Zie daarover ook: J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht: wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang*, Den Haag: BJu 2006.
4. Denk slechts aan de opwekking en (door)verkoop van groene energie door particulieren ('prosumers'), aan de aanleg van glasvezelnetwerken voor telefonie, televisie, internet en ander dataverkeer door coöpe-

raties of aan opvang van vluchtelingen met behulp van de inschakeling van private ondernemingen (campingeigenaren, hotels, bedrijfsgebouwen, enz.).
5. Dat is iets meer en iets anders dan bij zaken die bijvoorbeeld voor de Nederlandse rechter komen onderzoeken of er ook Europese wetgeving of jurisprudentie op van toepassing is. Het vergt bijvoorbeeld ook dat we meer systematisch nadenken over door wie (wetgever, rechter, private regelgevers) en op welk niveau: lokaal, regionaal, nationaal, Europees, internationaal privaatrechtelijke vraagstukken het best geregeld kunnen worden en op welke wijze de nationale rechter invloed kan uitoefenen op buitenlandse of supranationale rechtscolleges.
6. Voor een inleiding: S.H. Ranchordas, 'Regels voor de digitale deeleconomie,

oftewel "uber-regulering"', *RegelMaat* 2016 (31) 2, p. 102-116.

7. Een van de beste inleidingen op het gebied van de relevantie van de meerlagigheid van de rechtsorde voor het privaatrecht vormt: W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later: privaatrecht en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010.
8. Zie het onderzoeksprogramma op: www.tilburguniversity.edu/research/institutes-and-research-groups/tip/.

9. Zie ook Van Boom supra noot 1, die spreekt van een 'kruispuntwetenschap'.
10. J.B.M. Vranken, 'Taken van de Hoge Raad en zijn parket in 2025', in: T.F.E. Tjong Tjin Tai, R.A.J. van Gestel & J.J.A. Braspenning (red.), *Cirkel. Een rondgang door het werk van Jan Vranken*, Deventer: Kluwer

2013, p. 299.

11. Vergelijk de discussie in het NJB tussen R. Schutgens, 'Urgenda en de trias: Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het gerucht makend klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015/1675, afl. 33, p. 2276-2277 en L. Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonnis: Rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste', *NJB* 2015/1676, afl. 33, p. 2278-2288 vs. R. van Gestel & M.A. Loth, 'Urgenda, roetkeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJB* 2015/1849, afl. 37, p. 2598-2605.

12. Denk slechts aan het eerste *Algemeen Deel van het privaatrecht* van Paul Scholten uit 1936. Zie voor een overzicht van de literatuur over de laatste eeuw ook H. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding*, Oisterwijk: Wolf legal publishers 2014.



Aardlagen © Grietje Nieuwhof

namelijk van een andere orde dan de interpretatie van een rechtsregel of de opvulling van een leemte in de wet binnen één rechtsorde. In een dergelijke situatie wordt de rechter immers geconfronteerd met bronnen die uiteenlopen in herkomst, bindende kracht, context en strekking. Om te kunnen voldoen aan eisen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid heeft de rechter maar één mogelijkheid, en dat is zelf de norm construeren die recht doet aan deze verscheidenheid aan rechtsbronnen en geschikt is voor toepassing in het voorliggende geval.

Rechtsvinding 3.0 kent een extra dimensie door de veelheid aan bronnen van diverse herkomst en uiteenlopende juridische status en wordt daarom gekenmerkt door grotere onzekerheid

Elders hebben wij dat 'rechtsvinding 3.0' genoemd, ter onderscheiding van rechtsvinding door de uitleg van regels (rechtsvinding 1.0) en rechtsvinding in de vorm van het vullen van leemten aan de hand van beginselen (rechtsvinding 2.0).¹³ Rechtsvinding 3.0 kent een extra

dimensie door de veelheid aan bronnen van diverse herkomst en uiteenlopende juridische status en wordt daarom gekenmerkt door grotere onzekerheid. Tegelijkertijd wordt die onzekerheid gedeeltelijk gecompenseerd door de relevantie van een nieuwe rechtsbron; de oordelen van buitenlandse rechters. Het *Urgenda*-vonnis van de Haagse rechtbank heeft ook internationaal de aandacht getrokken, en met reden. De omstandigheid dat buitenlandse rechters in vergelijkbare zaken in belangrijke mate met dezelfde rechtsbronnen worden geconfronteerd, verleent deze uitspraak reflexwerking. We zagen reeds kort na het *Urgenda*-vonnis dat de redenering van de Haagse rechtbank een inspiratiebron vormde voor procespartijen in andere landen om klimaatproblemen via de burgerlijke rechter aan de kaak te stellen.¹⁴ Dit betekent ook, dat zelfs wanneer het *Urgenda*-vonnis in hoger beroep of cassatie geen stand zou houden, het niettemin door kan werken in de buitenlandse rechtspraak en op die manier op termijn uiteindelijk ook weer terug op de agenda kan komen in eigen land.

