

De spankracht van de civiele rechter

De spankracht van de civiele rechter

Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2022

Prof. mr. I. Giesen

Prof. mr. E.R. de Jong

Prof. mr. R.J.B. Schutgens

Zutphen 2022



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-308-2
NUR 822

© 2022 Prof. mr. I. Giesen, prof. mr. E.R. de Jong en prof. mr. R.J.B. Schutgens

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

De spankracht van de civiele rechter: een gezamenlijk woord vooraf

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.¹ 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 absteren 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 de rechter gevraagd wordt om knopen door te hakken

1. Zie onder meer: D. Kysar, ‘The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism’, (9) *European Journal of Risk Regulation* 2019, afl. 1, 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’, *RMThemis* 2020, afl. 1, p. 4-17. Vgl. ook K.J.O. Jansen, *Stoomwals en weghereider* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 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.

in maatschappelijke dilemma's waar de politiek nalaat dit te doen.² 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 door een specifieke schadegebeurtenis, of waarin hun daarvoor op zijn minst een tegemoetkoming wordt geboden.³ 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.⁴ Eenmaal ingezet lijkt deze ontwikkeling lastig te stuiten. De schaderegeling voor het ene geval wekt begrijpelijker-

-
2. 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.
 3. Vgl. T.W. Franssen & S.A.L. van de Sande, 'Kroniek Overheidsaansprakelijkheid', NTB 2020/174, p. 398.
 4. 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.

wijs al snel verwachtingen voor het volgende geval.⁵ 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 artikel 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 grotendeels⁶ 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: (1) nadeelcompensatieregelingen, (2) solidariteitsregelingen, (3) tegemoetkomingsregelingen bij historisch onrecht en (4) regelingen voor de afwikkeling van (overheids)aansprakelijkheid.

-
5. 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.
 6. De burger kan nog steeds kiezen voor de civielrechtelijke route, zie par. 4 van het preadvies.

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 benadeelde partij in plaats van zelfstandig een civielrechtelijke procedure te starten. Uiteindelijk was ingrijpen door de Hoge Raad nodig,⁷ na voorbereidend werk van het Parket,⁸ 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 afwikkelen 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. Men zou overigens ook kunnen zeggen dat hier sprake is van één enkele trend naar een verdere osmose tussen het publiekrecht en het privaatrecht,⁹ 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 te krijgen op die complexe materie.

Ivo Giesen, Elbert de Jong en Roel Schutgens

7. HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958. Zie hierover T. Hartlief, 'Schokschade 2.0', *NJB* 2022/1591; 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', *AVG&S* 2022/28.

8. Zie de uitvoerige conclusie van de advocaten-generaal Lindenbergh en Spronken, ECLI:NL:PHR:2022:166.

9. Zie nogmaals Keirse & Mak 2022, alsmede de bijdragen in L.F.H. Enneking e.a. (red.), *Publiek Privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 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 Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

De spankracht van de civiele rechter in het publieke domein

Een beschouwing van de spankracht van de civiele rechter aan de hand van vijf elasticiteitsgraadmeters

Prof. mr. E.R. de Jong en prof. mr. I. Giesen^{*}

Inhoud

- 1 Het testen van de spankracht van de civiele rechter / 10
 - 1.1 Begripsduiding en vraagstelling / 10
 - 1.2 Aanleiding: het publieke leven van het civiele recht / 12
 - 1.3 Spankracht van de civiele rechter: eerste verkennende gedachten / 15

- 2 ‘Elasticiteitsgraadmeters’ als indicatoren van de spankracht van de civiele rechter / 19
 - 2.1 Inleiding / 19
 - 2.2 Zes (mogelijke) elasticiteitsgraadmeters / 22

- 3 Elasticiteitsgraadmeter: procesrechtelijke leerstukken en regels / 23

- 4 Elasticiteitsgraadmeter: materieelrechtelijke leerstukken en regels / 25
 - 4.1 ‘Haakjes’ om te komen tot rechtsbescherming / 25
 - 4.2 Oneindige elasticiteit? / 28
 - 4.3 Hoe meet en weet men of er voldoende ‘elasticiteit’ is? / 30
 - 4.4 Kruispuntcasus: verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW / 32
 - 4.5 Kruispuntcasus: Groningse aardbevingsschade / 34
 - 4.6 Kruispuntcasus: proportionele (klimaat)aansprakelijkheid / 37
 - 4.7 Wanneer en waarom komt de elasticiteitsgrens in beeld? / 39

- 5 Elasticiteitsgraadmeter: taakopvatting van de rechter / 44
 - 5.1 Introductie / 44
 - 5.2 Nadruk op de rechtsvormende taak van de Hoge Raad / 44
 - 5.3 Uitingen van taakopvatting: (grenzen aan) rechtsvorming en rechtsbescherming / 46

^{*} Elbert de Jong en Ivo Giesen zijn als hoogleraar burgerlijk recht verbonden aan het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Elbert is bovendien programmaleider van Ucall en Ivo is hoofd van het departement Rechtsgeleerdheid. Ze zijn allebei raadshoofdplaatsvervanger, resp. in Arnhem en Den Bosch. Met dank aan Koen Haex voor diens waardevolle onderzoeksassistentie en aan Ton Hartlief en Marlou Overheul voor hun waardevolle commentaar op een conceptversie. Deze bijdrage werd inhoudelijk op 1 oktober 2022 afgerond.

- 5.4 Hints (op de inhoud) over mogelijkheden die het civiele recht (niet) biedt / 50
- 5.5 Reflecties buiten specifieke procedures om / 54

- 6 Elasticiteitsgraadmeter: achterliggende doelen / 55
 - 6.1 Efficiënte en voortvarende oplossing van conflicten over schade? / 55
 - 6.2 Ervaringen in de context van Groningse massaschade / 56
 - 6.3 Is efficiënte en voortvarende conflictoplossing een doel van het aansprakelijkheidsrecht? / 58

- 7 Elasticiteitsgraadmeter: maatschappelijke impact van rechtspraak (effectiviteit) / 59
 - 7.1 Introductie / 59
 - 7.2 Zijn klimaatprocedures effectief wat betreft mitigatie? / 59
 - 7.3 Effectiviteit als elasticiteitsgraadmeter? / 61
 - 7.4 Een bredere tendens naar de weging van macro-implicaties / 63

- 8 Elasticiteitsgraadmeter: vertrouwen in en acceptatie van rechtspraak / 66
 - 8.1 Inleiding / 66
 - 8.2 Vertrouwen in de civiele rechter / 67
 - 8.3 Publieke acceptatie van rechtspraak / 69
 - 8.4 Heeft de civiele rechter invloed op acceptatie? / 71

- 9 De spankracht van de civiele rechter: *what's next?* / 72
 - 9.1 Inleiding / 72
 - 9.2 Scenario's / 73
 - 9.3 De maatschappij is onvermijdelijk ... there's nowhere to hide.... / 75
 - 9.4 Op zoek naar een balans / 76
 - 9.5 En de rechtspraak? / 78

1 **Het testen van de spankracht van de civiele rechter**

1.1 **Begripsduiding en vraagstelling**

Dit preadvies gaat over 'de spankracht van de civiele rechter'. Dat thema vereist allicht enige toelichting. Het navolgende betreft ten eerste de civiele rechter, en dan meer specifiek de civiele rechter als instituut. Dat is een concept waarmee de leden van de Vereniging voor Burgerlijk Recht (VBR) en lezers van dit preadvies ongetwijfeld vertrouwd zijn. Tot zover is er dan ook geen onduidelijkheid, nemen wij aan. Dit preadvies betreft echter ook 'de spankracht' van dat instituut, en dat is een concept dat ongetwijfeld iets minder vertrouwd oogt. Wat wordt hier bedoeld met de term 'spankracht'?

Het bestuur van de VBR gaf ons in dit verband de volgende omschrijving mee:

‘Tegenstrijdige tendensen bepalen de agenda van de burgerlijke rechter. Hij is zowel waakhond als gebeten hond:

- zo wordt de burgerlijke rechter door (organisaties van) burgers aangezocht vanwege inactief optreden van de overheid (...)
- aan de andere kant is er, zeker ook in Haagse kringen, bezorgdheid en kritiek (is de burgerlijke rechter wel in staat tot adequate rechtsbescherming bijvoorbeeld in massaschadegevallen?) die zich onder meer uit in (beoogde) verschuiving naar de bestuursrechter (Groningen, sociaal domein) die soms ook civiel recht zou moeten gaan toepassen.’

Het concept ‘spankracht’ lijkt hier te duiden op de mogelijkheid (beter wellicht: moeilijkheid) om een (goede) balans te vinden tussen twee tegenpolen die (inherent) lastig te verenigen zijn.

De onvolprezen *Van Dale* omschrijft spankracht zonder daaraan enig juridisch kader te koppelen, als volgt: ‘spankracht (de; v(m)) 1. veerkracht, elasticiteit 2. (figuurlijk) vermogen om tegenvallers op te vangen’. Vertaald naar het privaatrechtelijke domein: heeft en toont de civiele rechtspraak (voldoende) veerkracht, of ons inziens passender: *elasticiteit*? Is dat instituut voldoende flexibel om te kunnen laveren tussen de wens burgers te beschermen tegen de gevolgen van het handelen of nalaten van een overheid of een private partij aan de ene kant en de noodzaak om geen beleidsmaker of wetgever te worden aan de andere kant?

Dat is dus de *vraagstelling* die in dit preadvies ter beantwoording voorligt en de context waarin wij de aangereikte terminologie hanteren. Meer specifiek willen we weten hoe we de elasticiteit van de civiele rechter kunnen bepalen (en eventueel meten) en hoe het nu met die elasticiteit is gesteld.

Daarbij erkennen wij graag en bij voorbaat dat een andere *terminologische insteek* ook mogelijk zou zijn geweest. Als Polak in zijn NJV-jaarrede in navolging van Tim Koopmans spreekt over ‘de polsstok’ van de rechter om de vraag te stellen in hoeverre de rechter, gegeven de aard van zijn taak, sturend kan optreden, dan wordt in onze waarneming exact dezelfde problematiek aangeroerd.¹ En dan weet u als lezer ook meteen dat de VBR eigenlijk, maar dan verhuld, het superklassieke thema van ‘rechter en politiek’ geagendeerd heeft en daarmee in wezen vraagt naar de rechtsvor-

1. J. Polak, ‘De polsstok van een rechter in een repressieve samenleving’, *NJB* 2022/1755, p. 2059. Ook Ortlep gebruikte eerder al dit beeld, zie R. Ortlep, ‘De rechterlijke polsstok bij de bestrijding van legale gezondheidsbedreigende risico’s’, in: A.L.M. Keirse, R.S.B. Kool & R. Ortlep (red.), *Ongezonder (on)geoorloofd: Publiek- en privaatrecht & legale, maar gezondheidsbedreigende producten en diensten*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 119-132.

mende ruimte die de civiele rechter heeft (of wil nemen). Met dat (toegegeven: prettige) gegeven in het achterhoofd constateren wij – met Polak² – dat daarover al heel veel gezegd is,³ maar dat ook wij er niettemin toch nog iets meer over gaan zeggen.

1.2 Aanleiding: het publieke leven van het civiele recht

De *aanleiding* voor dit preadvies werd in het citaat hiervoor al ‘aangeraakt’. Het gaat om de hedendaagse (maatschappelijke) tendens om de civiele rechter als ultiem redmiddel, als waakhond, in te zetten, waarna deze soms ook de gebeten hond wordt.⁴ Dat hangt hiermee samen dat in de roerige tijden waarin wij leven ook de spankracht van onze samenleving als geheel en onze onderlinge solidariteit getest wordt.⁵ Veel van wat (beleidsmatig of wetgevend) wordt bedacht, wordt vervolgens bestreden buiten de Haagse instituties. Wij hoeven maar ‘stikstof’ te zeggen en u als VBR-lid en lezer weet meer dan genoeg. Ook de inertie van de overheid wordt bestreden: het verhaal van *Urgenda* is breed bekend. Het door delen van de maatschappij als onjuist gepercipieerd beleid of het geheel en al ontbreken

2. Polak 2022, p. 2056.

3. Recent over rechter en politiek o.a. nog door F. Bakels, ‘Rechtspraak en politiek’, *NJB* 2022/1134, p. 1459 e.v.; het themanummer van *Rechtstreeks* (nr. 1 van 2022); Polak 2022; (een aantal bijdragen in) R. Jansen e.a. (red.), *Trouble in de trias*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021; G. Boogaard & J. Uzman, ‘Tussen Montesquieu en Judge Dredd’, in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 63 e.v. en over rechtsvorming o.a. door J. Goossens e.a. (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022; I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht* (Monografieën BW, deel A-3), Deventer: Wolters Kluwer 2020, en diverse auteurs in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016. Dat het thema niet alleen ‘van nu’ is, maar van alle (voorbij en nog komende) tijden, bewijst de blik in de toekomst van F. Bakels, ‘De civiele rechtspraak in 2050’, in: R. van Gestel & J. Vranken (red.), *Recht en rechtspraak vanaf 2040*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 54-57, en R. van Gestel, ‘The Supreme Court’s Public Interest Chamber’, in: R. van Gestel & J. Vranken (red.), *Recht en rechtspraak vanaf 2040*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 87 e.v., en zeker ook de literatuur uit het verleden, o.a. het bijzonder nummer van *Ars Aequi* uit de jaargang 1992 (‘Rechter en politiek’) en de Amsterdamse dies-rede van Van der Heijden uit 2001 (P.F. van der Heijden, *It takes three to tango*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2001), die bijv. ingaat op rechtszaken van boze varkensboeren wier mestproductierechten zijn afgenomen door de overheid. Dat klinkt bekend, nietwaar?

4. Vgl. Bakels 2022, p. 1462 (‘de rechter doet het nooit goed’).

5. Overigens zijn er ook andere mogelijke verklaringen naar voren te brengen. Wanneer men kijkt naar de Hoge Raad dan ziet men dat de zaken die bij hem worden aangebracht, zo erkent de Hoge Raad zelf ook, complexer zijn geworden en de processtukken langer zijn geworden (daar is inmiddels een maatregel tegen genomen). Denk ook aan werkdruk en personele bezettingen van de rechterlijke macht en doorgevoerde bezuinigingen, onder meer op de rechtsbijstand en aan de financiële overwegingen voor advocaten om in bepaalde zaken al dan niet bijstand te verlenen. Het zijn allemaal omstandigheden die we niet bespreken maar die op de achtergrond ook relevant zijn in het kader van de thematiek van dit preadvies.

van enig beleid leidt aldus tot maatschappelijke spanningen en daarmee ook tot (soms ontoelaatbare) druk op onze politici om juist wel of juist niet iets te doen. Mede vanwege het (in de ogen van sommigen) onvermogen van de overheid om adequaat op te treden in complexe maatschappelijke vraagstukken, wordt uiteindelijk een beroep gedaan op de civiele rechter, al dan niet in kort geding, om alsnog te doen wat ‘de politiek’ vermeend ten onrechte niet goed deed, in het geheel niet deed of nog niet gedaan heeft.⁶

In de literatuur was er al langere tijd aandacht voor het potentieel om via de civielrechtelijke weg maatschappelijke verandering teweeg te brengen en om zo de gevolgen van (vermeend) overheidsfalen te ondervangen.⁷ De laatste jaren hebben we ook in de rechtspraktijk gezien dat partijen de civielrechtelijke mogelijkheden hebben ontdekt: het ‘publieke leven’ van het civiele aansprakelijkheidsrecht⁸ (want daarop richten wij ons) wordt ten volle benut.⁹ Centraal in de idee van dit publieke leven van het aansprakelijkheidsrecht is dat een civiele procedure, al dan niet beoogd, verandering(en) teweeg kan brengen in de manier waarop zowel private als publieke actoren omgaan met maatschappelijke vraagstukken en kwesties van publiek belang. De wereldwijde inzet van het (civiele) recht om klimaat-

6. Het is op zich mogelijk om een onderscheid te maken tussen gevallen van actief (overheids)handelen of passief (overheids)nalaten, maar wij menen dat aan dit onderscheid geen juridische consequenties (mogen) worden verbonden; zulke gevallen van handelen en nalaten worden in het aansprakelijkheidsrecht in principe gelijk beoordeeld en behandeld.
7. Drion noteerde bijvoorbeeld in 2007 dat als de politiek blijft falen in het klimaatdossier, de rechter, als ware hij de oude stripheld Bul Super, in moet grijpen en dient ‘recht te maken wat niet langer krom kan blijven’. C. Drion, ‘Van een duty to care naar een duty of care’, *NJB* 2007/45, p. 2857. Zie verder, en zeker niet uitputtend, J. Spier (in cooperation with E.R. de Jong), *Shaping the Law for Global Crises*, The Hague: Eleven International Publishing 2012; T. Hartlief, ‘Privaatrecht in nood’, in: E.R. Muller e.a. (red.), *Crises, rampen en recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 2014-I), Deventer: Kluwer 2014, p. 65-195, p. 137 e.v.; L. Enneking & E. de Jong, ‘Regulering van onzekere risico’s via public interest litigation?’, *NJB* 2015/1136; 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-Vereeniging Jaargang 151), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 9-93.
8. We begrijpen het aansprakelijkheidsrecht als het rechtsgebied dat vaststelt welke aanspraken men in een samenleving op elkaar heeft. De nakoming van die aanspraken kan men op eigen initiatief, via de civiele rechter en dus met behulp van staatsmacht, ex ante afdwingen via art. 3:296 BW en ex post via een schadevergoedingsactie. Zie in soortgelijke zin S.D. Lindenbergh, ‘Wat is aansprakelijkheidsrecht?’, *NTBR* 2021/14. We beperken ons dus niet tot aanspraken die via het schadevergoedingsrecht geldend worden gemaakt.
9. Zie in relatie tot risico’s E.R. de Jong, ‘Judicial Risk Regulation through Tort Law’, *European Journal of Risk Regulation* 2018, afl. 1, p. 14-33; D. Kysar, ‘The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism’, (9) *European Journal of Risk Regulation* 2019, afl. 1, p. 48-65; I. Giesen, ‘Het privaatrecht als instrument in het publieke domein’, *NJB* 2018/1645.

verandering aan te pakken, en met name de *Urgenda*-uitspraak,¹⁰ springt daarbij natuurlijk als eerste in het oog. Maar een dergelijke inzet van het civiele recht hebben we ook gezien ten aanzien van de vrijstelling van kleine cafés van het rookverbod,¹¹ rookruimtes in de horeca,¹² de invloed van de tabakslobby op het volksgezondheidsbeleid,¹³ en de Nederlandse luchtkwaliteit.¹⁴ Een van ons heeft in het kader van deze ontwikkelingen de term rechterlijke risicoregulering gemunt, waarmee uitdrukking wordt gegeven aan het feit dat de civiele rechter wordt ingezet om regulerend op te treden om zo toekomstige schade te voorkomen.¹⁵ De coronacrisis overvoerde ons vervolgens met nog meer voorbeelden¹⁶ en een nog recenter voorbeeld, uit de (na)zomer van 2022, is dat Vluchtelingenwerk via de rechter wil afdwingen dat de opvang van vluchtelingen wordt verbeterd.¹⁷ Op deze wijze is het de maatschappij zelf die de politiek direct en onmiskenbaar de rechtszaal binnensleept en wordt de civiele rechter in wezen gevraagd om juist wel of juist niet als beleidsmaker/wetgever te gaan functioneren. En zo rijst dus ook de vraag naar diens ‘spankracht’, diens ‘elasticiteit’ en diens ‘weerbaarheid’ misschien ook wel. Omdat in Nederland iedereen in deze op hol geslagen maatschappij, maar gelukkig nog wel (grotendeels) functionerende rechtsstaat de hem of haar toekomstige rechten mag verdedigen en daartoe de hulp van de overheidsrechter kan inroepen, worden hedendaagse maatschappelijke spanningen uiteindelijk vertaald in de vraag naar rechtsbescherming door de civiele rechter tegen de vermeend falende overheid of een private partij, in de vorm van het vragen om een verbod/gebod of een schadevergoeding. Dat geschiedt soms op *directe wijze* in procedures tegen de overheid. De voor-

-
10. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).
 11. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (*Staat/CAN*).
 12. HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449, NJ 2019/377.
 13. Rb. Den Haag 9 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12746.
 14. Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915, NJ 2019/352.
 15. Zie E.R. de Jong, ‘Rechterlijke risicoregulering bij gezondheids- en milieurisico’s’, *AA* 2015, p. 872-881; E.R. de Jong, ‘Rechterlijke risicoregulering: over de publieke rol van de civiele rechter als risico-reguleerder’, *RMThemis* 2020, afl. 1, p. 4-17. Zie over het idee van schade voorkomen via het civiele recht A.L.M. Keirse, ‘Schadevoorkomingsclaims’, *Letsel & Schade* 2017/2; A.L.M. Keirse, *Schadevoorkomingsplicht*, Den Haag: Boom juridisch 2017. Zie ook de reflectie van Hartlief hierop: T. Hartlief, ‘Leefbaar Nederland’, *NJB* 2017/1753.
 16. Zie daarover bijv. S. van Deursen & M. Vetzo, ‘Het avondklokoordeel in context: Over partij-overstijgende, politiek geladen en constitutionele rechtspraak tijdens de coronacrisis’, *NTBR* 2021/31, p. 255-260.
 17. ‘Vluchtelingenwerk stapt naar rechter voor humane asielopvang’, nos.nl 1 augustus 2022.

beelden zijn bekend: *IS-vrouwen*,¹⁸ *Urgenda*,¹⁹ *Srebrenica*,²⁰ en verschillende (andere) vormen van historisch onrecht,²¹ waaronder aansprakelijkheid voor de (lang zo genoemde) ‘politioenele acties’ in Indonesië en de gedwongen afstand van kinderen van ongehuwde vrouwen.²² Of het gebeurt op *indirecte(re) wijze*: in procedures tussen private actoren, waarbij dan op de achtergrond speelt dat de overheid de aangesproken partij niet adequaat reguleert (in de ruime zin van dat woord) of dat voor een lange tijd heeft nagelaten te doen. Voorbeelden zijn hier de omgang met aardbevingsschades (Groningers procederen bijvoorbeeld tegen de staat en de NAM²³) en de zaak *Milieudefensie/Shell*,²⁴ en wellicht straks ook nog civiele procedures tegen Tata Steel.²⁵

1.3 Spankracht van de civiele rechter: eerste verkennende gedachten

Het concept ‘spankracht’ of ‘elasticiteit’²⁶ roept uiteraard de vraag op *wiens* spankracht dan getest wordt. Hier denken wij weliswaar meteen aan die van het civielrechtelijke deel van de rechterlijke macht als zodanig, maar in wezen draait het hier om de institutionele inbedding van de civiele rechter in ons rechtsbestel. Bij de verkenning van die institutionele spankracht zullen wij ons exclusief richten op de spankracht van de civiele rechter, maar we tekenen wel aan dat de spankracht van de civiele rechter mede afhankelijk is, althans kan zijn, van de spankracht van wetgever(s) en beleidsmaker(s).

18. HR 26 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, NJ 2020/293, m.nt. C.M.J. Ryngaert (*IS-vrouwen*).

19. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

20. HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225; HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, NJ 2015/376, m.nt. N.J. Schrijver; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. J. Spier & C.M.J. Ryngaert (*Srebrenica*).

21. Overigens kunnen en worden ook private actoren aangesproken voor (de schadelijke gevolgen van) historisch onrecht.

22. Zie onder meer Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2525; Hof Den Haag 12 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1248. Zie ook Rb. Den Haag 26 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:432.

23. HR 19 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier (*Groningenveld I*); HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, NJ 2021/363, m.nt. J. Spier (*Groningenveld II*).

24. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:HR:2019:1278.

25. Strafrechtelijk is het bal aldaar al geopend, zie ‘Omwonenden Tata Steel klagen staalfabrikant aan in mogelijke strafzaak’, processcontrol.nl 5 februari 2021. Zie over de thematiek en voor andere voorbeelden in de context van de kwaliteit van de fysieke leefomgeving ook E.R. de Jong & M.F. Faure, ‘De autonomie van het civiele recht en het strafrecht bij normstelling voor ernstige risico’s voor de fysieke leefomgeving’, *NJB* 2022/864.

26. We gebruiken hierna afwisselend een van beide termen. Ze betekenen voor ons hetzelfde.

Ook de vraag *wie* bepaalt hoe ver de spankracht rijkt en wie ingrijpt als de rek eruit is, is in dat verband relevant. Dat zal, zo leert de ervaring, in eerste instantie die rechter zelf zijn,²⁷ bijvoorbeeld wanneer hij het civiele recht nader vormgeeft (par. 4) en wanneer hij reflecteert op de grenzen aan zijn rechtsvormende rol (par. 5), maar men kan zich voorstellen dat de wetgever zou kunnen ingrijpen als de rechter een ongewenste koers vaart (of dreigt te gaan varen). Zo bezien kan de spankracht van de civiele rechter niet los worden gezien van de ruimte die de wetgever hem, al dan niet bewust, geeft.²⁸

Bovenal speelt de vraag *hoe* die spankracht vastgesteld kan worden en, nog pregnanter, waartegen die toe- of afgenomen spankracht dan afgezet zou moeten worden: wat is de *maatstaf* die wij willen aanleggen om te bepalen hoe het nu gesteld is met de spankracht van de civiele rechter? Die ‘streefwaarde’ is niet eenvoudig te bepalen, zoals u zult begrijpen, want deze is niet simpelweg meetbaar op een schaal van bijvoorbeeld 1 tot 10. In de hoofdmoot van dit preadvies, paragraaf 3-8, doen we een voorstel voor wat onzes inziens wel zou kunnen op dit vlak.

De *relevantie* van het bepalen van die moeilijk in te vullen maatstaf en het aan die maatstaf dan spiegelen van de huidige mate van spankracht, is gelegen in de voorzienbare gevaren van een te grote of te kleine spankracht. Als die spankracht te ver wordt opgerekt (en de rechter dus (te) veel stuurt) is het gevaar dat de rechter vervreemt van de politiek en de maatschappij (par. 8), met als gevolg dat daarop een tegenreactie komt die de spankracht dan (wettelijk) wil inperken. De dikastocatediscussie die in 2020 speelde,²⁹ bewijst het realiteitsgehalte van dit gevaar. Maar als de spankracht daarentegen te zeer beperkt zou worden (en de rechter dus (te) weinig rechtsvormend of, in bepaalde gevallen, sturend te werk gaat), komt de rechtstatelijk verplichte (mensen)rechtsbescherming die de rechter moet bieden in het gedrang. Het *juiste midden* vinden is dus wezenlijk; zie daar de niet mis te verstane inzet van de hiervoor genoemde vraagstelling en het hiernavolgende narratief. In paragraaf 9 zullen we trachten tot een enkele conclusies

27. In die zin ook G. Boogaard & R. Schutgens, ‘Grensrechters in eigen zaak’, in: R. Jansen e.a. (red.), *Trouble in de trias*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 298.

28. Een voorbeeld: met de introductie van het ‘ruime’ ontvankelijkheidsregime van art. 3:305a BW heeft de wetgever aanzienlijke ruimte geboden om kwesties van algemeen belang aan de rechter voor te leggen.

29. Zie bijvoorbeeld de bijdrage van Vranken: J.B.M. Vranken, ‘Wie beschermt de rechtspraak?’, *NJB* 2020/491, die zich somber uitspreekt over de toon en aard van het debat over de rol van de rechter in onze rechtstaat. Zie verder over deze discussie ook E. Bauw, *Politieke Processen*, Den Haag: Boom juridisch 2017; R.J.B. Schutgens, ‘Dikastocratie of uitholling van de rechtsstaat’, in: D.M. de Knijff e.a., *De staat van de rechtspraak*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 11-21; Bakels 2022 en Polak 2022, p. 2061. In Engeland speelde in 2019 een vergelijkbare discussie inzake de rol van de rechter waarbij voorgesteld werd die rol bij wet terug te dringen, zie M. Zander, *The Law-Making Process*, Oxford: Hart Publishing 2020, p. 435 e.v.

te komen. Hoe bepalen we wat het juiste midden is? Is dat juiste midden nog in zicht, is de rek eruit of staat er wellicht te weinig spanning op?

Spankracht in kruispuntcasussen

Verder geldt dat men bij het bepalen van de spankracht van de civiele rechter (de omgang met) het materiële civiele recht niet uit het oog dient te verliezen.³⁰ De mate waarin de civiele rechter *bereid* is om in concrete gevallen het materieelrechtelijke kader op te rekken om rechtsbescherming te bieden en zo in te spelen op de noden van en ontwikkelingen in de maatschappij, zegt ook iets over zijn spankracht. Dat is met name zo in, wat wij noemen, *kruispuntcasussen* (zie ook par. 4 hierna). Dat zijn zaken die betrekking hebben op (aspecten van) complexe maatschappelijke vraagstukken waarin de rechter geconfronteerd wordt met de keuze of hij het aansprakelijkheidsrecht zodanig wil ontwikkelen dat hij (betekenisvolle) rechtsbescherming kan bieden, of dat hij wil vasthouden aan de bestaande regels en daarmee accepteert dat het aansprakelijkheidsrecht van beperkte betekenis is, ondanks dat vanuit de maatschappij (en de slachtoffers) de wens tot doorontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht wél kan en zal bestaan.

Niet zelden verhouden de achterliggende *maatschappelijke* (en dus brede) vraagstukken in dit soort zaken zich problematisch tot de kerngedachten van aansprakelijkheidsrechtelijke leerstukken, die uitgaan van noties van *individuele* (afgebakende) verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in bilaterale relaties tussen laedens en gelaedeerde. Frisdrankleverancier Sjouwerman was zélf verantwoordelijk voor het niet afschermen van het door hem geopende kelderluik, waarmee hij een zorgplicht die op hem rustte jegens de bezoekers van het café, en dan in het bijzonder Duchateau, heeft geschonden. De kruispuntcasussen die vragen oproepen over de spankracht van de civiele rechter overstijgen veelal dit bilaterale karakter van het aansprakelijkheidsrecht: ze betreffen de bescherming van een algemeen belang of hebben betrekking op thematiek waarin (op de achtergrond) meerdere veroorzakers en/of slachtoffers en/of belanghebbenden bestaan. Denk aan de afhandeling van de massaschade in de Groningse aardbevingscontext of aan klimaatprocedures. In dit soort procedures staat dan ook vaak meer op het spel dan enkel het bieden van rechtsbescherming in een concrete en afgebakende laedens-gelaedeerde-verhouding. Mede daardoor kunnen behoeften ontstaan tot het sturen van de maatschappij (denk aan gebods- en verbodsacties in het kader van klimaatverandering) of aan een efficiënte, voortvarende en ruimhartige afhandeling van schade (denk aan

30. De betekenis van het procesrecht bespreken we in par. 3.

de Groningse gaswinningsproblematiek). En om te voorzien in die behoeften moet het civiele recht soms meebuigen (of worden gebogen).³¹

Bovendien, vaak staat er in dit soort kruispuntcasussen voor het aansprakelijkheidsrecht zélf ook wat op het spel: aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht *kán* namelijk ook ondermijnende of zelfs ontwrichtende effecten hebben op de aansprakelijkheidsrechtelijke dogmatiek.³² En ook dat, de integriteit van het aansprakelijkheidsrechtelijke systeem, bepaalt de spankracht van de civiele rechter. De manier waarop de civiele rechter, binnen de institutionele objectieve materieelrechtelijke en procesrechtelijke kaders die we hierna nog schetsen, aldus invulling geeft aan dit spanningsveld zegt ook iets over zijn eigen opvatting over de elasticiteit die de civiele rechter heeft of zou moeten hebben.

Bij deze keuze tussen het ontwikkelen van het recht om rechtsbescherming te bieden of het vasthouden aan bestaande leerstukken, bijvoorbeeld om de integriteit en dogmatiek van het recht te bewaken, staat de rechter dus vaak op een kruispunt, vandaar de terminologie.

Materieelrechtelijke spankracht bij klimaataansprakelijkheid

Een voorbeeld vormen zaken aangaande klimaataansprakelijkheid, en dan in het bijzonder over aansprakelijkheid voor onrechtmatig overheids- en bedrijfsmatig beleid ten aanzien van het reduceren van broeikasgassenuitstoot. In dat soort zaken worden rechters geconfronteerd met de nodige hoofdbrekers in het kader van de onrechtmatigheidstoets (om er maar één te noemen: kan een bedrijf zich succesvol tegen aansprakelijkheid verweren met de stelling dat de maatschappij zijn producten die broeikasgassenuitstoot veroorzaken nodig heeft?). Zoals Weaver en Kysar het treffend verwoorden, is het in veel van deze zaken géén optie om géén positie in te nemen. De vraag is immers:

‘do we court disaster by stretching the bounds of judicial authority to address problems of massive scale and complexity? Or does disaster lie in refusing to engage the jurisgenerative potential of courts in a domain of such vast significance?’³³

-
31. Waarbij dan ook nog de vraag rijst of de spankracht van de civiele rechter mede afhangt van de mate waarin zijn rechtspraak daadwerkelijk bijdraagt aan het behartigen van die belangen. Anders gezegd: zijn de impact en de effectiviteit van zijn rechtspraak van belang? Wij bespreken dit punt in par. 7.
32. R.H. Weaver & D.A. Kysar, ‘Courting Disaster: Climate Change and the Adjudication of Catastrophe’, (93) *Notre Dame Law Review* 2017, afl. 1, p. 295-356, p. 295-296; E. Fisher, E. Scotford & E. Barre, ‘The Legally Disruptive Nature of Climate Change’, *Modern Law Review* 2017, p. 173. Zie hieromtrent ook de oratie van E.R. de Jong, *Aansprakelijkheidsrecht (als redder) in nood?* (in druk).
33. Weaver & Kysar 2017, p. 295-296.

De civiele rechter moet kleur bekennen.³⁴ De vraag is dan vervolgens wélke kleur hij bekent: voor of tegen de strijd tegen klimaatverandering? Voor of tegen een civiele rechter die de macht (en wil) heeft om het verschil te maken. Voor Weaver en Kysar is het antwoord op die vraag helder:

‘Against the backdrop of a potentially existential threat, judges re-deem the very possibility of law when they forthrightly confront the merits of climate lawsuits. Conversely, when they use weak preliminary and procedural maneuvers to avoid such confrontation, judges reinforce a sense of law’s disappearance into the maw of normative rupture.’³⁵

In wezen speelde dit dilemma ook hier in Nederland in de *Urgenda*-zaak.³⁶ De Hoge Raad had ook een strikte(re) interpretatie aan de leer van de positieve verplichtingen kunnen geven (denk aan het vereiste dat er sprake dient te zijn van een reëel en onmiddellijk risico). Wij zijn het echter met Spier eens dat een andere uitkomst weliswaar mogelijk was geweest, maar dat die inmiddels, bij de Hoge Raad aangekomen, minder voor de hand lag. Zo’n andere uitkomst zou, aldus Spier, ‘veeleer juridisch activisme zijn geweest, zij het dan ook een conservatief activisme’.³⁷ In zijn ogen was *Urgenda* tot de kern teruggebracht een eenvoudige zaak. Moeilijk(er) vragen ontstaan bijvoorbeeld in procedures tegen private actoren, zoals de *Shell*-zaak, een andere kruispuntcasus.³⁸

2 ‘Elasticiteitsgraadmeters’ als indicatoren van de spankracht van de civiele rechter

2.1 Inleiding

Zo rijzen dus lastige vragen over de spankracht, de elasticiteit, van de civiele rechter: in hoeverre kan, wil of moet de rechter meebewegen en/of meegaan met de (schijnbaar toegenomen) vraag naar rechtsbescherming in maatschappelijk beladen kwesties waarin hij wordt ingeschakeld? En hoe bepaal je daarbij dan wat de huidige spankracht (ongeveer) is en waar dan het optimum ligt? Anders gezegd: wat is de ‘streefwaarde’ aan spankracht?

34. Zo ook al A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Het primaat van de politiek bestaat niet meer’, AA 1992, p. 686.

35. Weaver & Kysar 2017, p. 295-296.

36. Ten overvloede: Weaver Kysar prijzen de redenering in *Urgenda* omdat die getuigt van de bereidheid om moeilijke normatieve vragen naar de kern, dat wil zeggen op hun normatieve merites, te adresseren.

37. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

38. Zie Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*). Begripvol, maar kritisch daarover is Bakels 2022, p. 1461. We komen in par. 7 terug op (enkele) kritiekpunten die zijn gemaakt in relatie tot deze zaak.

Hierna doen we een poging die vragen van een begin van een antwoord te voorzien. Dat is (voor ons) geen gemakkelijke opgave, mede omdat de casuïstiek van zaken en maatschappelijke thema's waarin zich vragen naar spankracht aandienen zeer uiteenlopen. Dat heeft als belangrijke consequentie dat het toepasselijke materieelrechtelijke kader en dus ook de materieelrechtelijke spankracht per casus verschilt. Dat is een belangrijke constatering vooraf aangezien dit materieelrechtelijke kader een van de belangrijkste factoren is (wellicht dé belangrijkste factor?). Om toch iets verder te komen richten we ons primair op (lees: beperken wij ons tot) aansprakelijkheidsrechtelijke zaken.³⁹ Daarbij kijken we bovendien naar een bepaald type zaken waarbij op de achtergrond (vrijwel) steeds speelt dat:

- die zaken, hoewel volgens de regels van het civiele recht ingestoken, op de achtergrond veelal over (vaak: complexe) maatschappelijke thema's gaan. Veelal is daarbij ook niet duidelijk hoe het geldende recht luidt,⁴⁰ hetgeen de vraag oproept of, en zo ja hoe, de civiele rechter over dient te gaan tot rechtsontwikkeling. In de kern speelt daarbij dan de vraag of en hoe de achterliggende maatschappelijke thema's kunnen worden gevat in de relevante civielrechtelijke dogmatiek en regels, zoals hiervoor al geïllustreerd;
- er sprake is van (vermeend) overheidsfalen bij die maatschappelijke vraagstukken.⁴¹ Deze zaken brengen vaak met zich dat aan de rechter gevraagd wordt het gedrag en beleid van private of publieke actoren alsnog (adequaat) te normeren en om rechtsbescherming te bieden tegen de gevolgen van zulks overheidsfalen;
- de uitspraak aanzienlijke maatschappelijke impact kan hebben. Het gaat anders gezegd om zaken waarmee aanzienlijke belangen van derden (niet-procespartijen) gemoeid zijn; er spelen dus ook macro-effecten.⁴² Het genereren van zulke effecten is vaak zelfs de inzet van

39. Zie voetnoot 8.

40. Zo ook Polak 2022, p. 2057.

41. Over 'overheidsfalen' zie W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, p. 1678-1679; zie eveneens over dat concept in relatie tot het EVRM; E.C. Gijssels & E.R. de Jong, 'Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid', *NTBR* 2016/6, p. 36-45.

42. E.R. de Jong, 'De alles overziende rechter? Over rechtsvorming met oog voor macro-effecten', in: T. Hartlief & M.G. Faure (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 51-67; E.R. de Jong & T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten? Een bespreking van de mogelijkheden om rekenschap te geven van macro-effecten in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2017/2, p. 4-16. Zie specifiek over macroargumenten in relatie tot *Urgenda*: E.R. de Jong, 'Urgenda en de beoordeling van macro-argumenten', *MvV* 2019, afl. 4, p. 133-145. Inmiddels is Stijn van Deursen, mede onder leiding van de preadviseurs, een juridisch-empirisch proefschriftonderzoek aan het uitvoeren naar de betekenis van macroargumenten in het civiele recht en het bestuursrecht.

een van de procespartijen.⁴³ Het roept wel de vraag op of altijd wenselijke effecten worden gegenereerd en of de mate waarin dat het geval is relevant is voor het bepalen van de spankracht van de civiele rechter (wij komen daarop terug in par. 7);

- er vaak een bijzondere procesrechtelijke dimensie is: het betreft geregeld, in essentie, een massaclaim of een massaal aantal afzonderlijke claims, ook als het om een algemeenbelangactie gaat; de mogelijkheden daartoe zijn recent ook gegroeid (via art. 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW) en de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA)). Dit sluit aan bij het vorige kenmerk: het belang van de zaak ontstijgt dat van de procespartijen;
- er (ook) een beroep wordt gedaan op regels van internationale of Europese oorsprong;⁴⁴
- de onafhankelijke rechter constitutioneel-institutioneel ingebed is in een ‘vast’ systeem van machtscheiding (eigenlijk: machtsverdeling en machtsevenwicht) en een verbod op toetsing aan de Grondwet (Gw) (art. 120 Gw), gekoppeld aan een monistisch stelsel van doorwerking van het internationale recht (art. 93-94 Gw). Die thematiek speelt in het bijzonder een rol in gebods- en verbodsacties tegen de overheid. Wij laten deze constitutionele dimensie hierna buiten beschouwing.⁴⁵

Gegeven deze algemene kenmerken bespreken we in het vervolg van dit preadvies (par. 3-8) een aantal indicatoren die een rol zouden kunnen spelen als het om de elasticiteit van de civiele rechter gaat. Deze indicatoren houden verband met de eigenschappen van het systeem en de institutionele omgeving waarin de civiele rechter opereert. We noemen deze indicatoren hierna ‘*elasticiteitsgraadmeters*’ omdat het gaat om kenmerken die, al dan niet, ‘ruimte’ of ‘rek’ bieden en daarmee wat ons betreft (tevens) een graadmeter zijn voor de mate van elasticiteit die het systeem toelaat. De gezamenlijke uitwerking van deze graadmeters in een *specifieke casus* geeft dan aan of, en zo ja waarom, in die *specifieke casus* de spankracht van de

43. Het gaat vaak om *public interest litigation*, zie Enneking & De Jong 2015, en recenter Van Gestel 2021, en R. van Gestel & M. Loth, ‘Het beleid van de rechter in public interest zaken’, *Rechtstreeks* 2022, nr. 1, p. 14-30.

44. Polak 2022, p. 2057.

45. Zie bijv. (inzake deze omlijsting van de taak van de rechter) al Brenninkmeijer 1992, p. 681. Het belang van een onafhankelijke rechter zien we ook terug bij Polak 2022, p. 2062. Uiteraard weten wij dat toetsing van de wet aan de Grondwet ‘eraan zit te komen’, althans, de grondwetswijziging die daarvan nodig is, is in de maak; we komen daarop kort terug in par. 9 hierna. Daarnaast ligt momenteel de vraag voor bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State of toetsing van de wet aan algemene rechtsbeginselen mogelijk moet worden, zie de (niet gelijklopende) conclusies van Widdershoven en Wattel: concl. Staatsraden A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468; en concl. Staatsraad A-G G. Sniijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441; waarover T. Barkhuysen, ‘Toetsing van formele wetgeving aan rechtsbeginselen’, *NJB* 2022/2095.

civiele rechter dreigt te worden overvraagd. Deze elasticiteitsgraadmeters kunnen, althans dat hopen wij, eveneens helpen bij de duiding van nieuw opkomende gevallen van ‘maatschappelijke-onrust-via-de-civiele-rechter-kanaliseren’. Bij die bespreking betrekken wij de bestaande rechtspraak van de Hoge Raad (en soms van feitenrechters), voor zover de betrokken omstandigheid een rol speelde. We hebben daarbij echter niet de illusie volledig te kunnen zijn: we bespreken de rechtspraak slechts ter illustratie van de door ons onderscheiden graadmeters.

