

## De spankracht van de civiele rechter: een gezamenlijk woord vooraf

Ivo Giesen, Elbert de Jong en Roel Schutgens

De spankracht van de burgerlijke rechter wordt in het huidige tijdsgewricht door verschillende maatschappelijke en juridische ontwikkelingen aan een stevige stresstest onderworpen. Interessant genoeg lijken die krachten twee tegengestelde richtingen op te werken.

### *Publieke en maatschappelijke vraagstukken die het civiele recht binnendringen*

Preadviseurs De Jong en Giesen schrijven over de stevige druk die de laatste jaren ‘van buiten naar binnen’ op het civiele recht en daarmee op de burgerlijke rechter wordt gezet. Zij behandelen de vele, naar het lijkt in aantal toenemende, gevallen waarin de burgerlijke rechter wordt gevraagd om oplossingen te bieden voor maatschappelijk gevoelige problematiek. De Jong en Giesen nemen in hun preadvies dus als uitgangspunt dat het publieke leven van het civiele recht op de voorgrond treedt.<sup>1</sup> Vragen die het maatschappelijke belang en de koers van de maatschappij raken komen bij de civiele rechter terecht – met alle vervolgvragen van dien. Terwijl zijn oordeelsvorming onder een maatschappelijk vergrootglas komt te liggen, moet de burgerlijke rechter in alle onafhankelijkheid rechtsbescherming blijven bieden waar mogelijk en nodig, maar moet hij juist abtineren waar het recht (nog) onvoldoende overtuigende juridische oplossingen biedt. Zowel indien hij abstineert, als wanneer hij ingrijpt, kan en moet de burgerlijke rechter tegen het nodige maatschappelijke en politieke chagrijn bestand zijn. De constatering dat vervolgens (ook) de burgerlijke rechter het in zulke maatschappelijk en politiek gevoelige zaken zelden helemaal goed kan doen, lijkt in dit verband een *understatement*. Dat is zeker het geval in die zaken waarin rechter gevraagd wordt om knopen door te hakken in maatschappelijke dilemma’s waar de politiek nalaat dit te doen.<sup>2</sup> Deze ontwikkeling roept allerlei vragen op over de reikwijdte en grenzen aan de spankracht van de civiele rechter in het publieke domein. Om die reikwijdte en grenzen te kunnen vaststellen verkennen De Jong en Giesen zes (mogelijke) elasticiteitsgraadmeters (het procesrechtelijke kader, het materieelrechtelijke kader, de taakopvatting van de rechter, achterliggende doelen van het civiele recht, maatschappelijke impact en vertrouwen in en acceptatie van rechtspraak). Deze elasticiteitsgraadmeters bieden handvatten om te bepalen wanneer en waarom de spankracht van de civiele rechter in zicht komt, zoals ze in hun afsluitende analyse (trachten te) illustreren.

### *Aansprakelijkheidsrechtelijke vraagstukken die bij de civiele rechter worden weggehaald*

In het preadvies van Schutgens ziet men nu juist dat een traditionele ‘taak’ van het privaatrecht – beoordeling van (het bestaan van) schadeplichtigheid en de afwikkeling daarvan – naar het publieke domein wordt verplaatst. Het is de laatste jaren strijk en zet dat de overheid schaderegelingen uitvaardigt op grond waarvan de schade wordt afgewikkeld van groepen burgers die zijn getroffen

---

<sup>1</sup> Zie onder meer: D. Kysar, *The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism*, *European Journal of Risk Regulation*, 9(1) 2019, p. 48-65; I. Giesen, *Het privaatrecht als instrument in het publieke domein*, *NJB* 2018/1645; E.R. de Jong, *Rechterlijke risicoregulering: over de publieke rol van de civiele rechter als risico-reguleerder*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2020/1, p. 4-17. vgl. ook K.J.O. Jansen, *Stoomwals en wegbereider*, (Oratie EUR), Den Haag: Boomjuridisch 2022, en A. Keirse & V. Mak, *Op de schommel tussen autonomie en repressie: een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving*, in: T. Barkhuysen e.a., *De repressieve samenleving*. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging Jaargang 151, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 9-93.