3.2. Privaatrechtwetenschap

Wie zich bij de bestudering van rechtspraak in een meer-gelaagde rechtsorde vandaag de dag beperkt tot een enkele nationale uitspraak in de context van een bepaald leerstuk, ziet mogelijk een belangrijke dimensie over het hoofd, namelijk dat deze uitspraak deel kan uitmaken van een grensoverschrijdend debat tussen gerechten van verschillende herkomst en niveau.¹⁵ We weten natuurlijk al dat de rechtspraak van de Hoge Raad niet kan worden begrepen zonder grondige kennis van die van het EHRM en het HvJ EU, maar dat is iets anders dan deze te zien als

onderdeel van een dialoog tussen en met deze supranationale rechtscolleges die tegelijkertijd mede wordt gevoed door buitenlandse rechters.

Rechterlijke dialogen staan daarom niet voor niets in de wetenschappelijke belangstelling. Omdat daarbij verschillende perspectieven kunnen worden gehanteerd nemen de complexiteit en de variëteit van de analyse evenredig toe. Tegen de achtergrond van de literatuur over rechtsvorming door de Hoge Raad kan men dit college centraal stellen en zijn stijl van communicatie onderzoeken, bijvoorbeeld met het EHRM, het HvJ EU, of andere hoogste nationale rechters. Natuurlijk kan men ook het EHRM en/of het HvJ EU als uitgangspunt nemen en bezien op welke wijze andere hoogste rechters communiceren met deze supranationale rechters, waarbij het tevens interessant kan zijn te bestuderen of het karakter van het nationale rechtscollege van invloed is op hoe de dialoog zich voltrekt; maakt het bijvoorbeeld iets uit of het om een constitutionele rechter gaat, die gewend is met politiek beladen onderwerpen om te gaan, of om een cassatierechter die richting probeert te geven aan de rechtsbescherming in civiele, bestuursrechtelijke of strafrechtelijke zaken?

3.3. Conceptuele helderheid: wat betekent een 'rechterlijke dialoog'?

Meer conceptuele helderheid is vereist over wat we in dit verband onder een dialoog verstaan, en welke vormen kunnen worden onderscheiden. Het begrip van een rechterlijke dialoog is afgeleid uit dat van een constitutionele dialoog tussen wetgever en rechter.¹⁶ In die context dient het om compensatie te bieden aan een vermeend democratisch tekort dat kleeft aan rechtsvorming door de rechter omdat deze niet is gekozen maar is benoemd.¹⁷ Een voortdurende interactie met de wetgever zou dit democratische tekort ('the countermajoritarian difficulty') in zekere zin op kunnen vangen, bijvoorbeeld doordat de rechter de wetgever op termijn stelt om een oplossing te bieden voor een bepaald conflict. De consequentie daarvan is dat wanneer de wetgever niet tijdig in actie komt, de rechter zich meer gelegitimeerd zal achten zelf rechtsvormend op te treden, waarbij het vervolgens aan de wetgever is om te bepalen in hoeverre deze bereid en in staat is om deze jurisprudentie te overrulen. Op deze manier ontstaat een dialoog waarbij verschillende rechtsvormende instituties elkaar controleren, aanvullen en corrigeren.

Een goed voorbeeld is de zaak-Aziz. Deze handelde over een Marokkaanse staatsburger die in Spanje werkte en aldaar in juli 2007 een hypothecaire lening aanging

voor € 138 000. Mohamed Aziz verdiende maandelijks € 1341,67 en moest zijn lening in 396 maandelijkse termijn van € 701,40 terugbetalen. Tot mei 2008 ging het goed, maar vanaf dat moment slaagt Aziz er even niet meer in zijn maandelijkse schuld te voldoen en wordt – op het hoogtepunt van de kredietcrisis – een uitwinningprocedure tegen hem gestart door de bank. Op de openbare verkoop van zijn woning worden geen biedingen gedaan, hetgeen volgens de Spaanse wet de bank het recht geeft de eigendom te verkrijgen voor 50% van de oorspronkelijke waarde. Hierna blijft een restschuld voor Aziz over van ruim € 40 000 voor rente en door de bank gemaakte kosten. Begin 2011 wordt Aziz uit zijn woning gezet, hoewel hij kort daarvoor bij de handelsrechtbank in Barcelona een verzoek had ingediend om het beding uit de hypothecaire lening waardoor de bank niet alleen tot hypothecaire uitwinning kon overgaan, nietig te verklaren vanwege het onredelijk bezwarende karakter. De onredelijkheid zou volgens de Spaanse rechter o.a. schuilen in de mogelijkheid van vervroegde beëindiging van een duurovereenkomst met een looptijd van 33 jaar wegens niet-nakoming tijdens een zeer beperkte periode, de vaststelling van een moratoire rente van meer dan 18% die geenszins correspondeert met de criteria voor moratoire rente in consumentenovereenkomsten en het verwijzen van de schuldenaar voor verzet tegen de uitwinning naar een declaratoire procedure waarin op het tijdstip van de eindbeslissing de uitwinning reeds zal zijn afgehandeld waarbij hij het tot zekerheid gestelde goed (de woning) reeds heeft verloren, terwijl de uitwinning eveneens leidt tot accute uitzetting uit het onroerend goed.