2.2 Zes (mogelijke) elasticiteitsgraadmeters

Voordat we daarmee starten, eerst nog deze caveat: de selectie van de hierna opgesomde mogelijke elasticiteitsgraadmeters is er een die wij zelf, denkend over deze materie, hebben gemaakt. Er is namelijk – voor zover wij hebben kunnen achterhalen – nog geen eerdere theorievorming (of zelfs maar een verkenning, op een enkele uitzondering na⁴⁶) over de vraag op welke wijze de elasticiteit van de civiele rechter bepaald kan worden en dus vrijwel niets om op terug te vallen. Een neveneffect daarvan is dat onze beschouwingen wat meer essayistisch (en misschien ook wel elastischer) van karakter zijn geworden dan het bestuur van de VBR tevoren bedacht zal hebben. Met deze beperking in het achterhoofd concentreren wij ons hierna op zes (mogelijk) relevante elasticiteitsgraadmeters. Het betreft:

- procesrechtelijke leerstukken en regels (par. 3);
- materieelrechtelijke leerstukken en regels (par. 4);
- taakopvatting van de rechter (par. 5);⁴⁷
- achterliggende doelen (par. 6);
- maatschappelijke impact (par. 7);
- vertrouwen in en mate van acceptatie van de rechtspraak (par. 8).⁴⁸

In de hierna volgende paragrafen zullen we steeds proberen om, al dan niet geïntegreerd, drie overkoepelende vragen per indicator te bespreken, te weten:

46. We wijzen wel graag op het slot van de KNAW-Mededeling van Koopmans (T. Koopmans, *Juridische dialectiek* (Mededelingen der KNAW, Afd. Letterkunde. Nieuwe reeks – deel 45 – No. 3), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1982, p. 91), alwaar hij onze problematiek (in zijn woorden: ‘de grens van wat de rechter nog net, of in elk geval niet, kan doen’) ‘raakt’ en de verhouding tussen (de rol en het optreden van) de wetgever en de rechter (par. 5 hierna) en het vertrouwen in de rechterlijke macht (par. 8) als factoren benoemt, naast institutionele opzet en bevoegdheidsverdelingen. Die laatste twee ziet hij echter vooral als belemmeringen voor een werkbare rechtsvergelijking tussen Nederland en bijvoorbeeld de Verenigde Staten.

47. Deze factor ziet daarmee ook op de verhouding tussen wetgever en rechter (vgl. Koopmans 1982, p. 91) als intrinsiek onderdeel van de visie op rechtsvorming van de rechter.

48. Vgl. Koopmans 1982, p. 91.

1. Wat wordt met de factor bedoeld?
2. Is deze factor, bijvoorbeeld blijkens de rechtspraak, van belang voor de spankracht van de civiele rechter en in welke mate?
3. Hoe is deze factor te meten, zo dat al kan?

3 **Elasticiteitsgraadmeter: procesrechtelijke leerstukken en regels**

De mate van elasticiteit (en rechtsvormende sturing) die een rechter kan betrachten wordt allereerst mede bepaald door het procesrechtelijke kader waarbinnen de rechter opereert. We herinneren hier aan het eerste deel van het Algemeen Deel** van Vranken⁴⁹ ter onderbouwing van die (sindsdien) weinig verrassende stelling. Of en hoe de rechter kan rechtsvinden en rechtsvormen wordt mede bepaald door het procesrecht. Vertaald naar dit preadvies: de mate van elasticiteit die een rechter kan bereiken wordt door dat procesrechtelijke kader ingeperkt of uitgerekt. In een zekere zin conditioneert het procesrecht de werking van de hierna te bespreken elasticiteitsgraadmeters. Daarbij geldt in zijn algemeenheid dat het procesrecht, stoelend op de aloude uitgangspunten van partijautonomie en lijdelijkheid van de rechter, als uitgangspunt neemt dat de partijen voor een belangrijk deel bepalend zijn voor de ruimte die de civiele rechter heeft om zich elastisch op te stellen. Bijvoorbeeld: welke rechtsvraag voorligt en welke feiten bij de beantwoording van die rechtsvraag worden betrokken, wordt grotendeels door de procederende partijen en hun procesopstelling bepaald. We hebben om deze reden ervoor gekozen om deze elasticiteitsgraadmeter minder diepgaand te bespreken dan de andere. Desalniettemin lichten we hieronder kort enkele aspecten van het procesrecht als elasticiteitsgraadmeter eruit om te illustreren op welke wijze het procesrecht de werking van de andere elasticiteitsgraadmeters conditioneert.

Een voorbeeld betreft de rechterlijke omgang met het feitelijke debat tussen de procespartijen. Kort gezegd en zonder de hier niet benodigde uitwerking: de rechtsgronden mogen aangevuld worden, maar de feiten niet (art. 24 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). Dat feitelijke debat tussen partijen beperkt dus de rechterlijk spanwijdte. En als partijen het onderling eens zijn over de feiten (er is dan geen betwisting in de zin van art. 149 Rv) dan is de rechter aan die lezing gebonden: als partijen het erover eens zijn dat Arjen Robben⁵⁰ in de WK-finale van 2010 de bal net wél over de uitgestoken teen van doelman Iker Casillas⁵¹ heeft geschoten, dan zijn we toen, in elk geval voor de duur van de desbetreffende civiele procedure,

49. Zie J.B.M. Vranken, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1995, nrs. 7-71.

50. 'Arjen Robben', wikipedia.org 25 september 2022.

51. 'Iker Casillas', wikipedia.org 12 juni 2022.

wereldkampioen voetbal geworden. Dat is dan voor de rechter een vast gegeven. Het partijdebat over de feiten kan op die manier extra lucht verschaffen aan de rechter. Het *Urgenda*-arrest is daarvan een voorbeeld: het feitelijke kader (te kort: de mens creëert onmiskenbaar gevaarlijke klimaatverandering en de tijd om te handelen is (bijna) op, zoals blijkt uit een overweldigend aantal valide wetenschappelijke publicaties) werd van harte onderschreven door Urgenda en de Staat en op basis daarvan kon de rechter vervolgens streng (en sturend) zijn, en diens eigen spankracht en die van het recht in volle glorie tonen. Het procesrecht en de opstelling van de partijen rekte het rechterlijke elastiek net wat verder uit. Dat hoeft overigens niet altijd zo te zijn: juist in die gevallen waarin complexe materie voorligt die omgeven is met wetenschappelijke onzekerheden en ambigüiteiten, zoals het klimaatvraagstuk, wordt de rechter met de nodige uitdagingen geconfronteerd wanneer de partijen wél twisten over de lezing van de bestaande kennis en zich daarbij beide baseren op een valide lezing van bestaande kennis. Het is dan zeker géén gemakkelijke opgave om te bepalen van welke lezing van de bestaande kennis de rechter moet uitgaan.⁵²

Opmerking verdient nog wel dat naar onze intuïtieve inschatting het procesrechtelijke kader vaker beperkend zal werken dan extra ruimte zal bieden. Denk aan bevoegdheidskwesties (om te appelleren of in cassatie te gaan; om de andere partij via de rechter tot iets te kunnen dwingen) en bewijskwesties (wie kan en mag waarover getuigen?; de bewijsrisicoverdeling gaat uit van ‘bij twijfel niet’), maar dit hebben we niet verder doorgerekend voor het hele wetboek. Dat hoeft ook niet want zelfs als we dat zouden doen, zou deze factor daarmee niet per se ‘meetbaar(der)’ worden. Dat wil overigens niet zeggen dat er niets is om voor deze indicator tot een streefwaarde te komen. Een voorbeeld: ons procesrecht gaat heden ten dage, veel meer dan voorheen, uit van rechterlijke waarheidsvinding en van een waarheidsplicht. Artikel 21 Rv is de belichaming van die wens, van dat bredere ideaal (voor velen zelfs: beginsel).⁵³ Daarbij aanhakend: in de context van deze bepaling ligt de streefwaarde qua rechterlijke elasticiteit daar waar die waarheidsvinding het best gedijt. De mate waarin een leerstuk of regel bijdraagt aan de spankracht van de rechter is dan, vanuit proces-

52. Zie over deze problematiek bijvoorbeeld K.J.O. Jansen & E.R. de Jong, ‘Rechterlijke toetsing van wetenschappelijke kennis in het aansprakelijkheidsrecht’, *NTBR* 2022/2, p. 5-21. Zie ook recent het themanummer van *Rechtstreeks* over ‘de rechter en de deskundige’, *Rechtstreeks* 2022, nr. 2.

53. Zie nader over dit ideaal/beginsel: I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 77 e.v.

rechtelijke optiek, te ‘meten’ door na te gaan of dat leerstuk of die regel de waarheidsvinding stimuleert of juist verhindert.⁵⁴

Ten slotte conditioneert de aard van de procedure de elasticiteit van de civiele rechter. Extra lucht (procesrechtelijk gezien) wordt aangereikt door de (procesrechtelijke) regelingen inzake de algemeenbelangactie en massaschadevorderingen. Zie het vernieuwde artikel 3:305a BW en de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie, waardoor in een collectieve actie ook schadeverhaal mogelijk is, en voordien al via de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) uit 2005, zoals ingevoerd in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁵⁵ Dat arsenaal van procesrechtelijke mogelijkheden zal het gebruik van de algemeenbelangactie en ‘de massaclaim’ feitelijk stimuleren en geeft daarmee extra mogelijkheden en ruimte aan de rechter om het (aansprakelijkheids)recht verder te vormen.

Verder maakt het voor zijn elasticiteit een verschil uit of een rechtsvraag tot hem komt via de ‘gangbare’ route van het cassatieberoep, de cassatie in het belang der wet-procedure of via de prejudiciëlevraagprocedure. Met name deze laatste twee categorieën en dan natuurlijk in het bijzonder de prejudiciële vraagprocedure, strekken ertoe om de Hoge Raad meer zijn rechtsvormende rol te (kunnen) laten nemen en sturing te geven aan de rechtsontwikkeling. Anders geformuleerd: soms wordt de rechter zelfs aangeschreven om zijn elastische, sturende gezicht te tonen, bijvoorbeeld als er een prejudiciële vraag wordt gesteld; een dergelijke vraag is immers geënt op rechtsvorming. Ten slotte valt nog te wijzen op het verbod op rechtsweigering (en het zich dus niet mengen in een in essentie politiek debat) van artikel 23 Rv.⁵⁶ Dat artikel bepaalt als het ware de ondergrens van de rechterlijke spankracht.⁵⁷

54. Wij merken daarbij meteen op dat dit laatste (nog) geen normatieve stellingname is inzake de wenselijkheid van een dergelijk leerstuk. Er kunnen immers goede redenen zijn om via een bepaalde regel of bepaald leerstuk de waarheidsvinding juist niet te bevorderen, bijvoorbeeld door zorgen omtrent iemands privacy of de ongewenste openbaring van bedrijfsgeheimen. Daarover uitspraken doen, is overigens ook niet de opzet en/of het doel van dit preadvies.

55. De literatuur over die wettelijke regelingen is te omvangrijk om hier op te sommen.

56. Ook Brenninkmeijer 1992, p. 681, legde al de link tussen de rechtsvormende taak van de rechter en het verbod op rechtsweigering.

57. Wij realiseren ons dat het mogelijk is dat een rechter zegt: ‘Het geldende recht luidt zus en zo. Dat is wellicht onrechtvaardig, maar ja, het is nu eenmaal het recht en voor ander recht moet u niet bij mij zijn.’ Deze rechter weigert officieel niet om recht te spreken zoals bedoeld in art. 23 Rv, maar weigert in ieder geval wel de gevraagde rechtsbescherming te verschaffen.

4 **Elasticiteitsgraadmeter: materieelrechtelijke leerstukken en regels**

4.1 ‘Haakjes’ om te komen tot rechtsbescherming

Wat ons betreft kan de spankracht van de civiele rechter niet goed worden bepaald zonder de spankracht van, in ieder geval, het materiële civiele recht daarbij te betrekken. Het materiële recht en de ontwikkeling daarvan is, anders gezegd, een belangrijke ‘elasticiteitsgraadmeter’. Aangezien de civiele rechter, en dan in het bijzonder de Hoge Raad, nader invulling geeft aan de ontwikkeling van dat materiële recht, bepaalt hij voor een belangrijk deel ook zijn eigen elasticiteit. Het materiële recht biedt de rechter daarbij de aanknopingspunten, of anders gezegd de ‘haakjes’, om over te gaan tot rechtsontwikkeling wanneer dat noodzakelijk is om tot rechtsbescherming te komen. Die rechtsontwikkeling kan vervolgens weer nieuwe ‘haakjes’ verschaffen waaraan dan weer een volgende, verdergaande, stap in de rechtsontwikkeling kan worden opgehangen.

De vele open normen die het Burgerlijk Wetboek bevolken, en dan in het bijzonder de sinds 1919 bestaande ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die nu in artikel 6:162 BW is opgenomen, zijn hierbij natuurlijk wezenlijk. Deze open normen verschaffen het aansprakelijkheidsrecht de nodige elasticiteit waardoor het kan inspelen op de noden van de tijd.⁵⁸ Juist die open normen bieden dus ruimte om te komen tot ‘nieuwe haakjes’ om zo het recht in lijn met maatschappelijke behoeften aan rechtsbescherming te laten ontwikkelen.⁵⁹

Het gebruik en de ontwikkeling van zulke ‘haakjes’ kan met name wenselijk worden geacht wanneer wetgeving niet voorziet in duidelijkheid of wanneer de overheid (in de ruime zin van het woord) nalaat adequate bescherming te bieden. Die gedachte is (bepaald) niet nieuw. Er zijn sprekende voorbeelden waarin de civiele rechter de ‘gaten’ die voortvloei(d)en uit een gebrek aan overheidsregulering ten aanzien van een bepaald risico, heeft gevuld, bijvoorbeeld door op grond van het ongeschreven recht zorgplichten aan te nemen.⁶⁰ Deze rol heeft de civiele rechter gespeeld bij verschillende risi-

58. De wetgever kan immers, net als de civiele rechter overigens, niet alles voorzien en dus is een zekere mate van flexibiliteit geboden.

59. Het is echter ook een lastige ‘elasticiteitsgraadmeter’ om vat op te krijgen. Dat houdt verband met de enorme variatie in casusposities en de oneindige lijst van voorbeelden waarin dit speelt.

60. Zie in het bijzonder HR 6 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9376, NJ 1990/573, m.nt. P.A. Stein (*Janssen/Nefabas*); HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw I*); HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, NJ 2006/147, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hertel/Van der Lugt*); HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, NJ 2009/103, m.nt. I. Giesen (*Eternit/Horsting*).

co's, waaronder gezondheids- en milieurisico's (denk aan blootstelling aan asbest op de werkvloer), maar bijvoorbeeld ook in de context van financiële risico's.⁶¹

Ook op andere vlakken dan de onrechtmatigheid doet deze dynamiek zich voor. Denk aan het verjaringsrecht. Zoals bekend is zowel aan de regels die de begin- en einddatum van de subjectieve respectievelijk de absolute termijn bepalen gesleuteld om tot redelijke uitkomsten te komen.⁶² Een van de meest spraakmakende rechtsontwikkelingen op dit vlak is wat ons betreft de mogelijkheid om op grond van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6.2 BW (het 'haakje') de absolute verjaringstermijn te doorbreken. Die rechtsontwikkeling begon bij de arresten *Van Hese/De Schelde* en *Rouwhoff/Eternit*.⁶³ Het betreft zaken die hadden te 'dealen' met een (vroeg) vorm van historisch onrecht, onrecht dat naar de reguliere niet-opgerekte regels als verjaard zou hebben te gelden, maar dat door de geboden openingen in bepaalde gevallen alsnog op inhoudelijke gronden aan te kaarten bleek. Initieel was de reikwijdte van deze uitzondering beperkt tot een specifieke set aan gevallen: namelijk die van blootstelling aan asbest. We zien thans echter dat het gradueel oprekken van de grenzen van het verjaringsrecht van harte is benut in een heel ander type zaken waarin op de achtergrond (wederom) een vorm van overheidsfalen (i.c. wandaden in het verleden) speelt. Te wijzen valt op een aantal zaken, begonnen door nabestaanden, naar aanleiding van de gruweldaden, kort na de Tweede Wereldoorlog,

61. Zie hierover bijv. W.H. van Boom, *Privaatrecht en Markt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 210-212.

62. Zie voor de subjectieve termijn van art. 3:310 BW met name, maar zeker niet uitputtend, HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112, m.nt. C.E. du Perron (*Saelman/VU*) over de betekenis van (een gebrek aan) voldoende zekerheid over foutief of tekortschietend medisch handelen voor de aanvang van de subjectieve verjaringstermijn; HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552 (*Mispelhoff/Staat*), over onder meer bekendheid met de aansprakelijke persoon en met een overzicht en verwijzing naar eerdere rechtspraak; HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, NJ 2018/239, over onbekendheid met of onzekerheid over juridische beoordeling in het kader van onjuiste implementatie van de Databankenrichtlijn en aanvang en aflopen van de subjectieve termijn bij een voortdurende onrechtmatige daad; HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, NJ 2021/187, m.nt. J.L. Smeehuijzen, waaruit voortvloeit dat onder bepaalde (uitzonderlijke) omstandigheden onbekendheid met of onzekerheid over de juridische beoordeling aan de aanvang van de subjectieve verjaringstermijn in de weg kan staan.

63. Zie in het bijzonder HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, NJ 2000/430, m.nt. A.R. Bloembergen (*Van Hese/De Schelde*); HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5634, NJ 2000/431, m.nt. A.R. Bloembergen (*Rouwhoff/Eternit*).

verricht door voor de staat opererende militairen in Indonesië.⁶⁴ De lijst voorbeelden is inmiddels verder uitgebreid, onder meer in het kader van misstanden bij de interlandelijke adoptie uit Sri Lanka.⁶⁵

4.2 Europa als ‘elasticiteitsoprekker’ en ‘-begrenzer’

De laatste tijd komt bij dit alles ook nog de invloed van de ruim geformuleerde mensenrechten uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), of breder: de toegenomen invloed van het Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke kader.⁶⁶ Het EVRM dient als breekijzer in die zin dat het met zich kan brengen dat, hoewel de overheid conform democratisch vastgestelde regelingen handelt, het overheidsbeleid alsnog aan de civiele rechter ter beoordeling kan worden voorgelegd. In sommige (maar lang niet in alle) gevallen leidt dat dan tot de conclusie dat het beleid alsnog als onrechtmatig wordt beoordeeld. In het bijzonder is de leer van de positieve verplichtingen ter uitbreiding van de bescherming van bijvoorbeeld artikel 2 EVRM en artikel 8 EVRM een belangrijke elasticiteitsoprekker gebleken.⁶⁷ Vooropgesteld: in een aanzienlijk aantal gevallen waarin deze leer naar voren werd gebracht werd géén schending aangenomen. Te wijzen valt op procedures in relatie tot Q-koorts,⁶⁸ asbest,⁶⁹ tabak⁷⁰ en luchtvervuiling.⁷¹ Maar er zijn ook spraakmakende procedures waarin het potentieel van dit leerstuk ten volle is benut. Recent oordeelde de rechtbank Den Haag nog dat de overheid

64. Zie onder meer Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2525. Diverse voorbeelden zijn verder te vinden in en worden besproken door I. Giesen, ‘Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht op de drempel van 2017’, in: M. Kruijthof, *Inzichten in actueel aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2018, nrs. 8-17. Zie tevens, diepgravend en uitvoerig, M.A. Loth, ‘Houdbaar recht; over de aansprakelijkheid voor historisch onrecht’, in: M.A. Loth & L.P.W. van Vliet, *Recht over tijd* (Preadvies Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2018), Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 7 e.v. Zie over deze thematiek (uiteraard) ook de Maastrichtse afscheidsrede van Jaap Spier: J. Spier, *De lange schaduw van het verleden? Omgaan met historisch onrecht* (afscheidsrede Maastricht), Den Haag: Boom juridisch 2016.

65. Zie recent Hof Den Haag 12 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1248. In die procedure had de staat het verjaringsverweer laten vallen. De andere aansprakelijk gestelde partij, de Stichting kind en toekomst, voerde nog wel het verjaringsverweer. Het hof concludeert dat het beroep van de stichting op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

66. Zie nader B.A. Kuiper-Slendebroek, ‘Uitbreiding van het internationaal instrumentarium van de burgerlijke rechter’, *NTBR* 2022/25, p. 195 e.v.; K.J.O. Jansen, *Stoomwals en wegbe-reider* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2022.

67. Zie hierover onder meer E.C. Gijselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2021.

68. Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587, JA 2017/42, m.nt. J.H.G. Verweij-Hoogendijk (*Q-koorts*).

69. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier.

70. Rb. Den Haag 9 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12746 (*Tabakslobby*).

71. Hof Den Haag 7 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:915, NJ 2019/352.

op grond van een schending van de positieve verplichting om inbreuken op artikel 8 EVRM te voorkomen, aansprakelijk is jegens omwonenden van veehouderijen die daarvan stankoverlast ondervinden.⁷² Denk uiteraard ook aan *Urgenda*. Bovendien illustreert de *Shell*-zaak⁷³ voorsnog dat de redeneringen in *Urgenda*, die voor een groot deel gestoeld zijn op de leer van de positieve verplichtingen, een haakje vormen voor het aanspreken van private actoren voor hun bijdrage aan het ontstaan van gevaarlijke klimaatverandering.⁷⁴ De reikwijdte van dát haakje wordt inmiddels ook al weer nader beproefd, hetgeen geïllustreerd wordt door de brief van Milieudefensie waarin de organisatie, schermend met het voor haar (in eerste aanleg) gunstige *Shell*-vonnis, verschillende bedrijven, waaronder banken, wijst op hun verantwoordelijkheid in het tegengaan van klimaatverandering.⁷⁵

Een ander voorbeeld van ‘Europa’ als elasticiteitsoprekker zien we op het gebied van de (uitzonderingen op de leer van de) formele rechtskracht.⁷⁶ De leer lag al langer vanuit mensenrechtelijke hoek onder vuur omdat zij de rechtsbescherming bij potentiële mensenrechtenschendingen te veel onder druk zou zetten.⁷⁷ Uit de artikelen 2, 3 en 8 EVRM vloeit voor de overheid de (positieve) verplichting voort om een schending van de door die artikelen beschermde rechten te voorkomen. Een onderdeel van deze positieve verplichtingen, in combinatie met artikel 13 EVRM, is dat de verdragsstaten dienen te voorzien in een effectief rechtsmiddel in geval van (vermeende) schendingen. Indien sprake is van een (vermeende) schending van onder meer de artikelen 2, 3 en 8 EVRM, kan de leer van de formele rechtskracht op gespannen voet staan met dit uitgangspunt; daarom is wel betoogd dat de leer in die gevallen van een (vermeende)

72. Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119.

73. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

74. Mensenrechtenschendingen door private partijen kunnen uiteraard ook langs publiekrechtelijke weg worden aangepakt, bijv. via het EHRM. Zie daarover C. Loven, *Fundamental Rights Violations by Private actors and the Procedure before the European Court of Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2022.

75. Milieudefensie, ‘Deze brief verandert alles: grote vervuilers, kom met een klimaatplan’, milieudefensie.nl 13 januari 2022. Zie hierover in relatie tot de financiële sector: E.R. de Jong, ‘De dreigende werking van klimaataansprakelijkheid van financiële instellingen’, *NTBR* 2022/4.

76. Het hierna volgende is gebaseerd op E.R. de Jong & M.F. Faure, ‘De autonomie van het civiele recht en het strafrecht bij normstelling voor ernstige risico’s voor de fysieke leefomgeving’, *NJB* 2022/864.

77. Zie Gijsselaar 2021; C. Drion, ‘Verongelukken in het recht’, *NJB* 2017/308; T. Barkhuysen, ‘Billijker bestuursrecht met minder formele rechtskracht’, *NJB* 2019/2415.

mensenrechtenschending buiten toepassing behoort te blijven.⁷⁸ Inmiddels heeft de Hoge Raad in zijn prejudiciële antwoorden in verband met de *Gaswinning Groningen* de leer afgezwakt.⁷⁹ De Hoge Raad formuleerde daar immers een nieuwe manier van omgaan met de beperkt mogelijke uitzonderingen op die formele rechtskrachtleer en dus meer ruimte om overheidsbesluiten op grond van het civiele recht te toetsen.⁸⁰ Hoewel die afzwakking niet alleen is ingegeven door de eisen van het EVRM, maar ook door andere specifieke omstandigheden die gerelateerd zijn aan de Groningse Gaswinningsproblematiek én het specifieke toepasselijke publiekrechtelijke kader dat in die context geldt, is niet ondenkbaar dat de leer van de formele rechtskracht ook niet meer zo strak opgaat bij overheidsaansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen van andere activiteiten die de fysieke leefomgeving en de door artikelen 2, 3 en/of 8 EVRM beschermde rechten bedreigen.⁸¹

Europa kan echter ook een ‘begrenzer’ van elasticiteit zijn. Als een EU-regeling volledige harmonisatie beoogt, zoals de regels inzake productaansprakelijkheid bijvoorbeeld doen, dan is ook de nationale civiele rechter daaraan uiteraard gebonden. Hij kan en mag de regeling dan niet verder oprekken dan de EU-wetgever en de EU-rechter hebben aangegeven, hoeveel haakjes hij zelf ook ziet. Zo wordt voorkomen dat de inhoud van een regeling die beoogt eenheid te creëren, alsnog per lidstaat uiteen gaat lopen. Als het om het EVRM gaat, kan hetzelfde spelen. Vaste en duidelijk afgebakende rechtspraak van het Europees Hof kan niet zomaar ‘uitgebreid’ (lees: ruimer uitgelegd) worden door de nationale rechter.⁸² Eenheid van recht is hier kennelijk (bij voorbaat) belangrijker dan eventuele vooruitgang aan het front van de rechtsbescherming.

78. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Overheidsaansprakelijkheid voor de Enschedese Vuurwerkcramp’, *NTM/NJCM-Bulletin* 2004, p. 698-722, p. 716-717; G.E. van Maanen, ‘Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht’, *RMThemis* 2007, afl. 4, p. 127-140, p. 138; G.E. van Maanen, ‘Deel 1. De impact van het EVRM op het privaatrecht’, in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 9-71, op p. 51-52; Gijsselaar 2021, p. 141-144.
79. Kritisch zijn B.J.P.G. Roozendaal, ‘De prejudiciële beslissing van de Hoge Raad aardbevingsschade Groningen’, *Overheid en Aansprakelijkheid* 2019/58, p. 117-123, en Gijsselaar 2021, p. 141-144. Positiever zijn D. Sanderink & R. Schlössels, ‘Slaat de Hoge Raad nieuwe bressen in het bastion van de formele rechtskracht?’, *NJB* 2019/2694.
80. Zie uitgebreider, en met verwijzingen, De Jong & Faure 2022.
81. Zie ook Gijsselaar 2021, p. 142-145 en Sanderink & Schlössels 2019. Inmiddels komen geluiden uit de lagere rechtspraak tot ons dat in veel gevallen van overheidsaansprakelijkheid waar de formele rechtskracht een rol speelt, een beroep wordt gedaan op deze in de jurisprudentie gecreëerde uitzondering op de toepasselijkheid van de leer van de formele rechtskracht.
82. Zie bijv. HR 10 augustus 2022, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, NJ 2002/278, m.nt. J. de Boer (X.Y.), en nader hierover o.a. J. Gerards & J.W.A. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Den Haag: WODC 2013, p. 43, 45, 51-52 en 239.

4.3 Oneindige elasticiteit? Uitdijing en uitholling van het aansprakelijkheidsrecht als keerzijde

Uit de hiervoor besproken openheid van het aansprakelijkheidsrecht vloeit (de hiervoor genoemde begrenzing daargelaten) in potentie ook een *oneindige* elasticiteit voort: vanwege hun algemene en abstracte formulering geven open normen als zodanig immers weinig richting en afbakening, waardoor het gevaar van een stuurloos en alsmear uitdijend aansprakelijkheidsrecht op de loer ligt.⁸³ Het is dus goed te beseffen dat het BW, gegeven zijn open normen, een vrijwel eindeloos uitdijende bron van elasticiteit vormt, want de nieuwe regel of het nieuwe leerstuk, zelf oorspronkelijk aangehaakt bij al bestaand recht, vormt voor de toekomst weer een nieuw haakje waaraan een nog modernere, althans beter bij de noden van de betrokken tijd passende, regel kan worden opgehangen.⁸⁴

Een belangrijke indicatie over de elasticiteit van het civiele recht kan dus worden gevonden in het antwoord op de vraag waarom, hoe en wanneer de civiele rechter een ongewenste uitdijing (niet) tracht te voorkomen. Die vraag is in zijn algemeenheid moeilijk te beantwoorden: de pendule tussen het oprekken van het materiële recht en het weer terugdringen daarvan om ongewenste uitdijing te voorkomen, beweegt zich de ene keer subtiel en soepel voort maar andere keren juist nogal schokkerig. Soms gaat de Hoge Raad helemaal niet over tot rechtsontwikkeling om zo een ongewenste uitdijing bij voorbaat te voorkomen (denk aan het afwijzen van een recht op vergoeding van affectieschade in *Taxibus*⁸⁵). Nauw verwant hiermee is de situatie waarin hij terughoudendheid betracht om zo bij voorbaat een rem op uitdijing te zetten (denk aan de terughoudende koers in het kader

83. Zie de klassieker over dit thema: J. Spier & A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1996-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997; M. Loth, *Rechtvaardige aansprakelijkheid: over het herstel van autonomie, een minimaal beschermingsniveau, en de rol van de maatmens benadeelde in het aansprakelijkheidsrecht* (Preadvies Vereniging voor Aansprakelijkheidsrecht), Deventer: Kluwer 2016, p. 2; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid', *RMThemis* 2019, afl. 1, p. 26-32, p. 27.

84. We zouden in dit verband dan ook het beeld van het materiële aansprakelijkheidsrecht als een 'ventiel' (deze beeldspraak is van Albert Verheij: waar nodig, laat de rechter lucht ontsnappen) of het beeld van een 'spons' (het recht sopt al die wijzigingen op, dijt uit en sopt verder op) kunnen hanteren. Zie de monografie van Verheij: A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (8ste druk), Deventer: Wolter Kluwer 2019, hfdst. 1 onder nr. 8.

85. Althans het initiatief daartoe over te laten aan de wetgever. Zie HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*).

van overheidsaansprakelijkheid).⁸⁶ Er zijn ook (sporadische) voorbeelden waarin de Hoge Raad (ogenschijnlijk) bewust de werking van een wetsartikel lijkt in te perken (denk aan de verkrijgende verjaring in het kader van de ‘landjespikproblematiek’).⁸⁷ Eveneens zijn er voorbeelden waarin de Hoge Raad voorheen strikt was maar nadien de deuren weer (wat) heeft opengezet (zie de jurisprudentie ten aanzien van schokschadevorderingen in *Taxibus*, *Vilt* en thans *Hoogeveen*).⁸⁸ Maar de Hoge Raad kan de deur van de rechtsontwikkeling ook abrupt dichtslaan, bijvoorbeeld omdat de rechtsontwikkeling uit de hand is gelopen of dreigt te lopen. Denk aan de hieronder te bespreken jurisprudentie inzake artikel 7:611 BW en de meanderende jurisprudentie ten aanzien van de omkeringsregel.⁸⁹

4.4 Hoe meet en weet men of er voldoende ‘elasticiteit’ is? Dat hangt mede af van wat je wilt en vindt...

Hoe men de mate van elasticiteit die het materiële recht biedt, kan meten en hoe men dat gegeven dan zou kunnen relateren aan een (vooraf bepaalde) maatstaf, om te bepalen of de bereikte mate ‘voldoet’, is om ten minste twee redenen geen gemakkelijke opgave.

Het zijn, en dit is de eerste reden, gemiddeld genomen de wegen der geleidelijkheid die hier betreden worden: het recht ontwikkelt zich stap voor stap (zelfs als de afzonderlijke stappen soms als schokken voelen). Dit heeft

86. Zo geldt op het vlak van de overheidsaansprakelijkheid het *frame* dat de rechter terughoudendheid past bij de toetsing van nagenoeg al het overheidshandelen. Dat is een materieelrechtelijk, niet in een enkel leerstuk maar in het gehele domein besloten gelegen gegeven dat de elasticiteit voor de civiele rechter meteen al stevig inperkt. De rechter is gebonden in zijn sturingsmogelijkheden omdat de overheid de nodige ruimte moet krijgen om te kunnen handelen in het algemene belang. Vgl. ook Keirse & Mak 2022, p. 48-50.
87. We doelen uiteraard op HR 24 februari 2017, NJ 2018/141, m.nt. H.J. Snijders (*Gemeente Heusden/X.*).
88. Zie in het bijzonder HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*); HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, NJ 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (*Hoogeveen*). Zie hierover T. Hartlief, ‘Schokschade 2.0’, *NJB* 2022/1591; 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.
89. Zie daarover bijvoorbeeld: I. Giesen, ‘De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang(?) van de “omkeringsregel”’, in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien penne streken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 69-86, met verdere verwijzingen. Stopzetten van de rechtsontwikkeling en zelfs het aanscherpen daarvan was hier nodig omdat die regel op den duur zo’n ruime reikwijdte had dat een van de hoofdregels van het aansprakelijkheidsrecht, namelijk dat degene die stelt dat er een oorzakelijk verband is bij voldoende betwisting daarvan dit verband dient te bewijzen, in de praktijk ondergesneeuwd raakte.

als (mogelijke) implicatie dat de bredere en (wellicht) onvoorziene en ongewenste consequenties van de introductie en nadere ontwikkeling van een haakje pas gaandeweg duidelijk worden. Nieuwe inzichten over de manier waarop het recht zich ontwikkelt, en de consequenties daarvan, doen dan weer de vraag rijzen of de rek uit het elastiek is en de rechtsontwikkeling moet worden bijgestuurd. Illustratief hiervoor is dat de rechtsontwikkeling die ten behoeve van rechtsbescherming van slachtoffers in gang is gezet in verschillende asbestzaken, bijvoorbeeld ten aanzien van de zorgplicht en de doorbreking van de verjaring, in eerste instantie werd verwelkomd (althans niet heel kritisch werd ontvangen). Pas na verloop van tijd werd de vraag gesteld of niet te gemakkelijk over was gegaan tot bepaalde stappen, mede gegeven de bredere implicaties van die stappen, of het elastiek dus niet te ver was opgerekt.⁹⁰ Anders gezegd: een moeilijkheid bij het in kaart brengen van de elasticiteit van het civiele recht is dat in veel gevallen de elasticiteit na verloop van tijd, en nadat een bepaalde opening voor rechtsontwikkeling is geboden, alsnog wordt bekritiseerd. Dat kan dan gepaard gaan met de suggesties dat, met de kennis van achteraf, het recht te ver is opgerekt. Ook kan het inzicht ontstaan dat de (vermeende) elasticiteit er helemaal niet was. Hieruit kunnen dan voor toekomstige gevallen lessen worden getrokken over de mate van elasticiteit die het recht (niet) biedt.

Daarmee zijn we beland bij de tweede moeilijkheid. De grenzen aan de elasticiteit van het civiele recht zijn nauw verbonden met het materieel-rechtelijke kader waarbinnen een rechtsontwikkeling vorm krijgt. Welke normatieve casusoverstijgende streefwaarde men hanteert, zal uiteindelijk afhangen van wat men wil bereiken met het (privaat)recht en welke rechtsvindingsideologie men (daartoe) aanhangt, dus van wat men nastreeft als rechter, welke normatieve grondslagen van het privaatrecht een rechter of een rechterlijk college als instituut uiteindelijk onderschrijft. Omdat in het privaatrechtelijke discours weinig aandacht wordt besteed aan (het expliciteren en onderbouwen van) die normatieve grondslagen, stromingen, theorieën of ideologieën – we zeggen het Van Boom na⁹¹ – en wij mede daarom dus niet zouden kunnen zeggen welke normatieve grondslagen de civiele rechter in Nederland volgt, is ook de streefwaarde voor elasticiteit hier niet zomaar uit te schrijven. De rechter, gebruikmakend van de mogelijkheden van het materiële civiele recht, zal dat ijkpunt uiteindelijk moeten bepalen, uiteraard in het licht van de doelen en

90. Bijv. J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 81, die betoogt dat met de kennis van nu de rechters wellicht te gemakkelijk zorgplichtschendingen hebben aangenomen. Ook Spier heeft bij verschillende gelegenheden dit signaal afgegeven.

91. Zie W.H. van Boom, *Norm en normativiteit in het vermogensrecht* (Preadvies Christen Juristen Vereniging 2019), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 9 en p. 10-11.

(grond)waarden die ten grondslag liggen aan het systeem. Daarbij zou het fijn zijn – laten we dit een *aanbeveling* noemen – als dat ijkpunt dan ook in de uitspraak geëxpliciteerd werd (lieftst nog iets voorbij de notie van ‘streven naar correctieve of distributieve rechtvaardigheid’), als referentiekader voor de rechtspraakanalisten achteraf.⁹² En ja, dat is veel gevraagd en lastig maar er zijn aanknopingspunten voor. Van Boom noemt als voorbeelden marxisme, de *capabilities approach* en klassiek liberalisme.⁹³ En in de Monografie BW over rechtsvorming in het privaatrecht worden enkele grondslagen aangehaald die de aan rechtsvinding inherente keuze van de rechter kunnen stutten, zoals iemands geweten, de aan kennis en ervaring gekoppelde intuïtie, het door maatschappij en culturele context bepaalde rechtsgevoel, of de werfkracht van een uitspraak.⁹⁴

Niet van de wijs gebracht door deze moeilijkheden wagen we hierna een poging om (enkele) algemene kenmerken of indicatoren (anders gezegd: elasticiteitsstreefwaarden) te benoemen die behulpzaam zijn bij het bepalen wanneer en waarom de grenzen van de elasticiteit van het civiele recht in zicht komen. Dat doen we aan de hand van drie kruispuntcasussen waarin, naar onze mening, de spanning tussen enerzijds de ontwikkeling van het civiele recht om rechtsbescherming te bieden en anderzijds de wens om ongewenste uitdijing te voorkomen, naar voren komt. Die casussen geven bovendien inzicht in meer algemene kenmerken die erop duiden dat de grenzen van de elasticiteit van het civiele recht in zicht komen. In paragraaf 4.8 vatten we deze samen.

4.5 Kruispuntcasus: verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW

Uit de hand gelopen rechtsontwikkeling?

Zo’n kruispuntcasus vinden we allereerst in de acceptatie en doorontwikkeling van de aanvullende zorg- en verzekeringsplicht op grond van artikel 7:611 BW voor werkgevers voor de niet via artikel 7:658 BW verhaalbare schade van werknemers die worden blootgesteld aan de gevaren van het verkeer wanneer zij zich voor hun werkzaamheden in het verkeer bege-

92. Zie ook Loth 2016, p. 2.

93. Van Boom 2019, p. 11.

94. Giesen 2020, nr. 41, met verwijzingen. Hierbij aansluitend noemen we nog Van Gestel & Loth 2022, p. 14-30: zij maken een onderscheid tussen ‘input’, ‘throughput’ en ‘output legitimiteit’ en benoemen dat legitimiteit en iemands visie op de rechtsvormende rol van de rechter ook een morele en sociale dimensie heeft.

ven.⁹⁵ In dit dossier bleek een geleidelijke rechtsontwikkeling te leiden tot een ongewenste en oncontroleerbare uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht en tot de uitholling van centrale leerstukken in (deelgebieden) van het aansprakelijkheidsrecht. De ontwikkeling begon bij de acceptatie van de mogelijkheid van verhaal van zaakschade veroorzaakt door (eenzijdige) gemotoriseerde verkeersongevallen,⁹⁶ en eindigde bij eenzijdige fietsongevallen gerelateerd aan het werkverkeer en met letsel tot gevolg. In dit rechtsontwikkelingsproces vormde de uitbreiding in een specifiek geval steeds weer een haakje voor de volgende stap (en uitspraak). Dit voorbeeld geeft ook meteen belangrijke inzichten inzake de beperkingen die hierbij gelden, althans die de rechter beter in acht zou kunnen nemen. Hier bleek immers dat het creëren van een set consistente, logisch op elkaar volgende algemene regels op basis van individuele, random binnenkomende zaken, behoorlijk ingewikkeld is.

Het ‘moeras der rechtsvorming’

Volgens sommigen heeft de Hoge Raad hier zijn hand overspeeld. Hij verdronk in het door hem zelf aangelegde ‘moeras der rechtsvorming’.⁹⁷ De keuze om op een bepaald moment een grens te trekken werd begrepen en onderstreept, maar ook arbitrair geacht.⁹⁸ Artikel 7:611 BW zou zo breed worden dat het artikel 7:658 BW zou opslokken (terwijl art. 7:611 BW toch een restbepaling is). Dat de Hoge Raad de verdere uitdijning van de nieuwe verzekeringsplicht op enig moment zou (moeten) stoppen, werd verwacht (en gevraagd), maar de plaatsbepaling daarvan (te kort gezegd: de struikelende postbezorger heeft pech) viel veelal niet erg goed.

Men kan dan ook met gemengde gevoelens terugkijken op dit rechtsvormingsavontuur. De critici zullen de nadruk leggen op de arbitraire aard

95. HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, NJ 2009/330 (*Maasman/Akzo Nobel*); HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767, NJ 2009/331 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*); HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, NJ 2009/332 (*Maatzorg/Van der Graaf*); HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG7775, NJ 2009/334 (*Autoster Bergen/Hendriks*); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, NJ 2011/597, m.nt. T. Hartlief (*TNT Post/Wijenberg*); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, NJ 2011/598, m.nt. T. Hartlief (*De Rooyse Wissel*).

96. Hieronder vallen ook ongevallen waarbij een werknemer als fietser of voetganger schade lijdt als gevolg van een ongeval met een gemotoriseerd voertuig.

97. De beelddespraak is ingegeven door een vaststelling van Jaap Spier in een van zijn conclusies, zie concl. A-G J. Spier 13 januari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV1295.