<sup>2</sup> Enkele voorbeelden van civielrechtelijke geschillen die naar onze inschatting maatschappelijk én politiek gevoelig lagen én waarachter een substantiële maatschappelijke of politieke belangentegenstelling verscholen lag: HR 20 december 2019, *NJ* 2020/41 m.nt. J. Spier (*Urgenda*) en HR 26 juni 2020, *NJ* 2020/293, m.nt. C.M.J. Ryngaert (*IS-vrouwen*). In het preadvies van De Jong & Giesen hierna, komen meer voorbeelden langs.

door een specifieke schadegebeurtenis, of waarin hun daarvoor op zijn minst een tegemoetkoming wordt geboden.<sup>3</sup> Maatschappelijk lijken burgers ook steeds vaker van de overheid te verwachten dat die de gevolgen van uiteenlopende vormen van actuele of historische tegenslag (van natuurrampen en ernstige fouten van derden tot uiteenlopend historisch onrecht) via een regeling met een financiële bijdrage verzacht. Bovendien leeft ten aanzien van schadegevallen waar de overheid *eigen* aansprakelijkheid erkent, de verwachting dat de overheid gedupeerden vervolgens ook snel en laagdrempelig helpt bij de afhandeling van hun claim. Politici lijken aan deze verwachtingen uit de samenleving weinig weerstand te (willen) bieden.<sup>4</sup> Eenmaal ingezet lijkt deze ontwikkeling lastig te stuiten. De schaderegeling voor het ene geval wekt begrijpelijkerwijs al snel verwachtingen voor het volgende geval.<sup>5</sup> Onderling vertonen de vele schaderegelingen grote verschillen, maar zij hebben gemeen dat zij bewerkstelligen dat schade niet meer uitsluitend en rechtstreeks via het Burgerlijk Wetboek, maar in ieder geval minstens deels via de normen van de bijzondere schaderegeling wordt afgewikkeld. Veel van die bijzondere schaderegelingen zijn bovendien publiekrechtelijk van aard en worden uitgevoerd via beschikkingen op aanvraag. De rechtsgeschillen die bij deze vorm van schadeafwikkeling rijzen, behoren daarmee tot de competentie van de bestuursrechter en niet tot die van de burgerlijke rechter. Het meest in het oog springende voorbeeld hiervan is natuurlijk de Tijdelijke Wet Groningen (TWG), op grond waarvan, kort gezegd, de Staat de afwikkeling van de in oorsprong civielrechtelijke aansprakelijkheid van de NAM op basis van art. 6:177 BW voor aardbevingsschade in Groningen (alsmede zijn eigen mogelijke aansprakelijkheid op basis van art. 6:162 BW) aan zich heeft getrokken. De rechtspraak over geschillen die daarbij mogelijk ontstaan, is grotendeels<sup>6</sup> naar de bestuursrechter verplaatst. De gedachte van de wetgever is hier kennelijk dat een dergelijke ‘afwikkeling via het bestuursrecht’ onder toezicht van de bestuursrechter voor de gedupeerde valt te verkiezen boven een afwikkeling via de burgerlijke rechter. Kortom, ‘de politiek’ *onttrekt* hier juist bepaalde geschillen aan het domein van het burgerlijk recht en aan dat van de burgerlijke rechter – van wie men wellicht zou gaan vrezen dat die onvoldoende spankracht bezit om dergelijke kwesties binnen zijn competentie te behouden. In het preadvies wordt gepoogd deze veelvormige ontwikkeling te systematiseren teneinde die aan een nadere beschouwing te onderwerpen. Daartoe worden vier typen schaderegelingen onderscheiden, die in oplopende mate ‘interfereren’ met het traditionele werkterrein van de burgerlijke rechter: I. Nadeelcompensatieregelingen, II. Solidariteitsregelingen, III. Tegemoetkomingsregelingen bij historisch onrecht, IV. Regelingen voor de afwikkeling van (overheids)aansprakelijkheid.