Het HvJ EU beslist op 14 maart 2013 dat het Spaanse civiele procesrecht in strijd is met EU recht,¹⁸ aangezien er geen mogelijkheid was voor de nationale rechter om de uitwinningprocedure te schorsen tijdens de procedure tot vaststelling of sprake is van een onredelijk bezwarend beding. Hierdoor konden mensen als Mohamed Aziz alleen achteraf een schadevergoeding verkrijgen. Deze schadevergoedingsmogelijkheid zou een ontoereikend middel zijn om een einde te maken aan het gebruik van dergelijke bedingen in strijd met Richtlijn 93/13/EEG. Volgens het Hof geldt dit temeer nu het hier gaat om de woning van de gelaedeerde en zijn gezin en schadevergoeding niet kan voorkomen dat diens woning definitief verloren gaat. Hierbij lijkt sprake van 'hidden constitutionalisation',¹⁹ omdat hoewel het HvJ EU niet uitdrukkelijk verwijst naar de artikel 7 (recht op gezinsleven) en artikel 34 lid 3 (recht op bijstand voor o.a. huisvesting) uit het Handvest voor de grondrechten, terwijl alles erop wijst dat

13. Van Gestel & Loth supra noot 11.

14. O.a. in België: <http://klimaatzaak.eu/nl/>. Zie voor de mogelijke implicaties voor de VS en Australië: R. McKinstry jr., 'Potential implications for the United States of the Urgenda Foundation v. Netherlands decision holding that the UNFCCC and international decisions required developed nations to reduce emissions by 25% from 1990 level by 2020', *SSRN working paper*, juli 2015 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2632726 en S. Higginson, 'Global focus: Climate change litigation: Landmark Dutch ruling raises questions for Australia', *LSJ: Law Society of NSW Journal*, september 2015, vol. 2, nr. 8, p. 22-23: <http://search.informit.com.au/documentSummary;dn=446748249302334;res=IELHSS>.

15. M.A. Loth, *De Hoge Raad in dialoog: Over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde* (oratie Tilburg), 2014.

16. Zie daarover o.a. P.W. Hogg & A.A.

Bushell, 'The Charter dialogue between courts and legislatures', *Osgoode Hall Law Journal* 1997, vol. 25, p. 75-124; L. Tremblay, 'The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures', *Int J Constitutional Law*, 2005, vol. 3 (4), p. 617-648.

17. Dit argument is ook in de *Urgenda*-zaak aangevoerd.

18. HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11 (*Aziz/Catalunyacaixa*).

19. Zie: H. Micklitz, 'Mohamed Aziz – sympathetic and activist, but did the Court get it wrong?', in: A. Sodersten, & J.H.H. Weiler, (eds), *Where the Court gets it wrong*, forthcoming. Tekst beschikbaar via: www.ecln.net/tl_files/ECLN/Florence%202013/Micklitz%20-%20The%20ECJ%20gets%20it%20wrong%20Aziz-30-11-14.pdf.

Het punt van de tekortschietende rechtsbescherming voor de consument is nadrukkelijk opgebracht door de verwijzende Spaanse rechter

dit wel een rol heeft gespeeld bij de keuze van het HvJ EU om strijd met EU-recht aan te nemen. In de nasleep van de *Aziz*-zaak heeft A-G Wahl bijvoorbeeld verdedigd dat Richtlijn 93/13 in het licht van het recht op gezinsleven moet worden uitgelegd waardoor de proportionaliteit van een uitwinningprocedure die tot woningverlies leidt, vooraf moet kunnen worden getoetst door een onafhankelijke rechter.²⁰

Het punt van de tekortschietende rechtsbescherming voor de consument is nadrukkelijk opgebracht door de verwijzende Spaanse rechter. Deze is inmiddels beroemd in eigen land, omdat zijn verwijzing van de zaak naar het HvJ EU wordt gezien als een duidelijke kritiek op het disfunctioneren van de nationale hypotheekmarkt en als een directe aanleiding voor de herziening van het civiele procesrecht in Spanje. De Spaanse rechter kon een dergelijke stelselherziening echter louter bewerkstelligen door een signaal af te geven aan het HvJ EU dat hier sprake was van een onredelijk bezwarend beding in de hypotheekovereenkomst dat bovendien bepaald niet op zichzelf stond.²¹ Het HvJ EU pikte dat signaal vervolgens op en bood de nationale rechter de mogelijkheid tot ingrijpen.