98. Had met de kennis van nu de Hoge Raad zich moeten onthouden van dit ‘wilde’ avontuur? De beschikbaarheid van een verzekering was voor de Hoge Raad in 2011 een van de redenen om de verzekeringsplicht voor werknemers op grond van art. 7:611 BW niet verder uit te breiden tot eenzijdige voetgangersongevallen. Zie HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, r.o. 3.5, NJ 2011/597, m.nt. T. Hartlief (*TNT Post/Wijenberg*); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, r.o. 5.4, NJ 2011/598, m.nt. T. Hartlief (*De Rooyse Wissel*); concl. A-G J. Spier 12 augustus 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BR5223, par. 6.30.2.

van de grens die de Hoge Raad trok. Wat is, naast eventuele verschillen in de verzekeraarbaarheid en hanteerbaarheid van zo'n verzekeringsplicht in de verschillende gevallen, immers het fundamentele verschil tussen een eenzijdig voetgangersongeval en een eenzijdig fietsersongeval die beide verband houden met de werkzaamheden? Waarom bestaat er in de ene situatie wel rechtsbescherming en in de andere niet? Volgens critici had de Hoge Raad zich beter helemaal van dit avontuur kunnen onthouden. Hij had de deur al bij voorbaat dicht moeten houden in plaats van deze, voor een deel zelfs met terugwerkende kracht,⁹⁹ open te zetten. Anderen zullen erop wijzen dat, hoewel het einde van dit avontuur arbitrair was, de Hoge Raad desalniettemin voor belangrijke categorieën slachtoffers een verhaalsmogelijkheid heeft gecreëerd en daarmee rechtsbescherming heeft geboden. Bovendien bleek ook dat bepaalde bezwaren tegen de geïntroduceerde verzekeringsplicht zich niet voordoen. Zo bleek uit onderzoek dat de verzekeringsmogelijkheden zich na 2008 snel hebben aangepast aan de verzekeringsplichtjurisprudentie, alsmede dat de introductie van de verzekeringsplicht geen noemenswaardige negatieve invloed heeft gehad op het economisch verkeer of op de verzekeringsmarkt (twee veel gehoorde bezwaren tegen de acceptatie van de verzekeringsplicht).¹⁰⁰ Men zou dus zelfs kunnen betogen dat voor de categorieën slachtoffers die 'in de prijzen vielen', dit rechtsvormingsavontuur een groot succes is gebleken. Dat was dan echter weer niet het geval voor degenen die erbuiten vielen.

Nieuwe pogingen in het kader van ongevallen van zzp'ers

Wij hebben de indruk dat de Hoge Raad zelf niet onverdeeld positief terugkijkt op het verzekeringsplichtdossier. Het verhaal heeft namelijk nog een staartje gekregen. Tegen de achtergrond van de platformeconomie, waarin veel mensen zich als zelfstandige zonder personeel (zzp'er) op basis van een overeenkomst van opdracht (althans, voor zover die overeenkomst niet als arbeidsovereenkomst wordt gekwalificeerd) in het verkeer begeven (denk aan de pakketbezorgers, de maaltijdbezorgers, enz.), maar waarin ook misbruik van dergelijke constructies op de loer ligt, rijst de vraag of het nodig is een hoofdstuk aan de verzekeringsplichtjurisprudentie toe te voegen. Want: zou een bepaalde groep van kwetsbare zzp'ers geen soortgelijke (rechts)bescherming moeten toekomen?¹⁰¹ En zou, gegeven de inertie

99. De rechtspraak bracht met zich dat in bepaalde gevallen de werkgever (kennelijk) al vóór de acceptatie van de verzekeringsplicht een voorziening had behoren te treffen, hetgeen problematisch kan worden geacht gezien vanuit de rechtszekerheid en de kenbaarheid van het recht.

100. Zie *Aansprakelijkheid van werkgevers: belemmerende factor voor de doorgroei van ondernemingen?* (rapport van 26 februari 2010 aan het Ministerie van Economische Zaken, Directie Ondernemen), Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2010, bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10*, 31311, nr. 50.

101. Zie over deze thematiek ook M. Bouwman & E.R. de Jong, 'Zzp'ers en verkeersongevallen. Enkele gedachten over een verplichte verzekering', *AV&S 2021/3*.

aan de zijde van de wetgever,¹⁰² de rechter niet dit hiaat aan rechtsbescherming moeten vullen, bijvoorbeeld door in een concreet geval waarin de overeenkomst niet kwalificeert als een arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW),¹⁰³ via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW een verzekeringsplicht in de overeenkomst van opdracht aan te nemen? Die vraag lag recent voor bij de Hoge Raad. Er was cassatieberoep aangetekend tegen een arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden waarin, onder meer, zo'n constructie van de hand werd gewezen. Met de ervaringen uit het verleden én de moeilijkheid om de reikwijdte van zo'n nieuwe (uitbreiding van de) verzekeringsplicht goed af te bakenen en te beheersen in het achterhoofd, raadde advocaat-generaal Hartlief de Hoge Raad een nieuw rechtsvormingsavontuur af.¹⁰⁴ De Hoge Raad verwierp het beroep met toepassing van artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO), hetgeen voor ons een duidelijke indicatie is dat hij zijn vingers, op dit moment, niet nogmaals wil branden aan dit dossier.¹⁰⁵

4.6 Kruispuntcasus: Groningse aardbevingsschade

Efficiënte en voortvarende schadeafhandeling(?)

Een ander sprekend voorbeeld van een kruispuntcasus vinden wij in de context van de aansprakelijkheid van de NAM voor de schadelijke gevolgen van de gaswinning in Groningen. Dat de Hoge Raad (en overigens ook de Raad van State) op verschillende punten het recht op zo'n manier heeft ontwikkeld dat het bijdraagt aan een efficiënte en eenvormige afhandeling van de schade is verklaarbaar en valt toe te juichen, maar het staat soms ook op gespannen voet met bepaalde fundamentele noties van het civiele recht. Dat spanningsveld leidt tot een zekere worsteling (en wellicht zelfs aarzeling) in de rechtspraak.

Dit zien we bijvoorbeeld terug bij de rechtspraak van de civiele rechter ten aanzien van vergoeding van immateriële schade in dit gaswinningsdossier.

102. Zie over die intertie: Bouwman & De Jong 2021.

103. Indien de overeenkomst naar het oordeel van de rechter wél als zodanig kwalificeert, ook al hebben partijen dit niet beoogd of voorzien (hetgeen bij de kwalificatievraag niet van belang is, aangezien de partijbedoeling niet relevant is), dan is daarmee immers ook de verzekeringsplichtjurisprudentie van toepassing. Zie nader Bouwman & De Jong 2021, par. 2, met verwijzingen naar jurisprudentie.

104. Concl. A-G T. Hartlief 19 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:153. Daar wordt overigens ook wel anders over gedacht in de literatuur. Zo sprak Lauxtermann van een gemiste kans: M.R. Lauxtermann, 'Verzekeringplicht opdrachtgever voor verkeersschade zzp'er?', *AV&S* 2022/22. Zie ook Vegter, die met name een verzekeringsplicht jegens schijnzelfstandigen wenselijk acht: M.S.A. Vegter 'Wel of geen verzekeringsplicht voor verkeersongevallen van zzp'ers?', *TRA* 2021/96. Ook Bouwman & De Jong 2021 zien naast argumenten tegen de acceptatie van een verzekeringsplicht, argumenten voor.

105. HR 7 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267.

Vanwege het aantal slachtoffers dat (mogelijk) recht heeft op zo'n schadevergoeding, valt er vanuit het belang van een voortvarende en efficiënte schadeafhandeling wel wat voor te zeggen om de hoogte van die vergoeding (op enigerlei wijze) forfaitair vast te stellen. De klacht van de NAM dat men zo onvoldoende oog heeft voor maatwerk en de verschillen in immateriële schade die Groningers lijden, ligt dan vervolgens ook weer voor de hand.¹⁰⁶ In 2019 werd duidelijk gemaakt dat een forfaitaire benadering, aldus de Hoge Raad, op gespannen voet staat met het hoogstpersoonlijke karakter van een vergoeding voor immateriële schade. Voor een forfaitaire vaststelling van het te vergoeden bedrag is daarom in de ogen van de Hoge Raad geen plek.¹⁰⁷ Niettemin heeft de Hoge Raad in hetzelfde arrest een opening geboden om toch tot een abstractere (en toch enigszins forfaitaire) benadering van de begroting van het smartengeld te kunnen komen en zo een efficiënte en voortvarende schadeafhandeling te faciliteren. Die opening werd door het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden benut toen dat hof zich geconfronteerd zag met ruim honderd shadedossiers, wetende dat er nog pakweg vijfduizend van dat type zaken op de planken van de rechtbank lagen. En dus koos het gerechtshof voor een forfaitaire vergoeding in de vorm van minimumbedragen,¹⁰⁸ gekoppeld aan dat (overigens inhoudelijk anders afgebakende) 'geitenpaadje' dat de Hoge Raad had opengehouden.¹⁰⁹ In het vervolg daarop, in de tweede gaswinningsuitspraak, accepteert de Hoge Raad wél die minder persoonlijke benadering zodat er inmiddels wel degelijk sprake is van een zekere 'abstracte' of forfaitaire benadering.¹¹⁰

Een bijzondere benadering in de Groningse gaswinningscontext?

Dit voorbeeld illustreert ook meteen dat met het creëren van haakjes om te komen tot rechtsbescherming in een specifieke casus, vragen naar de (al dan niet ongewenste) uitdijning van het civiele recht niet ver weg zijn. Het Groninger dossier is aan de ene kant een zeer bijzondere zaak vanwege de omvang van de schade, de impact daarvan én door de aard en omvang van het overheidsfalen in het beschermen van de veiligheidsbelangen van

106. Die aanpak brengt weliswaar met zich dat de kans bestaat dat een slachtoffer een hogere of juist lagere schadevergoeding ontvangt dan hij zou hebben ontvangen wanneer deze voor hem concreet zou worden vastgesteld, en dus kan leiden tot over- of ondercompensatie, maar het voordeel is dat de hoogte van het 'smartengeldbedrag' niet per slachtoffer afzonderlijk hoeft te worden vastgesteld, en dat draagt bij aan de vlotte(re) afhandeling van de claims en (dus) effectieve rechtsbescherming.

107. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.6, NJ 2020/391 (*Groningenveld I*), m.nt. J. Spier.

108. Over de hoogte van die minimumbedragen en in welke mate dit de Groningers helpt, is niet iedereen positief. Spier vreest bijvoorbeeld dat de huidige minimumbedragen eerder leiden tot ondercompensatie. Zie J. Spier annotatie bij HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, NJ 2021/363 (*Groningenveld II*).

109. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10717.

110. HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, NJ 2021/363, m.nt. J. Spier (*Groningenveld II*).

de Groningers. Tegen die achtergrond kan goed worden verdedigd dat de grenzen van verschillende leerstukken van, onder meer, het schadevergoedingsrecht (aanzienlijk) zijn verschoven.¹¹¹

Aan de andere kant rijst wel de vraag naar de bredere implicaties van deze rechtspraak. Als in de toekomst een soortgelijk geval zich aandient, rijst de vraag of de bijzondere (verruimende) behandeling van de Groningers tot hen beperkt moet en kan blijven.¹¹² Sommigen menen dat bepaalde ontwikkelingen in het schadevergoedingsrecht in de context van de Groningse gaswinning de potentie hebben ‘om een aantal gevestigde leerstukken compleet op zijn kop te zetten’.¹¹³ Anderen, onder wie Hartlief en Klaassen, nuanceren dit beeld ten aanzien van een aantal specifieke leerstukken.¹¹⁴

Toch is het niet moeilijk om situaties te bedenken waarin de vraag naar de (bredere) betekenis van de rechtspraak in de Groningse gaswinningscontext rijst. Er zijn immers verschillende voorbeelden waarin, ondanks jarenlange kennis over de gevaren, er toch nog vervuiling van de fysieke leefomgeving plaatsvindt door bedrijfsmatige activiteiten (denk aan Tata Steel en de vervuiling in die regio). Dat roept de vraag op of in een toekomstig geval waarin de aansprakelijkheid van de veroorzaker komt vast te staan, de lijn van de rechtsontwikkeling uit het Groninger Gaswinningsdossier, en dan vooral wat betreft het schadevergoedingsrecht (denk in het bijzonder aan vergoeding van gedeerd woongenot en smartengeld), moet worden doorgetrokken of dat een grens moet worden bepaald omdat het einde van de

111. Hartlief noteerde in het kader van overheidsaansprakelijkheid al eens dat het Groningse aardbevingsschadedossier ‘bijna schreeuwt om een speciale behandeling gelet op de aard en omvang van de in het geding zijnde belangen voor burgers en samenleving’. Zie T. Hartlief, annotatie bij HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343 (*Vuurwerkcramp Enschede*), nr. 15.

112. J. Spier, annotatie bij HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 (*Groningenveld I*) en J. Spier annotatie bij HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, NJ 2021/363 (*Groningenveld II*). Zie ook noot 114 waarin Hartlief en Klaassen dit beeld op sommige punten nuanceren.

113. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, AB 2019/519, m.nt. C.N.J. Kortmann (*Groningenveld I*).

114. T. Hartlief, ‘Heeft de aansprakelijke persoon niet alleen de benadeelde maar ook een getroffen zaak te nemen zoals deze is? Het adagium “The tortfeasor takes the victim as he finds him” na de prejudiciële beslissing inzake de Gaswinning in Groningen’, *NTBR* 2022/5, relateert bijv. de bredere (vernieuwende) implicaties van het antwoord op de zesde prejudiciële vraag in *Groningenveld I*, dat kort gezegd zag op de betekenis van een al dan niet verborgen kwetsbaarheid van een door mijnbouwactiviteiten getroffen (onroerende) zaak. Zie hierover ook: S.D. Lindenberg, ‘The tortfeasor takes the object as he finds it. Over gepredisponeerde zaken en nieuw voor oud’, *NTBR* 2019/26, en C.J.M. Klaassen, ‘Begroting van (toekomstige) schade: over (on)mogelijkheden en (on)zekerheden, “Groningen” en “Vianen” en hun betekenis in breder verband’, *NTBR* 2021/34, ten aanzien van vraag 7a over de vergoeding van waardedaling en de begroting van nog niet verschenen schade en het peilmoment van die schadebegroting.

spankracht van het civiele recht in zicht komt. Annotator Spier hint op dat laatste:

‘Hoe men ook moge denken over ’s Hogen Raads benadering van de afzonderlijke schadeposten *in deze zaak*, het bouwwerk van het schadevergoedingsrecht wordt er niet steviger door. Dat komt, denk ik, omdat “we” de neiging hebben om ons blind te staren op de voorliggende casus. Zeker voor de rechter is het ook niet gemakkelijk om het anders te doen. Het ontbreekt hem gewoonweg aan de tijd om in alle zaken “die ertoe doen” de mogelijke gevolgen op andere terreinen “door te rekenen”.’¹¹⁵

4.7 Kruispuntcasus: proportionele (klimaat)aansprakelijkheid

Proportionele benaderingen zijn een mooie verworvenheid

Een laatste voorbeeld zien wij in de ontwikkeling van proportionele aansprakelijkheid en kansschade. De overbekende invoering van de proportionele aansprakelijkheid in *Karamus/Nefalit*,¹¹⁶ die we hier niet opnieuw zullen oprakelen, werd mede opgehangen (als wettelijke haakjes) aan ‘de gedachten achter’ de artikelen 6:99 en 6:101 BW. Inmiddels vinden we toepassingen van dat leerstuk in de context van de werkgeveraansprakelijkheid,¹¹⁷ aansprakelijkheid van de overheid voor, bijvoorbeeld, een dodelijk schietincident in Irak,¹¹⁸ en aansprakelijkheid van financiële adviseurs.¹¹⁹ Eveneens gaf het nieuwe leerstuk als haakje weer extra ruimte aan de bredere ontwikkeling van de eerder al aanvaarde leer van de kansschade.

115. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier, nr. 11.

116. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*).

117. De ontwikkelingen in de jurisprudentie op dit vlak illustreren ook goed dat het beperken van de mogelijkheid van toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel, de relevantie van proportionele aansprakelijkheid heeft doen toenemen in gevallen van een te vaag en onbepaald causaal verband. Die situatie dient zich met name aan in het geval van generieke causaliteitsonzekerheid. Zie HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1996 (*Lansink/Ritsma II*) (afgedaan via art. 81 Wet RO). Zie ook E.R. de Jong, ‘Generieke causaliteitsonzekerheid bij het bewijzen van een oorzakelijk verband. Over de grensgebieden van causaliteit’, *NTBR* 2021/6.

118. Rb. Den Haag 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10058.

119. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis Bank, Fortis/Bourgonje*).

Die leer wordt inmiddels toegepast op een veelvoud van gevallen buiten de context van beroepsaansprakelijkheid,¹²⁰ zoals medische aansprakelijkheid¹²¹ en bancaire aansprakelijkheid.¹²²

Srebrenica: 10% kansverlies is voldoende; ligt uitholling op de loer?

Het meest tot de verbeelding spreekt misschien nog wel het gebruik van het leerstuk van de kansschade in de *Srebrenica*-zaak.¹²³ Of anders (wel zorgvuldig) handelen van Dutchbat de massaslachting van de mannen die zich op de compound bevonden, had voorkomen, was naar het oordeel van het hof niet vast te stellen, maar er bestond (uiteraard) wel een (kleine) kans daarop. Die kans wordt ‘verzilverd’: een (beperkte) schadevergoeding is beschikbaar voor de nabestaanden. Het gebruik van kansschade in deze casus valt te rechtvaardigen vanuit de wens om te komen tot individuele rechtsbescherming en om over te gaan tot rechtshandhaving (van onder meer mensenrechtelijke bepalingen). Maar ook hier geldt dat deze individuele rechtsbescherming wel eens ongewenste, uithollende, effecten kan hebben. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad de door het gerechtshof vastgestelde hoogte van de verloren kans eigenhandig naar beneden bijstelt op een verlies van 10% kans (in plaats van 30% zoals door het gerechtshof was vastgesteld).

Een van de problemen met kansschade is dat, net zoals bij proportionele aansprakelijkheid, de mogelijkheid bestaat dat de laedens schade moet vergoeden die hij niet heeft veroorzaakt óf dat hij geen schade hoeft te vergoeden die hij wél heeft veroorzaakt. In zijn rechtspraak ten aanzien van proportionele aansprakelijkheid geeft de Hoge Raad zich rekenschap van dit bezwaar door het uitgangspunt te hanteren dat het leerstuk met terughoudendheid dient te worden toegepast én in ieder geval niet mag worden toegepast in geval van een zeer kleine of zeer grote kans dat de schade is veroorzaakt door het gedrag van de aangesprokene.¹²⁴ Zo bezien beoogt de Hoge Raad in ieder geval behoedzaamheid bij het accepteren

120. HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/Mr. H.*). Zie verder HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256, m.nt. J.M.M. Maeijer; HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*H&H beheer*); HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:981 (*Dentons Boekel/Houthoff Buruma*) en HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:272, NJ 2020/81, m.nt. A.I.M. van Mierlo.

121. Bijv. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh; HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, NJ 2017/422, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Caudasyndroom*).

122. Bijv. HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, NJ 2021/127 (*ISG Group/Natwest Markets*).

123. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. C.M.J. Ryngaert en J. Spier (*Srebrenica*).

124. Dat laatste is logisch omdat in het geval van een zeer grote kans aan het csqn-verband-vereiste wordt voldaan en de schade dus ‘gewoon’ volledig moet worden vergoed. Bij een zeer kleine kans geldt het tegenoverstelde.

van proportionele aansprakelijkheid (als uitzondering op de hoofdregel dat voor het vestigen van aansprakelijkheid een *condicio sine qua non*-verband moet worden vastgesteld). Uiteraard kan men hier het dogmatische argument naar voren brengen dat dit bezwaar niet opgaat bij kansschade. Dat dogmatische argument hangt samen met wat als schade te gelden heeft. Bij kansschade is immers de verloren gegane kans de schade en de gene die verantwoordelijk is voor het verlies van die kans wordt via het leerstuk (dus) verplicht de daadwerkelijke schade waar hij verantwoordelijk voor is (de verloren kans), te vergoeden. Zo beschouwd bestaat het gevaar van over- of ondercompensatie bij kansschade dus niet. Uiteraard geldt in het kader van kansschade, net zoals bij proportionele aansprakelijkheid, wél dat het lastig is om het juiste percentage te bepalen (waardoor alsnog het gevaar van over- of ondercompensatie dreigt).¹²⁵ We realiseren ons dat er in de ogen van de Hoge Raad een duidelijk, af te bakenen, verschil tussen proportionele aansprakelijkheid en kansschade bestaat, en voor hem het hiervoor genoemde bezwaar minder zou opgaan.¹²⁶ De discussie in de literatuur, en de verschillende gedachten over de verhouding tussen beide leerstukken, laat overigens zien dat lang niet iedereen overtuigd is van (de mogelijkheid van) dit onderscheid.¹²⁷

Voor ons is de hiervoor beschreven dogmatische redenering niet (heel) overtuigend. In de vaststelling dat Dutchbatch voor 10% verantwoordelijk is voor het verlies van de overlevingskans van mannen die zich op de compound bevonden, ligt besloten dat voor de overige 90% een andere partij (of partijen) verantwoordelijk is (zijn) voor de verloren gegane overlevingskans. Dat is dan blijkbaar geen bezwaar (meer) tegen het gebruik van het kansschadeleerstuk. En als dat het geval is, dan ligt de volgende stap, en het volgende haakje dus, al zowat klaar. Al snel werd de potentieel bredere werking van het toepassen van kansschade bij zo'n kleine kans opgemerkt.¹²⁸ Dit kleine percentage kan in toekomstige kansschadezaken namelijk als ijkpunt gaan dienen bij de vaststelling of het leerstuk van kansschade van toepassing is. Ofwel: bij verlies van een 10% kans op succes is dan sprake van het verlies van een reële, niet zeer kleine, kans op een beter resultaat (hetgeen een voorwaarde is voor toepassing van kansschade). Dit roept eveneens de vraag op wat dan nog een 'kleine kans' is en wat als een 'zeer kleine kans' (de ondergrens) heeft te gelden. De komende jaren

125. Zie ter illustratie van deze moeilijkheid HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, NJ 2017/422, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Caudasyndroom*).

126. Zie HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*).

127. Voor een recente bespreking en overzicht van de standpunten, zie W.Th. Nuninga, *Recht, plicht, remedie of De belofte van de norm* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 111 e.v. Overigens is de vraag of het onderscheid in de praktijk tot (erg) grote verschillen in de toepassing van beide leerstukken leidt.

128. Zie J. Spier, annotatie bij HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356 (*Srebrenica*).

zal hierover in de rechtspraak meer duidelijkheid moeten worden gegeven.¹²⁹

Proportionele klimaataansprakelijkheid?

Het is misschien wat wild en klinkt ver gezocht, maar denk even met ons mee. Het is niet onaannemelijk dat in de toekomst een vorm van proportionele aansprakelijkheid naar voren wordt gebracht in zaken waarin schadevergoeding wordt gevorderd voor de schadelijke gevolgen van het onrechtmatig nalaten om mitigerende (ofwel: broeikasgasuitstootreducerende) maatregelen tegen klimaatverandering te nemen. Nu rijst de vraag: kan een (wereldwijde) bijdrage van een bedrijf aan klimaatverandering van (bijvoorbeeld) 1,5% aan de mondiale broeikasgasuitstoot, voldoende zijn om te komen tot een vorm van kansschade/proportionele aansprakelijkheid?¹³⁰ In Duitsland spreekt de (lopende) procedure waarin een Peruviaanse boer schadevergoeding vordert van het Duitse energiebedrijf RWE tot de verbeelding.¹³¹ RWE zou een onrechtmatige bijdrage aan klimaatverandering leveren, met als gevolg dat de gletsjers boven het Palcacochameer smelten waardoor het overstromingsrisico in het gebied waar de boer woont, toeneemt. De boer vraagt 0,47% vergoeding van de kosten die hij maakt om het gebied overstromingsbestendig te maken. Dat percentage komt overeen met de geschatte bijdrage van RWE aan klimaatverandering. De beantwoording van deze vraag zal moeilijke vervolgvragen oproepen over de koers en elasticiteit van het aansprakelijkheidsrecht. Aan de ene kant kan men betogen dat acceptatie van een vorm van proportionele aansprakelijkheid wenselijk is omdat zo rechtsbescherming kan worden geboden tegen de schadelijke gevolgen van onrechtmatige broeikasgasuitstoot. Anders gezegd: wanneer men een vorm van proportionele aansprakelijkheid van de hand wijst, bijvoorbeeld omdat doorgaans de uitstootbijdrage van een actor in absolute zin verwaarloosbaar is én andere actoren ook uitstoten, dan brengt dit met zich dat het aansprakelijkheidsrecht, althans in de vorm van het toekennen van schadevergoedingen, nagenoeg géén rol te spelen heeft in de context van aansprakelijkheid voor klimaat-schade. Anderzijds komen, juist doordat vele actoren een in absolute zin verwaarloosbare bijdrage leveren aan het probleem, bij acceptatie van het leerstuk afbakningsperikelen naar voren. Kan er een ondergrens worden gesteld (ofwel: geldt een minimale causale bijdrage) en zo ja, waar ligt die?

129. Zie recent HR 10 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1454, waarin m.b.t. proportionele aansprakelijkheid een ondergrens wordt getrokken. Zie ook de conclusie van Snijders (24 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1226), waarin hij kritisch is op het lage percentage dat in de *Srebrenica*-zaak voldoende werd geacht voor de toepassing van de leer van de kansschade (vanaf nr. 3.30).

130. Vgl. al I. Giesen, 'Proportionaliteit in de klimaatdiscussie', *NTBR* 2012/51, p. 383-384.

131. 'Luciano Lliuya v. RWE AG', climatecasechart.com.

Het gevaar is aldus dat met de acceptatie van een vorm van proportionele aansprakelijkheid in een enkele zaak, het causaliteitsvereiste zodanig wordt uitgehold dat het zijn afbakeningsfunctie verliest, waardoor bovendien, zeker gezien de omvang van de schade die klimaatverandering teweegbrengt, een onbetaalbaar aansprakelijkheidsrecht dreigt te ontstaan.¹³²

4.8 Wanneer en waarom komt de elasticiteitsgrens in beeld?

De hiervoor besproken kruispuntcasussen, en de algemene bespreking hiervoor, illustreren het gegeven dat wanneer de civiele rechter overgaat tot rechtsontwikkeling om te komen tot rechtsbescherming, op enig moment ook vragen en zorgen ontstaan over de (eventuele ongewenste) uitdijning van het aansprakelijkheidsrecht die deze rechtsontwikkeling met zich brengt. Wanneer en waarom die (elasticiteits)grens in zicht komt, hangt sterk samen met de omstandigheden van de voorliggende casus. Wel menen we dat we, bij wijze van hypothese, kunnen stellen dat de volgende twee omstandigheden veelvoorkomend zijn in die gevallen waarin de elasticiteit van het materiële civiele recht is bereikt of in zicht komt:¹³³

1. De elasticiteit van het civiele recht komt in zicht wanneer er sprake is van een onaanvaardbaar gevaar van uitholling van bestaande civielrechtelijke leerstukken, waardoor de dogmatische consistentie van het civiele recht onder druk komt te staan. Of dat gevaar onaanvaardbaar is, hangt onder meer af van de reikwijdte van een geboden 'haakje' en de mate waarin dat 'haakje' beperkt is tot een specifieke, duidelijk af te bakenen en onderscheiden categorie van zaken.
2. Ook lijkt van belang of een bepaalde rechtsontwikkeling leidt tot ongewenste neveneffecten die de goede werking van het aansprakelijkheidsrechtelijke systeem onder druk kunnen zetten. Denk hierbij aan een toe- of aanname in claims en problemen met de betaalbaarheid en verzekerbaarheid van aansprakelijkheid (zie hier nader over par. 8).

132. Deze *mogelijke* onbetaalbaarheid vloeit voort uit de vele en in percentages kleine causale bijdragen, in de vorm van onrechtmatige broeikasgassenuitstoot, aan het ontstaan van klimaatverandering (wat kan leiden tot aansprakelijkheid van een aanzienlijk aantal actoren), in combinatie met de totale schadelast die het klimaatprobleem met zich brengt. Dit alles gaat ervan uit dat klimaatzaken dan schadevergoedingszaken (en geen verbodszaken) zijn. Dat is uiteraard niet per se zo.

133. Deze omstandigheden houden nauw verband met de uitgangspunten zoals die worden besproken in par. 5.

5 **Elasticiteitsgraadmeter: taakopvatting van de rechter**

5.1 **Introductie**

De vraag hoeveel elasticiteit de civiele rechter aan de dag legt en *kan* leggen is eveneens afhankelijk van diens taakopvatting: hoe rechtsvormend, naast het bieden van noodzakelijke rechtsbescherming, *kan en wil* de rechter zijn? Welke mate van sturing past bij zijn constitutionele positie en welke mate wil die rechter zelf op zich nemen? Daarbij geldt dat hoe ruimer de eigen grenzen (qua mate van rechterlijke rechtsvorming die men accepteren wil) getrokken (kunnen) worden, hoe elastischer de rechter wordt. Dat de factor ‘taakopvatting’ van belang is voor de spankracht van de civiele rechter is evident. Of men wel of niet wil sturen wordt immers (mede) bepaald door datgene dat men als zijn taak beschouwt (en dat is uiteraard ook weer afhankelijk van de opvatting over de relatie tot de wetgever).¹³⁴

Hieronder gaan we eerst in op het concept taakopvatting en belangrijke ontwikkelingen in dat verband (par. 5.2). Vervolgens gaan we in op met elkaar verband houdende manieren waarop die taakopvatting inzichtelijk wordt gemaakt: uitingen van taakopvatting (par. 5.3), hints op de mogelijkheden die het recht in toekomstige zaken biedt, waaruit ook indirect een taakopvatting te destilleren valt (par. 5.4), en reflectie op de taak van de rechter buiten de specifieke procedure om (par. 5.5.).

5.2 **Nadruk op de rechtsvormende taak van de Hoge Raad**

De eerste vraag bij het in kaart brengen van de rechterlijke taakopvatting is: wie is eigenlijk *de* civiele rechter naar wiens taakopvatting wordt gevraagd? Daarbij moeten we bij voorbaat erkennen dat het verkennen van de taakopvatting van *de* civiele rechter eigenlijk al verlangt dat het hier om één enkele rechter zou gaan, *quod non*. Ja, de Hoge Raad zal in Nederland leidend zijn, maar in de kern kan elke civiele feitenrechter vanuit een eigen taakopvatting werken en dan meer of minder rechtsvormend opereren.

De cassatierechter, en afgeleid daarvan de feitenrechter ook, heeft op grond van de Wet RO drie belangrijke taken: het bieden van rechtsbescherming, het waarborgen van de rechtseenheid en een bijdrage leveren aan rechtstonwikkeling (rechtsvorming). Wat de onderlinge verhouding is in de taakopvatting is veelal niet gemakkelijk te bepalen. Dat is immers een sterk fluïde concept: ‘afhankelijk van alle omstandigheden van het geval’, inclusief waarschijnlijk de personele bezetting van het rechterlijk college

134. Zie bijv. Koopmans 1982, p. 91, die de relatie kort en bondig zo schetst dat als de rechter geen politiek fiat heeft, deze voorzichtiger zal zijn, en dat als de wetgever de rechter het politieke juk aanreikt, deze niet aarzelt om door te pakken. Dat strookt met onze latere bevindingen, vgl. Giesen 2020, nrs. 9-11.

op enig moment. Soms (in zaak X) wordt die (sturende) taak ruimer, soms (in zaak Y) juist enger gedefinieerd. En toch, hoe waar dit ook is, menen wij te mogen constateren dat de Hoge Raad de laatste, pakweg, vijftien jaar meer gewicht toekent aan zijn rechtsvormende taak. Hij is dus, in onze termen, wat elastischer, meer sturend, geworden.¹³⁵

De belangrijkste aanwijzing daarvoor vinden wij in de instelling van en verdere omgang met de adviezen van de *Commissie normstellende rol Hoge Raad* (de commissie-Hammerstein)¹³⁶ die in 2008 adviseerde om meer te focussen op die zaken ‘die ertoe doen’, waarna precies dat (die focus) ook specifiek nagestreefd werd via nieuwe wetgeving en beleid (prejudiciële vragen; art. 80a Wet RO; de civiele cassatiebalie; versterking cassatie in het belang der wet).¹³⁷

Dat alles heeft onmiskenbaar invloed gehad op de gedeelde visie op de rechterlijke taakopvatting, zeker in civiele zaken. Zo noteert de Hoge Raad in zijn jaarverslag van 2019 dat ‘de laatste jaren de Hoge Raad rechtsontwikkeling in steeds sterkere mate als zijn kerntaak [is] gaan zien’. De Hoge Raad noteert daarbij echter ook (om dat daarna te bestrijden) dat er de zorg bestaat dat de ‘focus op rechtsontwikkeling ten koste zou gaan van de individuele rechtsbescherming. Rechtsbescherming wordt daarbij tegenover rechtseenheid en rechtsvorming gesteld’.¹³⁸ Een uiting van deze verschuiving in taakopvatting zien we bijvoorbeeld in de, enerzijds, uitgebreidere motiveringen in onder meer complexere zaken en zaken die van belang zijn met het oog op rechtsvorming, en anderzijds het aantal zaken dat met toepassing van artikel 81 Wet RO wordt afgedaan.¹³⁹

Hierop voortbouwend is de rechter de laatste jaren steeds bewuster (‘beleidsmatiger’) aan de slag gegaan met de rechtsvorming: denk aan de welwillende omgang met cassatieklachten om aan de inhoud toe te komen,

135. Om te bepalen of het soortelijk gewicht van de taak ‘rechtsvorming’ groter is geworden, zou het interessant zijn, maar dat vergt voor nu te veel, om te onderzoeken (liefst turvend) hoe vaak er in civiele cassatiezaken heden ten dage, in verhouding tot vroeger, brede of niet brede (wordt de zaak ‘klein gehouden’ of juist niet?) dan wel diepe of ondiepe (hoe uitgebreid en diepgravend is de motivering?) beslissingen worden genomen. Dit onderscheid is afkomstig uit C. Sunstein, *One Case at a Time*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 2001. Zie over die onderscheidingen in de Nederlandse context M.A. Loth e.a., ‘Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?’, *Trema* 2007, p. 317-325. Een (nu ook niet haalbaar) alternatief zou zijn om de studie van J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, nog eens dunnetjes over te doen.

136. Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag: 2008 (*Kamerstukken II* 2007/08, 29279, nr. 69).

137. De literatuur daarover is overvloedig en grotendeels bekend, denken wij.

138. Hoge Raad der Nederlanden, 2019.jaarverslaghogeraad.nl, onder tabblad ‘Kerntaken Hoge Raad’.

139. Of, en in welke mate, de Hoge Raad ook ‘sneller’ rechtsvormingsavonturen aangaat dan voorheen is een andere vraag die op basis van het voorgaande niet (echt) beantwoord kan worden.

de vele vooropstellingen, de kernvraag expliciteren, de ten overvloede overwegingen, het eerder openlijk omgaan, enzovoort.¹⁴⁰ Met name ook het eclatante succes¹⁴¹ van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (inclusief de beantwoording van vragen als dat strikt genomen niet hoefde) heeft eraan bijgedragen dat de civiele kamer van de Hoge Raad meer en meer over de grens van het individuele geschil heen kijkt ('casusdominant' werken heeft een van ons dat eerder genoemd).¹⁴² Daar komt bij dat sommige geschillen, naar hun aard, het haast noodzakelijk maken dat de rechter verder kijkt dan het voorliggende individuele geschil (denk aan algemeenbelangacties, overheidsaansprakelijkheid en procedures over massaschade). Dat is in de context van dit preadvies een belangrijke constatering.

5.3 Uitingen van taakopvatting: (grenzen aan) rechtsvorming en rechtsbescherming

Soms geeft de Hoge Raad expliciet inzicht in zijn taakopvatting in een concrete casus. De blijkbaar gevoelde noodzaak om de eigen rol nader af te bakenen en daarop te reflecteren, ontstaat vaak tegen de achtergrond van inertie aan de zijde van de overheid of bij geconstateerde hiaten in de wetgeving. Dat brengt dan weer met zich dat de rol van de rechter vaak wordt bepaald door deze af te zetten tegen de rol van de wetgever. Dat is, logischerwijs, in ieder geval zo in procedures tegen de overheid; maar ook in procedures waarin private partijen aansprakelijk worden gesteld vindt men, al dan niet impliciete, overwegingen over de eigen rol van de rechter in het staatsbestel afgezet tegen die van de wetgever.¹⁴³

140. Zie nader Giesen 2020, nrs. 57-59.

141. Vgl. I. Giesen e.a., *De wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad*, Den Haag: Boom juridisch 2016, en I. Giesen, 'Tien jaar prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad: kroniek van een aangekondigde ondergang?', in: D.H. Dongelmans, T. Hartlief, G.C. Makink, S.J. Schaafsma & T. Thuijs (red.), *Rechtsontwikkeling in rechterlijke dialoog*, Den Haag: Boom juridisch (in druk).

142. Giesen 2020, nr. 58. Dat zowel de Hoge Raad als de Raad voor de rechtspraak tegenwoordig in de jaarverslaglegging ten behoeve van de wetgever signaleert waar er fouten in de wetgeving zijn geslopen of waar mogelijk grote maatschappelijke misstanden zouden kunnen opdoemen, vinden wij overigens ook illustratief voor deze taakopvatting. Beide signaleringen duiden wat ons betreft op een breder gevoelde verantwoordelijkheid, op de wens om te kunnen interveniëren indien nodig, op een toegenomen vraag naar elasticiteit dus. Zie Hoge Raad der Nederlanden, 2021 jaarverslaghogeraad.nl, onder tabblad 'Contacten met de wetgever'; De Rechtspraak, *Jaarverslag 2020* (online) en De Rechtspraak, *Jaarverslag 2021* (online).

143. Zie bijv. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, NJ 2018/376, m.nt. K.F. Haak.

De taak om rechtsbescherming te bieden

Allereerst zien we dat de taak om rechtsbescherming te bieden centraal is aan de taakopvatting van de Hoge Raad.¹⁴⁴ Zo oordeelt de Hoge Raad in *Urgenda* in principiële bewoordingen dat het, zo parafraseren wij, ‘een fundamentele regel van de rechtstaat is dat (ook) de overheid op grond van 3:296 BW ertoe kan worden gedwongen een op haar rustende rechtsplicht na te komen’.¹⁴⁵ Ook de recente afzwakking van de leer van de formele rechtskracht (zie par. 4.1) wordt gerechtvaardigd door het feit dat handhaving van de formele rechtskracht in bepaalde omstandigheden ‘onaanvaardbaar tekort [zou] doen aan een behoorlijke rechtsbescherming’.¹⁴⁶ Net zoals in iedere andere procedure, is het ook in procedures waarin maatschappelijk complexe thematiek aan de orde is, de taak van de rechter om rechtsbescherming te bieden indien dit nodig is. Zijn taak of doel is dan dus ook niet het veranderen van beleid en/of de daaraan ten grondslag liggende keuzes.¹⁴⁷ Dat zien we in *Urgenda* terug doordat de rechter, na de rechtsbeschermingskaart gespeeld te hebben, de overheid vervolgens vrijlaat om te bepalen op welke wijze de benodigde rechtsbescherming geboden gaat worden: beperkt de overheid het autoverkeer, sluit men kolencentrales of kiest men een andere route? Zo bezien is het ook verklaarbaar dat overwegingen die verband houden met of preluderen op (nog te maken) beleidskeuzes (en de impact daarvan) niet snel zullen opduiken in een uitspraak.¹⁴⁸ De mate van rechterlijke elasticiteit is hier, ook bij meer ‘casusdominant’ werken, stevig begrensd: de rechter maakt geen nieuw beleid, hij toetst enkel bestaand beleid. Uiteraard speelt daarbij dat dit juridisch oordeel implicaties kan hebben voor de toekomst van het beleid, maar als gezegd, daarover laat die rechter zich dan niet uit. Dit blijkt ook uit hierna te be-

144. Zo bijv. Polak 2022, p. 2062.

145. Zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.1, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*). Ook voor de overheid geldt dat indien zij een rechtsplicht heeft, zij ertoe kan worden gedwongen die na te komen. Met verwijzing naar art. 3:296 BW overweegt de Hoge Raad: ‘Dat is een fundamentele regel van de rechtsstaat.’ Dat de overheid zelf het uitgangspunt dat zij verplichtingen uit zichzelf en zonder dwang nakomt, tegenwoordig nog wel eens negeert, is een absolute gotspe. Zie bijv. S. Moeliker, ‘Gemeente Utrecht moet bijna 1 miljoen euro aan dwangsommen aan inwoner betalen’, *NRC* 4 augustus 2022.

146. Zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.8.6, *AB* 2019/519, m.nt. C.N.J. Kortmann (*Groningenveld I*).

147. Met deze uitzondering dat het beleid als zodanig wel in lijn moet zijn met de vastgestelde rechtsplicht.

148. Zo ook Polak 2022, p. 2062.

spreken voorbeelden waarin de Hoge Raad reflecteert op de grenzen aan zijn rechtsbeschermende en rechtsvormende rol.¹⁴⁹

Grenzen aan de rechtsbeschermende en rechtsvormende rol

Die grenzen worden het duidelijkst gemaakt wanneer de Hoge Raad aangeeft, zoals hij in diverse arresten heeft gedaan, dat het varen van een bepaalde koers ‘de rechtsvormende taak te buiten’ zou gaan. Precies dat gebeurde bijvoorbeeld nog in het voorjaar van 2022 in drie familierechtelijke zaken.¹⁵⁰ In de eerste¹⁵¹ daarvan werd de vraag of de civiele rechter de ruimte heeft om op verzoek van een non-binaire persoon te komen tot een genderneutrale registratie in de registers van de burgerlijke stand, met die redengeving afgehouden:

‘4.8 Uit het voorgaande blijkt dat de mogelijkheid van genderneutrale registratie in een geboorteakte recent hernieuwde aandacht heeft gekregen van de wetgever, dat het hiervoor in 4.4 weergegeven standpunt dat het wenselijk is nadere ontwikkelingen in de rechtspraak op dit terrein af te wachten alvorens tot eventuele wetwijziging over te gaan, is verlaten en dat wetgeving op dit terrein in de nabije toekomst valt te verwachten.