### *Lastige grensverkenningen*

Het thema van de preadviezen leidt tot een veelheid aan lastige vragen, zoals ook moge blijken uit de twee (overigens geheel losstaande en separaat geschreven) preadviezen die volgen. Dit soort grensverkenningen zijn sowieso geen eenvoudig gegeven. Dat is bijvoorbeeld ook in het strafrecht te zien. De strafrechter kreeg de laatste jaren opeens vele schokschadezaken en andere schadevergoedingsclaims te verwerken omdat het slachtoffer zich in de strafzaak voegt als

<sup>3</sup> Vgl. T.W. Franssen & S.A.L. van de Sande, ‘Kroniek Overheidsaansprakelijkheid’, *NTB* 2020/174, p. 398.

<sup>4</sup> Vgl. J.E. van den Brink, ‘Publiek geld als pleister op de coronawonde’, in: *Bestuursrecht in crisistijd* (VAR-reeks nr. 166), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 137-327, hier p. 141-142.

<sup>5</sup> Zo is opvallend dat de toelichting op de in het preadvies van Schutgens besproken tegemoetkomingsregeling voor transgenderpersonen die tot een onomkeerbare sterilisatie werden gedwongen, verwijst naar de niet lang daarvoor tot stand gekomen regeling met een tegemoetkoming voor slachtoffers van geweld in de jeugdzorg. Ook de motivering van de hoogte van de schadevergoeding sluit bij die eerdere regeling aan. Bij de regeling lijkt impliciet de gedachte te hebben meegespeeld dat *omdat* slachtoffers van geweld in de jeugdzorg een tegemoetkoming krijgen, ook de tot sterilisatie gedwongen transgenderpersonen daarop moeten kunnen rekenen. In het licht van het gelijkheidsbeginsel is deze gedachte overigens ook goed te begrijpen.

<sup>6</sup> De burger kan nog steeds kiezen voor de civielrechtelijke route, zie par. IV van het preadvies.

benadeelde partij in plaats van zelfstandig een civielrechtelijk procedure te starten. Uiteindelijk was ingrijpen door de Hoge Raad nodig,<sup>7</sup> na voorbereidend werk van het Parket<sup>8</sup>, om de strafrechtpraktijk weer op koers te krijgen. Die interventie was weliswaar ook zonder enige twijfel dienstig voor de rechtsontwikkeling in het privaatrecht, maar werd vooral getriggerd doordat het afwickelen van dit soort claims in de context van de strafzaak (te) lastige materie bleek.

Wat hier verder van zij, er lijken dus twee tegengestelde tendensen te ontwaren, met alle complexiteit van dien. Overigens, men zou ook kunnen zeggen dat hier sprake is van één enkele trend naar een verdere osmose tussen het publiekrecht en het privaatrecht,<sup>9</sup> een osmose die dan aangestuurd wordt vanuit beide zijden van het te versmelten bredere spectrum. Niet dat dit vervolgens de complexiteit vermindert, maar hopelijk helpt het inzicht dat het hier om een enkele trend gaat bij de poging om greep krijgen op die complexe materie.

\*\*\*

---

<sup>7</sup> HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958. Zie hierover T. Hartlief, 'Schokschade 2.0', *NJB* 20221591; R. Rijnhout & A.M. Overheul, '20 jaar na Taxibus: hoe de wal het schip van schokschade toch heeft doen keren', *TVP* 2022, nr. 2, p. 49 e.v., en E.F.D. Engelhard & Stalenhoef, 'Visie op de nieuwe aanpak voor het confrontatiecriterium bij shockschade en op de samenloop met affectieschade', *AV&S* 2022/28.

<sup>8</sup> Zie de uitvoerige conclusie van de Advocaten-Generaal Lindenberg en Spronken ECLI:NL:PHR:2022:166.

<sup>9</sup> Zie nogmaals Keirse & Mak 2022, alsmede de bijdragen in L.F.H. Enneking e.a. (red.), *Publiek Privaatrecht*, Den Haag: Boomjuridisch 2021. Nieuw is dit fenomeen natuurlijk niet, zie bijv. het bijzonder nummer van *Ars Aequi* uit 1987 (*Osmose tussen publiek- en privaatrecht*) en T. Koopmans, *Juridische grensverkenningen*, oratie UU, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.