3.4. Machtsspel of onvolwassen co-actorship?

Het optreden van de Spaanse handelsrechtbank maakt ons ervan bewust dat rechterlijke dialogen geen vrijblijvende aangelegenheid zijn, maar een manier om de rechtsvorming van partners in de dialoog te beïnvloeden. Daarmee krijgen rechterlijke dialogen een strategische betekenis. Aanvankelijk was de literatuur verdeeld over de vraag of de interactie tussen de hoogste nationale en de supranationale gerechten als een op samenwerking gerichte dialoog moet worden beschouwd, of meer als een vorm van strategische 'oorlogvoering'. Inmiddels leeft het inzicht dat het vaak beide is; binnen de door de gerechten als 'cooperative relationship' getypeerde relatie bestaat ook voor de nationale rechter ruimte voor strategische beïnvloeding van het HvJ EU.²²

Deze interactie vertoont soms gelijkenis met een 'chicken-game'; wie knippert bij het rechtstreeks op elkaar aankoersen het eerst met de ogen? Sommige wetenschappers maken dan ook gebruik van de speltheorie om de geobserveerde interactiepatronen te verklaren. Zo is de interactie tussen het BVerfG en het HvJ EU in dit verband wel vergeleken met dat van de supermachten tijdens de Koude Oorlog. Beide partijen hebben er belang bij om niet als eerste toe te geven. Geen van beide heeft belang bij een 'mutually assured destruction'. De zaak over het besluit van de ECB vormt een treffend voorbeeld omdat de beide hoven in die zaak op ramkoers liggen. In de verwijzingsbeslissing had het BVerfG geoordeeld dat dit besluit in strijd is met het Unierecht. Vervolgens oordeelde het HvJ EU dat het besluit van de ECB naar zijn oordeel wel degelijk verenigbaar is met het Unierecht. De zaak ligt

na verwijzing nu weer bij het BVerfG en de vraag is natuurlijk: blijft dat bij zijn initiële oordeel, kiest het eieren voor zijn geld, of vindt het een andere uitweg om een aanvaring te voorkomen?

Minstens zo vaak lijkt in de praktijk bij verwijzingen door nationale rechters in het kader van de prejudiciële procedure geen sprake van een machtsstrijd tussen rechtscolleges, maar zijn nationale rechters – al dan niet in samenwerking met buitenlandse collega's – op zoek naar een werkbare oplossing voor een nijpend probleem waarvoor de wetgever geen uitkomst biedt en medewerking van het HvJ EU onontbeerlijk is (zoals in de *Aziz*-zaak). Qua methodologie dient niettemin beter nagedacht te worden over de vraag hoe nationale hoogste rechters duidelijke signalen kunnen afgeven aan het HvJ EU zodat die ook begrepen worden, terwijl het Hof op zijn beurt wellicht methoden dient te ontwikkelen om op een meer systematische wijze rekening te kunnen houden met de gevolgen van rechtsvormende uitspraken ('Folgenorientierung') voor het recht in de lidstaten opdat EU-recht daarin niet nodeloos verstorend werkt.

4. Private regelgeving

De meergelaagdheid van onze rechtsorde manifesteert zich ook in een sterke opkomst van transnationale private regulering naast overheidsregulering.²³ Bekend zijn de corporate social responsibility codes (CSR) die door multinationale ondernemingen in hun contracten met onderaannemers worden doorgegeven aan derden. Gedragscodes hebben binnen het privaatrecht inmiddels echter een veel bredere werking, zowel in B2B- als B2C-relaties. Denk bijvoorbeeld aan de codes voor SMS-serviceproviders, de code voor verzekeraars van personenschade of de vele codes voor adverteerders.²⁴

4.1. Niet alleen voordelen

Transnationale private regulering (TPR) gaat verder dan het bestaan van gedragscodes. Daarnaast zien we o.a.: convenanten, keurmerken, richtlijnen en certificeringsregelingen. In Europees verband wordt zelfs al gesproken over private standaardisatie van online dispute resolution services in plaats van of in aanvulling op publiekrechtelijke regelgeving.²⁵ Al deze regels hebben ten opzichte van wetgeving het voordeel dat ze vormvrij zijn, sneller tot stand kunnen komen en gemakkelijker aan te passen zijn aan veranderende economische of technologische omstandigheden, vaak beter aansluiten op het handelingsperspectief van betrokkenen in een bepaalde markt, en niet gebonden zijn aan statelijke grenzen of supranationale jurisdicties.²⁶

Spijtig is alleen dat de juridische problemen met TPR meestal pas boven komen drijven zodra er iets mis gaat. Wat als een bepaald deel van de markt afspraken omtrent private regels niet erkent of wanneer private afspraken de facto de mededinging beperken? Of wat geldt wanneer de

private regels niet worden nageleefd in de praktijk en het (overheids)toezicht tekortschiet? Steeds vaker zien we dat er dan ingewikkelde juridische vragen rijzen. Denk slechts aan de Fyra-treinen die niet bleken te deugen ondanks toezicht door de Inspectie Leefomgeving en Transport, die zich vervolgens beriep op certificering van de treinstellen door een private keuringsinstelling. Iets soortgelijks zagen we bij de lekkende PIP-borstimplantaten die industriële siliconen bevatten en tot aanzienlijke gezondheidsschade leidden. Toen de fabrikant van de implantaten vervolgens failliet bleek te zijn, ontstond er een discussie over de vraag of o.a. TÜV Rheinland, de private certificatie-instelling die het managementsysteem van de fabrikant onder de loep had genomen, niet aansprakelijk kon worden gehouden voor de ontstane schade.²⁷