4.9 Bij de hiervoor geschetste stand van zaken, waaruit blijkt dat wetgeving in voorbereiding is, lenen de prejudiciële vragen zich niet voor beantwoording. Die beantwoording zou op dit moment de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten gaan. Zolang er geen wettelijke regeling is, is het aan de rechter om in elke concrete zaak aan de hand van de aard en inhoud van het verzoek en de

149. We merken hierbij ook meteen op dat de keuze om niet aan rechtsvorming te doen, bijvoorbeeld door een zaak via art. 81 Wet RO af te doen (daarover uitvoerig T. van Malssen & C. van Schaijk, ‘Art. 81 Wet RO: de stand van zaken’, *TCR* 2021, p. 15-26), óók een keuze behelst en daarmee ook rechtsvormend kan zijn. Als de hoogste rechter accordeert dat de leer van de proportionele aansprakelijkheid (voor een betrekkelijk klein percentage van de schade) inzetbaar is ook als de arbeidsrechtelijke omkeringsregel dat niet is omdat het gezochte verband ‘te onbepaald is’ en dat doet door het cassatiemiddel dat dit bestrijdt via art. 81 Wet RO af te doen, dan wordt daarmee ook het nodige gezegd en is er dus ook gekozen (voor de samenloop van die leerstukken). We doelen bijvoorbeeld op HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1996 (*Ritsma/Lansink II*). Zie ter illustratie ook HR 7 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267, in het kader van de verzekeringsplicht bij zzp’ers en zie HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:150 waarin tevergeefs een afwijking of verfijning van het arrest van de Hoge Raad over medebezittersaansprakelijkheid onder art. 6:179 BW werd voorgesteld (zie voor dat arrest HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, *NJ* 2016/173, m.nt. T. Hartlief (*Manegepaard Imagine*)).

150. Zie HR 4 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:336, *NJ* 2022/106 (*Bakker*) en de twee door de Hoge Raad samengevoegde zaken HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:685, *NJ* 2022/185 (*Hanna en Friedman*).

151. HR 4 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:336, *NJ* 2022/106 (*Bakker*).

verdere omstandigheden van het geval te beslissen, met inbegrip van de mogelijkheid om de beslissing op het verzoek aan te houden.’

Als er, zoals hier, (alsnog) wetgeving voorbereid wordt om het betreffende juridische twistpunt te reguleren, is dat uiteraard een logische stap. Die stap is dan bovendien constitutioneel geïndiceerd, gegeven het primaat van de wetgever. Tegelijkertijd is dat dus ook een stap die de rechterlijke elasticiteit inperkt. Daarbij aansluitend kunnen wij meteen ook iets meer zeggen over de hier geldende ‘elasticiteitsstreefwaarde’, althans over de ondergrens die daarbij geldt. Die ondergrens is namelijk daar te trekken waar de taakopvatting van de rechter constitutioneel niet meer verdedigbaar zou zijn, daar waar bijvoorbeeld het primaat van de wetgever zou worden ontkend.¹⁵² Toegegeven, daarmee is er niet meteen een evidente streep in het zand te trekken, maar enig houvast biedt dit wel.

Terughoudendheid bij het vullen van hiaten in de wetgeving

Een streep valt bijvoorbeeld te zetten wanneer de civiele rechter gevraagd wordt rechtsbescherming te bieden door te voorzien in een hiaat in een wettelijke regeling: in die gevallen is de rechterlijke elasticiteit stevig begrensd. In zo’n geval is de rol van de civiele rechter in ieder geval beperkt (lees: vrijwel uitgesloten) indien wetgeving in voorbereiding is en op korte termijn valt te verwachten.¹⁵³ Maar ook in andere gevallen is het allesbehalve vanzelfsprekend dat de civiele rechter het wetgevingshiaat vult. Hij zal liever de wetgever zelf een nieuwe kans bieden.¹⁵⁴ Andere redenen voor terughoudendheid zijn een gebrek aan voldoende objectieve criteria om tot een regeling te komen die het hiaat moet vullen,¹⁵⁵ het feit dat er verschillende tegenstrijdige afwegingen moeten worden gemaakt, het gegeven dat met het opvullen van het hiaat een algemene regeling in het leven wordt geroepen en het feit dat de gevolgen voor derden van zo’n regeling slecht kunnen worden overzien.¹⁵⁶ Bij dit alles tekenen we ook nog aan

152. Brenninkmeijer 1992, p. 681: ‘de rechter is gebonden aan de rechtsorde waarin hij functioneert’.

153. HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, r.o. 3.14, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (*Arbeidskostenforfait*). Zie ook HR 4 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:336, NJ 2022/106 (*Bakker*).

154. Zie bijv. HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (*Arbeidskostenforfait*); Giesen 2020, nr. 10.

155. Zie bijv. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, r.o. 3.10.7, NJ 2018/376, m.nt. K.F. Haak (*Allianz Benelux*). Er waren hier ‘onvoldoende objectieve factoren voorhanden’ om de rechter in staat te stellen de limiet verder te verhogen dan een correctie voor inflatie. De wetgever had al geruime tijd de limieten niet aangepast.

156. Zie bijv. HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (*Arbeidskostenforfait*), en de al genoemde rechtspraak van de Hoge Raad inzake de verzekeringsplicht op grond van art. 7:611 BW. Zie ook R. de Graaff, ‘Zestig Jaar Quint/Te Poel: ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht’, *NTBR* 2019/2, afl. 1, p. 11; Boogaard & Uzman 2015, p. 66.

dat de taakopvatting van de rechter mede bepaald wordt door de procesrechtelijke (on)mogelijkheden. We bespraken die thematiek hiervoor al, in paragraaf 3, en voegen daaraan nu nog slechts toe dat de burgerlijke rechter slechts bindend uitspraak doet tussen de partijen in het geding (vgl. art. 236 Rv).¹⁵⁷ Dat betekent ook dat alles dat naar ‘algemener’ smaakt, zoals het vullen van een hiaat in een regeling, bij voorbaat lastiger te realiseren zal zijn, zo blijkt ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad.

5.4 Hints (op de inhoud) over mogelijkheden die het civiele recht (niet) biedt

Er bestaan ook zaken waarin de civiele rechter niet expliciet reflecteert op zijn institutionele en constitutionele rol, maar wel inhoudelijke overwegingen wijdt aan de mogelijkheden die het recht (niet) biedt, zonder dat die overwegingen strikt genomen noodzakelijk zijn voor de beslechting van het voorliggende geschil. Het geven van zulke overwegingen is dan, althans zo komt het ons voor, mede ingegeven door de wens om met het oog op toekomstige geschillen of met het oog op het beïnvloeden van een bepaald vraagstuk nadere richting te geven. Het zijn dus ‘hints’ aan de procespartijen, hun advocaten en beleidsmakers. Wij beschouwen dit soort overwegingen als een sprekend voorbeeld van de toegenomen ‘casusdominante’ manier van werken van de hoogste rechter. Dit soort reflecties kwamen wij in het bijzonder tegen in de context van de overheidsaansprakelijkheid; blijkbaar voelt de rechter zich juist dan geroepen hiertoe over te gaan, waarschijnlijk vanuit de gedachte het algemeen belang te dienen. Wij kwamen daarbij verschillende typen hints tegen.

Expliciete hints over de mogelijkheden van het civiele recht

Wij denken hier allereerst aan gevallen waarbij de civiele rechter in zijn motivering vraagstukken adresseert die niet in de voorliggende procedure aan de orde zijn (gesteld), maar die wel verband houden met de achterliggende maatschappelijke problematiek en met de rol die voor de civiele rechter in relatie tot die problematiek (mogelijk) is weggelegd. De (waarschijnlijk) meest expliciete en tot de verbeelding sprekende reflectie (‘hint’) ziet men in een arrest over gratieverzoeken bij levenslang gestraften. Bij verschillende gelegenheden heeft de Hoge Raad, zowel de strafkamer als de civiele kamer, zich uitgelaten over de verenigbaarheid van de Nederlandse vorm van gratieverlening met artikel 3 EVRM. Daarbij heeft hij verschillende keren aangegeven dat de Nederlandse praktijk in strijd is met dat artikel, maar heeft hij de wetgever ook de tijd gegeven om het

157. Zie ook HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.5, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

beleid aan te passen zodat het in lijn komt met artikel 3 EVRM.¹⁵⁸ De tijd die de wetgever heeft, is echter niet oneindig. In een arrest uit 2020 maakt de Hoge Raad duidelijk dat de mogelijkheid bestaat dat – met uiteindelijke goedkeuring van de Hoge Raad – de civiele rechter de verdere tenuitvoerlegging van een levenslange gevangenisstraf die in strijd is met artikel 3 EVRM, zal gaan verbieden. Hij waarschuwt dat

‘de burgerlijke rechter, op een daartoe strekkende vordering, de verdere tenuitvoerlegging van een levenslange gevangenisstraf kan verbieden, indien de (periodieke) herbeoordeling van de levenslange gevangenisstraf – ambtshalve of naar aanleiding van daartoe strekkende gratieverzoeken – niet tot de benodigde bekorting of aanpassing van die straf heeft geleid terwijl de (onverkort) verdere tenuitvoerlegging van de straf in strijd met art. 3 EVRM is.’¹⁵⁹

De Hoge Raad erkent daarbij ruiterlijk dat zo’n vordering niet voorlag in de desbetreffende procedure. De onderhavige procedure betrof immers de rol van de burgerlijke rechter bij de toetsing van de beslissing van de minister omtrent een (niet-)gratieverlening.¹⁶⁰ In essentie informeert hij hiermee, buiten de voorliggende rechtsvraag om, zowel de overheid als de levenslang gestraften over de ruimte die er bestaat om in de toekomst tot rechtsbescherming te komen in dit dossier.¹⁶¹

Illustratief is eveneens het arrest van de Hoge Raad over het terughalen van IS-vrouwen naar Nederland.¹⁶² Het gerechtshof oordeelde dat de Nederlandse staat niet onrechtmatig handelt door IS-moeders en kinderen niet naar Nederland terug te halen, althans zich daartoe onvoldoende in te spannen. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand. Aan het einde van het arrest hint hij, in een overweging ten overvloede, erop dat indien anders was geprocedeerd en bepaalde argumenten wél zouden zijn aangedragen, dit oordeel best wel eens anders uitgevallen zou kunnen zijn:

158. Zie onder meer HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3185, NJ 2019/326, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

159. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.7, NJ 2021/43, m.nt. N. Jörg.

160. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1747, r.o. 3.5.6, NJ 2021/43, m.nt. N. Jörg. De Hoge Raad oordeelt dat de burgerlijke rechter toetst of de opgegeven redenen de (negatieve) beslissing omtrent gratieverlening kunnen dragen. Als dat niet het geval is dan kan de burgerlijke rechter de staat veroordelen tot het nemen van een nieuwe beslissing op het gratieverzoek.

161. Voor zover dat nog nodig zou zijn als straks nieuw beleid ingevoerd zou worden waarbij de rechter de eerst aangewezen wordt om de voortzetting van de straf te beoordelen. Zie *Kamerstukken II 2021/22, 29279, nr. 718*.

162. HR 29 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, NJ 2020/293, m.nt. C.M.J. Ryngaert (*IS-vrouwen*).

‘Opmerking verdient dat het hof een algemene belangenafweging heeft gemaakt voor alle in deze procedure betrokken vrouwen en de kinderen. Dit komt in de eerste plaats doordat het hof kennelijk van oordeel is geweest dat de vrouwen en de kinderen in deze procedure alleen een beroep hebben gedaan op algemene belangen die voor ieder van de vrouwen en ieder van de kinderen gelden en dat niet is gewezen op bijkomende specifieke belangen van individuele vrouwen of individuele kinderen. (...) Daarnaast speelt in deze zaak de bijzonderheid dat inzet van de procedure is het naar Nederland halen van de kinderen met hun moeders, en dat het naar Nederland halen van alleen de kinderen dus niet aan de orde is. Deze twee omstandigheden maken dat het hof in deze procedure slechts een belangenafweging kon maken die algemeen van aard is en die voor ieder van de vrouwen en de kinderen gelijk is.’¹⁶³

Kortom, bij een volgend terugkeerverzoek is het zaak aandacht te hebben voor de bijzondere omstandigheden van een specifiek individu (en om dus niet meer ‘*en groupe*’ op te treden), en om bijzondere aandacht te vestigen op de specifieke en separate positie van de kinderen.

Hints die besloten liggen in de (manier van) behandeling van de zaak

Soms kunnen reflecties over de spankracht van de civiele rechter in procedures die verband houden met maatschappelijke vraagstukken ook, zo menen wij te ontwaren, besloten liggen in de manier waarop een zaak wordt beslist. Een (mogelijk) voorbeeld hiervan vindt men in een uitspraak van de rechtbank Den Haag waarin de vraag voorlag of de Raad voor de Kinderbescherming aansprakelijk is jegens een vrouw die tegen haar wil haar zoon heeft afgestaan,¹⁶⁴ maar waarin tevens de algemene vraag voorlag of de Raad onrechtmatig heeft gehandeld jegens vrouwen die tussen 1956 en 1984 een of meer kinderen gedwongen hebben afgestaan ter adoptie. Hoewel de rechtbank vooropstelt dat er goede gronden zijn om het beroep van de staat op verjaring te honoreren (en op die grond dus de vordering af te wijzen), wijst de rechter de vorderingen af op de grond dat de Raad voor de Kinderbescherming niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens eiseressen, in essentie omdat de gevolgde praktijk destijds maatschappelijk gangbaar en geaccepteerd was en de druk om afstand te doen van kinderen die buiten het huwelijk waren verwekt, vanuit andere (maatschappelijke) kringen kwam.¹⁶⁵ Hiermee geeft de rechtbank het signaal af dat, ook indien de vorderingen niet verjaard zouden zijn, de rechtbank alsnog geen grond voor aansprakelijkheid ziet. Uiteraard kan deze keuze ingegeven

163. Zie HR 29 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, r.o. 3.22.3, NJ 2020/293, m.nt. C.M.J. Ryngaert (*IS-vrouwen*).

164. Ten aanzien van de vrouw ging het over de Raad voor de Kinderbescherming te Arnhem.

165. Rb. Den Haag 26 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:432.

zijn door de wens om de individuele slachtoffers op inhoudelijke gronden uit te leggen waarom aansprakelijkheid niet aangewezen is, maar omdat de vordering deels door de stichting Bureau Clara Wichman was ingesteld op grond van artikel 3:305a BW, is het niet onaannemelijk dat de rechtbank hiermee een signaal wilde afgeven over de haalbaarheid van soortgelijke toekomstige procedures (waarin het meer formele verjaringsverweer wellicht niet opgaat).

Hints die de normatieve wenselijkheid van een uitkomst betreffen

Een ander type ‘hint’ betreft die gevallen waarbij de civiele rechter duidelijk maakt dat hij weliswaar op juridische gronden tot een bepaald oordeel komt, maar dat hij op niet-juridische gronden eigenlijk een ander oordeel wenselijk/mogelijk acht.

Recente uitwerkingen hiervan zien we in kortgedingprocedures voor de rechtbank Den Haag over de vermeende onrechtmatigheid van het Nederlandse beleid ten aanzien van de evacuatie van mensen uit Afghanistan. Dat beleid wordt, onzes inziens terecht en conform vaste rechtspraak, marginaal en terughoudend getoetst door de rechter. Dat leidt doorgaans tot de conclusie dat er geen sprake is van onrechtmatig beleid. Desalniettemin oppert de voorzieningenrechter bij verschillende gelegenheden wél dat ‘de gang van zaken uiterst ongelukkig is’, dat ‘de Staat zich de vraag moet stellen of het, al is het maar uit *coulance*, eiseres toch naar Nederland moet overbrengen om haar de mogelijkheid te bieden haar recht op een verblijfstitel in Nederland voor een Nederlandse rechter aan te tonen’,¹⁶⁶ of ‘dat de Staat weliswaar geen verplichting heeft om de eiser terug te brengen naar Nederland’, maar dat het ‘de Staat vrij staat – onverplicht – de overkomst van {eiser} naar Nederland feitelijk te faciliteren door een verzoek tot het verstrekken van een reisdocument met de nodige welwillendheid te behandelen’.¹⁶⁷ Dit zijn dan hints of signalen voor de toekomst waarmee beleidsmakers hun voordeel kunnen doen, bijvoorbeeld omdat zo duidelijk wordt dat de uitslag een volgende keer best anders zou kunnen zijn.

Wat te vinden van hintende rechters?

De hiervoor besproken hints of reflecties kunnen waardevolle informatie verschaffen over waar de civiele rechter (mogelijkerwijs) zélf de ruimte ziet om in te toekomst (geen) rechtsbescherming te bieden en wellicht zelfs rechtsontwikkeldend te opereren. Daarmee geeft hij dus ook inzicht in hoe hij zijn eigen spankracht ziet. Omdat het vaak ook zaken van overheidsaansprakelijkheid betreft, geeft hij bovendien inzicht in de speelruimte

166. Rb. Den Haag 17 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:175, r.o. 4.10.

167. Rb. Den Haag 14 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2077, r.o. 4.8. Zie ook Rb. Den Haag 14 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:2080, r.o. 4.8.

die de overheid (niet) heeft. Aan de andere kant is het maar de vraag wat de werkelijke binding is van zulke overwegingen die ten overvloede gegeven zijn: een precedent is zo'n hint natuurlijk niet.¹⁶⁸ Maar ook zonder die mate van binding zijn er mogelijke voordelen verbonden aan een werkwijze als deze: het komt de efficiënte geschilbeslechting (en daarmee de rechtsbescherming) immers ten goede. Eventuele bezwaren zijn er ook. Sommige zouden wellicht naar voren brengen dat deze praktijk op gespannen voet staat met het verbod om een verassingsbeslissing af te geven (uiteraard betreft het hier hints en geen oordelen of beslissingen, maar men kan zich de vraag stellen of zo'n beslissing de facto stiekem toch wel op de loer ligt). Een ander spanningsveld is er (als de hint serieus wordt genomen, zoals wel bedoeld is) met het uitgangspunt dat de burgerlijke rechter slechts bindend uitspraak doet tussen de partijen in het geding (vgl. art. 236 Rv).

5.5 Reflecties buiten specifieke procedures om

In het voorgaande ging het om (sommige van) de reflecties en hints die we kunnen lezen in concrete uitspraken van rechterlijke colleges. De taakopvatting van de civiele rechter wordt tegenwoordig ook duidelijk buiten specifieke procedures om. Er is tegenwoordig echter meer interactie en samenwerking tussen de rechter en wetgever als 'partners in the business of law'.¹⁶⁹ Specifiek bedoelen wij dan hier dat zowel de Hoge Raad als de Raad voor de rechtspraak¹⁷⁰ tegenwoordig in de jaarverslaglegging, ten behoeve van de wetgever, expliciet signaleert waar er (technische) fouten in de wetgeving zijn geslopen of waar mogelijk grote maatschappelijke misstanden zouden kunnen opdoemen. De rechterlijke macht is (ook) zo uit de spreekwoordelijke ivoren toren gekropen.¹⁷¹ In dat verband signaleren wij ook dat, in navolging van haar voorgangers, de president van de Hoge Raad zich enkele malen bereid heeft getoond in lezingen te reflecteren, zij het (terecht) in voorzichtige en algemene bewoordingen, op de taak van de rechter, onder meer in relatie tot complexe maatschappelijke vraagstukken.¹⁷²

Naar onze inschatting komt deze welwillendheid voort uit een terecht gevoelde noodzaak om de taak(opvatting) van de Hoge Raad in onze samenleving (beter) voor het voetlicht te brengen. De (ijdele?) hoop daarachter

168. Volgens Van der Wiel kunnen ook niet-rechtsoordelen ('handreikingen') bindende werking hebben voor derden, zie B.T.M van der Wiel, 'Derdenwerking van rechterlijke uitspraken', *NJB* 2011/671.

169. Giesen 2020, nrs. 18-20.

170. Zie Hoge Raad der Nederlanden, 2021.jaarverslaghogeraad.nl, onder tabblad 'Contacten met de wetgever'; De Rechtspraak, *Jaarverslag 2020* (online) en De Rechtspraak, *Jaarverslag 2021* (online).

171. Zie al Giesen 2020, nr. 20, op p. 45, met verdere verwijzingen.

172. Zie 'Toespraken president Hoge Raad', hogeraad.nl. Het is in zekere zin al tekenend dat die lezingen op de website van de Hoge Raad staan.

zal zijn, zo schatten wij in, dat een beter begrip van de taak (opvatting) van de Hoge Raad, de samenleving handvatten verschaft om de manier waarop de Hoge Raad invulling geeft aan die taak in concrete gevallen ook beter te duiden, en vooral te begrijpen en te kunnen benutten.¹⁷³ Dat ook de huidige president waarde hecht aan de positie van de rechter in de samenleving blijkt ook uit het thema van haar lezing bij haar installatie. In die lezing reflecteert zij op de rol van de (civiele) rechter in een democratische rechtspraak, de verhouding tussen de maatschappij en rechtspraak en dan in het bijzonder het vertrouwen van de maatschappij in de rechtspraak (wij komen in par. 8 terug op deze thematiek).¹⁷⁴

6 **Elasticiteitsgraadmeter: achterliggende doelen**

6.1 **Efficiënte en voortvarende oplossing van conflicten over schade?**

De volgende elasticiteitsgraadmeter betreft de mate waarin achterliggende doelen van het civiele recht (kunnen) worden behaald of juist onder druk komen te staan.

Over de doelen en fundamenten van het aansprakelijkheidsrecht is al (heel) veel geschreven. Wij willen die discussie hier niet (opnieuw) oprakelen. Wat in onze ogen met name interessant is, is dat nieuwe verwachtingen aan het adres van het aansprakelijkheidsrecht worden geuit. In het bijzonder zien we tegenwoordig dat van de civiele rechter meer wordt verwacht dan dat hij het voorliggende geschil beslecht: hij moet ook een betekenisvolle bijdrage leveren aan de oplossing van het achterliggende maatschappelijke probleem. Denk aan de afhandeling van effectenleaseovereenkomsten, seksueel misbruik in de katholieke kerk en in zorg- en jeugdinstanties, de woekerpolisaffaire over beleggingsverzekeringen, en de aardbevingsschade in Groningen. Daarbij kan bovendien, in het bijzonder zodra de aansprakelijkheid van een partij vaststaat, de behoefte ontstaan om de schade voortvarend en op een efficiënte wijze af te handelen.

Het op een zo efficiënt mogelijke wijze afwikkelen van (grote aantallen soortgelijke) conflicten en, daarvoor nog, het zo veel mogelijk voorkomen van conflicten, staat als zodanig niet op de takenlijst van de rechterlijke macht en ook niet in de Grondwet (art. 112 Gw spreekt over het beslechten van geschillen). Niettemin kan de behoefte daaraan bij de civiele rechter aan de orde komen. Of de rechter daartoe daadwerkelijk in staat kan worden geacht is echter vraag twee (die wij hier kort behandelen). Al eerder liet Vranken, aan de hand van een analyse van vijftig uitspraken in effectenleasegeschillen, overtuigend zien dat dit een immense uitdaging is voor

173. Wij suggereren hiermee dus geenszins dat het doel zou zijn om gewezen arresten inhoudelijk nogmaals te verdedigen of te rechtvaardigen, die indruk hebben wij althans in het geheel niet.

174. Zie 'Rede Dineke de Groot bij de installatie als president van de Hoge Raad', hogeraad.nl.

de civiele rechter.¹⁷⁵ Hoewel de Hoge Raad zich zo veel mogelijk heeft ingespannen om een voortvarende afhandeling van deze zaken te faciliteren, kan volgens Vranken:

‘worden geconcludeerd dat de rechtspraak in individuele zaken over effectenlease die resteerden na de collectieve regelingen van Dexia en Duisenberg niet in staat is gebleken de massaschade binnen een redelijke termijn af te wikkelen.’¹⁷⁶

Vranken is ook niet hoopvol gestemd wat betreft de afhandeling van andere vormen van massaschade, door welke rechter (civiele of bestuursrechter) of op een rechter lijkende instantie dan ook, zolang het uitgangspunt wordt gehanteerd dat individuele schade moet worden hersteld:

‘Is de keuze voor een afwikkeling van de aardbevingsschade door de rechter per individuele zaak – met in dit geval de Afdeling Bestuursrechtspraak als hoogste rechter – niet op voorhand tot mislukken gedoemd, in de zin dat de afwikkeling nooit binnen een redelijke tijd van, zeg, vijf jaar zal kunnen lukken? Ik twijfel zelf niet heel erg over het antwoord.’¹⁷⁷

6.2 Ervaringen in de context van Groningse massaschade

Dat het niet zo gemakkelijk is om te voorzien in de behoefte aan een efficiënte en voortvarende afhandeling van massaschade, illustreert ook het Groningse gaswinningsdossier. Gedegen rechtsbescherming voor de gedupeerden van de Groningse gaswinning vergt een zo efficiënt mogelijke afronding van alle bestaande geschillen en het ontwerpen van een systeem om nieuwe, juridisch uit te vechten conflicten te voorkomen. Dat is géén gemakkelijke opgave gebleken. Enige tijd bestond er een hybride stelsel van schadeafhandeling. Daarbij gold als uitgangspunt dat de exploitant, als aansprakelijke partij, primair verantwoordelijk was voor de afhandeling van schade die hij met zijn mijnbouwactiviteiten heeft veroorzaakt.¹⁷⁸ Het Centrum Veilig Wonen (CVW) moest conflicten over de schadeafhandeling voor de civiele rechter zo veel mogelijk voorkomen. Tegen de wijze van

175. De Hoge Raad heeft immers al eerder gepoogd zo'n efficiëntieslag te maken, bijv. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.1, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De Treek/Dexia*) ('met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen geschillen'). Zie verder J.B.M. Vranken, 'De afwikkeling van massaschade door de rechter lijkt onbegonnen werk', *NJB* 2020/2805.

176. Vranken 2020, p. 3150.

177. Vranken 2020, p. 3151.

178. Het navolgende is gebaseerd op D. Boot, E. van Dongen, E.R. de Jong, D. Schelfhout, C. Vloedveld & R.-J. Voorn, *Evaluatie Tijdelijke wet Groningen* (Rapport voor het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat), Utrecht: AEF/UU 2022.

schadeafhandeling in dit hybride stelsel, en dan in het bijzonder de schadeafhandeling door het CVW, bestonden twee hoofdbezwaren:¹⁷⁹

1. Het schadeafhandelingsproces en de uitkomsten daarvan werden door gedupeerden als onbevredigend en onrechtvaardig ervaren.
2. De verhouding tussen de gedupeerde en de NAM werd in deze procedures als ongelijkwaardig ervaren door gedupeerden, vanwege de ongelijkheid in (financiële) middelen en deskundigheid. Dat is van belang omdat de beoordeling van de schadeoorzaak een technische aangelegenheid is, waardoor gedupeerden nog steeds tegen bewijsproblemen aanliepen, ondanks de toepasselijkheid van artikel 6:177a BW.¹⁸⁰

Als reactie hierop heeft de overheid de schadeafhandeling naar zich toegetrokken, in die zin dat de aansprakelijkheid van de exploitant jegens de gedupeerde via een publiekrechtelijke weg wordt afgehandeld zonder betrokkenheid van de exploitant (de overheid neemt met deze stap echter niet de aansprakelijkheid van de exploitant op zich). Inmiddels heeft het Instituut Mijnbouwschade Groningen de taak gekregen om deze aansprakelijkheid af te wikkelen.

De civiele rechter zou dus van die taak verlost moeten zijn. Dat is toch niet helemaal het geval, althans niet meteen, zo bleek uit de civiele zaken die tot tweemaal toe de Hoge Raad bereikten en waarin de Hoge Raad bijvoorbeeld de op efficiëntie gerichte aanpak van de smartengeldproblematiek goedkeurde¹⁸¹ en de vele zaken die gedurende die procedures nog gewoon op de plank lagen bij de rechtbank Noord-Nederland.¹⁸² Daarnaast blijkt uit een recent evaluatieonderzoek¹⁸³ dat, zo parafraseren wij uit dat rapport, ook onder het nieuwe stelsel, waarin de schadeafhandeling in de bestuursrechtelijke kolom is geplaatst, een efficiënte en voortvarende schadeafhandeling nog een uitdaging is. Dat is met name het geval bij complexe en meervoudige schadegevallen. Het civiele recht, dat wordt gehanteerd bij de vaststelling of en in welke mate er aanspraak op een schadevergoeding bestaat, kan hiervan een oorzaak zijn. Ingevolge dat civiele recht moet immers iedere schade afzonderlijk worden beoordeeld. Aan de andere kant is onvermijdelijk dat de afhandeling van complexe schade ingewikkelder

179. Zie over de aanleidingen van de wet (onder meer) ook M.Tj. Bouwes, 'Massaschade en mijnbouwschade in Groningen', *AV&S* 2022/10.

180. Zie hierover Bouwes 2022, p. 42.

181. Zie in het bijzonder HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, NJ 2021/363, m.nt. J. Spier (*Groningenveld II*).

182. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10717 betrok de toen nog zeer grote stapel in eerste aanleg aanhangige zaken expliciet in de beoordeling. De claim in Rb. Noord-Nederland 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3553 (*X./Maatschap Groningen*), werd bijv. afgewikkeld conform de prejudiciële antwoorden van de Hoge Raad. Ook na de uitspraak van juli 2019 waren er echter nog zaken aanhangig, zie bijv. Rb. Noord-Nederland 15 april 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1890 (*X./NAM*).

183. Zie Boot e.a. 2022.

is dan die van eenvoudige schade. Mede gezien het gegeven dat het civiele recht al aanzienlijk is opgerekt ten gunste van de gedupeerden,¹⁸⁴ rijst de vraag of er een alternatief systeem bestaat dat deze problematiek beter ondervangt. Spier noteerde in zijn noot bij het arrest *Groningenveld II* wat dat betreft treffend:

‘Zowel in de prejudiciële beslissing als in het onderhavige arrest heeft de Hoge Raad welkome bouwstenen aangedragen om de afhandeling van de talloze schadeclaims zo snel en efficiënt mogelijk te laten verlopen. De Hoge Raad kan niet helpen dat het gaat om een uitermate complexe materie waarin het onmogelijk is om binnen het bestaande juridische kader alle tegengestelde belangen met elkaar te verzoenen. In voorkomende gevallen is de weegschaal van Vrouwe Justitia een beetje in onbalans. In onalledaagse zaken bestaat perfect recht helaas vaak niet.’¹⁸⁵

6.3 Is efficiënte en voortvarende conflictoplossing een doel van het aansprakelijkheidsrecht?

Moet nu, gegeven het voorgaande, de efficiënte(re) afwikkeling van veelvuldig voorkomende geschillen over schade als (sub)doel van het civiele aansprakelijkheidsrecht worden geaccepteerd? Bij een bevestigend antwoord is de vervolgvraag naar de benodigde mate van elasticiteit niet zo lastig: dat gaat heel wat ‘rek’ vergen. De civiele rechter (en overigens ook de partijen) moeten dan hun comfortzone uit: afstand nemen van dat ene specifieke geschil om tot een generieke inschatting voor andere, nog niet voorliggende, geschillen te komen. Ze moeten maatwerk inruilen voor confectie, en over de grenzen van de rechtsstrijd heen kijken naar die andere, aanpalende, soortgelijke (maar net niet precies dezelfde) conflicten. Bovendien vergt dit veelal het nemen van rechtsvormende beslissingen en het tonen van flexibiliteit om het traditionele systeem van het civiele aansprakelijkheidsrecht los te laten, waarmee mogelijkwerwijs problemen van uitdijning en uitholling ontstaan (zo bespraken wij in par. 4).

In wezen is het probleem dat de maatschappelijke behoefte en de aard van de kwestie (een achterliggend *maatschappelijk* (en dus breed) vraagstuk) zich problematisch verhoudt tot de kerngedachten van diverse aansprakelijkheidsrechtelijke leerstukken, die uitgaan van noties van *individuele* (afgebakende) verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in bilaterale relaties tussen laedens en gelaedeerde (zie ook par. 1.3). Het preventief voorkomen

184. Denk aan het bewijsvermoeden van art. 6:177a BW, en aan de rechtspraak ten aanzien van diverse schadeposten.

185. Zie J. Spier, annotatie bij HR 15 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1534, NJ 2021/363 (*Groningenveld II*).

van conflicten en geschillen is nog een stap verder weg van het rechterlijk bed. Hij is daartoe niet op aarde en ook niet geëquipeerd, zo menen wij. Niettemin kan het wel degelijk een bijproduct zijn van een (rechtsvormende) uitspraak, zeker in een massaschadeclaim of een type zaak dat in grote aantallen de rechtbanken bevolkt. En dat zal het vaak ook zijn, door de precedentwaarde die een uitspraak nu eenmaal (informeel) heeft in Nederland.¹⁸⁶ Maar dat is dan ook alles: een bijproduct.

7 **Elasticiteitsgraadmeter: maatschappelijke impact van rechtspraak (effectiviteit)**

7.1 **Introductie**

In het bijzonder bij gebods- en verbodsacties zien we dat het civiele aansprakelijkheidsrecht mede wordt ingezet om aandacht te vragen voor maatschappelijke problemen, om het debat daarover op gang te brengen,¹⁸⁷ om informatie over een bepaald maatschappelijk probleem te genereren en uiteindelijk om de maatschappelijke koers te veranderen. In het kort: de civiele rechter wordt aangeschreven om maatschappelijke en beleidsmatige impact te genereren. Hier rijst de, met de in de vorige paragraaf besproken verband houdende, vraag of dit dan een doel is dat de civiele rechter zou moeten nastreven. Uit de (sporadische) literatuur¹⁸⁸ komt naar voren dat ook de maatschappelijke impact van rechtspraak een ‘elasticiteitsgraadmeter’ zou moeten zijn. Dat roept de vraag op of, en zo ja, in welke mate, de spankracht van de rechter (mede) dient te worden bepaald aan de hand van de maatschappelijke en beleidsmatige impact en effectiviteit van zijn rechtspraak.¹⁸⁹

7.2 **Zijn klimaatprocedures effectief wat betreft mitigatie?**

Die vraag is, in de nationale context, met name gerezen naar aanleiding van de *Urgenda*-zaak en de *Shell*-zaak. Deze zaken zijn door sommigen geprezen voor de bijdrage die ze kunnen leveren aan het oplossen van kli-

186. Giesen 2020, nr. 35, met verwijzingen.

187. Zie hierover bijvoorbeeld A. Wonneberger & R. Vliegenthart, ‘Agenda-Setting Effects of Climate Change Litigation: Interrelations Across Issue Levels, Media, and Politics in the Case of Urgenda Against the Dutch Government’, (15) *Environmental Communication* 2021, afl. 5.

188. Zie hierna.

189. Hetgeen hierna volgt, is deels gebaseerd op delen uit de oratie van De Jong: E.R. de Jong, *Aansprakelijkheidsrecht (als redder) in nood ?* (oratie Utrecht) (in druk). De gestelde vraag vertoont voorts gelijkenis met het eerste kenmerk dat wij in par. 2.1 hiervoor noemden, maar er is een verschil. Aldaar gaat het om de constatering dat het om een complex maatschappelijk probleem gaat terwijl het hier gaat om de vraag wat die maatschappelijke impact eventueel betekent voor de elasticiteit van de rechter.

maatprobleem; ook de Intergouvernementele Werkgroep inzake Klimaatverandering (IPCC) merkt op dat rechtszaken een bijdrage (kunnen) leveren aan het behalen van klimaatdoelen.¹⁹⁰ Anderen wijzen er, en dan in het bijzonder in relatie tot de *Shell*-zaak, echter ook op dat het vonnis contra-productieve effecten heeft op het behalen van de klimaatdoelen (lees: of de maatregelen die worden geïmplementeerd leiden tot een mondiale uitstootreductie of misschien zelfs die uitstoot doen toenemen) en op bepaalde punten niet uitvoerbaar is (waardoor het klimaat er ook niet mee geholpen zou zijn).¹⁹¹ De effectiviteit (impact) van dit soort zaken zou daarmee dus (te) gering zijn. Soms zouden ze zelfs contraproductief zijn. De vraag die daardoor op tafel ligt, is scherp gezegd deze: is een (voorzienbaar/ te verwachten) gebrek aan effectiviteit een reden om geen rechtsbescherming te bieden?¹⁹² Extra ingewikkeld is dat die vraag waarschijnlijk met name rijst in gevallen waarin het recht geen houvast biedt en die (beoogde) effectiviteit op voorhand lastig te bepalen is. Onder anderen Spier en Smeehuijzen menen in het kader van klimaatprocedures dat als voorwaarde om te spreken van een legitiem oordeel, moet gelden (dat voldoende vaststaat)¹⁹³ dat dit oordeel ook daadwerkelijk bijdraagt aan het oplossen van het achterliggende maatschappelijke probleem. Dat is in dit geval het feit dat thans onvoldoende mitigerende maatregelen worden genomen om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen.¹⁹⁴ Zo'n voorwaarde kan als boodschap aan verschillende partijen gericht zijn: aan de wetgever ('leg dit soort procedures aan banden als blijkt dat ze niet effectief zijn'), aan procespartijen ('zorg ervoor dat je zo procedeert dat de uitspraak ook effectief is'), aan wetenschappers ('in de discussie over de wenselijkheid moeten wetenschappers de effectiviteit betrekken') én aan de civiele rechter zélf ('bij het geven van het inhoudelijke oordeel, en dus bij het bepalen van de eigen rol, moet de rechter oog hebben voor de effectiviteit en impact van zijn voorgenomen uitspraak'). Wij richten ons hier op de uitwerking van deze voorwaarde aan het adres van de civiele rechter.

190. IPCC, *Climate Change 2022. Mitigation of Climate Change* (Werkgroep III bijdrage aan het zesde IPCC Assessment Report), 2022, hfdst. 13.

191. Vooropgesteld: is gebrek aan effectiviteit een probleem van slechte rechtspraak of van slechte implementatie?

192. Een alternatieve vraag zou kunnen zijn of er pas sprake is van rechtsbescherming als deze ook effectief is. Wij menen dat dit niet het geval is: rechtsbescherming voor een procespartij, zoals die bijv. aan Urgenda geboden is, is er ook als dezelfde uitspraak geen werkelijk milieueffect zou hebben.

193. L. Smeehuijzen, 'De veroordeling van Shell tot 45% CO₂-reductie in 2030. Over legitimiteit en effectiviteit', *NJB* 2022/458; J. Spier, 'Milieudefensie v Shell: een sirenenzang? Suggesties voor een beter alternatief', in: W.J.M. van Veen, A. Hammerstein, J.L. Smeehuijzen, A.F. Verdam & J. Spier, *De klimaatzaak tegen Shell* (ZIFO-reeks nr. 35), Deventer: Wolters Kluwer 2022; J. Spier, 'SDGs: tussen droom en daad: een processie van Echternach: Het Shell-vonnis: stormram of eendagsvlieg', *TvOB* 2021, afl. 6.

194. 'Voorwaarde zou m.i. wel moeten zijn dat het klimaat er daadwerkelijk beter van wordt', Spier 2021, p. 176.

7.3 Effectiviteit als elasticiteitsgraadmeter?

Op het eerste gezicht klinkt deze voorwaarde best logisch: wie wil er nu klimaatzaken die niet (per se) goed zijn voor het klimaat? Bovendien worden dit soort procedures juist gevoerd om klimaatverandering tegen te gaan: het ligt dan voor de hand om de procedures ook te beoordelen op hun daadwerkelijke bijdrage aan het behalen van dat doel. Maar bij nader inzien is het haast ondoenlijk om van de *civiele rechter* te verlangen dat hij bij het bepalen of hij al dan niet een bepaalde rechtsontwikkeling in gang zet, de (verwachte) effectiviteit in relatie tot het oplossen van het achterliggende maatschappelijke vraagstuk mee laat wegen.

Voor de civiele rechter brengt het hanteren van deze voorwaarde namelijk de nodige uitdagingen met zich.¹⁹⁵ Hij is allereerst afhankelijk van partijen voor bruikbare gegevens over, onder meer, de consequenties en uitvoerbaarheid, maar die gegevens zullen ongetwijfeld, zoals Spier ook meermaals heeft aangegeven, door partijen (enigszins) gekleurd gepresenteerd worden.¹⁹⁶

Bovendien zal het hier doorgaans complexe gegevens betreffen waarvoor niet-juridische materiedeskundigheid vereist is om ze op juiste waarde te (kunnen) schatten. Een gebrek daaraan, zo noteert ook Spier, 'kan tot ongelukken en mogelijk ongelukkige precedents leiden'. Enigszins paradoxaal kan men zich afvragen of met het nadruk leggen op de noodzaak van de effectiviteit van een oordeel, de kans op zulke ongelukken niet juist groter wordt, aangezien de rechter dan vaker met deze moeilijke kwesties geconfronteerd zal worden en partijen er dan (meer) belang bij hebben om die gegevens naar voren te brengen die passen in hun betoog.¹⁹⁷

Effectiviteitsonzekerheid

Een (wellicht nog) grotere uitdaging hierbij houdt verband met de toepasselijke onzekerheden. In die gevallen waarin er *evident* sprake is van een gebrek aan effectiviteit of zelfs contraproductiviteit, valt er best iets te zeggen voor een terughoudende opstelling van de civiele rechter. Maar in de meeste gevallen zal daarvan géén sprake zijn en kan men op grond van de beschikbare en ingebrachte informatie verschillend denken over de verwachte effectiviteit. Ook is het denkbaar dat het niet mogelijk is om

195. Zo erkent Spier zelf ook.

196. Als we 'full swing' zouden overgaan tot de introductie van de *amicus curiae* (zie nader hierna) in civiele procedures zou hier wellicht wat verlichting mogelijk zijn, maar zover is het nog niet.

197. In dat licht bezien valt het te prijzen dat in Urgenda is aangenomen dat als de staat een bepaalde reductieverplichting zinvol heeft gevonden, hij dan daaraan ook gehouden moet kunnen worden zonder dat de effectiviteit van die reductieverplichting moet worden vastgesteld.

met voldoende zekerheid vast te stellen of, en onder welke omstandigheden, een uitspraak (dat wil zeggen een inhoudelijk oordeel) effectief zal zijn.¹⁹⁸

Die onzekerheid kan verschillende oorzaken hebben: de benodigde kennis komt pas beschikbaar *nadat* een rechtsontwikkeling in gang is gezet, de benodigde kennis is in het geheel niet beschikbaar, de wél beschikbare kennis is niet direct toepasbaar op de voorliggende casus of de uitwerking van een uitspraak is afhankelijk van toekomstige omstandigheden en andere onzekere variabelen.

De civiele procedure is bovendien om verschillende redenen geen geschikt forum voor het wegnemen van dit soort kennisgebreken. Wil men impact en effectiviteit centraler stellen bij het bepalen van de rol van de rechter in *concrete zaken*, dan zijn generieke maatregelen nodig die de civiele rechter hiertoe ook daadwerkelijk in staat stellen. We denken hierbij bijvoorbeeld aan een vorm van structurele ondersteuning door kennisinstituten of aan het uitbreiden van de *amicus curiae*-regeling zoals die thans geldt in de prejudiciële vraagprocedure en de cassatie in het belang der wet-procedure.¹⁹⁹

Bewijsperikelen bij effectiviteitsvraagstukken

Uiteraard speelt bij dit alles ook nog een belangrijke bewijsrechtelijke dimensie, aangezien onder meer moet worden vastgesteld welke (bewijs)maatstaf wordt gehanteerd om te bepalen of voldoende vaststaat dat een voorgenomen uitspraak al dan niet effectief is ('een redelijke mate van zekerheid?'). Ook rijst de vraag wie die effectiviteit dan zou moeten 'bewijzen' of 'ontkrachten'. Zijn hier de gangbare bewijsrechtelijke regels van toepassing? Bij het beantwoorden van deze vraag speelt op de achtergrond in ieder geval de normatieve vraag naar de betekenis van onzekerheid over effectiviteit. In essentie wordt de rechter in geval van onzekerheid over de effectiviteit en/of de mogelijkheid van contraproductiviteit van een voorgenomen uitspraak, met een dilemma geconfronteerd: moet hij terughoudend zijn omdat de mogelijkheid bestaat dat een uitspraak niet bijdraagt aan het behalen van de klimaatdoelen of moet hij die mogelijkheid voor lief nemen omdat het niet ondernemen van actie in ieder geval géén bijdrage levert aan de oplossing van het klimaatprobleem (waarvan de aanpak toch al niet echt voortvarend plaatsvindt)? Hoe dit dilemma wordt opgelost

198. Eveneens rijst de vraag welke effecten hierbij dan in ogenschouw moeten worden genomen: alleen de directe of ook de indirecte effecten?

199. Over dat laatste is recent veel te doen in het bestuursrecht, zie het KB van 10 juni 2021, *Stb.* 2021, 181 (*Kamerstukken* 35550). Zie verder de publicaties van De Poorter, waaronder J. de Poorter & L. van Heusden, 'Een evaluatie van de *amicus curiae*: Over de inzet van de *amicus curiae* door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', in: *In-spraak in de rechtspraak: de rol van derden in de procedure* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 11-24. Zie verder bijv. ook M. Hermans, 'Amicus curiae en kruisbenoemingen bij de hoogste bestuursrechtters', *NJB* 2021/844 en I.S. Ouweland, 'De *amicus curiae* en de bijzondere kamer', *NTB* 2022/72.

hangt samen met de bewijsrechtelijke vraag naar de te hanteren (bewijs)maatstaf. Als te gemakkelijk mee wordt gegaan in een (in)effectiviteitsbetoog wordt daarmee de deur geopend om twijfel te zaaien over de effectiviteit van een bepaalde uitspraak en – uiteindelijk – om op basis van dit soort argumenten uit te komen onder de eigen verantwoordelijkheid. Bovendien speelt ook nog de vraag wat de uiteindelijke oorzaak is van een gebrek aan effectiviteit van een uitspraak. Worden bepaalde (broeikasgasreductie)doelen niet gehaald door een gebrek aan wil om een uitspraak na te komen of legt de uitspraak een onhaalbare/contraproductieve verplichting op? Bijvoorbeeld: dat de *Urgenda*-norm wordt gehaald komt (voornamelijk) door externe omstandigheden, zoals een zachte winter en de pandemie.²⁰⁰ Anders gezegd: zonder die externe omstandigheden waren de tot nu toe genomen beleidsmaatregelen (waarschijnlijk) niet afdoende om de *Urgenda*-norm te halen. Wij vragen ons dan (retorisch) af of dit iets zegt over de effectiviteit van de uitspraak in *Urgenda* of dat dit eerder getuigt van een gebrek aan politieke wil om de *Urgenda*-norm na te leven (of zelfs nog erger: van een gebrek aan respect voor de rechtstaat). Als dat laatste het geval is, dan is dat wat ons betreft totaal irrelevant voor het bepalen van de legitimiteit van de uitspraak van de rechter: onwil om (in de geest van een uitspraak) te handelen mag niet worden beloond.

De mogelijk gebrekkige effectiviteit van een (voorgenomen) uitspraak is voor ons dus geen reden voor de civiele rechter om in het algemeen terughoudendheid te betrachten. We zien enkel ruimte voor een (negatieve) effectiviteitsvoorwaarde die in specifieke, voorkomende, gevallen kan worden gehanteerd. Aan de voorwaarde mag echter niet te gemakkelijk zijn voldaan. De civiele rechter zou dan bijvoorbeeld kunnen toetsen of aan de strenge ‘evident ineffectief’- of ‘contraproductief’-maatstaf is voldaan.²⁰¹

7.4 Een bredere tendens naar de weging van macro-implicaties

Een andere vraag die zich nog aandient, is of deze voorwaarde dan ook in andere zaken dan klimaatzaken moet worden gehanteerd.²⁰² wordt maatschappelijke impact een in brede zin te hanteren elasticiteitsgraadmeter?

200. Zie [cbs.nl/nl-nl/nieuws/2022/06/urgenda-doel-uitstoot-broeikasgassen-in-2020-gehaald](https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2022/06/urgenda-doel-uitstoot-broeikasgassen-in-2020-gehaald).

201. Een minder strenge uitwerking van deze gedachte kan worden gevonden in een ‘vermoeden van effectiviteit’ dat dan wordt gehanteerd.

202. Zie over die macroargumenten en de weging daarvan in *Urgenda* E.R. de Jong, ‘Urgenda en de beoordeling van macro-argumenten’, *MvV* 2019, afl. 4, p. 133-145. Zie verder ook De Jong 2020.

Sowieso ligt in toenemende mate de vraag voor naar de betekenis van de macro-implicaties van civiele rechtspraak.²⁰³ Daarmee wordt – kort gezegd – bedoeld dat vanwege de (vermeende) bredere maatschappelijke effecten van een oordeel (denk aan ‘een stortvloed aan claims’ of ‘onverzekerbare aansprakelijkheid’), wordt gepleit voor of tegen dat oordeel. Deze ontwikkeling zien we over de gehele bandbreedte van het verbintenissenrecht;²⁰⁴ er zijn vele voorbeelden te geven, zoals het belang van een beheersbaar, verzekeraar (en betaalbaar) aansprakelijkheidsrecht bij aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor ongeschikte medische middelen,²⁰⁵ verjaring en overgangsrecht,²⁰⁶ de verzekeraarbaarheid van medebezittersaansprakelijkheid,²⁰⁷ een mogelijke *floodgate* en de financiële gevolgen van het accepteren van affectieschade,²⁰⁸ defensieve geneeskunde/medische aansprakelijkheid,²⁰⁹ eventuele *floodgate*-effecten van het te ver oprekken van de arbeids-

203. Daarvoor zijn verschillende redenen aan te dragen: ontwikkelingen in het procesrecht (denk aan de prejudiciëlevraagprocedure, collectieve acties enz.), de omvang van de feitelijke problemen én de stellingen van partijen (zeker *repeat players* en de overheid dragen nog al eens macroargumenten aan), enz.

204. In een zekere zin kan de discussie over duurzaamheidsdoelen in het consumentenrecht ook hieronder worden geschaard: waar het voorheen ging om het beschermen van de consumenten *in relatie* tot de producent, wordt tegenwoordig ook veel meer gekeken naar de negatieve effecten van die verregaande bescherming voor het milieu en duurzaamheidsdoelen. Zie preadvies van Pavillon: C.M.D.S. Pavillon, ‘Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?’, in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt* (Preadviezen 2021 Uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2021. Voor het aansprakelijkheidsrecht is lezenswaardig: J. Spier, ‘Gedachten over een vastgelopen stelsel’, *AV5S* 2014/6.

205. Zie in het bijzonder HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, r.o. 2.9.1, *NJ* 2021/16, m.nt. S.D. Lindenbergh. Zie over aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpmiddelen ook HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082, *NJ* 2021/15, m.nt. S.D. Lindenbergh, waar de (on)verzekeraarbaarheid (en in mindere mate de mogelijkheid tot defensieve innovatie) zich voordeed.

206. Zie HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:726, *NJ* 2018/397, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, over de weging van administratieve en financiële lasten bij het bepalen van de ingangsdatum van art. 7:842 (oud) BW, zie in het bijzonder r.o. 3.5.3-3.5.4.

207. HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, i.h.b. r.o. 4.3.5, *NJ* 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*). In tegenstelling tot in *Hangmat*, kwam het verzekeringsgewicht in *Paard Imagine* wel gewicht toe, HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, r.o. 3.5.2 en 3.6.3 e.v. Zie ook concl. A-G J. Spier 20 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2307, par. 7.3.1 bij HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162.

208. HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*).

209. Zie de rechtspraak in voetnoot 204. Zie ook E.R. de Jong, ‘Aansprakelijkheid en defensieve innovatie: staat het aansprakelijkheidsrecht nieuwe medische behandelmethoden in de weg?’, in: I. Giesen, S. Wiznitzer, A. Keirse & W. de Zanger (red.), *Assumpties annoteren. Rechterlijke veronderstellingen empirisch en juridisch getoetst*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 67-83; zie verder, en uitgebreider, ook S.N.P. Wiznitzer, *Defensieve dokters?* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2021.

rechtelijke omkeringsregel,²¹⁰ en talloze overheidsaansprakelijkheidszaken (Iraanse vluchteling,²¹¹ en de invloed van de dreiging van aansprakelijkheid op de bereidheid van de overheid om vredesmissies aan te gaan),²¹² en vrijheid van meningsuiting en ‘*defensive journalism*’.²¹³ Men dient er natuurlijk voor te waken om dit alles zonder meer op één op hoop te gooien: de juridische kaders voor de beoordeling die hier leidend zijn, en dus bepalen of, en zo ja, in hoeverre macroargumenten gewicht toekomen, verschillen uiteraard. Bovendien zijn de verschillende mogelijke macro-implicaties uiteenlopend. Het kan gaan om de vrees voor een toename in claims, maar ook om een ongewenste rem op innovatie. Het antwoord op de vraag of zulke effecten ongewenst zijn, verschilt (natuurlijk) per effect en de juridische context waarin die vraag zich aandient.

We stellen wel vast dat deze ontwikkeling (wederom) de toegenomen relevantie van casusdominant werken onderstreept, waarbij de overwegingen het individuele geval overstijgen. Daarnaast illustreert het voorgaande dát er in de rechtspraak al aandacht voor impact is, hetgeen een indicatie is dat impact een elasticiteitsgraadmeter zou kunnen zijn. Het is daardoor de vraag of de impact, het effect en/of de effectiviteit van een rechterlijke uitspraak in complexe zaken, wel buiten beschouwing kan worden gelaten bij het bepalen van de rol van de rechter. Allereerst merken wij in dit verband op dat die impact er vaak gewoon is, of men dat nu wil/zoekt of niet. De *Srebrenica*-zaak had (politieke en maatschappelijke) impact, net als de *Urgenda*-zaak, de uitspraak over levenslang gestraften (zie par. 5.4) en vele andere kwesties. Dat is ten eerste relevant omdat in het maatschappelijke en politieke debat de neiging bestaat om uit het gegeven dat een uitspraak politieke en/of beleidsmatige implicaties en dus impact heeft, (ten onrechte) af te leiden dat die uitspraak dan ook (mede) is ingegeven door zulke overwegingen, terwijl dat niet het geval hoeft te zijn, bijvoorbeeld omdat

210. Zie bijvoorbeeld concl. A-G B.J. Drijber 22 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1432, par. 3.20 en 3.21; HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536, NJ 2018/291, m.nt. J. Spier (*Zwembad de Dumpel*).

211. HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Iraanse vluchtelingen*). De Hoge Raad benoemt het niet expliciet, maar algemeen wordt aangenomen dat rechtspolitieke, financiële en beleidsmatige overwegingen zeer belangrijk waren voor de Hoge Raad. Zie J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 13 april 2007, ECLI:NL:2007:LAZ8751, NJ 2008/576; concl. A-G J. Spier 13 april 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8751, par. 3.2 e.v.; T. Hartlief, ‘Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht?’, AA 2015, p. 914-926, p. 924.

212. Zie in het bijzonder concl. A-G P. Vlas 3 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ9225, par. 5.41; concl. A-G P. Vlas 3 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ9228, par. 5.41. Zie hierover ook N. Mileva, ‘State Responsibility in Peacekeeping. The effect of responsibility on future contributions’, (12) *Utrecht Law Review* 2016, afl. 1, p. 122-138.

213. I. Giesen, “Defensive Journalism” en het “chilling effect” in de journalistiek: feit of nepfeit?, in: I. Giesen, S.N.P. Wiznitzer, A.L.M. Keirse & W.S. de Zanger (red.), *Assumpties annoteren. Rechterlijke veronderstellingen empirisch en juridisch getoetst*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 51-66.

het de rechter om rechtsbescherming te doen was. Voor een deel zal dit er ook mee te maken kunnen hebben dat in algemeenbelangacties politieke impact wel veelal het ultieme doel is en dat deze procedures, indien ze succesvol zijn, (verstrekken) consequenties voor het overheidsbeleid (kunnen) hebben. Voor een ander deel heeft dit ermee te maken dat vaak fundamentele juridische vragen voorliggen die verschillend beantwoord kunnen worden. Omdat dat het geval is (men kan nu eenmaal verschillende antwoorden geven) zou men kunnen betogen dat dit punt met name geadresseerd dient te worden via een bredere communicatiestrategie tussen rechter en maatschappij en niet zozeer in uitspraken in specifieke gevallen. Toch rijst wederom de vraag wat de civiele rechter met de impactvraag moet. Al eerder is er op gewezen dat zich de nodige uitdagingen aandienen wanneer de civiele rechter zich rekenschap wil geven van de mogelijke impact van zijn rechtspraak. Die uitdagingen hebben betrekking op het vergaren en beoordelen van impactinformatie (hoe komt de rechter aan betrouwbare en volledige informatie?) en op het normatief wegen van de waarde die moet worden toegedicht aan bepaalde impact (welke gevolgen wil men al dan niet voorkomen en waarom?, maakt het daarbij nog uit in welke mate het onzeker is of bepaalde gevolgen zich aandienen?). Gegeven de eerder besproken onzekerheden zouden we uiteindelijk (maar aarzelend) toch niet voor de zware, *all-inclusive* variant van het meewegen van effectiviteit kiezen. Dat de rechter macro-effecten weegt en van geval tot geval bezien in ogenschouw neemt, is prima, menen wij. Tegelijkertijd menen we ook dat het beter is om de maatschappelijke impact van de uitkomst van een zaak niet als een in brede zin te hanteren elasticiteitsgraadmeter te introduceren. De uitdagingen die toepassing van zo'n graadmeter voor de civiele rechter met zich brengt, zowel wat betreft (de methodologische uitdagingen bij) het in kaart brengen van die impact als het normatief wegen van die impact, zijn onzes inziens daarvoor te omvangrijk.

8 **Elasticiteitsgraadmeter: vertrouwen in en acceptatie van rechtspraak**

8.1 **Inleiding**

Als een uitspraak of een lijn in de rechtspraak goed valt bij de burgers is er ruimte voor de civiele rechter om daarop voort te bouwen; dat vergroot zijn elasticiteit. Als rechtspraak minder of geen genade vindt, dan zal die rechter allicht iets voorzichtiger moeten opereren. Kortom, de mate van acceptatie (aanvaardbaarheid) bij de burger van wat de rechter onderneemt, doet ertoe.²¹⁴ Dat besef leeft (logischerwijs) ook bij de civiele rechter zelf:

214. Zo bijv. ook Boogaard & Schutgens 2021, p. 298,

vanuit de rechterlijke macht is er aandacht voor deze dimensie van de spankracht van de civiele rechter.²¹⁵

Dit roept dan ook meteen de vraag op: hoe meten en weten we wat acceptabel of aanvaardbaar is als het om rechtspraak gaat? Welke inzichten of aanwijzingen zijn er daarvoor beschikbaar? Vervolgens rijst de vraag: wat kan en moet de civiele rechter met deze inzichten in een specifieke procedure? Daarover gaat deze paragraaf, toegespitst op de (algemene) mate van vertrouwen die de rechterlijke macht geniet onder het Nederlandse volk (par. 8.2) en op de publieke acceptatie van rechtspraak in specifieke gevallen (par. 8.3 en 8.4).

8.2 Vertrouwen in de civiele rechter

Of (een bepaalde lijn in de) rechtspraak (nog) aanvaardbaar is voor de maatschappij, zal mede afhangen – zo durven wij wel te veronderstellen – van de algemene mate van vertrouwen van de burger in het instituut rechtspraak.²¹⁶ Die mate van vertrouwen wordt al jaren en stelselmatig bijgehouden door het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) en is dus gedurende de tijd te volgen. Zo kan men verkennen of een schok in de rechtspraak leidt tot een verandering in het algemene vertrouwen van de burger. Bijvoorbeeld: als de *Urgenda*-uitspraak, een uitspraak die zeer uitvoerig in het nieuws was, veel aandacht kreeg en dus in die tijd volop bekend mag worden verondersteld, zeer slecht gevallen zou zijn in de maatschappij (bijv. op inhoudelijke gronden, als zijnde te klimaatvriendelijk, of op institutionele gronden, als zijnde een kwestie voor de politiek), zou men zich kunnen voorstellen dat dit terug te zien is in de vertrouwenscijfers in de periode na die uitspraak. Onze hypothese is echter anders: de vertrouwenscijfers zijn constant goed, dat was al zo voor de *Urgenda*-zaak, en dat is ook nadien zo gebleven. Dat is een indicatie dat er dus geen (negatieve) invloed van die spraakmakende zaak is op het vertrouwen in de rechtspraak. Die ‘hypothese’ wordt ondersteund door CBS-cijfers, zoals opgenomen in tabel 1.

215. Zie ter illustratie ‘Rede Dineke de Groot bij de installatie als president van de Hoge Raad’, hogeraad.nl.

216. Zo ook Koopmans 1982, p. 91.

Tabel 1 *Mate van vertrouwen in de rechterlijke macht*²¹⁷

Jaar	Kwartaal	Mate van vertrouwen (%)
2019		73,6
2020	1	75,8
	2	78,5
	3	75,9
	4	79,1
2021	1	79,9
	2	78,5
	3	78,9
	4	79,4

De *Urgenda*-uitspraak stamt uit december 2019, in een tijd waarin het vertrouwen 73,6% scoorde. Aan het begin van 2020 zien we vervolgens geen daling van dat vertrouwen, maar juist een stijging richting 75% en nog hoger. De verklaring hiervoor, vanuit ons perspectief,²¹⁸ kan zijn dat een individuele uitspraak *an sich* niet snel merkbaar invloed heeft op het algemene vertrouwen van de burger in de rechtspraak (zie hierover meer in par. 8.3). Het kan ook zijn dat de burger zich inhoudelijk goed kan vinden in die uitspraak (omdat het klimaat beschermd wordt) en het vertrouwen in de rechterlijk macht daardoor juist gestut wordt en zelfs groeit. Het is echter ook mogelijk dat men de inhoud van een uitspraak niet per se pruimt, en dat ook een individuele uitspraak op zich impact kan hebben op het vertrouwen in de rechter in het algemeen, maar dat dat in dit specifieke geval niet aan de hand is omdat de uitspraak goed onderbouwd en (ook nadien in de media) uitgelegd is. De Hoge Raad heeft zich immers van zijn meest transparante zijde getoond in de omgang met de uitspraak (persvoorlichting; Engelse vertaling beschikbaar; live uitgezonden). Hoewel de derde verklaring niet uit te sluiten is, opteren wij eerder voor (een combinatie van) de eerste twee verklaringen, onder andere omdat blijkt dat het vertrouwen in de rechter robuust is (al jaren hoog is, ook in verge-

217. Zie tabel 4.1.1 (voor 2019) en 4.1.2 (voor 2020-2021), hier samengevoegd, uit H. Schmeets & J. Exel, 'Vertrouwen in medemens en instituties voor en tijdens de pandemie. 4. Vertrouwen in instituties', cbs.nl, maart 2022.

218. Het CBS ziet deze stijging als gelinkt aan de coronapandemie, zie de vorige noot.

lijking met andere instituten)²¹⁹ en omdat de burger grosso modo vindt dat het klimaatprobleem aandacht behoeft.²²⁰

Wat er verder van die mogelijke verklaringen zij, duidelijk is in elk geval dat het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht onverminderd groot (en eerder groeiende dan dalende) is. Dat geeft het nodige ‘comfort’ aan de gedachte dat de rechter zich op dit moment best enige elasticiteit, enige mate van sturing van de rechtsontwikkeling kan veroorloven, zonder dat meteen de barricades worden opgetrokken voor de gerechtsgebouwen. Deze vertrouwensbasis is geen vrijbrief om compleet los te gaan natuurlijk, maar vormt wel een stabiele ondergrond om het recht niet te hoeven laten verstarren.

8.3 Publieke acceptatie van rechtspraak

Naast het algemene vertrouwen in de rechterlijke macht kunnen we ook nog kijken naar de publieke acceptatie van rechtspraak in specifieke gevallen, hoewel daarover in de rechtspraak zelf niet gerept wordt door de rechter. De eerste vraag is dan: hoe meet men de publieke acceptatie van specifieke uitspraken?

Uit de psychologische en juridisch-empirische literatuur blijkt dat verschillende mechanismen bepalend zijn voor de mate van publieke acceptatie van rechtspraak. De meest relevante inzichten die uit deze literatuur voortvloeien, zijn dat burgers (dat wil zeggen zij die geen procespartij zijn) geneigd zijn rechterlijke uitspraken als legitiem te beschouwen indien, ten eerste, daarbij uitdrukking wordt gegeven aan waarden van procedurele rechtvaardigheid.²²¹ Ten tweede is van belang of de uitkomst overeenstemt met de morele opvatting van burgers.²²² Anders gezegd: de mate van ‘waardeafstemming’ (in het Engels: *value alignment*) is van belang. De mate waarin de uitkomst overeenstemt met de morele overtuigingen van burgers over de juiste aanpak van het achterliggende probleem, beïnvloedt sterk

219. Uiteraard is onze keuze hier omgeven met veel onzekerheid. We weten bijv. niet wat er gebeurd zou zijn als er expliciet naar een uitspraak zoals die in *Urgenda* zou zijn gevraagd. Wellicht dat het uitgesproken vertrouwen dan wat lager (of hoger) zou zijn uitgevallen. Met andere woorden: denken geïnterviewden bij een algemene vraag wel aan dit soort zaken?

220. Uit de cijfers blijkt dat 62% van de Nederlanders, aldus het CBS, vindt dat klimaatverandering op dit moment een groot probleem is. 76% denkt dat de klimaatverandering in de toekomst een groot probleem zal zijn. Zie R. Kloosterman, M. Akkermans, C. Reep, M. Wingen, H. Molnár-in 't Veld & J. van Beuningen, ‘Klimaatverandering en energietransitie: opvattingen en gedrag van Nederlanders in 2020. 2. Opvattingen over klimaatverandering’, cbs.nl 4 juni 2021.

221. Zie hierover J. Sunshine & T.R. Tyler, ‘The role of procedural justice and legitimacy in shaping public support for policing’, (37) *Law & Society Review* 2003, afl. 3, p. 513-548.

222. J. Jackson, B. Bradford, M. Hough, A. Myhill, P. Quinton & T.R. Tyler, ‘Why do people comply with the law?’, (52) *The British Journal of Criminology* 2012, afl. 6, p. 1051-1071.

het niveau van de (gepercipieerde) legitimiteit van die uitkomst.²²³ Met name wanneer iemand *sterke* morele overtuigingen heeft over wat de juiste uitkomst is, is die persoon sneller geneigd alternatieve uitkomsten als niet-legitiem af te doen.²²⁴ Deze waardeafstemming lijkt ook een grotere invloed te hebben op de acceptatie van een uitspraak door niet-procespartijen dan het gegeven dat waarden van procedurele rechtvaardigheid worden uitgedrukt.²²⁵

Bij wijze van voorbeeld: volgens het CBS vindt 62% van de Nederlanders klimaatverandering op dit moment een groot probleem. 76% denkt dat de klimaatverandering in de toekomst een groot probleem zal zijn. Ongeveer vier op de tien Nederlanders vinden dat het klimaatbeleid van de overheid niet ver genoeg gaat, maar 25% vindt van wel.²²⁶ Als je deze cijfers ziet, rijst de vraag wat de acceptatie van de civiele rechter meer zou ondermijnen: een conservatieve of een progressievere koers? De vraag is retorisch, zo begrijpt u.²²⁷

Ten derde is de mate van institutionele loyaliteit van belang.²²⁸ Uitgaande van institutionele loyaliteit wordt de acceptatie van rechtspraak bepaald door de mate waarin iemand 'loyaal' is (steun geeft) aan de civiele rechtspraak als instituut. Institutionele loyaliteit, die van oudsher relatief hoog is in Nederland,²²⁹ is veerkrachtig en wordt niet direct aangetast door één enkele ongewenste uitspraak.²³⁰ De relevante vraag hier is of en wanneer

223. M.C. Suchman, 'Managing legitimacy: strategic and institutional approaches', (20) *The Academy of Management Review* 1995, afl. 3, p. 571-610; L.J. Skitka, 'Do the Means Always Justify the Ends, or Do the Ends Sometimes Justify the Means? A Value Protection Model of Justice Reasoning', *Personality and Social Psychology Bulletin* (28) 2002, afl. 5, p. 588-597; L.J. Skitka & E. Mullen, 'Understanding Judgments of Fairness in a Real-World Political Context: A Test of the Value Protection Model of Justice Reasoning', (28) *Personality and Social Psychology Bulletin* 2002, afl. 10, p. 1419-1429; N.T. Feather & R.J. Boeckmann, 'Perceived Legitimacy of Judicial Authorities in Relation to Degree of Value Discrepancy with Public Citizens', (26) *Social Justice Research* 2013, afl. 2, p. 193-217; Jackson e.a. 2012.
224. Skitka 2002, Skitka & Mullen 2002.
225. L.J. Skitka & E. Mullen, 'Moral Convictions Often Override Concerns About Procedural Fairness: A Reply to Napier and Tyler', (21) *Social Justice Research* 2008, afl. 4, p. 529-546.
226. Zie R. Kloosterman, M. Akkermans, C. Reep, M. Wingen, H. Molnár-in 't Veld & J. van Beuningen, 'Klimaatverandering en energietransitie: opvattingen en gedrag van Nederlanders in 2020. 2. Opvattingen over klimaatverandering', cbs.nl 4 juni 2021.
227. Wij vermoeden dat een aanzienlijke groep van de personen die geen rol voor de civiele rechter bij 'klimaatbeleid' zien weggelegd, eigenlijk ook ingrijpen van de wetgever in klimaatbeleid zou afwijzen.
228. Zie daarover bijv. E.R. de Jong, N. Strohmaier, W.H. van Boom & I. Giesen, 'Rechterlijke motiveringsstijlen en maatschappelijke acceptatie van uitspraken', *NTBR* 2020/42, in de context van mogelijke rechterlijke motiveringsstijlen.
229. Zie tabel 1 hiervoor voor cijfers.
230. J.L. Gibson, G.A. Caldeira & L.K. Spence, 'Why Do People Accept Public Policies They Oppose? Testing Legitimacy Theory with a Survey-Based Experiment', (58) *Political Research Quarterly* 2005, afl. 2, p. 187-201; zie hierover ook D. Farganis, 'Do Reasons Matter? The Impact of Opinion Content on Supreme Court Legitimacy', (65) *Political Research Quarterly* 2012, afl. 1, p. 206-216.

burgers die het niet eens zijn met de uitkomst in een specifieke procedure, die uitkomst tóch als legitiem beschouwen. Of de tegenovergestelde vraag: in hoeverre ondermijnt rechtspraak in politiek en maatschappelijk beladen kwesties, de institutionele loyaliteit die de civiele rechter geniet? Het antwoord is van belang omdat een gebrek aan waardeafstemming uiteindelijk óók de mate van institutionele loyaliteit kan ondermijnen.²³¹ Anders gezegd: als de civiele rechter te veel uitspraken zou doen die de burger op morele en normatieve gronden niet bevallen, dan ondermijnt dat uiteindelijk het vertrouwen van die burger in het civiele rechtssysteem. In onze termen: als de rechter te (veel/vaak) elastisch gaat opereren, kan hem dat gaan opbreken, in die zin dat zijn ‘dwarse’ uitspraken dan zijn legitimiteit gaan ondermijnen, met eventueel zelfs maatschappelijke ongehoorzaamheid (het niet opvolgen van die uitspraken) tot gevolg. Zo is dus ook de publieke acceptatie van rechtspraak van invloed op de mate van sturing die een rechter wil en kan benutten.

8.4 Heeft de civiele rechter invloed op acceptatie?

Het voorgaande roept de vraag op of en zo ja hoe de rechter zich (in zijn rechtspraak) rekenschap moet geven van de mogelijke acceptatie (of een gebrek daaraan) van zijn rechtspraak door het bredere publiek. Vooropgesteld: uit het beperkte onderzoek dat er is gedaan valt te destilleren dat de Hoge Raad redelijk goed lijkt aan te sluiten bij wat in de maatschappij als redelijke uitkomst wordt gezien, uiteraard voor zover er een eenduidige maatschappelijke opvatting is vast te stellen.²³² Dat suggereert dat het wel goed zit met de waardeafstemming. We plaatsen bij deze opmerking ook meteen een stevige winstwaarschuwing: onderzoek naar waardeafstemming tussen de civiele rechtspraak en de Nederlandse burgers is niet beschikbaar. We spreken daarom de hoop uit dat nader onderzoek meer en betere inzichten hierover kan verschaffen. Ook wijzen we er in dit verband nog op dat, zoals besproken in paragraaf 5.5, de civiele rechtspraak nadrukkelijker de connectie met de maatschappij zoekt.

Op de achtergrond speelt natuurlijk de fundamentele vraag of, en in welke mate, de civiele rechter de maatschappelijke opvatting, wederom voor zover die valt vast te stellen, in ogenschouw moet nemen bij zijn inhoudelijke oordeelsvorming. Los van het feit dat de wet soms vereist dat de rechter aansluiting zoekt bij de maatschappelijke opvatting, bestaan er verschillende redenen om dit zo veel mogelijk te vermijden. Zeker in die gevallen waarin de rechter zich niet conformeert aan de maatschappelijke opvatting of er geen eenduidige en expliciete empirische gegevens over de

231. Gibson, Caldeira & Spence 2005; Farganis 2012.

232. Zie bijv. de diverse bijdragen aan de Ucall-bundel: E.R. de Jong, L. Dalhuisen, T. Bouwman & I. Giesen (red.), *Opvattingen onderzoeken*, Den Haag: Boom juridisch 2021, met verdere verwijzingen naar ander relevant onderzoek.

maatschappelijke opvatting voorhanden zijn, is het wat ons betreft beter dat hij duidelijk maakt dat hij, zonder terug te vallen op een maatschappelijke opvatting, een eigen juridische en normatieve (*rechtspolitieke*) keuze maakt.²³³

Een andere vraag is of de rechter in zijn motivering expliciet moet ingaan op enkele niet-juridische aspecten van de zaak die (mogelijkerwijs) wel van belang zijn voor de mate van publieke acceptatie. In (delen van) de rechtspraak en rechtswetenschap leeft bijvoorbeeld de gedachte dat discursieve motivering²³⁴ de acceptatie van rechterlijke uitspraken in de maatschappij, dat wil zeggen de acceptatie van uitspraken door niet-procespartijen, ten goede komt. Dat zou met name het geval zijn in gevallen waarin moeilijke en (juridisch en maatschappelijk) complexe vraagstukken voorliggen. Behalve dat de kwaliteit van het recht erdoor verbeterd zou worden, is de gedachte dat een dergelijke discursieve motivering de acceptatie van rechterlijke uitspraken in de maatschappij ten goede komt.²³⁵ Empirisch onderzoek wijst echter uit dat de gehanteerde motiveringsstijl géén invloed heeft op de acceptatie van rechtspraak.²³⁶ Men moet de betekenis van de motivering voor de elasticiteit van de civiele rechter in maatschappelijk gevoelige en complexe zaken dus niet overschatten. Anders gezegd: de gebruikte motiveringsstijl is géén elasticiteitsgraadmeter waar het gaat om de publieke acceptatie van rechtspraak.

233. Zie T. Bouwman e.a., 'Opvattingen onderzoeken: slotbeschouwing', in: E.R. de Jong, L. Dalhuisen, T. Bouwman & I. Giesen (red.), *Opvattingen onderzoeken*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 193-194.

234. Zo'n discursieve motiveringsstijl komt erop neer dat de civiele rechter, naast de gangbare overwegingen die hij kan hanteren bij rechtsvinding en -vorming (denk aan verwijzing naar wetgeving, wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur, wetshistorische, systematische en teleologische overwegingen, interne en externe rechtsvergelijking, anticipatie op nieuw recht, enz. tevens de ideologische, praktische en policyoverwegingen die ten grondslag liggen aan zijn beslissing, expliciteert en zowel de argumenten voor als tegen de gekozen oplossing benoemt. Zie J.B.M. Vranken, *Mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1995, nr. 3 & nr. 116 e.v.; Giesen 2020, nrs. 23-40. Zie J.B.M. Vranken, 'Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand', *NJB* 2009/806. Zie, met verdere verwijzingen en discussie, De Jong & Van der Linden 2017, p. 13.

235. Hartlief 2015, p. 924. Zie eveneens Giesen 2020, nr. 47; Vranken 2009. Zie ook Buruma, die een andere mening is toegedaan en stelt dat uitgebreide motiveringen het gezag van de Hoge Raad kunnen ondermijnen en daardoor niet altijd wenselijk zijn: Y. Buruma, 'Zuinig motiveren, maar wel uitleggen', *AA* 2015, afl. 2, p. 150-158. Zie verder T. Beumers, P. Broere & C. de Kluiver, 'Mag het een overweginkje meer zijn? De rechtsvormende taak van de Hoge Raad en de motivering van zijn arresten en conclusies: een verslag van het symposium', *AA* 2016, p. 678-680.

236. De Jong e.a. 2020.

9 De spankracht van de civiele rechter: *what's next?*

9.1 Inleiding

Hiervoor stelden wij onszelf ten doel een aantal mogelijke factoren te bespreken die van invloed zijn of zouden kunnen zijn op de spankracht (de mate van elasticiteit) van de civiele rechter. Wij hoopten dat zo'n overzicht ook wat meer inzicht zou geven in de materie, misschien zelfs wel tot enige categorisering zou kunnen leiden. Of het eerste is gelukt moeten we aan de lezer laten. Ten aanzien van dat laatste (die beoogde categorisering) schatten we onze mate van succes zelf niet al te hoog in. De vraag hoeveel spankracht de civiele rechter kan en wil tonen en gebruiken, is van veel, waarschijnlijk te veel, variabelen afhankelijk om deze in de nette vakjes van een mooi tabelletje te kunnen stoppen. We hebben een aantal daarvan blootgelegd maar anderen bedenken ongetwijfeld weer andere factoren die ook meespelen. Wél konden wij door deze werkwijze iets laten zien van hoe de spankracht van de civiele rechter de afgelopen tijd is ingezet en benut, en welke omstandigheden daaraan in uitbreidende of inperkende zin hebben bijgedragen.

Daarmee is tevens, en dat is in elk geval winst, ook iets meer zicht verkregen op de vraag of en wanneer er een (groter of kleiner) risico bestaat dat het lijntje op enig moment breekt. Of anders gezegd: dat de rechter te ver gaat en dusdoende door een (onder)grens lijkt te zakken. Want (onder)grenzen zijn er wel degelijk, zo lieten wij ook zien. Die komen bijvoorbeeld in zicht wanneer er sprake is van een onaanvaardbaar gevaar van uitholling van bestaande civielrechtelijke leerstukken. Andere indicatoren, benoemd in het voorgaande, kunnen worden gevonden in de mate van acceptatie van rechtspraak en de achterliggende doelen die men beoogt te bereiken, maar ook in het streven naar waarheidsvinding, de geschiloverstijgende taakopvatting ('casusdominantie') en de moeilijkheid om de consequenties van een rechtsontwikkeling goed te kunnen voorzien en het verbod op rechtswegering. Tevens constateerden wij dat de impact of maatschappelijke effectiviteit van rechtspraak beter niet kan meedoen in dit spel, althans niet voor zover het een opdracht aan de rechter betreft om tot maatschappelijk effectieve rechtspraak te komen; ook dat is een idee dat bijdraagt aan de mate van inzicht die we hebben in het fenomeen van de spankracht van de rechter.

De grote vervolgvraag is nu: wat kan en/of moet de civiele rechter hier nu mee? Leiden deze bevindingen tot de algemenere vaststelling dat de Nederlandse civiele rechter opteert voor een terughoudende, niet-elastische opstelling of juist tot het tegenovergestelde? Bovendien: wanneer is elasticiteit dan juist wel of niet nuttig of nodig? We hebben gezien dat enkele identificeerbare indicatoren een rol spelen bij de vraag naar de mate van elasticiteit die geoorloofd lijkt te zijn op enig moment en die de rechter dan ook

aandurft op dat moment. ‘Zijn daarin wat meer algemene lijnen te trekken?’, luidt de slotvraag (aan onszelf) dus nu. We gaven eerder al aan dat de gezamenlijke uitwerking van deze graadmeters in een *specifieke casus* aangeeft of, en zo ja waarom, in die *specifieke casus* de spankracht van de civiele rechter te ver dreigt te worden opgerekt. Desalniettemin distilleren we, met deze belangrijke kanttekening in het achterhoofd, hieronder enkele algemenere lijnen.

9.2 Scenario’s

Kijken we naar de opties voor algemenere lijnen, dan zijn de drie meest voor de hand liggende scenario’s deze dat de rechter zich ofwel (1) vooruitstrevend²³⁷ ofwel (2) terughoudend ofwel (3) flexibel (dat wil zeggen voortdurend wisselen tussen pas op de plaats maken of richtinggevend zijn) opstelt. Hoe zien we deze scenario’s terugkomen?

Wij zien in elk geval de nodige indicaties dat de civiele rechter zijn rechtsbeschermende taak zonder aarzeling en volledig uitoefent, ook als dat nadere rechtsontwikkeling vergt.²³⁸ Een implicatie daarvan is dan veelal ook dat hij een sturende en (vaak: corrigerende) rol oppakt. Het minste wat men daarover kan zeggen is althans dat de rechter daarvoor, in onze ogen veelal terecht, niet terugdeinst als hij het nodig acht om die rol met het oog op de gevraagde rechtsbescherming te bieden – ook niet als die roluitoefening (verstreckende) maatschappelijke en politieke implicaties heeft. *Urgenda* is voor velen ongetwijfeld het leidende voorbeeld. Maar er zijn ook subtielere aanwijzingen dat de rechter niet terugdeinst voor het nemen van deze rol. Denk aan de al besproken hints over de mogelijke uitwerking van het civiele recht in toekomstige zaken in de zaak van de terugkerende IS-moeders en in de zaak van de levenslange gevangenisstraffen. Op de achtergrond speelt hierbij altijd wel het risico dat de wal op den duur het schip keert: na verloop van tijd kunnen met een al te elastische houding de grenzen van het civiele recht in zicht komen, hetgeen weer nieuwe vragen oproept over de te varen koers. Stelt de rechter zich elastisch op en gaat hij verder op het ingezette pad van de rechtsontwikkeling of ziet hij zich, bijvoorbeeld omdat een ongewenste uitdijning van het recht dreigt of de consistentie en dogmatiek van het recht onder druk komt te staan, genooddaakt om terughoudendheid te betrachten en wellicht zelfs een grens te trekken? De vraag is bijvoorbeeld in welke mate de rechtsontwikkeling die is ingezet in het kader van het Groningse gaswinningsdossier, wordt doorgetrokken naar andere, soortgelijke, situaties.

237. We spreken liever niet over ‘activistisch’ of ‘rechterlijk activisme’, vgl. Brenninkmeijer 1992, p. 684-687.

238. Polak 2022, p. 2062. Dat moet ook, aldus Bakels 2022, p. 1462.

Denk ook aan de vraag hoe de rechtsontwikkeling in het kader van de klimaatprocedures verder zal verlopen (en de betekenis van *Urgenda* in dat verband).

Tegelijkertijd willen we waarschuwen voor een zekere *availability bias*. Wat wij waarnemen, wat we tegenkomen en onthouden, zijn juist die (wellicht uitzonderlijke) gevallen die eruit springen; het zijn de gevallen waarin er iets gebeurt. De vele honderden, andere ‘niets aan de hand’-zaken, zeker in vergelijking met die spectaculaire zaken, vallen niet zo snel op. Die *run of the mill*-zaken zijn wel veruit in de meerderheid van het type zaken dat bij de civiele rechter belandt.²³⁹ Dat is al helemaal het geval als we breder kijken dan alleen naar de elasticiteit van de Hoge Raad als de hoogste civiele rechter. Aan de andere kant: wat in het kader van de thematiek van dit preadvies telt, is welke stappen de rechter zet in zaken die ‘ertoe doen’. Anders gezegd: van belang is wat de rechter doet in (maatschappelijk en politiek beladen en/of complexe) zaken waarin hij wordt gevraagd het recht nader te ontwikkelen om rechtsbescherming te (kunnen) bieden. Onze inschatting is, zoals al aangegeven, daarbij dat in maatschappelijk complexe en beladen zaken de civiele rechter over het algemeen, en uitzonderingen daargelaten, niet bang is, en er dus niet voor terugdeinst, om die extra stap te zetten wanneer dat vanuit het oogpunt van rechtsbescherming nodig is.²⁴⁰

9.3 De maatschappij is onvermijdelijk ... there's nowhere to hide....

Daar komt bij dat de civiele rechter door de burger tegenwoordig wordt ingezet en benut als maatschappelijk probleemoplosser. Dat betekent dat de rechter, of hij dat nu wil of niet, zal worden geconfronteerd met (vaak complexe) maatschappelijke thema's. Ook betekent dit dat hij vaker genoodzaakt zal zijn om rechtsbeschermend op te treden en, in voorkomende gevallen, het recht daartoe zal gaan ontwikkelen.