Spijtig is alleen dat de juridische problemen met transnationale private regelgeving meestal pas boven komen drijven zodra er iets mis gaat

Deze laatste vraag is interessant, maar kan niet beantwoord worden zonder tevens oog te hebben voor wat een eventuele aansprakelijkheid van certificatie-instellingen betekent voor hun wijze van inspecteren. Gaan zij dan juist risicomijdend gedrag vertonen of veranderen ze van private serviceverleners in quasi-toezichthouders?

4.2. Balans tussen private regels en publieke voorschriften

Binnen de eigen rechtsorde moet vaak een zekere balans worden gevonden tussen private regelgeving en de beschermende normen uit overheidsregulering, doordat bijvoorbeeld via de rechter de geldigheid van private regels kan worden aangevochten. In een meergelaagde rechtsorde is die hiërarchie echter veel minder duidelijk

en is het nog maar de vraag of dwingend recht de gelding krijgt die het in het nationale systeem heeft. Een voorbeeld, terugkomend op de 'sharing economy', is de opkomst van Airbnb.²⁸ Dat wereldwijd opererende platform, is in korte tijd zeer populair geworden, niet alleen omdat het vaak goedkoper is, maar ook omdat het toeristen in staat stelt zich iets meer 'local' te voelen in een vreemde stad. Het systeem werkt in veel gevallen prima, maar toch zitten er nog juridische haken en ogen aan.

Airbnb is volgens de eigen contractvoorwaarden eigenlijk alleen verantwoordelijk voor de website waarmee huurder en verhuurder met elkaar in contact komen en voor het afhandelen van praktische zaken, zoals het vasthouden van de betaling totdat de huurder de sleutel van het appartement heeft ontvangen. Voor alle overige zaken wordt verwezen naar de overeenkomst tussen huurder en verhuurder.²⁹ Over de daarin opgenomen voorwaarden – bijvoorbeeld het afspreken van een tijdstip voor het oppikken van de sleutel, of de aanwezigheid van huisdieren – kunnen partijen zelf nadere afspraken maken. Indien een geschil ontstaat tussen huurder en verhuurder en zij zelf niet tot een oplossing komen, kunnen zij wel weer bij Airbnb terecht. Het platform biedt een 'online dispute resolution center' dat op grond van 'het beleid' van Airbnb een bindende oplossing geeft indien partijen zich tot dat center wenden.

4.3. ODR of burgerlijke rechter?

Een aantal zaken dat inmiddels de rechter heeft gehaald laat zien waar de zwakke punten zitten in online dispute resolution. Ten eerste is er, in de Airbnb casus, de vraag wie aansprakelijk kan worden gesteld indien schade ontstaat voor huurder of verhuurder. Aangezien Airbnb zich buiten de rechtsverhouding van huurder en verhuurder plaatst, zullen zij in eerste instantie bij elkaar moeten aankloppen voor een schadevergoeding. Gevallen waarin een claim werd ingesteld variëren van schade ontstaan doordat huurders een appartement in totale staat van vernieling achterlaten,³⁰ tot schadeclaims op grond van het overlijden van de huurder door gebrekkige veiligheid van het appartement.³¹

Mede als gevolg van druk vanuit de media heeft Airbnb intussen een gedeeltelijke verzekering voor de verhuurder en een set van veiligheidsregels ingevoerd. Dat zijn kleine tegemoetkomingen. De vraag is of niet meer verwacht mag worden. Huurders en verhuurders kiezen immers voor

20. Opinie van A-G Wahl bij C-482/12.

21. Daarover ook C. Mak, "Do justice" - Rechterlijke rechtsvorming in het Europees contractenrecht', Preadvies Jonge NJV 2014. Zie: <http://jongenjv.nl/wp-content/uploads/2014/11/Bijdrage-Mak-Bundel-Jonge-NJV-2014.pdf>.

22. Zie ook T. Tridimas, 'The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation, and Instability', *Oxford handbook of European Union law*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 403-430.

23. Zie ook J.M. Smits, 'Het privaatrecht van de toekomst', *Tijdschrift voor Privaat-*

recht TPR 2015/2, p. 517-547.

24. Vergelijk hierover de voor het eind van het jaar binnen TIP te verschijnen dissertatie van M. Menting (Tilburg) over de rol van gedragscodes in het privaatrecht.

25. C. Busch & S. Reinhold, 'Standardisation of Online Dispute Resolution Services: Towards a More Technological Approach', *Journal of European Consumer and Market Law EuCML*, 2015, iss. 1/2, p. 50-58.