Deze ontwikkeling is van niet te onderschatten belang omdat de rechter daarmee dus regelmatig voor het blok wordt gezet: voor welk scenario opteer ik in deze zaak? Terughoudend of vooruitstrevend? En bouw ik daarmee dan aan een lijn, een rode draad, die consequenties heeft voor andere, nu nog niet te voorziene, maatschappelijk beladen en complexe kwesties? Daarbij mag die rechter (en degenen die zijn rechtspraak kritisch beschouwen) niet vergeten dat er geen ontsnappen is omdat niet kiezen

239. Zo ook Bakels 2021, p. 56 en Polak 2022, p. 2060, die op p. 2062 aangeeft dat dit type spannende uitspraken ook niet te vaak zou moeten voorkomen.

240. R. van Gestel & M. Loth, ‘De legitimiteit van rechterlijke rechtsvorming’, in: R. Jansen e.a. (red.), *Trouble in de trias*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 293, menen overigens dat de rechter niet meer dan voorheen staat te trappelen om rechtsvormend op te treden. Dat roept dan wel de vraag op of in het verleden dan ruimhartig of beperkt rechtsvormend werd gewerkt.

ook een keuze is. Als de Hoge Raad in *Urgenda* rechtsbescherming biedt omdat hij (naar eigen zeggen) het recht vindt en toepast, ‘*clean and simple*’ (en voorzienbaar dus),²⁴¹ dan is daarmee de ‘elasticiteitsvraag’ nog niet van tafel. Ook dan heeft hij uiteindelijk namelijk wel een keuze gemaakt en bepaald hoe hij zich verhoudt tot het voorliggende complexe maatschappelijke vraagstuk. In dit geval was het de keuze om vooruitstrevend te zijn, om bescherming tegen falend overheidsbeleid in de context van klimaatverandering te prioriteren boven bijvoorbeeld een striktere vorm van machtscheiding, een andere duiding van de reikwijdte van zijn rechtsvormende taak, of een strakkere leer inzake het (ooit meer strikt gehanteerde verbod op het uitvaardigen van een) wetgevingsbevel. We zien dat ook in de reacties op en de *spin-off* effecten van *Urgenda*: voor een gevalletje ‘rechtsbescherming bieden in het voorliggende geval’ heeft de *Urgenda*-uitspraak wel erg veel aandacht gekregen. Maar *Urgenda* draait niet louter om het bieden van rechtsbescherming in dat specifieke geval. Die zaak en de nasleep ervan hebben laten zien dát het civiele recht mogelijkheden biedt om complexe maatschappelijke problemen te adresseren, en dat heeft weer anderen, ook buiten de Nederlandse landsgrenzen, geïnspireerd om zich te wenden tot civiele rechters.

Een aanwijzing voor een zekere hang naar vooruitstrevend (elastischer) willen zijn, zien wij bovendien in de neiging van de rechter om ‘casusdominant’ te werken. Dat wil zeggen dat het specifieke geschil dat is voorgelegd weliswaar bepalend (‘dominant’) is, maar niet (zoals vroeger wel) allesbepalend en dus ook alles beperkend. De overwegingen en reikwijdte van een uitspraak ontstijgen vaak de voorliggende individuele casus. We hebben er hiervoor al op gewezen en noemen nogmaals de hints die de rechter heeft rondgestrooid. Maar ook valt te wijzen op de verschillende macroargumenten die aan de orde zijn geweest in de rechtspraak. Tevens wijzen we hier nog op het feit dat de rechterlijke macht steeds meer toenadering zoekt tot de maatschappij (via twitter, tv, publiekssamenvattingen, vertalingen, enz.). Die toenadering is nodig om de uitkomsten in concrete zaken, zeker die met aanzienlijke maatschappelijke impact, voor het voetlicht te brengen. Maar het illustreert (wellicht) ook een hang naar casusoverstijgend handelen. Proactieve communicatie naar de maatschappij lijkt namelijk minder geïndiceerd als een rechter enkel van geval tot geval rechtsbescherming biedt door het bestaande recht toe te passen (want, wat is daarvan in het algemeen de nieuwswaarde?). Op de achtergrond is deze proactieve communicatiestrategie dus ook een middel om de institutionele rol van de civiele rechter, de gedachten daarachter en de grenzen daaraan, voor het bredere publiek en de politiek te duiden. Dat kan leiden tot een

241. In die zin bijv. Polak 2022, p. 257, voor de zaken omtrent stikstof en box 3-belastingheffing.

beter begrip vanuit de maatschappij voor de manier waarop de civiele rechter invulling geeft aan die institutionele rol en de (inhoudelijk) koers die hij daarbij vaart. Dat verbeterde begrip kan vervolgens weer de maatschappelijke acceptatie vergroten, zo lijkt de gedachte hierachter.²⁴²

9.4 Op zoek naar een balans²⁴³

Een algemene lijn lijkt dus te zijn, zeggen we nog steeds voorzichtig, dat de Hoge Raad qua scenario's niet terughoudend, maar ten minste flexibel en misschien zelfs wel vooruitstrevend lijkt te opereren. Dat kan betekenen dat qua spankracht de rek er soms uit zou kunnen raken. Ofwel: is het juiste midden hier nog voldoende in beeld?

Als het gaat om de vraag naar die juiste balans is onze voorlopige hypothese dus dat het best goed gaat. De grenzen zijn niet (voortdurend) in zicht, maar de rechter is wel flexibel genoeg. Hij beweegt mee en is niet te star. Zo laat hij soms de teugels van het materiële recht wat vieren om rechtsbescherming te bieden, zoals het geval is bij de leer van de formele rechtskracht in de uitspraak over gaswinning. Het lijkt erop dat de notie dat de rechter er primair (en wellicht zelfs uitsluitend) is om rechtsbescherming te bieden, goed geïnternaliseerd is en die opdracht dus ook ter harte wordt genomen. Hierbij roepen we wel (wederom) in herinnering dat het in zijn algemeenheid lastig te bepalen is wat de juiste balans dan is: een vaste streefwaarde kan daarvoor immers moeilijk worden bepaald.

Maar er liggen ook gevaren op de loer. Omdat de rechtsbescherming niet in het gedrang lijkt te komen betreft dit vooral het gevaar dat de rechter 'vervreemdt' van de politiek en maatschappij door – in de *perceptie* van die maatschappij en politiek – zelf te politiek te worden. Dat geeft dan aanleiding tot het verwijt dat de rechter steeds weer het systeem (de trias, of wat daarvan over is²⁴⁴) weet te doorbreken, onbegrensd zijn eigen competentie oprekt,²⁴⁵ waardoor een tegenreactie wordt uitgelokt die dan als doel zal hebben om de spankracht ter discussie te stellen of zelfs (wettelijk) in te perken. Dat gevaar ligt in het bijzonder op de loer in die procedures waarin overheidshandelen ter beoordeling voorligt.

Voor dit specifieke gevaar is het wellicht handig om, zoals lijkt te gaan gebeuren, de vlucht naar voren te nemen, door de spankracht van de rechter in eerste instantie juist nader te omlijsten (wellicht: vergroten) door

242. Vooralsnog lijken er overigens geen indicaties te bestaan dat de maatschappelijke acceptatie van rechtspraak onder druk staat als gevolg van rechterlijke uitspraken in politiek en maatschappelijk impactvolle zaken, maar dat kan uiteraard in de toekomst veranderen.

243. Over de noodzaak daarvan, zie ook Bakels 2022, p. 1460.

244. Vgl. Van Gestel 2021, p. 100-102. Zie ook de bijdragen in R. Jansen e.a. (red.), *Trouble in de trias*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021.

245. Boogaard & Schutgens 2021, p. 299, wijzen met klem op dit gevaar.

constitutionele toetsing door de rechter mogelijk te maken. De ideeën daaromtrent liggen op tafel en kunnen dus betrekkelijk spoedig verwezenlijkt worden. In welke mate deze ontwikkeling ook een verschil uitmaakt voor de juridisch-inhoudelijke koers in specifieke (kruispunt)casus, moet de toekomst uitwijzen. Tijdens deze vlucht naar voren kan in ieder geval helder worden gemaakt wat, mede in de ogen van de politiek, de taak van de civiele rechter, in het bijzonder wanneer hij overheidshandelen beoordeelt, wel en niet omvat. Dat inzicht kan een belangrijke toevoeging zijn aan het (publieke) debat over de rol van de civiele rechter. Tevens wordt dan duidelijk dat het bieden van rechtsbescherming thuishoort bij de civiele rechter, ook indien het kwesies betreft waarin (op de voor- of achtergrond) ‘politiek beladen’ vragen spelen. Dat alles creëert rustiger vaarwater, verwachten wij, en daarmee een betere balans voor de civiele rechtspraak in woelige tijden en zaken, zodat het gevreesde *onbegrensd* oprekken van de eigen bevoegdheid niet aan de orde is.

9.5 En de rechtspraak?

Wij realiseren ons dat de voorgaande beschouwingen soms best wel ‘hoog over’ zijn: ze getuigen in elk geval gedeeltelijk van een zekere mate van abstractie. De vraag ‘en wat kan ik in de rechtspraak, als rechter of advocaat, hier nu mee?’, ligt dan al snel op de loer. ‘Misschien’, zo luidt ons antwoord, ‘wel niet zo heel veel’. Behalve als je als rechter of advocaat een zaak op je bord krijgt waarin en waarmee een maatschappelijk urgente en lastig te beteugelen kwestie aan de kaak wordt gesteld. Denk aan de problematiek van de falende jeugdzorg en de boze boeren in het stikstofdossier om slechts twee recente (mogelijk civielrechtelijke) onderwerpen te benoemen. In dat type zaken, waarin het noodzakelijk is dat verder wordt gekeken dan het voorliggende juridische geschil, zal de praktijk dan zijn weg moeten vinden en wellicht ook moeten nadenken over de vraag welke ruimte (spankracht) er eventueel is om het recht te (her)vormen, gegeven het procesrechtelijke kader, het materieelrechtelijke kader, de taakopvatting van de rechter, de achterliggende doelen van het civiele recht, en het vertrouwen in en de acceptatie van rechtspraak door de burger. Als die elasticiteitsgraadmeters of indicatoren op groen staan, dan is er die ruimte – en uit het voorgaande is ook wel gebleken dat enige voorzichtige vooruitstrevendheid niet snel verkeerd is – maar dat zal niet steeds het geval zijn. Let wel: we bieden dus geen hapklare brokken (welke preadviseur doet dat ooit?). We bieden geen afgebakend algemeen leidend beginsel dat alle antwoorden omvat. We bieden een waaier aan gezichtspunten, geheel overigens in lijn met de privaatrechtelijke traditie in zowel rechtspraak als rechtswetenschap van de laatste, pakweg, 75 jaar.

Afhandeling van schade via schaderegelingen

Over de verhouding van het groeiend aantal (quasi)publiekrechtelijke schaderegelingen tot het traditionele domein van het (overheids)-aansprakelijkheidsrecht

Prof. mr. R.J.B. Schutgens^{*}

Inhoud

Inleiding / 79
1 Nadeelcompensatieregelingen / 83
2 Solidariteitsregelingen / 86
2.1 Varianten van solidariteitsregelingen / 87
2.2 Verhouding tot het domein van het burgerlijk recht en de burgerlijke rechter / 92
3 Tegemoetkomingsregelingen voor (meer of minder recent) historisch onrecht / 100
3.1 Enkele varianten van tegemoetkomingsregelingen voor historisch onrecht / 101
3.2 Verhouding tot het domein van het burgerlijk recht en de burgerlijke rechter / 108
4 Aansprakelijkheidsregelingen / 112
4.1 Varianten van aansprakelijkheidsregelingen / 113
4.2 Verhouding tot het domein van het burgerlijk recht en de burgerlijke rechter / 119
Slotbeschouwing: schaderegelingen en de spankracht van de burgerlijke rechter / 134
Verkort aangehaalde literatuur / 137

* Prof. mr. R.J.B. Schutgens is hoogleraar Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen en decaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Met dank aan Ton Hartlief, Emilia Steendam Visser en Nikky van Triet voor hun waardevolle commentaar.

Inleiding

Zoals in de gezamenlijke inleiding al werd uiteengezet, bevat dit tweede preadvies enige beschouwingen over de vraag hoe het onmiskenbaar geweldig aan populariteit winnende verschijnsel van schadeafwikkeling via (veelal publiekrechtelijke) bijzondere schaderegelingen zich verhoudt tot de traditionele werkzaamheid van de burgerlijke rechter in het aansprakelijkheidsrecht. De laatste jaren is hiervoor terecht al de nodige rechtswetenschappelijke belangstelling geweest. Zonder vele andere mooie bijdragen tekort te willen doen verdienen zeker vermelding Van de Bunts leerzame proefschrift over het fenomeen van *Het rampenfonds*; het boekje *Regelingen voor collectieve schade* waarin Ruppert collectieve schaderegelingen min of meer uitputtend behandelt en het NJV-preadvies van Hartlief over de rol van het privaatrecht in noodsituaties die tot massaschade leiden.¹ Deze lezenswaardige bijdragen zijn voor dit preadvies zeer behulpzaam geweest. Hoewel de genoemde auteurs verschillende aspecten van de materie veel uitvoeriger behandelen dan in het bestek van dit preadvies mogelijk was, poog ik hier toch nog iets toe te voegen door de vraag te stellen hoe schadeafwikkeling via schaderegelingen zich verhoudt tot het traditionele domein van het burgerlijk recht en de burgerlijke rechter, in het bijzonder op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht.²

Nu roept deze vraag meteen een probleem op: *de* schaderegeling bestaat niet, integendeel. Ondanks beleidsvoornemens om terughoudend te zijn met het uitvaardigen van schaderegelingen – zeker als het gaat om onverplichte tegemoetkomingen³ – is in de afgelopen jaren een bonte verzameling van zulke regelingen tot stand gebracht.⁴ Omdat schaderegelingen als zodanig niet door het recht zijn gereguleerd,⁵ beschikken overheden over een grote vrijheid om deze regelingen in te richten zoals het hun voor een concreet schadegeval goedgeeft. Zij lijken van die vrijheid met enige gretigheid gebruik te maken. Uiteenlopende keuzes worden gemaakt ten aanzien van onder andere structuur, publiek- of privaatrechtelijk rechtskarakter, rechtsvorm (algemeen verbindend voorschrift (avv), beleidsregel, ‘bekendmaking’), mate van vergoeding, de afwikkelingsprocedure en het al dan niet laten uitvoeren van de regeling door een zelfstandig fonds. Ook

1. Van de Bunt 2016; Ruppert 2021; Hartlief 2014.
2. Die focus op overheidsaansprakelijkheid wordt enigszins gerelativeerd in par. 4, waar de Tijdelijke wet Groningen aan bod komt. Vandaar de haakjes in de ondertitel.
3. *Kamerstukken II* 2005/06, 29668, nr. 11 (Kabinetsreactie op ‘Solidariteit met beleid’ (Rapport-Borghouts)).
4. Zie Ruppert 2021 voor een uitgebreide boekstaving.
5. In de literatuur zijn de nodige pleidooien te horen voor enige vorm van standaardisatie voor een wettelijke grondslag voor de schaderegeling, bijvoorbeeld via een speciale titel in de Awb. Zie bijv. Tjepkema 2014, Van de Bunt 2016, Ruppert 2021 en Van den Brink 2021. De pleidooien gaan overigens vaak over onverplichte tegemoetkomingsregelingen.

de verhouding van deze regelingen tot het al dan niet bestaan van (nog af te wikkelen) overheidsaansprakelijkheid is niet altijd helder. Wie enig zicht wil krijgen op de vraag naar de verhouding tussen schaderegelingen en civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid, ontkomt er niet aan om dit caleidoscopische geheel nader te categoriseren.⁶ In dit preadvies gebeurt dat door schaderegelingen in te delen naar hun grondslag. Die grondslag lijkt het beste aanknopingspunt voor een beschouwing over de mate waarin en de wijze waarop een schaderegeling ‘interfereert’ met civielrechtelijke (overheids)aansprakelijkheid. De beschouwingen in dit preadvies zijn overigens normatief van aard. De vraag of en wanneer gedupeerden in de praktijk daadwerkelijk voldoende tevreden zijn met een schaderegeling en de uitvoering daarvan, rechtvaardigt een empirisch(e) onderzoek(sschool) op zich. Het is belangrijke materie die echter buiten mijn expertisegebied (en de omvang van dit preadvies) valt.⁷

In deze bijdrage worden vier categorieën van schaderegelingen onderscheiden. Elk daarvan verhoudt zich volgens mij op een eigen wijze tot het traditionele werkerterrein van de burgerlijke rechter. Helemaal waterdicht is mijn indeling overigens niet. Ten eerste komt kort de nadeelcompensatieregeling aan bod (par. 1), omdat die de taak van de burgerlijke rechter als ‘restrechter’ sterk vermindert, ook al zal zich dat enigszins buiten het blikveld van veel privatisten afspelen. Deze regeling berust op de juridisch harde grondslag van het *égalité*-beginsel.⁸ Ten tweede komen tegemoetkomingregelingen aan de orde (par. 2) waarmee de overheid onverplicht uiteenlopende vormen van maatschappelijke tegenslag probeert te verzachten. Een harde juridische grondslag hebben deze regelingen niet. Zij geven geen nadere uitwerking aan een vooraf bestaande vorm van overheidsaansprakelijkheid. Deze regelingen geven vooral uitdrukking aan een streven naar maatschappelijke solidariteit. Als derde categorie volgen tegemoetkomingregelingen voor vormen van meer of minder recent historisch onrecht (par. 3). Het gaat daarbij om onrechtmatige daden waarvoor de overheid door tijdsverloop in beginsel niet meer aansprakelijk is. De (niet strikt juridische) grondslag van deze regelingen is volgens mij niet gelegen in solidariteit, maar in de maatschappelijke wens om *herstellende* rechtvaardigheid te bewerkstelligen. Daardoor kunnen deze schaderegelingen toch dicht aanliggen tegen regelingen voor de afwikkeling van volwaardige aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of een verwante civielrechtelijke grondslag. (‘Echte’) aansprakelijkheidsregelingen komen als vierde aan

6. Een mooie poging werd gedaan door Ruppert 2021. Deze auteur categoriseert de regelingen echter vooral naar maatschappelijke thematiek, niet naar hun grondslag.
7. Lezenswaardige bijdragen over de empirische problematiek zijn te vinden bij Rijnhout 2017 en ook in delen van het werk van Van de Bunt 2016 en Ruppert 2021.
8. Na inwerkingtreding van titel 4.5 Awb zullen nadeelcompensatieregelingen dat effect overigens niet meer hebben, zie par. 2.2.

bod (par. 4). Zij liggen geheel of gedeeltelijk in het traditionele domein van de burgerlijke rechter.⁹

Van elk type regeling worden steeds enkele voorbeelden besproken die volgens mij ‘exemplarisch’ zijn. De lezer kan die voorbeelden overigens relatief eenvoudig overslaan en het tweede deel van elke paragraaf lezen, dat steeds ingaat op de normatieve verhouding tussen dat type regeling en civielrechtelijke (overheids)aansprakelijkheid. In de slotbeschouwing keer ik terug naar de thematiek van de spankracht van de burgerlijke rechter. Een kleine spoiler: daar zal ik betogen dat de burgerlijke rechter zich hierover niet al te veel zorgen hoeft te maken.

Enkele in dit preadvies gebruikte begrippen behoeven nog toelichting. *Schaderegeling* wordt hier als paraplubegrip gebruikt voor iedere regeling waarin een tot wetgeving of bestuur bevoegd ambt¹⁰ aan een specifieke groep personen een financiële aanspraak toekent naar aanleiding van een bepaalde (massa)schadegebeurtenis, dan wel bij een bepaald type schadegebeurtenis.¹¹ Met de *grondslag* van schadevergoeding bedoel ik de rechtsregel die, dan wel het maatschappelijke principe dat de toekenning van de betreffende financiële aanspraak rechtvaardigt. Een *tegemoetkoming* is een financiële aanspraak die de overheid onverplicht aan het slachtoffer van een schadeveroorzakende gebeurtenis (en vanwege die gebeurtenis) toekent, dat wil zeggen zonder dat daartoe voorafgaand aan die regeling een verplichting tot schadevergoeding op de overheid rustte.¹² Voor de duidelijkheid: met het vaststellen van een schaderegeling verplicht de

9. Op een abstracter niveau is de indeling vanuit de overheid bezien als volgt: (1) rechtmatig/aansprakelijk; (2) rechtmatig/niet-aansprakelijk; (3) (waarschijnlijk) onrechtmatig/(waarschijnlijk) niet-aansprakelijk; (4) onrechtmatig/aansprakelijk. De rangschikking berust daarop dat zij volgens mij in oplopende volgorde steeds meer met ‘echte’ overheidsaansprakelijkheid interfereert.
10. Tot het bestuur behorende ambten vaardigen soms schaderegelingen uit in de vorm van beleidsregels, die niet op een bevoegdheid tot regelstelling hoeven te berusten. Bovendien kan het bestuur civielrechtelijke aansprakelijkheidsregelingen treffen (zie par. 4). Regelingen in het kader van de WAMCA blijven buiten deze bespreking omdat deze regelingen juist onder ‘toezicht’ van de burgerlijke rechter staan.
11. In wezen gaat het om ‘bijzondere’ schaderegelingen omdat zij er zijn voor een specifieke (massa)schadegebeurtenis (bijvoorbeeld het drama van Srebrenica, zie par. 4) of een specifiek type schadegeval (bijvoorbeeld de Wet schadefondsgeweldsmisdrijven, zie par. 2). De in open termen geformuleerde aansprakelijkheden in het BW (vooral art. 6:162 BW, art. 6:74 BW enz.), en in de titels 8.4 en de voorziene titel 4.5 van de Awb zijn, zo bezien, algemene schaderegelingen. Ik laat deze aanduidingen hierna korthedshalve meestal weg.
12. Dit begripsgebruik lijkt in de bestuursrechtelijke wereld inmiddels gangbaar, hoewel het hier geen wettelijk gedefinieerde term betreft. Helder besproken in Tjepkema 2014. Vanwege haar onverplichte karakter hoeft een tegemoetkoming geen volledige schadevergoeding in te houden, maar dat kán wel het geval zijn (zo hebben de gedupeerden van de kindertoeslagenaffaire recht op vergoeding van hun werkelijke schade, zie par. 4).

overheid zichzelf om de daarin toegezegde bedragen daadwerkelijk te verstrekken aan aanvragers die aan de voorwaarden van de regeling voldoen. Een daarin eventueel geregelde onverplichte tegemoetkoming blijft echter ‘onverplicht’ als de overheid voorafgaand aan de totstandkoming van de tegemoetkomingsregeling niet tot enige betaling verplicht was. Juridisch-technisch is de schaderegeling dan zélf de grondslag voor de toekenning.

1 Nadeelcompensatieregelingen

Om te beginnen verdienen nadeelcompensatieregelingen een korte bespreking. Deze regelingen hebben het werkkterrein van de burgerlijke rechter aanzienlijk verminderd. Tegelijkertijd wordt dat in literatuur en rechtspraak niet als een probleem gezien, wat terecht lijkt. Ik leg dat kort uit.

Naar huidige rechtsopvattingen hebben burgers recht op ‘nadeelcompensatie’ voor schade die zij lijden door rechtmatig overheids-handelen, voor zover die schade hen in vergelijking met anderen onevenredig zwaar treft en boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt.¹³ Het gaat hier om een afdwingbaar recht dat voortvloeit uit het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*. Dit beginsel wordt inmiddels beschouwd als algemene rechtsgrondslag voor rechtens afdwingbare aanspraken op nadeelcompensatie.¹⁴

De baanbrekende rechterlijke uitspraken waarin een voorzichtige opening werd geboden voor de ontwikkeling van een recht op nadeelcompensatie bij rechtmatige overheidsdaden, zijn interessant genoeg niet afkomstig van de bestuursrechter. Zij werden in de jaren veertig en vijftig van de twintigste eeuw gewezen door de burgerlijke rechter.¹⁵ Nog altijd biedt de burgerlijke rechter voor een nadeelcompensatieclaim aanvullende rechtsbescherming als de bestuursrechter daarvoor niet bevoegd is. Materieel is deze bevoegdheid van de civiele rechter in de loop der jaren steeds verder afgekald, mede door de totstandbrenging van nadeelcompensatieregelingen.

13. Vgl. art. 4:126 Awb (nieuw) dat het *égalité*-beginsel codificeert. Uitgebreid Tjepkema 2010.

14. Zie ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762, AB 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Van Vlodrop*). Zie ook de MvT bij de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding voor onrechtmatige besluiten, *Kamerstukken II* 2010/11, 32651, nr. 3, p. 12. De burgerlijke rechter ziet dat *égalité*-beginsel overigens (terecht) als een verschijningsvorm van het gelijkheidsbeginsel, maar verpakt het niet betalen van nadeelcompensatie als onrechtmatige daad, zie HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7902, r.o. 3.5.2 (*Staat/Harrida*).

15. HR 18 februari 1944, NJ 1944/226 (*Duinwater*); HR 19 december 1953, NJ 1953/642 (*Voorste Stroom VII*). Het *égalité*-beginsel was toen overigens nog niet in beeld.

In de afgelopen decennia zijn namelijk veelvuldig bijzondere nadeelcompensatieregelingen tot stand gebracht voor een specifiek beleidsterrein of overheidsproject. De nadeelcompensatieregeling heeft duidelijk al enige tijd de wind in de zeilen. Bekende voorbeelden zijn de Regeling nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999,¹⁶ de van 2001 tot 2011 geldende Verordening nadeelcompensatie en planschade Noord-Zuidlijn of de regeling in artikel 7.14 Waterwet. Dat het (algemene) *égalité*-beginsel inmiddels fungeert als algemene rechtsgrondslag voor nadeelcompensatieclaims doet ook niet af aan het nut van (bijzondere) nadeelcompensatieregelingen. Die laatste kunnen de rijkelijk vage *égalité*-aansprakelijkheid nader concretiseren ('onevenredig', 'normaal maatschappelijk risico'). Bij *égalité*-aansprakelijkheid ligt een dergelijke nadere uitwerking in bijzondere regelingen sterker voor de hand dan bij overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Ook de onrechtmatige daad is natuurlijk uit open begrippen opgebouwd. Anders dan bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad beschikken overheden ten aanzien van de beoordeling van hun eigen *égalité*-aansprakelijkheid echter over enige beleidsruimte.¹⁷ Concretisering van open begrippen door het bestuursorgaan zelf is dus zinvoller omdat het bij *égalité*-aansprakelijkheid niet gaat om zuivere rechtsvragen waarover de rechter het laatste woord heeft.¹⁸ Vooral de mate waarin de overheid bepaalde schade niet vergoedt omdat die tot het normaal maatschappelijk risico behoort, is tot op zekere hoogte aan haar zelf – ook al gaat het hier in beginsel om een 'rechtens verplichte' aansprakelijkheid.¹⁹ In het nadeelcompensatierecht zijn schaderegelingen (mogelijk in de vorm van beleidsregels) daarom onontbeerlijk voor een consistente compensatiepraktijk.²⁰

Alle besluiten op basis van nadeelcompensatieregelingen zijn appellabel bij de bestuursrechter.²¹ Zodra er op enig terrein een nadeelcompensatieregeling tot stand komt, wordt de rechtspraak daarover dus onttrokken

16. *Stcrt.* 1999, 172, inmiddels opgevolgd door de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Waterstaat 2019.

17. Kritisch daarover Schlössels 2012.

18. Het feit dat de invulling van de open begrippen van de onrechtmatige daad een zuivere rechtsvraag is, maakt het zelf invullen van die begrippen door het orgaan dat een 'echte' aansprakelijkheidsregeling bij onrechtmatige daad uitvoert, enigszins rechtsonzeker. Zie par. 4.

19. Vanzelfsprekend oefent de bestuursrechter daar controle over uit. Bovendien rust er op het bestuursorgaan een zwaardere motiveringsplicht naarmate het verder afwijkt van wat gangbaar is.

20. Overigens kunnen nadeelcompensatieregelingen ook de procedurele afwikkeling van de claim regelen. Ook op dat terrein is duidelijkheid natuurlijk zinvol.

21. Dat geldt ook als de nadeelcompensatieregeling een beleidsregel en geen avv is, zie reeds ABRvS 18 november 1987, AB 1987/554, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Kromhout/Rijks-waterstaat*).

aan het werkterrein van de burgerlijke rechter.²² Als (waarschijnlijk binnenkort) de al bijna tien jaar geleden gecodificeerde algemene schaderegeling voor nadeelcompensatie in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (titel 4.5) in werking treedt,²³ wordt de burgerlijke rechter als nadeelcompensatierechter nog verder gemarginaliseerd. Deze nieuwe titel regelt de mogelijkheid om ieder bestuursorgaan te verzoeken te besluiten op een aanvraag voor nadeelcompensatie voor onevenredige schade, veroorzaakt door de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak.²⁴ Daar zullen nog maar weinig nadeelcompensatieclaims buiten vallen.²⁵

De spankracht van de burgerlijke rechter heeft het nadeelcompensatierecht niet binnenboord kunnen houden. Anders dan bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad soms het geval is,²⁶ wordt dat in de literatuur echter niet als problematisch gezien. Juist bij *égalité*-aansprakelijkheid zijn er ook goede redenen om de afwikkeling daarvan te kanaliseren via het bestuursrechtelijke traject van een beschikking op aanvraag (eventueel gevolgd door bezwaar bij het bestuursorgaan zelf en beroep op de bestuursrechter). Als gezegd bestaat er voor de invulling van de criteria van het *égalité*-beginsel enige bestuurlijke discretie. Bovendien is *égalité*-aansprakelijkheid, als ik mij niet vergis, minder ‘conflictueus’ van aard dan overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De basis voor 6:162-aansprakelijkheid is een *fout* van de overheid – een fout die de overheid niet zelden ontkent en die de claimant vervolgens zal moeten bewijzen. Bij *égalité*-aansprakelijkheid betwist de claimant de juistheid van het schadeveroorzakend overheidshandelen op zichzelf niet, terwijl de overheid op haar beurt vaak

22. Om precies te zijn het volgende. Sinds ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762, AB 1997/229, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Van Vlodrop*) acht de bestuursrechter zich bevoegd voor besluiten over nadeelcompensatie voor nadeel veroorzaakt door een appellabel besluit, ook zonder achterliggende nadeelcompensatieregeling. Wie in plaats daarvan bij de burgerlijke rechter aanklopt, wordt niet-ontvankelijk verklaard, zie HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0256, NJ 2008/475, m.nt. M.R. Mok (*Asha Horeca*). Na *Van Vlodrop* tot stand gekomen nadeelcompensatieregelingen ‘onttrekken’ dus slechts rechtsmacht aan de burgerlijke rechter als zij ook nadeelcompensatie mogelijk maken voor feitelijke handelingen, beleidsregels en avv’s.
23. Het ziet ernaar uit dat dat zal gebeuren op 1 juli 2023, tegelijkertijd met de inwerking-treding van de nieuwe Omgevingswet.
24. Het betreft hier overigens een codificatie van de *égalité*-aansprakelijkheid in algemene termen. Bijzondere nadeelcompensatieregelingen kunnen daarnaast blijven bestaan voor zover zij niet met art. 4:126 Awb in strijd zijn. Om de in de hoofdstekst genoemde redenen zullen zij nuttig blijven, zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32651, nr. 3, p. 12.
25. Het gaat vooral om nadeelcompensatie voor wetten in formele zin (claims die vanwege het toetsingsverbod overigens op art. 1 EP EVRM moeten worden gebaseerd) en schadevergoeding voor rechtmatig optreden van de opsporingsautoriteiten (vgl. art. 1:6 Awb).
26. Vgl. bijvoorbeeld het klemmende pleidooi van De Bock 2019 om de aansprakelijkheid voor aardbevingschade in Groningen (berustend op art. 6:177 en 6:162 BW, zie uitgebreider hierna) niet aan de burgerlijke rechter te onttrekken.

niet betwist dat daarvoor in ieder geval een zekere tegemoetkoming op haar plaats is. Het recht op nadeelcompensatie is bovendien een vorm van overheidsaansprakelijkheid die de politiek soms een welkome gelegenheid biedt om zich ‘gul’ te betonen. Bovendien kan ruimhartige compensatie (mogelijk gebaseerd op ruimhartige nadeelcompensatieregelingen) helpen de weerstand tegen politiek noodzakelijk geachte maatregelen te verminderen.²⁷ Een dergelijke vorm van aansprakelijkheid leent zich dan ook uitstekend voor afwikkeling in een bestuursrechtelijk traject, al is het maar omdat dat vaak met minder conflict zal lukken.

2 Solidariteitsregelingen

Kwantitatief én maatschappelijk van toenemend belang zijn – wat ik hier noem – ‘solidariteitsregelingen bij pech’ of kortweg ‘solidariteitsregelingen’. Daarmee komt de overheid een groep gedupeerden tegemoet ter verzachting van door hen ondervonden tegenslag, zonder dat de overheid zich daarvoor aansprakelijk acht. Te denken valt aan tegemoetkomingen voor schade door rampen of massaschade die is veroorzaakt door een particulier die onvoldoende verhaal biedt (meer voorbeelden volgen).

Veel ‘solidariteitsregelingen bij pech’ zijn een reactie op een massaschadegebeurtenis.²⁸ Zoals Hartlief en Van de Bunt al hebben laten zien, is juist daarbij de kans groot dat slachtoffers met hun schade blijven zitten.²⁹ Dat gebeurt hetzij omdat er überhaupt geen ‘dader’ is (bij natuurrampen die niet ‘door mensenhand’ zijn veroorzaakt), hetzij omdat de dader die wél aansprakelijk is, geen verhaal biedt door de massaliteit van de claims die hem bereiken.³⁰ Pogingen om in plaats daarvan de overheid in rechte aan te spreken wegens een vorm van toezichts- of beleidsfalen stranden doorgaans. De burgerlijke rechter vaart op dat terrein een zeer terughoudende koers. Ook als de overheid niet aansprakelijk is voor een geval van massaschade, kan er echter grote maatschappelijke druk ontstaan om de slachtoffers iets te bieden. Rampen en andere massaschadegebeurtenissen genereren immers veel media-aandacht. Daardoor kunnen juist de slachtoffers van massaschade bij het publiek (overigens begrijpelijke) gevoelens van empathie losmaken. De politiek wil daaraan soms uitdrukking geven met een solidariteitsregeling.³¹

27. Vgl. over dit een en ander de slotparagraaf van Polak 2012.

28. Dat geldt niet voor alle solidariteitsregelingen. De WTS (zie hierna) is er voor individuele schadegevallen.

29. Hartlief 2014, zie vooral p. 77-81 en p. 124-129; Van de Bunt 2016, zie vooral p. 22-47.

30. Hartlief 2014, t.a.p.

31. Aan de maatschappelijke en financiële solidariteit met slachtoffers van massaschade zou ik niets willen afdoen. Wel kan de vraag gesteld worden wat nu rechtvaardigt dat de gedupeerden van onverhaalbare massaschade mogelijk eerder met regelingen tegemoetgekomen worden dan individuen die door één enkelvoudig schadegeval individueel met onverhaalbare schade blijven zitten. Waarom zou de overheid iemand wiens huis

Solidariteitsregelingen geven dus geen gevolg aan een vooraf reeds bestaande overheidsaansprakelijkheid. De rechtvaardiging voor de vermogensverschuiving die zij bewerkstelligen is niet juridisch, maar veeleer politiek-maatschappelijk van aard.³² Hoewel er aan de meeste solidariteitsregelingen een mix van redenen ten grondslag zal liggen, lijkt solidariteit (mij) daarvan toch de kern: de door een notie van maatschappelijke verbondenheid ingegeven wens om de tegenslag van een groep medeburgers door het collectief te laten dragen. Solidariteitsregelingen dienen dan ook de verdelende rechtvaardigheid. Zij bewerkstelligen dat de lasten van een minder fortuinlijke groep door sterkere schouders worden gedragen.³³ In dit opzicht verschillen solidariteitsregelingen sterk van (regelingen ter afwikkeling van) aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Daarbij gaat het immers om een wettelijke aansprakelijkheid die juist de herstellende rechtvaardigheid dient. Solidariteitsregelingen en aansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsdaad zijn dan ook goed te onderscheiden rechtsfiguren – zowel qua grondslag als in hun positiefrechtelijke uitwerking. Toch is er geen sprake van geheel gescheiden werelden. De (publiekrechtelijke) solidariteitsregeling en de (civielrechtelijke) onrechtmatige (overheids)daad kunnen elkaar wel degelijk raken of overlappen – hetgeen ook van de burgerlijke rechter (enige) spankracht kan vergen. In paragraaf 2.2 wordt dat toegelicht. Om een idee te geven van het verschijnsel als zodanig bespreek ik daarvan eerst enkele voorbeelden (2.1).

2.1 Varianten van solidariteitsregelingen

Solidariteitsregelingen vormen een bonte verzameling. Niet volledig waterdicht, maar wel inzichtelijk kunnen deze regelingen worden onderverdeeld in regelingen voor (1) schade bij mogelijk onzorgvuldig, actief overheids-optreden, (2) (natuur)rampen, (3) onverhaalbare schade veroorzaakt door derden en (4) onverplichte nadeelcompensatie.³⁴

samen met de andere huizen uit de straat wegspoelt door een massale overstroming eerder compenseren dan iemand wiens huis afbrandt door een enkele blikseminslag? Deze vraag is lastig bevredigend te beantwoorden (vergelijk Bloembergen 1973). Beide gebeurtenissen verschillen mijns inziens niet in normatieve zin, maar slechts in politiek en in praktisch opzicht. Voor herkenbare slachtoffergroepen kan politieke solidariteit worden georganiseerd. Het resultaat is echter waarschijnlijk dat de ene onverhaalbare schade de andere niet is. Geheel bevredigend is dat niet, maar het lijkt mij op zich onvoldoende reden om massaschadeslachtoffers dan ook maar niet tegemoet te komen.

32. Solidariteitsregelingen kunnen op een kaderwet zijn gebaseerd, zoals de hierna besproken Wet tegemoetkoming schade bij rampen (WTS). De WTS biedt een juridische grondslag voor bijzondere schaderegelingen.
33. Solidariteitsregelingen bij pech verschillen in dit opzicht van de onverplichte tegemoetkomingen wegens historisch onrecht die volgens mij niet de verdelende, maar de herstellende rechtvaardigheid dienen. Zie de volgende paragraaf.
34. Deze indeling van onverplichte solidariteitsregelingen sluit grotendeels aan bij die in het mooie artikel van Tjepkema 2014.

1. Schade door mogelijke onzorgvuldigheid bij actief overheidsoptreden

Naar aanleiding of als gevolg van actief overheidsoptreden kan zich schade voordoen waarvoor de overheid haar aansprakelijkheid ontkent of voorlopig in het midden houdt. De overheid kan dan heel goed *for the time being* een solidariteitsregeling treffen.

Illustratief is de nog altijd niet volledig afgewikkelde chroom-6-kwestie.³⁵ Kort gezegd werden medewerkers van Defensie bij de onderhoudswerkzaamheden die zij op verschillende militaire opslagplaatsen verrichtten aan legermaterieel in de jaren 1984 tot 2006 blootgesteld aan het giftige chroom-6. Deze stof zat in roestwerende verf waarmee het legermaterieel werd of was behandeld.³⁶ Vanaf 2013 bereikte de staat een opvallend aantal meldingen dat oud-medewerkers leden aan ernstige ziekten (waaronder vormen van kanker) die mogelijk samenhangen met blootstelling aan chroom-6. Na publiciteit over deze kwestie in 2014 meldden zich nog talloze ongeruste (oud-)defensiemedewerkers van wie er sommigen al klachten hadden. De staat heeft daarop het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) opdracht gegeven om onderzoek te doen naar de blootstelling van deze medewerkers aan chroom-6 en de mogelijke gevolgen van die blootstelling voor de gezondheid.

Al snel rijst het beeld dat de betrokken medewerkers mogelijk onvoldoende beschermd zijn bij het werken met deze gevaarlijke stof. Daarom brengt Defensie nog voor het gereedkomen van het RIVM-onderzoek een ‘Coulanceregeling’ tot stand.³⁷ Betrokkenen krijgen financiële hulp in afwachting van het RIVM-onderzoek en eventueel nog volgende beslissingen over aansprakelijkheid van de staat. De staat komt met zijn regeling vanwege ‘een voorstelbare relatie tussen de werkzaamheden met chroom VI houdende stoffen die zijn verricht binnen defensie, en de aandoening waaraan de werknemer of gewezen werknemer op dit moment lijdt’.³⁸ Betrokkenen krijgen via een beschikking op aanvraag een tegemoetkoming,³⁹ indien zij een van een reeks relevante functies hebben vervuld, met chroom-6 hou-

35. Zie uitgebreider Ruppert 2021, p. 54-56, Barentsen & Van de Bunt 2016, het overzicht in de conclusie van A-G De Bock van 21 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:494 en de Toelichting op de in de volgende noot genoemde regeling, *Stcrt.* 2015, 6329. Opgemerkt zij dat het hier strikt genomen niet ging om een vorm van (mogelijke) overheidsaansprakelijkheid jegens derden ingevolge art. 6:162 BW, maar op basis van art. 7:658 BW om (mogelijke) aansprakelijkheid omdat de staat de eigen medewerkers onvoldoende heeft beschermd bij het uitvoeren van werkzaamheden in opdracht van Defensie.

36. Ook deelnemers aan een werkervaringsproject van de gemeente Tilburg, waarbij historische treinstellen werden gerestaureerd, raakten blootgesteld aan chroom-6 uit oude verflagen. Ook de gemeente Tilburg trof daarvoor een regeling.

37. Tijdelijke regeling tegemoetkoming en ondersteuning slachtoffers blootstelling chroom VI houdende stoffen defensie (*Stcrt.* 2015, 6329) (gewijzigd in *Stcrt.* 2019, 62475 en *Stcrt.* 2020, 21296) (Coulanceregeling). Het betreft een regeling op grond van het Algemeen militair ambtenarenreglement en art. 88 Burgerlijk ambtenarenreglement defensie.

38. Zie de toelichting op de Coulanceregeling, p. 9.

39. Zie de toelichting op de Coulanceregeling, p. 12.

dende stoffen hebben gewerkt én lijden aan een van de in de regeling genoemde aandoeningen. De hoogte van de vergoeding is mede afgestemd op de ernst van de aandoening en de mate van bewijs voor het causaal verband met blootstelling aan chroom-6.⁴⁰ Tegelijkertijd vermeldt de regeling expliciet dat de staat geen aansprakelijkheid erkent en zich mogelijke verweren daartegen voorbehoudt.⁴¹

Na het afkomen van het RIVM-rapport – waarin het RIVM onder andere concludeert dat Defensie in haar zorgplicht voor een veilige werkomgeving is tekortgeschoten⁴² – brengt de staat de wat royalere ‘Uitkeringsregeling’ tot stand.⁴³ Daarin wordt aan betrokkenen via een matrix van het RIVM een uitkering toegekend die grotendeels is gerelateerd aan het type aandoening en de ernst daarvan. Er wordt verrekend met reeds gedane uitkeringen.⁴⁴ Ook in de Uitkeringsregeling erkent de staat geen aansprakelijkheid. Anderzijds verduidelijkt deze regeling ook dat betrokkenen door aanvaarding van een uitkering geen afstand doen van mogelijkheden tot aansprakelijkstelling.⁴⁵

Zowel de coulance- als de uitkeringsregeling biedt dus een tegemoetkoming voor schade veroorzaakt (bij onzorgvuldigheid) bij actief overheidsoptreden, althans bij de uitvoering van opdrachten van de overheid aan haar medewerkers, waarvoor de overheid (klaarblijkelijk) vanwege maatschappelijke solidariteit met betrokkenen een vergoeding wil bieden, terwijl zij haar civielrechtelijke aansprakelijkheid in het midden houdt. Inmiddels is de staat door enkele defensiemedewerkers met succes aansprakelijk gesteld.⁴⁶

2. (Natuur)rampen

Een belangrijke basis voor solidariteitsregelingen biedt de in 1998 tot stand gekomen Wet tegemoetkoming schade bij rampen (WTS). Deze wet vormt een kaderregeling voor het toekennen van een gedeeltelijke tegemoetkoming in de schade van de gedupeerden van een overstroming door zoet water of een aardbeving. Gedupeerden van andere (qua ernst vergelijkbare) rampen kunnen een beroep doen op de wet voor zover de wet bij koninklijk besluit (KB) op die andere ramp van toepassing is verklaard.⁴⁷ De wet geeft

40. Art. 2.4 Coulancregeling, vgl. de toelichting daarop, p. 11.

41. Zie art. 1.2 Coulancregeling en de toelichting daarop, p. 10.

42. *Chroom-6 op de POMS-locaties van Defensie: gezondheidseffecten en verantwoordelijkheden Bevin- dingen uit het onderzoek op hoofdlijnen* (RIVM Rapport 2018-0061), p. 25-27.

43. Regeling van de Staatssecretaris van Defensie tot een uitkering in verband met bloot- stelling aan chroom-6 (*Stcrt.* 2018, 31510) (Uitkeringsregeling).

44. Art. 5 lid 4 Uitkeringsregeling.

45. Art. 2 Uitkeringsregeling.

46. HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1806 (*Chroom-6*). Het gaat om aansprakelijkstel- ling op basis van art. 7:658 BW. Voor degenen die destijds als ambtenaar voor Defensie werkten, was deze bepaling analoog van toepassing (CRvB 22 juni 2000, ECLI:NL:CRVB:2000:AB0072).

47. Art. 3 WTS.

slechts recht op een tegemoetkoming voor een beperkte categorie schade-soorten – voornamelijk zaakschade, bedrijfsschade en evacuatiekosten.⁴⁸

De wet is duidelijk een *last resort*: zij biedt geen basis voor tegemoetkomingen in schade die verzekeraar was, aan eigen schuld was te wijten of op anderen verhaald kan worden.⁴⁹ Bij toepassing van de WTS worden per concrete ramp de kring van gerechtigden en hun aanspraken via een ministeriële regeling geconcretiseerd. Inmiddels zijn er verschillende van zulke schaderegelingen tot stand gekomen, bijvoorbeeld voor de beruchte dijkdoorbraak in Wilnis in 2003⁵⁰ en vrij recent, in 2021, voor de overstromingsschade door hevige zomerse regenval in Limburg en Brabant.⁵¹

Interessant is dat het bestaan van deze duidelijke formeelwettelijke basis voor solidariteitsregelingen bij rampen er niet toe leidt dat ‘de politiek’ bij rampen of rampachtige gebeurtenissen die buiten de kaders van de WTS vallen, concludeert dat een specifieke schaderegeling dus *niet* op haar plaats is. Integendeel: in de praktijk komen er met regelmaat ‘losse’ schaderegelingen tot stand die buiten het toepassingsgebied van de WTS vallen. Zo zijn er bijvoorbeeld de schaderegelingen voor wél verzekerbare, maar niet verzekerde schade in de land- en tuinbouw.⁵² Een mooi voorbeeld is ook de Beleidsregel tegemoetkoming Q-koorts 2019.⁵³ In de jaren 2007-2011 deed zich in Nederland een Q-koortsepidemie voor die zich vanuit Brabant verder door het land verspreidde. Deze ziekte wordt veroorzaakt door een bacterie die zich vanuit getroffen geitenhouderijen door de lucht verspreidt en die bij de mens chronische vermoeidheidsklachten of zelfs de dood kan veroorzaken. Hoewel de epidemie geen ramp is in de zin van de WTS,⁵⁴ brengt de staat in 2019 wel de genoemde solidariteitsregeling tot stand. Personen die na het doormaken van een Q-koortsinfectie met chronische klachten te kampen hadden, kregen eenmalig recht op een tegemoetkoming van € 15.000.

3. Onverhaalbare schade veroorzaakt door derden

Ook onverhaalbare, door derden veroorzaakte schade kan aanleiding zijn voor een solidariteitsregeling.⁵⁵ Al in 1975 kwam de Wet Schadefonds geweldsmisdrijven tot stand. De wet roept een door de overheid bekostigd Schadefonds geweldsmisdrijven in het leven, dat naar redelijkheid en bil-

48. Art. 4 lid 1 WTS.

49. Art. 4 lid 2 WTS.

50. Regeling tegemoetkoming schade bij dijkdoorbraak te Wilnis (*Stcrt.* 2003, 202).

51. Regeling tegemoetkoming waterschade in Limburg en het onbedijkte gebied langs de Maas in Noord-Brabant in juli 2021 (*Stcrt.* 2021, 40211).

52. Daarover Tjepkema 2014, par. 2.1. Zie bijv. de Tegemoetkomingsregeling vorstschade fruitteeltsector 2005 (*Stcrt.* 2008, 231).

53. Beleidsregel tegemoetkoming Q-koorts (*Stcrt.* 2018, 54726).

54. Zie art. 3 WTS in verbinding met art. 1 Wet veiligheidsregio's.

55. Strikt genomen kan massaschade ook veroorzaakt zijn door niet-onrechtmatig handelen van derden.

lijkheid een ‘uitkering’ toekent aan, kort gezegd, personen die ernstig lichamelijk of geestelijk letsel hebben opgelopen door een opzettelijk geweldsmisdrijf, dan wel hun naasten en nabestaanden.⁵⁶ Het gaat hier om een onverplichte tegemoetkoming, uit maatschappelijke solidariteit met de slachtoffers van ernstige misdrijven. Ook hier is de overheid een *last resort*. De tegemoetkoming is bedoeld voor gevallen waarin de dader onvindbaar is of geen verhaal biedt. Voor zover het slachtoffer zijn schade geheel of gedeeltelijk op de dader weet te verhalen, komt dat in mindering op de uitkering.⁵⁷ Bovendien is de uitkering via een ministeriële regeling gemaximeerd.⁵⁸

Verder springt de overheid nogal eens bij als er massaschade is veroorzaakt door een onrechtmatige daad van een particulier. Zoals gezegd blijkt de civielrechtelijke weg naar schadevergoeding daarbij vaak illusoir, omdat de dader onvoldoende verhaal biedt en niet of slechts in beperkte mate verzekerd is. Een berucht voorbeeld is de Enschedese vuurwerkram van 13 mei 2000, veroorzaakt door een brand bij vuurwerkbedrijf S.E. Fireworks die leidde tot een kettingreactie van ontploffingen van het daar opgeslagen vuurwerk. De ravage in de nabijgelegen woonwijk Roombeek was ongekend. 23 mensen vonden de dood en honderden raakten gewond. Talloze woningen en bedrijven in de omgeving raakten beschadigd of verwoest. Later onderzoek bracht allerhande fouten aan het licht in de wijze waarop S.E. Fireworks haar vuurwerk had opgeslagen. Het bedrijf, alsmede de verantwoordelijke directeuren boden echter onvoldoende verhaal. Daarom sprong de overheid tot op zekere hoogte in met een hele reeks solidariteitsregelingen.⁵⁹

4. Onverplichte nadeelcompensatie

Solidariteitsregelingen met onverplichte nadeelcompensatie raken het werktein van de burgerlijke rechter, als ik het goed zie, nauwelijks tot niet. Volledigheidshalve noem ik ze kort. Ingevolge het *égalité*-beginsel kan de overheid aansprakelijk zijn voor schade die zij door rechtmatige maatregelen veroorzaakt. De *égalité*-criteria vormen echter een serieuze hobbel.

56. Zie art. 3 Wet schadefonds geweldsmisdrijven. Ingevolge art. 19 van de wet kunnen er ministeriële (solidariteits)regelingen worden getroffen voor uitkeringen aan andere slachtoffers. Zie bijv. de Tijdelijke regeling financiële tegemoetkoming voor slachtoffers van geweld in de jeugdzorg (*Stcrt.* 2020, 61740).

57. Art. 6 lid 1 en 2 Wet Schadefonds geweldsmisdrijven. Wat, gelet op later elders verkregen vergoedingen, achteraf te veel blijkt te zijn uitgekeerd, kan als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd.

58. De maxima bedragen voor vermogensschade € 25.000, voor andere dan vermogensschade € 10.000 en € 35.000 bij samenloop. Zie Regeling maximumbedragen uitkeringen schadefonds geweldsmisdrijven (*Stcrt.* 2011, 22603, aangevuld in *Stcrt.* 2014, 28931). De uitkering bedraagt bovendien nooit meer dan de werkelijke schade, zie art. 4 Wet Schadefonds geweldsmisdrijven.

59. Zie voor een uitgebreide bespreking Van de Bunt 2016, p. 121-148.

Geregeld veroorzaken rechtmatige overheidsmaatregelen aanzienlijke schade zonder dat er aan die criteria wordt voldaan. Soms brengt de overheid dan een solidariteitsregeling tot stand. Zo stelde de overheid tijdens de coronapandemie uit solidariteitsoverwegingen⁶⁰ een hele reeks steunregelingen vast, die de schade moesten verzachten van ondernemers wier bedrijf geheel of gedeeltelijk moest worden stilgelegd om de overdracht van het virus te remmen.⁶¹ Een *rechtsplicht* tot het bieden van financiële steun was er hoogstwaarschijnlijk niet. Ook als er causaliteit wordt verondersteld tussen de coronamaatregelen en de daarmee samenhangende schade,⁶² zal er zelden zijn voldaan aan het specialiteitscriterium dat een voorwaarde is voor *égalité*-aansprakelijkheid. De meeste getroffen en leden namelijk geen onevenredig zware schade in vergelijking met anderen. De financiële steunregelingen die de overheid desondanks uitvaardigde om instellingen en ondernemingen tegemoet te komen waren dus juridisch onverplichte tegemoetkomingen voor nadeel, veroorzaakt door rechtmatig overheidsbeleid. Deze regelingen boden onverplichte nadeelcompensatie.^{63, 64}

2.2 Verhouding tot het domein van het burgerlijk recht en de burgerlijke rechter

Juridisch-technisch staan solidariteitsregelingen los van eventuele aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Volledig gescheiden werelden zijn het echter niet. Veel solidariteitsregelingen gelden voor schadegebeurtenissen ten aanzien waarvan ook gepoogd wordt of is om de overheid daarvoor aansprakelijk te stellen, bijvoorbeeld omdat zij tekort zou zijn geschoten in haar toezichthoudende taak.⁶⁵ Hierna volgen enige beschouwingen over

60. Naast solidariteit zijn natuurlijk ook redengevend geweest de wens om economische schade te verminderen en het streven om ondermijning van de coronamaatregelen zo veel mogelijk te voorkomen.
61. Zie Tjepkema 2014 voor verschillende specifieke voorbeelden van onverplichte nadeelcompensatieregelingen.
62. Daarover kan getwist worden. Veel omzetverlies in bijvoorbeeld de horeca zou waarschijnlijk ook zonder coronamaatregelen zijn geleden, omdat klanten uit zelfbescherming thuis zouden zijn gebleven. Vgl. Sluysmans & Van Triet 2021, par. 4.2.
63. De term is van Tjepkema & Den Ouden 2006. Zie ook Tjepkema 2010, p. 739-743 en Tjepkema 2014. De term 'onverplichte steunmaatregel' komt ook voor, zie bijv. Van Ravels 2002, p. 286. Overigens is men bij de vormgeving van de 'coronasteunmaatregelen' weinig systematisch te werk gegaan. Hoewel het (materieel) grotendeels onverplichte nadeelcompensatie betreft, worden ook andere vormen gekozen zoals 'subsidie', 'nadeelcompensatie' en uitkeringen. Zie Van den Brink 2021, die pleit voor eenduidige *labeling*, die de rechtszekerheid dient.
64. Van Maanen 2002 ziet solidariteit ook als de ratio van *verplichte* nadeelcompensatie. Daarbij staat volgens mij juist de profijtgedachte voorop: het collectief profiteert van de opoffering door een enkeling. Daarom moet het collectief de schade deels vergoeden.
65. Achteraf is immers vaak goed te reconstrueren welke overheidsmaatregelen een (massa)schadegeval hadden voorkomen. Voor een succesvolle vordering moet de gedu-

(1) de paradoxale situatie dat de overheid nogal eens solidariteitsregelingen treft en tegelijkertijd haar aansprakelijkheid bestrijdt; (2) de vraag in hoeverre de afwikkeling van een solidariteitsregeling kan bijdragen aan het bewijs van overheidsaansprakelijkheid; (3) de mogelijkheid van voordeels-toerekening als de overheid alsnog aansprakelijk blijkt; en (4) de vraag in hoeverre de overheid op grond van het gelijkheidsbeginsel aansprakelijk kan zijn voor het niet treffen van een solidariteitsregeling.

1. Paradox van vaststelling solidariteitsregeling en bestrijding van aansprakelijkheid
Met regelmaat komt het voor dat de overheid een solidariteitsregeling uitvaardigt maar zich tegelijkertijd in een civiele procedure (stevig) verweert tegen aansprakelijkheid voor dezelfde schadegebeurtenis.⁶⁶ Dit lijkt een wat paradoxale handelwijze. Bij nadere beschouwing kunnen daar echter wel goede redenen voor zijn.

Ten eerste kan de volledige schadevergoeding waarop aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad recht geeft, hoger zijn dan de onverplichte tegemoetkoming die de overheid wil bieden.⁶⁷ Nu is de vraag of dat – gelet op het totale overheidsbudget – vaak het doorslaggevende gewicht in de schaal legt. Belangrijker lijkt mij, ten tweede, dat de overheid de onrechtmatigheid van haar handelen kan bestrijden omdat zij ongewenst geachte jurisprudentievorming wil voorkomen. De rechtsontwikkeling via de civiele rechtspraak moet evenwichtige, ook voor de overheid werkbare (zorgvuldigheids)normen opleveren. Dat betekent dat de overheid zich tegen een aansprakelijkstelling moet verzetten als die blijkt geeft van te hoge verwachtingen ten aanzien van wat zij vermag – ook als de overheid zich tegelijkertijd solidair wil tonen. Ten derde lijkt het ook normatief ‘zuiver’ om een vordering uit onrechtmatige daad te bestrijden voor zover er volgens de overheid onvoldoende grond is voor toewijzing daarvan. De onrechtma-

peerde echter bewijzen dat de overheid ook met de kennis van toen onrechtmatig heeft gehandeld. De burgerlijke rechter legt de lat hier hoog.

66. Van de Bunt noemt als voorbeelden de vuurwerkcramp in Enschede en de Legionellazaak in de Westfriese Flora, zie uitgebreid Van de Bunt 2016. De solidariteitsregeling voor Q-koorts kwam zelfs tot stand *nadat* de rechtbank de staat niet aansprakelijk had bevonden, zie Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587.

67. Dat is echter geen gegeven. Veel solidariteitsregelingen werken met vrij eenvoudige categorieën van forfaitaire bedragen, met een lage bewijslast. Daardoor zal soms iemand een tegemoetkoming ontvangen zonder in werkelijkheid schade te hebben geleden. Überhaupt kan een solidariteitsregeling de kaders natuurlijk ook zo ruim stellen, dat daardoor *meer* schade wordt vergoed dan het geval zou zijn als in elk schadegeval de civielrechtelijke aansprakelijkheidscriteria bewezen moeten zijn (in gevallen waarin er los van de solidariteitsregeling ook een aansprakelijke dader is). Het Evaluatierapport over de Tijdelijke wet Groningen laat zien dat een schadefonds dat tegemoetkomingen verstrekt voor alle mogelijk door bodembeweging veroorzaakte schade, waarschijnlijk ruimhartiger zal uitkeren dan het Instituut Mijnbouwschade Groningen (IMG) kan doen, gelet op het feit dat aan de vereisten van art. 6:177 BW moet zijn voldaan (Evaluatierapport 2022, p. 166-168; zie over deze wet verder par. 4).

tige daad dient de herstellende rechtvaardigheid. Een element daarvan is dat de rechter in relevante gevallen vaststelt dát de gedupeerde onrecht is aangedaan doordat de overheid anders heeft gehandeld dan zij had moeten doen. Die rechterlijke vaststelling is niet alleen instrumenteel voor de compensatie waarop artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) recht geeft, maar zij heeft ook een eigen morele en psychologische waarde. Zij kan erkenning geven aan het onrecht dat slachtoffers is aangedaan.⁶⁸ Die functie van de onrechtmatige daad verwatert als de onrechtmatige daad zou worden ingezet met het oogmerk om uit solidariteit schade over het collectief te spreiden. Indien dat motief van solidariteit vooropstaat, doet de overheid er dus inderdaad verstandig aan om haar aansprakelijkheid te bestrijden en tegelijkertijd een solidariteitsregeling uit te vaardigen. Tot slot kan nog een mogelijke vierde (maar slechte) reden worden genoemd of vermoed voor het bestrijden van aansprakelijkheid terwijl er wel een regeling komt.⁶⁹ Een veroordeling uit onrechtmatige daad kan door betrokken politici worden ervaren als een smet op het blazoen van de overheid. Het bieden van een onverplichte tegemoetkoming daarentegen is juist vaak een maatschappelijk welkome overheidsbeslissing.⁷⁰ De politiek maakt zich met een solidariteitsregeling waarschijnlijk populairder dan met een veroordeling uit onrechtmatige daad. Dat is echter een slechte reden om zich tegen overheidsaansprakelijkheid te verweren. Dat verweer zou er slechts op gericht moeten zijn te bewerkstelligen dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wordt beperkt tot gevallen waar dat passend is, omdat de overheid ook ‘echt’ onrechtmatig heeft gehandeld. Overigens moet worden opgemerkt dat de overheid, áls zij gedupeerden uit solidariteit tegemoet wil komen, idealiter met een regeling komt voordat zij voor de civiele rechter aansprakelijk is gesteld. Aan te nemen valt dat ook een solidariteitsregeling waarmee de overheid wel leed wil verzachten – ook al ontkent zij aansprakelijk te zijn – wel degelijk het effect kan hebben dat getroffen en zich in hun leed gezien en erkend weten. Wellicht kan dat ook civiele procedures voorkomen.⁷¹

68. Vgl. Rijnhout 2017. Overigens wordt ook aan solidariteitsregelingen de functie toegekend van de erkenning van leed, vgl. Rijnhout 2017 en Ruppert 2021. Mij lijkt de erkenning van leed iets anders dan de erkenning dat iemand onrecht is aangedaan.

69. Enigszins naar Polak 2012, slot en (de ook door Polak aangehaalde bijdrage) Schueler 2006.

70. Vgl. Polak 2012.

71. Ongetwijfeld werkt de politieke dynamiek vaak anders. De aansprakelijkstelling zelf genereert media-aandacht, maakt de zaak urgent, en doet daardoor meer feiten aan het licht komen. Dat proces kan de politieke wil voeden om de slachtoffers iets te bieden.

2. *Betekenis van regeling en tegemoetkomingen voor het bewijs van aansprakelijkheid*
 Omdat de overheid niet zelden een solidariteitsregeling uitvaardigt en tegelijkertijd haar civielrechtelijke aansprakelijkheid bestrijdt, kan het – zeker gelet op de duur van civiele procedures – vóórkomen dat de overheid alsnog uit onrechtmatige daad voor een schadegebeurtenis aansprakelijk blijkt, terwijl zij krachtens een solidariteitsregeling voor diezelfde gebeurtenis al de nodige tegemoetkomingen heeft verstrekt.⁷² Die tegemoetkomingen (of de weigering daarvan) berusten dan op beschikkingen met formele rechtskracht. Mogelijk heeft de bestuursrechter zich over enkele van die beschikkingen uitgesproken. Technisch gezien staat de uitvoering van de solidariteitsregeling via daarop berustende besluiten los van eventuele aansprakelijkheid op grond van het BW, maar in regeling en uitvoeringsbesluiten kunnen kwesties aan de orde komen die relevant zijn voor de civielrechtelijke aansprakelijkheidsvereisten. Dit roept de vraag op hoe de regeling en de op grond daarvan genomen besluiten zich verhouden tot de civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid.

Bekentenis van het bestaan van de regeling

Vanzelfsprekend kan uit het enkele feit dat de overheid een solidariteitsregeling vaststelt en afwikkelt, niet worden afgeleid dat zij daarmee haar aansprakelijkheid voor de betrokken schadegebeurtenis erkent. Mijns inziens zou de burgerlijke rechter die erkenning slechts moeten aannemen als zij uitdrukkelijk wordt gedaan. De onverplichte solidariteitsregeling is inmiddels zo wijd verbreid dat het eenvoudigweg onjuist is de totstandkoming daarvan te interpreteren als een erkenning van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Daaraan valt het (rechtspolitieke) argument toe te voegen dat de maatschappelijke functie van solidariteitsregelingen in het gedrang kan komen als de rechter daaruit te gemakkelijk de erkenning van aansprakelijkheid zou afleiden. Waarschijnlijk is het juridisch dan ook niet nodig dat de overheid in (de toelichting op) een solidariteitsregeling haar aansprakelijkheid uitdrukkelijk ontkent – al kan dat tegenover de gedupeerden wel een communicatieve functie hebben.⁷³

Toch kan de solidariteitsregeling mijns inziens wel degelijk ‘doorwerken’ in de civiele procedure. De regeling en de toelichtende stukken aan de hand waarvan die regeling kan worden geïnterpreteerd, zijn immers *recht*.⁷⁴ Wat de overheid daarin vastlegt, kan daarom ook door de civiele rechter voor juist worden aangenomen, ambtshalve zelfs. Het zal er daarbij op

72. Vgl. Tjepkema 2014, par. 2.2. Dit is concreet aan de orde in het *Chroom-6*-arrest van de Hoge Raad (HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1806), zie par. 1.8 van de bijbehorende concl. A-G 21 mei 2021, ECLI:NL:PHR:2021:494.

73. Uitdrukkelijk niet erkennen gebeurde bijvoorbeeld in de genoemde *chroom-6*-regelingen.

74. Dat geldt niet alleen voor avv's, maar ook voor regelingen in de vorm van een beleidsregel, zie HR 28 maart 1990, AB 1990/306 (*Leidraad administratieve boeten*).

aankomen wat de overheid precies in de regeling heeft vastgelegd. Ook al houdt een solidariteitsregeling in de regel geen erkenning in van aansprakelijkheid als zodanig, toch kan zij elementen bevatten die aan het bewijs van een van de aansprakelijkheidsvereisten kunnen meewerken. Als een regeling bijvoorbeeld vastlegt dat er een sterk verband is tussen blootstelling aan chroom-6 en een bepaalde aandoening, of als die regeling expliciteert dat de overheid ten aanzien van een bepaalde groep personen haar zorgplicht heeft geschonden,⁷⁵ dan vormen *die overwegingen* mijns inziens een gegeven dat in een latere civiele procedure niet meer bewezen hoeft te worden. Daarmee is nog niet de schending van de zorgplicht tegenover de concrete gelaedeerde of het causaal verband jegens hem bewezen. De overwegingen in de regeling hebben immers een algemeen karakter. Bovendien hoeft hetgeen daarin wordt ‘toegegeven’ niet precies samen te vallen met het relevante civielrechtelijke aansprakelijkheidsvereiste. Omdat solidariteitsregelingen uitdrukking geven aan solidariteit, wordt daarin de kring van gerechtigden vaak ruim getrokken, worden daarin coulante waarschijnlijkheidsverbanden voldoende geacht enzovoort. Maar de algemene overwegingen die uit de regeling blijken, staan in beginsel vast. Voor zover die overwegingen bouwstenen kunnen zijn voor het civielrechtelijke bewijs, kan de burgerlijke rechter er mijns inziens van uitgaan dat die voorshands zijn bewezen. Het ontkennen van aansprakelijkheid in een regeling of de toelichting daarop kan mijns inziens ook weinig aan deze (milde) vorm van doorwerking afdoen. Voor hetgeen de overheid in een publiekrechtelijke regeling neerlegt, moet zij in beginsel gewoon kunnen instaan.

Betekenis van reeds verstrekte tegemoetkomingen

Een tweede relevante vraag is die naar de ‘bewijskracht’ van een op grond van de regeling genomen *beschikking*. Daarin heeft de overheid (anders dan in de regeling) tegenover de individuele gedupeerde een beslissing genomen die op diens individuele situatie is toegespitst. Daarbij is mogelijk ook beslist over kwesties die relevant zijn voor de afwikkeling van de civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid jegens dezelfde gedupeerde: bijvoorbeeld over de aannemelijkheid van een gestelde schadepost, een causaliteitsvraag, een eventuele vorm van eigen schuld, e.d. Als hoofdregel bindt een dergelijke bestuursrechtelijke beslissing de burgerlijke rechter niet. De formele rechtskracht van de betrokken besluiten houdt slechts in dat die tegemoetkomingsbesluiten en hun dictum als rechtmatig moeten gelden. De feitelijke en rechtsoverwegingen die daaraan ten grondslag liggen, vallen niet

75. Dat laatste gebeurt expliciet in de toelichting op de Uitkeringsregeling in de chroom-6-affaire (*Stcr.* 2018, 31510, p. 8). Vgl. ook de hiervoor genoemde conclusie van A-G De Bock.

onder de formele rechtskracht.⁷⁶ De burgerlijke rechter blijft dus in beginsel vrij om de vordering zelf af te wikkelen en andere standpunten in te nemen, ook al is er sprake van overlappende vraagstukken.

Ook op dit 'beschikkingsniveau' lijkt mij echter een nuancering op haar plaats. Natuurlijk is er enige voorzichtigheid geboden bij de aanname dat *dezelfde* kwesties aan de orde zijn – de beschikking kan bijvoorbeeld berusten op een laagdrempelig bewijs- of causaliteitscriterium, dat in de solidariteitsregeling veel coulanter is geformuleerd dan uit het BW zou volgen. Voor zover de beschikking echter op overwegingen of vaststellingen berust die kunnen bijdragen aan het aannemen van overheidsaansprakelijkheid, zou de burgerlijke rechter er mijns inziens in beginsel van uit mogen gaan dat die overwegingen of vaststellingen als zodanig juist zijn, tenzij de staat deze weet te ontcrachten. Mijns inziens geeft het geen pas als de overheid ten nadele van de gedupeerde de eerdere beschikking zonder meer terzijde zou kunnen schuiven en in een latere procedure als het ware weer helemaal bij nul zou kunnen beginnen.⁷⁷

Volgens mij is dit betoog te rijmen met het *Chroom-6*-arrest.⁷⁸ Enkele chroom-6-gedupeerden (zie hiervoor) stelden de staat aansprakelijk nadat zij al een tegemoetkoming hadden ontvangen. Het gerechtshof neemt aansprakelijkheid aan op basis van een aantal feitelijke vaststellingen die het mede baseert op hetgeen blijkt uit de toekenningen aan gedupeerden. De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het gerechtshof daarmee 'niet berust op de aanname dat de Staat zijn aansprakelijkheid jegens [verweerders] heeft erkend met de toekenning van uitkeringen op grond van de uitkeringsregeling'. Strikt genomen zegt de Hoge Raad in dit arrest slechts dat de staat ten onrechte klaagt dat het gerechtshof in de enkele toekenning van de tegemoetkomingen een erkenning van aansprakelijkheid leest. Volgens de Hoge Raad heeft het gerechtshof zo niet geredeneerd. De klacht is dus niet relevant. Zeker omdat de Hoge Raad de overwegingen van het hof wel in de juiste richting interpreteert (zie r.o. 3.3, 'kan dan ook niet worden aangenomen...'), lijkt mij dat ook de Hoge Raad meent dat het enkele vaststellen en afwikkelen van een regeling geen erkenning van aansprakelijkheid inhoudt. Hopelijk komt er een arrest waarin de Hoge Raad zich duidelijker kan uitspreken.

76. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, NJ 2015/361 (*Onteigening SNS Reaal en SNS Bank*); HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, NJ 2015/266 (*KB-Lux*); HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, NJ 2021/233 (*Boedelschulden*).

77. Ik ken geen jurisprudentie waaruit direct blijkt dat deze gedachte juist is, al valt zij wellicht in verband te brengen met het *fair play*-beginsel en de behoorlijkheidsnormen zoals die blijken uit vele Ombudsman-rapporten.

78. HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1806.

3. Voordeelstoerekening

Als de overheid alsnog aansprakelijk blijkt, kan de vraag rijzen in hoeverre een reeds ontvangen tegemoetkoming in aanmerking komt voor voordeelstoerekening. Een dergelijke verrekening lijkt mij in beginsel redelijk in de zin van artikel 6:100 BW. Betaling van een volledige schadevergoeding bovenop een reeds ontvangen tegemoetkoming in dezelfde schade is wat veel van het goede. Schadevergoeding heeft immers tot doel de benadeelde schadeloos te stellen, niet om hem te verrijken.⁷⁹ Toch zal voordeelstoerekening niet altijd op haar plaats zijn. Relevant lijkt mij met welk oogmerk en voor welke schade de tegemoetkoming is verstrekt. Gaat het om een tegemoetkoming ten aanzien van wezenlijk vergelijkbare schadeposten, dan is voordeelstoerekening redelijk. Is de tegemoetkoming echter bijvoorbeeld een forfaitair bedrag dat is verstrekt als ‘gebaar ter erkenning van leed’ dan lijkt het mij niet zonder meer redelijk dit op de schadevergoeding in mindering te brengen, in ieder geval niet op de vergoeding voor materiële schade.⁸⁰ Als de overheid al bij de uitvaardiging van een solidariteitsregeling meent dat de tegemoetkomingen zonder meer in mindering moeten worden gebracht op haar eventuele aansprakelijkheid, dan kan zij dat mijns inziens het beste via publiekrechtelijke weg oplossen. De regeling zelf kan bepalen dat de tegemoetkoming kan worden herzien als de overheid later alsnog volledig schadeplichtig blijkt.⁸¹

Voordeelstoerekening is niet relevant voor de (enigszins buiten het bestek van dit preadvies vallende) situatie dat de overheid een tegemoetkoming heeft verstrekt voor schade waarvoor een *derde* later alsnog verhaal biedt. Voordeelstoerekening ten faveure van die aansprakelijke derde is dan niet redelijk: uit vrijgevigheid verstrekte bijdragen horen niet ten goede te komen aan de dader.⁸² Wel zou de overheid het bedrag van de tegemoetkoming in beginsel terug moeten krijgen. Ook hier geldt dat de overheid er verstandig aan kan doen in de solidariteitsregeling een voorziening te treffen met de strekking dat de gedupeerde gehouden is de tegemoetkoming

79. Asser/Sieburgh 6-II 2021/99.

80. Volgens de Hoge Raad moet de rechter per schadepost beoordelen of verrekening redelijk is, zie HR 17 december 1976, NJ 1977/351 en HR 1 oktober 2010, NJ 2013/81. Zie Asser/Sieburgh 6-II 2021/102. Terecht kent de reeds besproken Uitkeringsregeling chroom-6 een verrekeningsbepaling op grond waarvan het immateriële deel van de uitkering wordt verrekend met eerdere (immateriële) coulanctegemoetkoming en letselschadevergoeding, maar niet met eerdere materiële schadevergoeding, zie art. 5 Uitkeringsregeling en de toelichting daarop, p. 9.

81. Dit kan overigens botsen met de wens tot coulance in veel solidariteitsregelingen. Dit is echter een politieke afweging.

82. Vgl. de opmerkingen over de spreekwoordelijke medelijdende tante in Asser/Sieburgh 6-II 2021/100a.

terug te betalen voor zover de veroorzaker van de schade alsnog verhaal blijkt te bieden.^{83, 84}

4. Aansprakelijkheid op grond van het gelijkheidsbeginsel?

Hoewel solidariteitsregelingen onverplicht tot stand komen (tenzij de overheid zich over haar eigen aansprakelijkheid vergist), kan het gelijkheidsbeginsel in theorie meebrengen dat het vaststellen of uitbreiden van een (volgende) solidariteitsregeling voor de overheid op zeker moment wel rechtens verplicht wordt. Als er een regeling bestaat voor de gedupeerden in groep A maar niet voor de op relevante punten vergelijkbare groep B, dan is dat in beginsel onrechtmatig jegens de leden van groep B. Voorbeelden zijn niet moeilijk te verzinnen. Zo zou het onrechtmatig zijn geweest als de minister de tegemoetkoming voor Q-koortspatiënten, geschreven voor personen die kampen met de gevolgen van de grote Nederlandse Q-koortsuitbraak van 2007 tot en met 2010 (zie hiervoor),⁸⁵ zonder nadere uitleg zou hebben beperkt tot slachtoffers in de provincie Brabant, en slachtoffers in andere provincies had uitgesloten. Of stel dat de overheid uitsluitend slachtoffers zou zijn tegemoetgekomen van de legionella-uitbraak bij een bubbelbadenuitstalling op de ‘Wetfrieze Flora’, maar niet de slachtoffers van een tezelfdertijd in een andere stad gehouden vergelijkbaar evenement dat minder media-aandacht heeft getrokken. In een dergelijk geval kan de burgerlijke rechter aanvullende rechtsbescherming bieden. Het niet uitvaardigen van een rechtens verplichte regeling is immers een onrechtmatige daad. Hoewel de burgerlijke rechter geen bevel kan geven om de bestaande regeling alsnog aan te vullen of een bijkomende regeling vast te stellen, kan hij de staat mijns inziens wel veroordelen om de schade van de betrokkenen, gelegen in het mislopen van de tegemoetkoming, te vergoeden.⁸⁶

83. Zie voor een voorbeeld art. 6 lid 3 Wet schadefonds geweldsmisdrijven.

84. In plaats daarvan kan de regeling bepalen dat de gedupeerde zijn vordering op de veroorzaker geheel of partieel cedeert aan de overheid, voordat de tegemoetkoming wordt uitgekeerd (zie bijv. art. 6 lid 2 Wet schadefonds geweldsmisdrijven). Naarmate de tegemoetkoming een hoger percentage van de gehele schade bedraagt, zal voor de gedupeerde de prikkel afnemen om de dader überhaupt alsnog aansprakelijk te stellen. Hoe hoger de tegemoetkoming in relatieve zin, hoe meer een cessieconstructie voor de hand ligt. Van de Bunt 2016, p. 210-213 geeft een uitgebreide analyse van deze problematiek.

85. Zie art. 1 Beleidsregel tegemoetkoming Q-koorts 2019.

86. De laatste jaren wordt iemand die een burgerrechtelijke vordering tegen de overheid instelt op de grond dat een regeling *onverbindend* is, niet-ontvankelijk verklaard als hij ook een appellabel besluit kan uitlokken en in beroep daartegen de regeling door de bestuursrechter kan laten toetsen (HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (*SCAU/Universiteiten*)). Wie buiten de voorwaarden van een solidariteitsregeling valt, kan een tegemoetkoming aanvragen, en in beroep gaan tegen de te verwachten afwijzing. Mogelijk kan de bestuursrechter dan rechtsbescherming bieden, bijvoorbeeld door een beperkende voorwaarde in de regeling buiten toepassing te laten. De bestuursrechter zal er echter geen regeling ‘bij verzinnen’. Ik ga er daarom van uit dat de burgerlijke rechter

De drempel voor het welslagen van een dergelijke vordering ligt echter hoog. *Politiek* kan het gelijkheidsbeginsel (of het idee van een precedent) veel druk genereren om, na een tegemoetkoming van de ene slachtoffergroep, de volgende groep hetzelfde te gunnen. Juridisch zal hier echter niet snel aan de eisen van het gelijkheidsbeginsel zijn voldaan. Er is jurisprudentie van de bestuursrechter waaruit blijkt dat deze de overheid veel beleidsruimte gunt ten aanzien van onverplicht begunstigend beleid.⁸⁷ Dat zal niet anders (moeten) zijn als de burgerlijke rechter over dit soort casuïstiek oordeelt. Té gemakkelijk aannemen dat de totstandkoming van een bepaalde regeling op grond van het gelijkheidsbeginsel een rechtsplicht in het leven roept om die regeling uit te breiden of nieuwe regelingen tot stand te brengen, kan de overheid overigens ook kopschuw maken om überhaupt nog aan tegemoetkomingen te beginnen. Het kan ook de ruimte beperken om beleid te wijzigen bij gewijzigd inzicht of gewijzigde budgettaire omstandigheden.⁸⁸ Bovendien zou het betekenen dat de rechter algemene uitspraken gaat doen over de besteding van overheidsgeld in de sociaal-economische sfeer. De rechter is daar traditioneel terughoudend mee.⁸⁹ Als de overheid redelijke argumenten heeft voor het niet-includeren van een groep in een regeling, zal ook de burgerlijke rechter die naar verwachting aanvaarden. Daarmee zal de hier geschetste werking van het gelijkheidsbeginsel beperkt blijven tot gevallen waarin de niet-inclusie van een bepaalde persoon of groep in een solidariteitsregeling neerkomt op discriminatie of willekeur. Ook het bestaan van deze theoretische mogelijkheid kan echter een zekere preventieve werking hebben in die zin dat de groep begunstigden in de regeling voldoende zorgvuldig wordt afgebakend.

3 Tegemoetkomingsregelingen voor (meer of minder recent) historisch onrecht

Naast de reeds besproken ‘solidariteitsregelingen voor pech’ bestaan er verschillende tegemoetkomingsregelingen voor historisch onrecht. ‘Historisch onrecht’ is natuurlijk een open begrip. In dit verband zou ik eronder

nog altijd onverkort aanvullende rechtsbescherming biedt bij het *ontbreken* van een regeling.

87. CbB 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:552 (*TOGS*). Bij tegemoetkomingen krachtens een buitenwettelijke, begunstigende beleidsregel wordt dat beleid slechts op consistente toepassing getoetst. Appellanten kunnen in wezen niet aannemelijk maken dat de beleidsregel hen ten onrechte uitsluit van een tegemoetkoming.
88. Voor de in de volgende paragraaf besproken hersteloperatie voor de kindertoeslagenaffaire is ruim € 5 miljard uitgetrokken (J. Frederik, ‘De compensatieregeling voor de toelagenaffaire is een fiasco van 5,5 miljard. Wat nu?’, *De Correspondent* 2 februari 2022). Onder een minder gunstig economisch gesternte dan dat van december 2020 was dat bedrag vast lager geweest.
89. Fraai uiteengezet in Koopmans 2003.

willen verstaan de gevallen waarin in het (meer of minder nabije) verleden aan een groep mensen leed is aangedaan, ten aanzien waarvan achteraf het maatschappelijk besef ingang vindt dat de overheid daarvoor in ieder geval in morele zin (mede)verantwoordelijk is.⁹⁰ Als dat besef ook tot de overheid doordringt, kan het vaststellen van een schaderegeling een logische stap zijn.

Regelingen voor historisch onrecht zijn, net als solidariteitsregelingen, doorgaans *onverplichte* tegemoetkomingsregelingen. Toch zie ik twee relevante verschillen. Ten eerste dienen tegemoetkomingsregelingen voor historisch onrecht de herstellende, en niet de verdelende rechtvaardigheid (ook al zijn dat twee op zich tamelijk open, normatieve begrippen. Zie verder par. 3.2). Ten tweede is het onverplichte karakter van een tegemoetkoming bij historisch onrecht volgens mij juridisch minder evident dan bij een solidariteitsregeling. Weliswaar is ten aanzien van historisch onrecht doorgaans de verjaringstermijn⁹¹ verstreken. Dat is ook de reden waarom de overheid zulke regelingen meestal als onverplichte regeling vormgeeft. De hierna besproken *Rawagedeh*-jurisprudentie compliceert dit echter. De burgerlijke rechter blijkt daarin bereid om de verjaringsregels buiten toepassing te laten bij straffe vormen van historisch onrecht.⁹² Voor historisch onrecht dat op het eerste gezicht was verjaard, kan de overheid bij nader inzien dus toch aansprakelijk zijn. Bovendien kan het (wel) voorhanden zijn van een tegemoetkomingsregeling, in ieder geval gelet op de *Rawagedeh*-uitspraak, juist weer afdoen aan de mogelijkheid om de verjaringsregels buiten toepassing te laten. In paragraaf 3.2 worden deze twee punten uitgewerkt. Eerst bespreek ik enkele voorbeelden van regelingen voor meer of minder recent historisch onrecht.⁹³

90. Zie veel uitgebreider over historisch onrecht Loth 2019. Ook deze auteur bakent het open begrip historisch onrecht bewust niet te scherp af. In navolging van Giesen 2017, p. 1, verstaat hij daaronder de gevallen 'waarin, vele jaren na dato, langs juridische weg gezocht wordt naar erkenning en genoegdoening voor leed dat in het verleden is toegebracht aan (groepen) mensen hier en elders' (Loth 2019, p. 11). De in de hoofdtekst gegeven (ook nogal open) omschrijving rekent tot 'historisch' onrecht, anders dan Loth en Giesen doen, ook vormen van onrecht in het recentere verleden. Bovendien is historisch onrecht hier niet beperkt tot onrecht waarvoor langs juridische weg genoegdoening wordt gezocht: er hoeft niet noodzakelijk een poging tot aansprakelijkstelling vooraf te gaan aan de uitvaardiging van een regeling, al is dat vaak wel het geval.

91. Dan wel de veel kortere termijn waarop een beschikking formele rechtskracht verkrijgt.

92. Rb. Den Haag 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793 (*Rawagedeh*); daarover kritisch Van Swaaij 2011; veel positiever Veraart 2012.