26. Zie M. Scheltema, 'Transnationale private normen in het bestuursrecht', VAR preadvies 2016, Den Haag: BJu 2016, p. 87 e.v.

27. Zie voor een analyse B.J. van Leeuwen & P.W.J. Verbruggen, 'Europese regelgeving inzake medische hulpmiddelen: het PIP-schandaal, de Nieuwe Aanpak en consumentenbescherming', *Tijdschrift voor consumentenrecht en handelspraktijken TvC*, 2015/3, p. 111-120.

28. Voor een uitgebreidere bespreking, zie V. Mak, 'Private Law Perspectives on Platform Services. Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY', *Journal of European Consumer and Market Law EuCML* 2016, iss. 1/2, p. 19-25.

29. Zie: www.airbnb.nl/terms.

30. 'Airbnb: New Year's Eve disaster stories around the world', *The Guardian*, 7 januari 2016.

31. Zie <https://medium.com/matter/living-and-dying-on-airbnb-6bff8d600c04#.lqj7-b9yw>, waarin een Amerikaanse zaak wordt besproken waarin een huurder om het leven komt door een ongeval met een aan een boom bevestigde schommel. Ook wordt verwezen naar een incident waarbij een Canadese huurster overleed door koolmonoxidevergiftiging in een slecht onderhouden appartement in Japan.

dit platform boven andere, vergelijkbare websites omdat zij het 'merk' Airbnb aantrekkelijk vinden. Bovendien is de organisatie achter het platform dikwijls een betere partij om schade op te verhalen dan een particuliere wederpartij, omdat het bedrijf doorgaans 'deeper pockets' heeft. Airbnb plaatst zichzelf contractueel buiten de verhouding huurder-verhuurder, maar de vraag is of dat houdbaar is in het licht van haar positie als platform, bijvoorbeeld waar het gaat om schade aan de persoon of aan bezittingen, of inbreuken op grondrechten als privacy en non-discriminatie.

De geschilbeslechting bij Airbnb tussen huurder en verhuurder via het 'dispute resolution center' vindt ten slotte niet plaats op grond van een specifiek beleid en de uitkomst van geschillen wordt niet gepubliceerd.³² Voor de gemiddelde huurder of verhuurder zal om die reden niet transparant zijn op welke grond tot een bepaalde beslissing gekomen wordt, en welke uitkomsten te verwachten zijn, indien een geschil ontstaat. Hoewel in theorie de weg naar de rechter openstaat voor hen die online dispute resolution onbevredigend vinden, zullen veel gebruikers van Airbnb daartoe in de praktijk niet overgaan. De kosten van een procedure staan immers vaak niet in verhouding tot de schade.

4.4. Rechtsvorming via private regels

De vraag die transnationale private regelgeving oproept is in hoeverre het exclusieve schema van rechtsvorming door wetgever en rechter op termijn houdbaar is. Welke wetgever of rechter is immers gerechtigd om rechtsgevolgen te verlenen of te weigeren aan niet-statelijke (private) regels en welke 'rules of recognition' zouden daarop van toepassing moeten zijn? Maakt het daarbij bovendien nog uit of de gelding van de regels door partijen bestreden is?

Is het denkbaar dat transnationale private regels in toenemende mate gaan concurreren met publiekrechtelijke regelgeving doordat marktpartijen minder zwaar tillen aan de herkomst en juridische status van de regels en zich meer laten leiden door een kosten- en batenanalyse? Misschien is dat wel wat voorbeelden als Airbnb, Uber en Peerby, laten zien. Hoewel de private regels waarvan dit soort online platforms zich bedienen lang niet altijd duidelijk zijn en voor de online geschillenbeslechting hetzelfde geldt, lijkt hun succes deels te verklaren uit het feit dat de voordelen voor individuele consumenten dikwijls opwegen tegen de nadelen. Bij een enkele negatieve ervaring neemt men zijn verlies.

De problemen ontstaan vaak pas bij een opeenstapeling van systeemfouten die grote gevolgen blijken te kunnen hebben (zoals het voorbeeld van de PIP-borstimplantaten laat zien), waardoor consumenten op grote schaal gezondheidsschade bleken te hebben opgelopen door onzorgvuldigheid van de fabrikant, onduidelijke technische standaarden en tekortschietende private certificering. In dat soort gevallen blijkt ook de individuele rechtsbescherming vaak problematisch.

5. Methodologie van de rechtswetenschap

De vraag die nog weinig wordt gesteld, is: wat betekenen bovengenoemde veranderingen in de wijze van rechterlijke rechtsvorming en (private) regulering nu eigenlijk voor de manier waarop privatisten onderzoek doen? Dit geldt in dit geval zowel voor de rechterlijke rechtsvinding als de

rechtsvorming door private regelgevers.

Vranken heeft gewezen op het feit dat privatisten nog altijd te sterk het rolmodel van de rechter volgen in hun onderzoek en veelal dezelfde methoden toepassen.³³ Dat ligt zeker niet voor de hand bij onderzoek naar juridische dialogen tussen rechters onderling en tussen rechters en wetgever. Wanneer wij meer willen leren over hoe rechterlijke dialogen vorm en inhoud krijgen, dan zijn verschillende methoden noodzakelijk. In de eerste plaats is dogmatisch onderzoek nodig om de verschillende uitspraken en hun positie in de onderscheiden leerstukken te interpreteren. Voorts is comparatief onderzoek nodig om te analyseren hoe de verschillende dialogen vanuit en tussen verschillende rechtsordes worden gevoerd. Ten slotte is empirisch onderzoek nodig om te begrijpen hoe de betrokken rechters hun bijdrage en die van andere rechters aan de dialoog hebben bedoeld en begrepen. Meer rechtstheoretisch onderzoek kan nodig zijn om bijvoorbeeld meer inzicht te krijgen in hoe de bijdragen aan de dialogen afhankelijk zijn van die van de andere deelnemers.³⁴ Afhankelijk van de aard en diepgang van het onderzoek en de aard van de vraagstelling die daarin voorop staat, is een specifieke mix van deze methoden aangewezen.³⁵ De methode volgt het object, zo leert het adagium, maar kan bovendien in een andere context van kleur verschieten. Dogmatisch, comparatief en empirisch onderzoek in een meergelaagde rechtsorde is van andere aard dan in de traditionele context van het nationale recht.

Iets soortgelijks geldt mutatis mutandis voor private regelgeving. Uiteraard zijn ook privatisten niet onbekend

Wie het gedrag van consumenten, bedrijven, banken en andere actoren wil beïnvloeden zal dat gedrag moeten kennen

met regelgeving, maar tot op heden heeft de nadruk daarbij vooral gelegen op de wet als bron van codificatie en interpretatie. Regelgeving wordt daarbij pas relevant zodra deze er is en toegepast moet worden op het individuele geval. Bij private regelgeving is de vraag dikwijls veel meer: hoe kunnen de regels worden gebruikt om bijvoorbeeld consumenten te beschermen of aansprakelijkheidsrisico's te vermijden? Wie evenwel het gedrag van consumenten, bedrijven, banken en andere actoren wil beïnvloeden zal dat gedrag moeten kennen. Daartoe volstaat de analyse van wetgeving niet, maar zal empirisch gedragsonderzoek noodzakelijk zijn.³⁶

Dit laatste vereist meer en andere (methodologische) kennis dan het analyseren van wetgeving, jurisprudentie en literatuur. Minimaal noodzakelijk lijkt dat juristen op dit punt leren omgaan met bestaand gedragswetenschappelijk onderzoek om de relevantie en betrouwbaarheid

daarvan voor de beantwoording van privaatrechtelijke vragen te kunnen beoordelen. Daarnaast is van belang dat privatisten aandacht krijgen voor het ontwerpen, analyseren en evalueren van regelgeving. Tegelijkertijd geldt echter dat privatisten waar het gaat om het gebruikmaken van kennis uit andere relevante disciplines, zoals *behavioral economics*, de juiste normatieve vragen weten te blijven stellen die gepaard gaan met (private) regulering. Waar gaat 'nudging' van het gedrag van consumenten bijvoorbeeld over in ongeoorloofde manipulatie? Wanneer moeten er rechtsgevolgen worden verbonden aan private gedragscodes of certificeringssystemen, maar ook wanneer moeten wij van soft law mechanismen overschakelen naar hard law wanneer de beoogde effecten van private regels onverhoopt achterblijven?

6. Een agenda voor de toekomst

Dit laatste duidt er op dat het te simpel is om te denken dat we er wel zullen komen als privatisten gedurende hun opleiding worden ondergedompeld in de methodologie van het doen van meer sociaalwetenschappelijk getint onderzoek.

Los van de vraag hoeveel ruimte daarvoor is binnen het huidige curriculum, bestaat het gevaar dat wij op die manier amateur sociale wetenschappers gaan opleiden die zowel te weinig weten van het recht als van het verrichten van gedragswetenschappelijk onderzoek. Realistischer lijkt het om in te zetten op wat tegenwoordig de 'T-shaped lawyer' heet, dat wil zeggen, een jurist die voldoende inzicht heeft in de grenzen van zijn eigen discipline en de toegevoegde waarde van andere disciplines, om de samenwerking effectief aan te gaan. Die competenties berusten op het inzicht dat het recht als maatschappelijk en intellectueel fenomeen uitsluitend in zijn context kan worden begrepen ('law in context').

Een van de grote uitdagingen voor de toekomst lijkt ons dat wij als discipline reflecteren op wat wij doen en hoe wij zelf onderzoek verrichten. Daarbij is een bottom-up perspectief wezenlijk: wat zijn 'best practices' op het gebied van het opzetten en uitvoeren van rechtsvergelijkend onderzoek? Welke empirisch-juridische methoden worden veelvuldig gebruikt, wat zijn veelvoorkomende valkuilen en hoe kunnen die zo goed mogelijk vermeden worden? Dit vergt onderzoek naar hoe rechtswetenschappers onderzoek naar de hiervoor aangesneden onderwerpen doen. Vreemd genoeg is dit onderzoek nog schaars, zeker in Nederland, terwijl het mes hier aan twee kanten snijdt: enerzijds leidt het tot nieuwe inzichten met betrekking tot het onderwerp van onderzoek, anderzijds draagt het bij aan de explicitering van methodologische conventies binnen de rechtswetenschap. Wat hierbij evenwel niet uit het oog mag worden verloren is wat de moderne rechtspraak op dit punt van de privaatrechtswetenschap verwacht.

Weten wij dit laatste eigenlijk wel? Curriculumwijzi-

gingen binnen de rechtswetenschap worden zowel in Nederland als daarbuiten vaak tegengehouden met een beroep op de aansluiting op de rechtspraak. Deze praktijk lijkt echter meer divers, internationaal en gespecialiseerd dan ooit tevoren. Hoe kunnen wij onze studenten daarop voorbereiden als we onvoldoende zicht hebben op de veranderingen qua werkwijzen die zich in de praktijk voltrekken? Vergt dit met andere woorden niet dat we daar ook meer onderzoek naar verrichten?

7. Oproep tot samenwerking

Het onderzoek binnen TIP zal zich richten op de veranderingen die zich in de huidige meergelaagde rechtsorde trekken en hun implicaties voor de gehanteerde methoden in de beoefening van het recht en in de wetenschappelijke bestudering daarvan. Om te voorkomen dat beide typen onderzoek van elkaar 'loszingen', is het streven om het in samenhang uit te voeren. Welke methoden hebben wij nodig om welke veranderingen in beeld te brengen?

Het vernieuwende hiervan is dat wij expliciet het zoeklicht willen richten op methoden van rechtsvorming en de gevolgen daarvan voor de rechtswetenschap en beroepsbeoefening. Voor zover wij weten, wordt dit nog nergens op grotere schaal gedaan. Dit wordt ongetwijfeld mede veroorzaakt door het feit dat wat ons voor ogen staat complex is. Het methodologisch bewustzijn lijkt binnen het recht überhaupt niet sterk ontwikkeld, hoewel hier de laatste jaren wel beweging in te ontwaren is. Waar het gaat om advocatuur en rechtspraak, zijn onderwerpen als ethiek, voorkomen van tunnelvisie en open staan voor kritiek en tegenspraak onderwerpen die nadrukkelijk op de agenda staan. Binnen de privaatrechtswetenschap zien we bijvoorbeeld de opkomst van bijvoorbeeld de 'civologie',³⁷ waarin ook de luiken worden open gezet in de richting van andere disciplines, maar is er gelukkig tegelijkertijd ook aandacht voor een revitalisering van het juridisch-dogmatische onderzoek door een (her)bezinning op de veranderingen die nodig zijn om het privaatrecht daadwerkelijk meer in context te bestuderen met behulp van een mix van interpretatieve, normatieve en empirische methoden.

Alleen al vanwege het feit dat het nadenken over methoden binnen de rechtswetenschap nog in de kinderschoenen staat, kunnen wij hulp van buiten goed gebruiken. Uit het bovenstaande volgt dat een veelheid aan perspectieven en benaderingen welkom is, in ieder geval meer dan in TIP vertegenwoordigd is. Om die reden willen wij afsluiten met een oproep aan iedereen die het hier geschetste onderzoek aanspreekt, om contact op te nemen en informatie te delen. En natuurlijk ook aan hen die er niets in zien, om ons te bestoken met bezwaren en kritiek. Groei en vooruitgang varen op tegenspraak en kritiek; dat geldt voor de rechtspraak en rechtswetenschap in gelijke mate. ●

32. Het beleid geeft een aantal 'verzachten- de omstandigheden' aan voor huurder en verhuurder, op grond waarvan kan worden afgeweken van de contractueel overeengekomen afspreken; zie www.airbnb.nl/help/topic/251/cancellations---refunds.

33. J.B.M. Vranken, *Algemeen Deel: een*

synthese, Deventer: Kluwer 2014.

34. Vergelijk het speltheoretisch georiënteerde onderzoek van Arthur Dyevre. Zie o.a. A. Dyevre, 'Technocracy and Distrust: Revisiting the Rationale for Constitutional Review', *International Journal of Constitutional Law*, 2015, 13 (1), p. 30-60.

35. Zie de mix van methoden die E. Mak aanwendt in haar boek, *Judicial Decision-Making in a Globalised World*, Oxford: Hart publishing 2015.

36. Het PhD-project van Jurgen Braspenning bij TIP, over 'nudging' bij kredietverlening aan consumenten, is daarvan een mooi

voorbeeld.

37. W.H. van Boom & I. Giesen (red.), *Civologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Bju 2012.