93. Zie Ruppert 2021, vooral p. 29-43, met een veel uitgebreidere reeks voorbeelden.

3.1 Enkele varianten van tegemoetkomingsregelingen voor historisch onrecht

Als gezegd, wordt ‘historisch onrecht’ hier ruim opgevat. Het kan gaan om (leed veroorzaakt door) onrechtmatig overheidshandelen of -nalaten waarvoor de verjaringstermijn is verstreken (zie voorbeeld 1 hierna). Ook de leer van de formele rechtskracht kan al vrij snel de mogelijkheid blokkeren om de overheid op een in de (mogelijk vrij recente) ‘historie’ begane onrechtmatige daad aan te spreken (zie voorbeeld 2 hierna).⁹⁴ In deze beide gevallen – ‘blokkade’ door verjaring of formele rechtskracht – kan het gaan om echt onrechtmatige overheidsdaden waartegen een tijdig ingestelde schadeclaim succesvol zou zijn geweest. Historisch onrecht kan echter ook zijn toe te schrijven aan handelen of nalaten van de overheid dat *naar hedendaagse opvattingen* onrechtmatig zou zijn, zonder dat dat destijds zo gezien werd. Ook voor zulk uitsluitend naar hedendaagse opvattingen onrechtmatig gedrag worden soms tegemoetkomingsregelingen tot stand gebracht (zie voorbeeld 3 hierna).

1. Verjaard historisch onrecht: Rawagedeh

Geruchtmakend is het vonnis over de aanval die Nederlandse militairen in het kader van de zogenoemde politioenele acties in Indonesië op 9 december 1947 uitvoerden op het West-Javaanse dorp Rawagedeh. Bij die aanval is een groot deel van de mannelijke bevolking van het dorp zonder militaire noodzaak en zonder enige vorm van proces door Nederlandse militairen geëxecuteerd. Dit misdrijf werd in de loop der jaren geregeld onder de aandacht gebracht van de Nederlandse autoriteiten, maar de staat heeft nooit besloten tot vervolging van de verantwoordelijken of tot het bieden van compensatie aan de nabestaanden.⁹⁵ In 2008, decennia na de aanval op Rawagedeh, stellen acht nabestaanden en een mannelijke overlevende van de aanval de staat alsnog aansprakelijk.⁹⁶ Hoewel de staat tegenover de rechter ronduit erkent dat hier ook naar historische maatstaven sprake was van onrechtmatige daden, beroept hij zich op verjaring. In haar vonnis oordeelt de rechtbank dit beroep op verjaring in dit geval echter in strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁹⁷ Van belang zijn hier de overwegingen die de rechtbank ertoe brengen om de verjaringsregels buiten toe-

94. HR 31 mei 1991, NJ 1993/112 (*Van Gog/Nederweert*).

95. Zie *Rawagedeh*, r.o. 2.6-2.15 waaruit blijkt dat de zaak is geseponeerd, waarna het OM jaren later concludeerde dat zijn vervolgingsrecht was verjaard.

96. Zij werden daarbij geholpen door de Stichting comité Nederlandse ereschulden, die als mede-eiser optrad.

97. Art. 6:2 BW. Zie *Rawagedeh*, r.o. 4.13-4.19. In een later vonnis oordeelt de rechtbank dat voor de kinderen van standrechtelijk geëxecuteerde mannen wezenlijk dezelfde gezichtspunten opgaan (tussenvonnis van Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2442, bevestigd in Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2524).

passing te laten: er is sprake van zeer uitzonderlijke, ingrijpende misdrijven waarvan de staat een ernstig verwijt kan worden gemaakt; het handelen van de militairen was ook naar historische normen onrechtmatig en dat is destijds ook snel onderkend door Nederlandse en VN-autoriteiten; hoewel het de staat duidelijk moet zijn geweest dat hij tot schadevergoeding verplicht zou kunnen worden, heeft hij een afwachtende houding aangenomen waardoor de zaak onafgewikkeld is gebleven; mede gelet op het verruimde beleid van de staat bij claims van nabestaanden van overlevenden van de Tweede Wereldoorlog gaat het om een periode in de Nederlandse geschiedenis die nog niet is afgewikkeld; de bewijsproblemen waartegen de verjaringsregels normaliter mede beschermen, spelen hier veel minder omdat de staat de onrechtmatigheid van de executies heeft erkend.⁹⁸ De slotsom is dat de rechtbank de staat tegenover acht van de eisers aansprakelijk kan verklaren.

Ook na dit vonnis heeft de staat zijn aansprakelijkheid niet erkend. Voor zover ik heb kunnen achterhalen heeft hij de mogelijkheid om zich in rechte op verjaring te beroepen ook niet uitdrukkelijk prijsgegeven.⁹⁹ Desondanks heeft de staat ervan afgezien tegen het *Rawagedeh*-vonnis hoger beroep in te stellen. In plaats daarvan is er met de betrokkenen een schikking getroffen waarbij hun € 20.000 per persoon is betaald. Toen zich naar aanleiding van deze zaak meer weduwen meldden die in vergelijkbare omstandigheden verkeerden, is de Staat overgegaan tot vaststelling van een algemenere tegemoetkomingsregeling ter afwikkeling van deze claims, overigens via privaatrechtelijke weg.¹⁰⁰ De betrokkenen kregen enige tijd¹⁰¹ de mogelijkheid om een in een model vastgelegde vaststellingsovereenkomst met de staat aan te gaan. Op grond daarvan keert de staat in ruil voor finale kwijting € 20.000 uit aan de betrokken weduwen en € 5.000 aan kinderen.¹⁰²

98. Zie ook Loth 2019, p. 17-18 die, mede op basis van een opvolgend vonnis in een latere zaak over de militaire acties in Indonesië (Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:702) een gezichtspuntencatalogus opstelt voor het buiten toepassing laten van verjaringsregels bij historisch onrecht. Loths catalogus bevat nog het aan latere rechtspraak ontleende gezichtspunt dat de slachtoffers in de feitelijke onmogelijkheid hebben verkeerd om een vordering in te stellen.

99. Zie *Stcrt.* 2013, 25282, p. 1 en recenter nog *Stcrt.* 2020, 50505, p. 1.

100. Contouren van een civielrechtelijke afwikkeling ter vergoeding van schade aan weduwen van slachtoffers van standrechtelijke executies in het voormalige Nederlands-Indië van vergelijkbare ernst en aard als *Rawagedeh* en Zuid Sulawesi (*Stcrt.* 2013, 25383).

101. De termijn is een aantal malen verlengd, zie *Stcrt.* 2015, 25383-n1, *Stcrt.* 2017, 49006 en *Stcrt.* 2019, 39358.

102. De regeling voor kinderen van standrechtelijk geëxecuteerden kwam er na een later vonnis, waarin ook ten aanzien van kinderen aansprakelijkheid werd aangenomen (Rb. Den Haag 25 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2584), zie *Stcrt.* 2020, 50507.

2. Formele rechtskracht: kindertoelagenaffaire

De veelbesproken kindertoelagenaffaire was aanleiding voor het opzetten van een omvangrijke financiële hersteloperatie via een reeks tegemoetkomingsregelingen. (Te) kort gezegd komt dit nationale rechtsstatelijke trauma erop neer dat duizenden ouders die in de jaren 2005-2019¹⁰³ via Belastingdienst/Toelagen een kinderopvangtoeslag ontvingen, het slachtoffer zijn geworden van een uit de hand gelopen jacht op fraudeurs. Dit resulteerde vaak ten onrechte in terugvordering van aanzienlijke, reeds uitgekeerde bedragen. Vele van deze ouders raakten daardoor in ernstige financiële en emotionele problemen. De affaire kwam aan het rollen naar aanleiding van onrechtmatigheden in één specifiek onderzoek van het ‘Combiteam Aanpak Facilitators’ (‘CAF 11’). Dit bleek echter het topje van de ijsberg. Het heeft enkele jaren geduurd voordat door verschillende onderzoeken,¹⁰⁴ perspublicaties en de vasthoudendheid van enkele kritische Kamerleden de volle omvang van de zaak duidelijk werd. Vervolgens heeft de overheid voor de verschillende vormen van excessieve handhaving afzonderlijke tegemoetkomingsregelingen vastgesteld. Daartoe werden op grond van enkele nieuwe bepalingen in de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir)¹⁰⁵ verschillende tegemoetkomingsregelingen uitgevaardigd. De totstandkoming van die regelingen verliep stapsgewijs, maar onder aanzienlijke politieke druk – waardoor er een uiterst complex samenstel van deels naar elkaar verwijzende regelingen bestaat. Inmiddels is duidelijk dat de afwikkeling van die regelingen (dan ook) moeizaam verloopt.¹⁰⁶

103. Art. 49 Awir noemt 23 oktober 2019 als datumgrens voor de hardvochtige aanpak van toeslagenontvangers. Op deze dag kwam de Afdeling terug van haar strikte jurisprudentie (ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:NL:RVS:2019:3536). Als een ouder slechts een *gedeelte* van de genoten toeslag niet kon verantwoorden, hoefde Belastingdienst/Toelagen de toekenningsbeschikking niet langer zonder meer naar nul te herzien. Ten aanzien van de terugvordering van het krachtens een herziene beschikking betaalde, hoefde Belastingdienst/Toelagen niet langer het gehele onverschuldigd betaalde bedrag terug te vorderen.

104. Belangrijk was het onderzoek van de Nationale ombudsman, *Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag*, Rapportnummer 2017/095. Zie onder andere ook de adviezen van de commissie-Donner, *Omzien in verwondering. Interim-advies Adviescommissie uitvoering toeslagen*, 14 november 2019 en *Omzien in verwondering: eindadvies Adviescommissie Uitvoering Toelagen*, 12 maart 2020, en het eindverslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht, Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2*. Dat laatste rapport leidde tot de ontslaanvraag van het kabinet-Rutte III, zie *Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 4*.

105. Zie art. 49 e.v. Awir.

106. Zie Van de Bunt 2021 en de onthutsende cijfers in het rapport van de Nationale ombudsman d.d. 1 juli 2022, *Wachten op herstel, hoe lang nog? 3e rapportage monitor klachtbehandeling Uitvoeringsorganisatie Herstel Toelagen*, nr. 2022/122.

De belangrijkste regelingen zijn de volgende. De *Hardheidsregeling*¹⁰⁷ is bedoeld voor de beruchte gevallen van overmatige ‘hardheid’ bij de terugvordering van te veel uitgekeerde toeslagen. Daarbij werd bij duizenden ouders vanwege soms onbeduidende onvolkomenheden in de verantwoording van hun bestedingen de toelage stopgezet. Bovendien werd – aanvankelijk met de zegen van de Afdeling bestuursrechtspraak¹⁰⁸ – het gehele, niet zelden in de tienduizenden euro’s lopende uitgekeerde bedrag teruggevorderd, óók als daarvan slechts een gering gedeelte niet kon worden verantwoord.¹⁰⁹ Achteraf hebben de betrokkenen nu recht op een ‘hardheidsste-gemoetkoming’ die hen in de financiële situatie brengt alsof er niet zou zijn teruggevorderd.¹¹⁰ De *Compensatieregeling*¹¹¹ is er voor ouders die het slachtoffer zijn geworden van ‘institutionele vooringenomenheid’ bij de fraudeonderzoeken van Belastingdienst/Toeslagen.¹¹² Zo werden bijvoorbeeld groepsgewijs de toelagen stopgezet voor alle ouders die bij een malafide gastouderbureau stonden ingeschreven. Ook werden personen met een niet-Nederlandse nationaliteit strenger gecontroleerd. De compensatieregeling geeft recht op schadevergoeding voor veronderstelde immateriële schade, veronderstelde materiële schade, invorderingskosten en proceskosten.¹¹³ Voor deze schades geldt een forfaitair stelsel. Als iemands werkelijke schade hoger is, heeft hij of zij recht op compensatie van die werkelijke schade, mits hij die volgens het civielrechtelijke bewijsrecht aannemelijk weet te maken.¹¹⁴ De klap op de vuurpijl is echter de *Catshuisregeling*.¹¹⁵ Omdat de trage uitvoering van de hersteloperatie tot veel onvrede leidde, kondigde het kabinet in december 2020 ruimhartigere herstelregelingen aan voor de slachtoffers van de toeslagenaffaire. Aan alle personen die onder de bestaande herstelregelingen vielen, werd een tegemoetkoming van € 30.000 toegezegd. Als een betrokkene krachtens de bestaande regelingen reeds een lager bedrag was toegekend, werd dat aangevuld tot deze

107. Art. 49 Awir.

108. Vgl. ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:114 en ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2019:1333.

109. Ten aanzien van een deel van deze betrokkenen was herziening van de oorspronkelijke beschikking tot terugvordering mogelijk, zie het Verzamelbesluit toeslagen (*Stcrt.* 2021, 2142). Voor velen bleek echter de aan art. 3:310 BW ontleende herzieningstermijn van vijf jaar verstreken (vgl. art. 5a Uitvoeringsregeling Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen en ABRvS 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1484. Voor hen geldt de Hardheidsregeling.

110. Art. 49 lid 3 Awir.

111. Zie art. 49b Awir en het Besluit Compensatieregeling CAF 11 en vergelijkbare (CAF-)zaken (*Stcrt.* 2020, 45904).

112. Art. 2 Compensatieregeling.

113. Art. 3.1 Compensatieregeling.

114. Art. 4.1 en 4.2 Compensatieregeling.

115. Besluit forfaitair bedrag en verruiming compensatieregeling van 18 maart 2021 (*Stcrt.* 2021, 14691), later aangevuld door het Besluit uitbreiding Catshuisregeling Kinderopvangtoeslag (*Stcrt.* 2021, 28304).

€ 30.000. Bovendien bleef de mogelijkheid bestaan om op grond van de Compensatieregeling de werkelijke schade te doen vergoeden als die boven de € 30.000 uitkwam.

Uit deze regelingen¹¹⁶ rijst het volgende beeld. Ten aanzien van een grote reeks Awb-besluiten rees in de jaren 2019-2021 het inzicht dat de overheid daarmee in het recente verleden een grote groep personen op ernstig wijze onevenredig en onregelmatig heeft behandeld. Reeds op het moment dat dat doordrong, zou een door een gedupeerde ouder ingestelde schadevordering echter hoogstwaarschijnlijk zijn gestrand. Vrijwel alle besluiten moeten toen al formele rechtskracht hebben gehad.¹¹⁷ Voor een aanzienlijk deel daarvan zou bovendien de vijfjaarstermijn van artikel 3:310 BW zijn verstreken. Daarom is de hersteloperatie vormgegeven via onverplichte tegemoetkomingsregelingen. Daarbij wordt bij beschikking op aanvraag herstel geboden in die zin dat de (achteraf gezien) ten onrechte teruggevorderde of niet uitbetaalde bedragen alsnog worden vergoed. Ook de schade die het hardvochtige beleid voor betrokkenen heeft veroorzaakt, wordt gecompenseerd. Daarbij wordt uitgegaan van forfaitaire bedragen — aanvankelijk zuinig, maar sinds de Catshuisregeling aanzienlijk. Bovendien hebben de betrokkenen recht op vergoeding van hun werkelijke schade als die een hoger bedrag betreft. Het stelsel ziet er op papier zeer complex, maar in zijn uitwerking billijk (in mijn ogen soms zelfs erg royaal) uit.

3. *The power of hindsight: de tegemoetkomingsregeling transgender personen en het 'StrRehaHomG'*

Vanaf 1 juli 1985 staat het BW toe dat transgenderpersonen bij de burgerlijke stand het in hun geboorteakte vermelde geslacht laten wijzigen.¹¹⁸ Van 1 juli 1985 tot 1 juli 2014 kon dat echter uitsluitend als vaststond dat de aanvrager niet meer in staat zou zijn kinderen te verwekken of te baren.¹¹⁹ In de praktijk betekende dat voor betrokkenen dat zij moesten aantonen dat zij onomkeerbaar waren gesteriliseerd. Per 1 juli 2014 kwam het tot schrapping van deze eis, omdat die naar (volgens mij inmiddels tamelijk breed gedragen) maatschappelijke opvattingen onnodig was.

116. De bespreking is niet volledig. Zo is er onder andere nog de *O/GS-tegemoetkomingsregeling* voor ouders bij wie ten onrechte opzet of grove schuld ten aanzien van de reden voor terugvordering is aangenomen, zie ook art. 49c Awir. Voor hen bestaat overigens ook het Besluit aanvullende tegemoetkoming werkelijke schade bij O/GS (*Stcrt.* 2020, 63420).

117. Vgl. Koenraad 2020, par. 6.2, die concludeert dat de tot nu toe bekende uitzonderingen op die leer niet opgaan voor ouders in de kindertoelagenaffaire.

118. Zie art. 1:28 BW (oud) en het huidige art. 1:28 BW.

119. Art. 1:28 BW (oud).

Op 24 december 2019 stelt het *Transgendercollectief* de staat aansprakelijk voor het leed dat de genoemde sterilisatie-eis heeft veroorzaakt. Naar aanleiding van die aansprakelijkstelling gaat het kabinet met de betrokkenen gesprekken aan die hem tot het inzicht brengen dat de overheid dit leed zou moeten erkennen. Bij monde van de ministers Dekker en Van Engelshoven biedt het kabinet excuses aan.¹²⁰ Het kabinet onderkent dat de sterilisatie-eis de betrokkenen voor een pijnlijk dilemma heeft gesteld.¹²¹ Zij werden gedwongen tot de keuze tussen de mogelijkheid om nog biologisch nageslacht te krijgen en het vervullen van de diepe persoonlijke wens om het officiële geslacht in lijn te brengen met het ervaren geslacht. Maar ook voor personen zonder een (verdere) kinderwens vormde de sterilisatie-eis volgens het kabinet een zeer invasieve inbreuk op hun lichamelijke integriteit, die gevoelens van uitsluiting en afwijzing moet hebben opgeroepen.¹²² Volgens het kabinet was de sterilisatie-eis vanaf eind 2008 onrechtmatig gelet op Straatsburgse jurisprudentie over artikel 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).¹²³

Op het moment dat het *Transgendercollectief* de staat aansprakelijk stelde, in december 2019, was voor alle betrokkenen de vijfjaarstermijn van artikel 3:310 BW inmiddels verstreken. Het kabinet wil het daar echter in dit geval niet bij laten. Naast het aanbieden van excuses brengt het een regeling tot stand waarin elk van de personen die in de genoemde periode een geslachtstransitie hebben ondergaan, een financiële tegemoetkoming wordt geboden van € 5.000.¹²⁴ De kring van personen die voor een vergoeding in aanmerking komen, wordt bewust veel ruimer getrokken. Alle betrokken personen die kunnen aantonen dat zij tussen 1 juli 1985 en 1 juli 2014

120. Zie vooral de Kamerbrief van de Minister voor Rechtsbescherming en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap inzake *Kabinetstandpunt aansprakelijkstelling Transgendercollectief* d.d. 30 november 2020 en de Kamerbrief van de Minister voor Rechtsbescherming inzake *Aanbieding tegemoetkomingsregeling transgender personen* d.d. 27 augustus 2021.

121. De Toelichting op de genoemde beleidsregel, p. 3, spreekt van een ‘bijna onmogelijke keuze’.

122. Zie de genoemde Kamerbrief van 30 november 2020, p. 2.

123. Zie EHRM 10 maart 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0310JUD001479308 (*Y.Y./Turkije*) en EHRM 6 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0406JUD007988512 (*A.P., Garçon en Nicot/Frankrijk*).

124. Daarmee is — ondanks het besef ‘dat leed zich niet laat vergelijken’ — bewust aansluiting gezocht bij de tegemoetkoming voor de slachtoffers van lichamelijk en geestelijk geweld in de jeugdzorg, naar aanleiding van de daarover uitgebrachte adviezen van de commissie-De Winter. Zie de genoemde Kamerbrief, p. 3 en de Tijdelijke regeling financiële tegemoetkoming voor slachtoffers van geweld in de jeugdzorg (*Stcrt.* 2020, 61740).

een traject voor geslachtsverandering hebben gevolgd of opgestart worden in de regeling geïncorporeerd.^{125 126}

Voor de groep bij wie het geslachtsveranderende traject vanaf eind 2008 werd ingezet, biedt de regeling dus een onverplichte tegemoetkoming in de (immateriële) schade die is toegebracht door overheidshandelen dat ook naar toenmalige maatstaven al onrechtmatig was. Dat geldt niet voor de groep die in de periode 1985-2008 een transitie doormaakte. De sterilisatie-eis was – zeker naar de normen van de jaren tachtig en negentig – evident niet onrechtmatig.¹²⁷ Deze personen zijn destijds gedwongen tot een sterilisatie waarvan met de morele kennis van nu geconcludeerd moet worden dat die onnodig leed heeft veroorzaakt, en dat die (eigenlijk) nooit gesteld had moeten worden. Achteraf moet onder ogen worden gezien dat de betrokkenen onheus zijn behandeld. De tegemoetkoming moet dat leed verzachten of in ieder geval erkennen. Van een onrechtmatige overheidsdaad tegenover deze groep was echter geen sprake.

Een niet-Nederlands, maar sprekend tweede voorbeeld van historisch overheidshandelen waarvan het immorele karakter pas met *the power of hindsight* werd onderkend, is te vinden in het Duitse *Gesetz zur strafrechtlichten Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen* (op onnavolgbaar Duitse wijze verkort tot ‘StrRehaHomG’). Deze wet rehabiliteert de personen die in de periode 1945 tot uiterlijk 1994 in de BRD of de DDR strafrechtelijk veroordeeld zijn wegens consensuele homoseksuele handelingen tussen volwassenen. Op grond van deze wet wordt de betrokkenen een *Entschädigung* geboden van € 3.000 per veroordeling plus € 1.500 per aangebroken jaar dat zij in verband daarmee in gevangenschap hebben doorgebracht (art. 5 StrRehaHomG). De strafbepalingen waarop deze vervolging berustte, waren naar historische maatstaven verbindend en rechtmatig. Achteraf is er echter brede maatschappelijke consensus dat de betrokkenen leed is aangedaan waarvoor de Duitse staat in ieder geval in morele zin medeverantwoordelijk is.

125. Die lage bewijslast moet ‘secundaire victimisatie’ van de betrokkenen voorkomen, zie de Kamerbrief van 27 augustus 2021, p. 2.

126. Ook komen voor een vergoeding in aanmerking personen wier transitietraject voor 1 juli 2014 is ingezet, maar pas daarna is afgerond, art. 2 onder b van de beleidsregel. Bij hen wordt vermoed dat de sterilisatie-eis de keuzes in hun transitieproces heeft beïnvloed.

127. Ter illustratie: geregistreerd partnerschap voor personen van gelijk (biologisch) geslacht is in Nederland ingevoerd in 1998 en gold toen als behoorlijk vooruitstrevend. Het lijkt van daaruit nog een lange weg om te komen tot de vérgaande relativering van het hele concept van geslacht als zodanig, nodig om te accepteren dat iemand best het ene juridische geslacht kan hebben en tegelijkertijd nog vruchtbaar kan zijn ‘volgens’ het andere geslacht.

3.2 Verhouding tot het domein van het burgerlijk recht en de burgerlijke rechter

1. Herstellende rechtvaardigheid als grondslag

Regelingen voor (meer of minder recent) historisch onrecht zijn in beginsel¹²⁸ onverplichte tegemoetkomingsregelingen. Een voorafgaande rechtsgrondslag daarvoor zal in de regel ontbreken. De vermogensverschuiving die deze regelingen bewerkstelligen, is slechts op grond van een moreel of zo men wil politiek principe te rechtvaardigen. Mijns inziens is zo'n moreel 'grondslag' of rechtvaardiging bij tegemoetkomsten voor historisch onrecht primair te vinden in de *herstellende* rechtvaardigheid, en niet – zoals bij de solidariteitsregeling bij pech – in de verdelende rechtvaardigheid. De gedachte van tegemoetkomsten voor historisch onrecht is immers dat de overheid een historisch onrecht probeert te verzachten waarvoor zij zich als representante van het collectief medeverantwoordelijk acht – niet dat zij uit solidariteit de blinde pech van een individu of groep over het collectief wil spreiden.¹²⁹

Dat regelingen voor historisch onrecht de herstellende rechtvaardigheid dienen, geldt evident bij historische overheidsdaden die ook naar toenmalige normen al onrechtmatig waren. Aan groepen als de benadeelden in de kindertoeslagenaffaire of de weduwen van standrechtelijk geëxecuteerde Indonesische mannen is door de overheid daadwerkelijk *onrecht* aangedaan.¹³⁰ Dat de overheid daar juridisch niet meer op valt aan te spreken

128. In beginsel, omdat de burgerlijke rechter blijkens de *Rawagedeh*-jurisprudentie bij historisch onrecht soms de verjaringsregels opzijzet. In het gaswinningsarrest van de Hoge Raad wordt de leer van de formele rechtskracht gerelativeerd bij bepaalde schade die bestaat in aantastingen van de grondrechten van art. 2, 3 en 8 EVRM (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.8.5). De 'aansprakelijkheidsblokkerende' leerstukken van verjaring en de formele rechtskracht kunnen dus mogelijk buiten toepassing blijven in bijzondere gevallen samenhangend met aantastingen van de persoon. Daardoor is het onverplichte karakter van een tegemoetkoming wegens historisch onrecht niet meer geheel *zeker*, ook niet als de formele rechtskracht de blokkerende factor is.

129. Toegegeven: dit komt mede door mijn keuze om het open begrip 'historisch onrecht' te bezigen bij kwesties waarvoor de overheid zich (mede)verantwoordelijk acht (zie de inleiding op deze paragraaf). De overheid *kán* natuurlijk ook tegemoetkomsten bieden voor door derden in het verleden veroorzaakt leed waar zij werkelijk part noch deel aan heeft gehad. Zo heeft de Nederlandse wetgever na de Tweede Wereldoorlog tegemoetkomsten uitgevaardigd voor getroffen en door vervolging of oorlogsgeweld: de Wet uitkeringen vervolgingslachtoffers 1940-1945 (Wuv) en de Wet uitkeringen burgeroorlogsslachtoffers 1940-1945 (Wubo), zie Ruppert 2021, p. 31-33. Voor zover de eigen overheid tegemoetkomsten uitkeert voor historisch onrecht dat door een vreemde bezettingsmacht is aangedaan is er natuurlijk wel sprake van een solidariteitsregeling (vgl. Ruppert 2021, p. 32).

130. Al werd dat in het geval van de toeslagenaffaire destijds door de Afdeling niet onderkend, zie noot 108 hiervoor. Hier speelt dus wel een element van wijsheid achteraf mee.

door de werking van rechtsfiguren die de rechtszekerheid dienen, doet daar niet aan af. Een regeling ter vrijwillig herstel van dit ‘echte’ historische onrecht trekt een historische morele en ‘juridische’ disbalans weer recht. Ingewikkelder is wellicht de vraag naar de (morele) rechtvaardiging van onverplichte regelingen voor overheidshandelen dat naar actuele maatstaven onrechtmatig zou zijn, terwijl het dat naar toenmalige normen niet was. Te denken valt bijvoorbeeld aan de eerder genoemde groep transgenderpersonen die in de jaren tachtig en negentig aan een sterilisatie-eis werd onderworpen of de in Duitsland voor homoseksuele handelingen bestrafte personen. Het lijkt verstandig, fair en juridisch correct om de *daders* van historisch onrecht niet te gemakkelijk te beoordelen naar actuele juridische en morele maatstaven, ingegeven door de wijsheid van nu.¹³¹ Het lijkt mij echter niet misplaatst om op grond van actuele maatschappelijke maatstaven het leed van historische *slachtoffers* alsnog te ‘herinterpreteren’ als onrecht dat de betrokkenen bespaard had moeten blijven. Het lijkt mij niet vreemd of verkeerd om een historische gebeurtenis die in haar tijd en context niet als immoreel of onrechtmatig werd gezien, achteraf te zien als een onrechtvaardigheid die in het heden een zeker herstel verdient. Onverplichte compensatie geeft tegenover de gedupeerden personen in het heden erkenning aan en herstel voor leed waarvan wij nu weten dat het hun niet aangedaan had moeten worden. Een tegemoetkoming kan dat historische onrecht – met de herinnering waarvan die slachtoffers wel gelijk in het heden moeten leven – achteraf verzachten.¹³²

Het lijkt mij overigens (politiek en ‘moreel’) verstandig de herstellende rechtvaardigheid als een buitengrens te hanteren voor onverplichte regelingen voor historisch onrecht. Naarmate historisch onrecht verder in het verleden ligt, en vooral: naarmate er meer generaties geteld kunnen worden tussen de slachtoffers van historisch onrecht

131. Daarom zijn zij dan ook niet aansprakelijk in straf- of civielrechtelijke zin.

132. Loth 2019 p. 22, 36, 43, stelt de prikkelende vraag waarom de burgerlijke rechter overheidsaansprakelijkheid voor historisch leed altijd zou moeten beoordelen naar historische rechtsnormen. Waarom, zo is de vraag, zou de overheid niet het risico mogen dragen van ‘morele vooruitgang’? Wellicht kan de burgerlijke rechter ernstige vormen van historisch onrecht voortaan wel naar actuele in plaats van historische normen beoordelen, zodat slachtoffers achteraf niet alleen ‘moreel’ maar ook juridisch gelijk kunnen krijgen en de overheid aansprakelijk kunnen stellen voor handelen dat destijds rechtmatig was maar inmiddels breed als onrecht wordt erkend. De gedachte is prikkelend, maar het lijkt mij hier wel te gaan om een juridische *Umwertung aller Werte* waarvan het eindpunt lastig valt te bepalen. Wat mij betreft zou eventuele compensatie voor zuiver ‘moreel’ historisch onrecht vooralsnog uitsluitend via onverplichte tegemoetkomingen geboden moeten worden. Zulke regelingen komen dan met *the power of hindsight tot stand*, maar uitsluitend als daar voldoende maatschappelijk en politiek draagvlak voor is. Ik zou er niet zo’n voorstander van zijn als de rechter wijsheid van achteraf gaat gebruiken voor een ‘anachroniserende interpretatie’ van historische rechtsnormen ten behoeve van de gedupeerde.

en de huidige claimanten, wordt de gedachte van verzachting van leed van slachtoffers zwakker. Het is (voor mij) de vraag hoe zinvol regelingen zouden zijn die bijvoorbeeld achterkleinkinderen compenseren voor onrecht dat hun overgrootouders is aangedaan (van welke aard ook – standrechtelijke executies bij de militaire acties, slavernij, veroordeling wegens homoseksualiteit). Loth merkt terecht op dat, naarmate de afstand tussen historisch onrecht en hedendaagse claimanten groter wordt, compensatie steeds minder de herstellende rechtvaardigheid dient,¹³³ en juist steeds sterker neerkomt op een herverdeling.¹³⁴ Mij lijkt (maar daar wordt ook anders over gedacht) dat herverdelingen uit solidariteit beter niet kunnen worden gekoppeld aan het zijn van een nazaat van een groep waaraan historisch onrecht is aangedaan. Voor zover die nazaten maatschappelijke pech of tegenslag ervaren, lijkt het beter dat het collectief hen bijstaat omdat zij pech of tegenslag hebben. Niet historisch onrecht of groepsidentiteit, maar iemands kwetsbare maatschappelijke positie moet mijns inziens primair leidend zijn om solidariteitsregelingen te treffen.¹³⁵

2. *Verhouding tot afwikkeling van overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*

Naar ik vermoed kan het bestaan van een tegemoetkomingsregeling voor historisch onrecht afdoen aan de mogelijkheid om dat historisch onrecht via de burgerlijke rechter af te wikkelen. Toegegeven zij dat dat vermoeden grotendeels berust op een beperkte overweging in het vonnis van de rechtbank Den Haag in de zaak *Rawagedeh*. Die zaak heeft de Hoge Raad nooit bereikt. Voor andere zaken over onrecht bij de militaire acties in Indonesië geldt dat tot dusver evenmin. Toch is het *Rawagedeh*-vonnis naar mijn indruk inmiddels een jurisprudentiële klassieker.

Aan haar oordeel dat in de zaak *Rawagedeh* de verjaringsregels buiten toepassing moeten blijven, legt de rechtbank mede het volgende ten grondslag:

133. Althans, zolang men uitgaat van individuele aansprakelijkheid, en individueel gedragen leed. Zodra men – anders dan ik – vindt dat een groep daadwerkelijk als groep – een volk daadwerkelijk als volk – iets kan worden aangedaan of juist ergens schuldig aan kan zijn, veranderen, geloof ik, morele basisconcepten als de herstellende en de verdelende rechtvaardigheid evenzeer.

134. Loth 2019, p. 29.

135. Daaraan doet m.i. niet af dat het goed kan zijn onrechtmatig verkregen kunst of uit voormalige koloniën geroofde historische voorwerpen – ook generaties later – terug te brengen naar de plaats waar zij zich eigenlijk behoorden te bevinden. Ook dat lijkt mij een vorm van rechtsherstel, niet van verdelende rechtvaardigheid.

‘De Staat heeft er, nu hij kennis droeg van de feiten en zijn verantwoordelijkheid daarvoor, (...) van meet af aan rekening mee moeten houden dat hij tot vergoeding van de schade zou worden aangesproken. Door niettemin een afwachtende houding aan te nemen die naar het oordeel van de rechtbank niet past bij de ernst van de feiten en de kennis van de verwijtbaarheid daarvan heeft hij zichzelf in de positie gebracht dat de kwestie onafgewikkeld bleef. Een beroep op verjaring verdraagt zich daarmee niet. Daarmee spreekt de rechtbank niet in algemene zin het oordeel uit dat van aansprakelijke personen mag worden verwacht dat zij steeds zelf het initiatief tot vergoeding van de schade nemen, maar weegt zij de afwachtende houding van de Staat wel mee bij het oordeel dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.’¹³⁶

De omstandigheid dat de staat nooit iets heeft ondernomen om de slachtoffers tegemoet te komen, is hier dus mede redengevend om de staat een beroep op verjaring te ontzeggen. Had de staat wél gepaste maatregelen genomen om dit historisch onrecht af te wikkelen, dan was er mogelijk geen reden geweest om af te wijken van de hoofdregel dat een historische onrechtmatige daad in beginsel gewoon verjaart. Als deze redenering juist is, kan de staat het moment waarop de burgerlijke rechter dat historisch onrecht afwikkelt door verjaringsregels buiten toepassing te laten vóór zijn door zich tijdig het leed van de betrokkenen aan te trekken.¹³⁷ ‘Vrijwillige’ afwikkeling via een (quasi-?)onverplichte regeling van de overheid zou volgens mij overigens ook de voorkeur hebben. Het is tegenover de slachtoffers ongetwijfeld overtuigender als de overheid eigener beweging met excuses en een zekere vorm van reparatie komt, dan dat zij daar na een (doorgaans vrij langdurige) civiele procedure door de rechter min of meer toe wordt gedwongen. Als *achteraf* het besef groeit dat een groep personen in het verleden onrecht is aangedaan, dan lijkt het beter dat de overheid buiten de juridische handhavingssystemen om zelf initiatief

136. Zie *Rawagedeh*, r.o. 4.15.

137. In dit verband lijkt *Rawagedeh*, r.o. 4.16 juist minder gelukkig. De rechtbank noemt als bijkomend argument om verjaringsregels te passeren dat de staat inmiddels wel historisch onrecht repareert van nabestaanden van overlevenden van de Tweede Wereldoorlog. Volgens de rechtbank blijkt daaruit ‘dat de Staat zelf nog geen streep heeft willen zetten onder dat deel van de geschiedenis’. Los van de vraag of de historische vergelijking echt opgaat, lijkt het mij minder gelukkig om het treffen van een regeling voor de ene groep zo gemakkelijk als argument te nemen voor compensatie aan een andere groep (in dit geval door verjaringsregels te passeren) – behalve als het niet includeren van de tweede groep zou neerkomen op willekeur (vgl. par. 2.2 onder 4). Het lijkt mij geen verbetering als civielrechtelijke jurisprudentie zou meebrengen dat de overheid uit vrees voor precedentwerking te huiverig wordt om historisch leed te verzachten.

neemt om door een tegemoetkoming schoon schip te maken. Toegegeven zij dat het er ook op lijkt dat dit de overheid soms moeite kost. De civiele rechter zal naar verwachting dan ook een ‘breekijzer’ blijven om de overheid in gevallen van historisch onrecht zover te krijgen dat zij over de brug komt.^{138, 139}

4 Aansprakelijkheidsregelingen

De meeste ‘concurrentie’ ondervindt de burgerlijke rechter van – wat hier korthedshalve wordt genoemd – aansprakelijkheidsregelingen. Deze schaderegelingen strekken ertoe om civielrechtelijke (overheids)aansprakelijkheid waarvan het bestaan tegenover een bepaalde groep in beginsel reeds vaststaat, (verder) af te wikkelen via een regeling voor de vaststelling van de concrete aanspraken van individuele gedupeerden. Zulke regelingen kunnen civielrechtelijk van aard zijn (zie par. 4.1 onder 1); de Tijdelijke wet Groningen roept voor schadeafhandeling juist een bestuursrechtelijke procedure in het leven (zie par. 4.1 onder 2). Deze regelingen worden hieronder kort besproken; in paragraaf 4.2 volgt een beschouwing over enkele procedureel- en materieelrechtelijke aspecten daarvan.

4.1 Varianten van aansprakelijkheidsregelingen

1. Civielrechtelijke regelingen ter afwikkeling van overheidsaansprakelijkheid

Sommige regelingen strekken tot minnelijke, civielrechtelijke afwikkeling van overheidsaansprakelijkheid jegens individuele gedupeerden, nadat de burgerlijke rechter al heeft vastgesteld dat de staat jegens een bepaalde groep slachtoffers aansprakelijk is. Illustratief zijn de regeling inzake de aanslag in Alphen aan den Rijn¹⁴⁰ en die voor het drama in Srebrenica.¹⁴¹

138. Die rol kán hij ook spelen als hij in de toekomst bereid zal blijven verjaringsregels te passeren bij historisch onrecht dat een aantasting van de persoon inhoudt. Daar zijn meer voorbeelden van, bijv. Hof Den Haag 12 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2048 (*Adoptie*) en Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2525 (*Marteling voormalig Nederlands-Indië*).

139. De proactieve aanpak in de kwestie van de transgenderpersonen (zie hiervoor) lijkt een veel gelukkigere dan de aanpak in de kwestie *Rawagedeh*. Toch was ook in de transgenderkwestie de aankondiging van aansprakelijkstelling de aanleiding voor stappen van het kabinet.

140. Zie de Regeling Stichting vergoeding schade slachtoffers schietincident Alphen aan den Rijn, die overigens de vorm heeft van een overeenkomst tussen de politie en haar schadeverzekeraar Achmea.

141. Bijlage bij de Kamerbrief van de Minister van Defensie van 17 december 2020 over ‘Aankondiging Civielrechtelijke regeling Srebrenica’.

De al besproken civielrechtelijke regelingen in verband met standrechtelijke executies in Indonesië passen qua opzet en structuur ook in deze categorie. Daarbij heeft de staat echter zijn aansprakelijkheid niet erkend zodat die regelingen (in de benadering van de staat) onverplichte tegemoetkomingsregelingen zijn.¹⁴²

Aanslag Alphen aan den Rijn

Op 9 april 2011 schoot Tristan van der V. in winkelcentrum De Ridderhof in Alphen aan den Rijn drieëntwintig willekeurige voorbijgangers neer, waarna hij zelfmoord pleegde. Zes van zijn slachtoffers kwamen te overlijden. Anderen liepen ernstig invaliderend letsel op. Uit na deze aanslag verricht onderzoek bleek dat de informatiesystemen van de politie uitwezen dat Van der V. ooit bij een vuurwapenincident betrokken was geweest, met psychiatrische problemen kampte en suïcidaal was geweest. In dit licht had Van der V. nooit een vuurwapenverlof mogen krijgen.¹⁴³ De politie had deze cruciale informatie echter over het hoofd gezien bij de voorbereiding van dat besluit. Op vordering van 51 slachtoffers en nabestaanden (met letsel- en overlijdensschade) en vijftien winkeliers (met zaken omzetschade) wordt daarom de politie met succes aansprakelijk gesteld voor de materiële en immateriële schade die zij hebben geleden door het vuurwapengebruik door Van der V., een en ander op te maken bij staat.¹⁴⁴ Als vervolg op dit arrest komt er een vooral procedureel ingestoken regeling tot stand. De politie en haar schadeverzekeraar Achmea richten een stichting op die zij van kapitaal voorzien. Deze wikkelt de aansprakelijkheid tegenvoer individuele gedupeerden af via een schade-expert.¹⁴⁵

Srebrenica

Op 13 juli 1995 verleenden militairen van de in het Bosnische Srebrenica gestationeerde humanitaire missie ‘Dutchbat’ medewerking aan de evacuatie door Bosnisch-Servische militairen van ongeveer driehonderd moslim-

142. Daarom werden die regelingen in par. 3 besproken als onverplichte tegemoetkomingsregelingen voor historisch onrecht. Voor alle duidelijkheid: de eiseressen in de *Rawangedeh*-uitspraak hadden *recht* op schadevergoeding omdat de staat het vonnis in gezag van gewijsde heeft laten gaan. De regelingen zijn getroffen voor nabestaanden die zich nadien meldden. Ten aanzien van hen is de staat zijn aansprakelijkheid blijven ontkennen, maar heeft hij wel (volgens hemzelf) onverplichte tegemoetkomingsregelingen vastgesteld. Ook deze regelingen mondden uit in een vaststellingsovereenkomst waarin partijen elkaar (kennelijk voor alle zekerheid) finale kwijting verlenen.

143. Zie art. 7 lid 1 onder b en c (oud) van de Wet wapens en munitie (WWM) en een daarop gebaseerde beleidsregels.

144. HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409.

145. Stichting Vergoeding schade slachtoffers schietincident Alphen aan den Rijn, zie stichtingvssa.nl (laatst geraadpleegd 20 september 2022). De genoemde website bevat weinig informatie over de vorm waarin de aansprakelijkheid verder wordt afgewikkeld. Wat ik daarover in de tekst vermeld, is mij bekend uit telefonische navraag via de stichting.

mannen die naar de Dutchbat-compound waren gevlucht. Vlak na die evacuatie zijn deze mannen door Bosnische-Serven gedeporteerd en geëxecuteerd. Dutchbat moet ermee bekend zijn geweest dat de mannelijke vluchtelingen dat gevaar liepen, maar heeft hun desondanks niet de keuze geboden om op de compound te blijven. De Hoge Raad verklaart voor recht dat de staat onrechtmatig heeft gehandeld omdat Dutchbat de mannen deze keuze niet heeft geboden. Daardoor is hun volgens de Hoge Raad een kans van 10% onthouden om uit handen te blijven van de Bosnisch-Servische militairen. Dit betekent dat de staat aansprakelijk is voor 10% van de schade van hun nabestaanden.¹⁴⁶

Ter afwikkeling van dat arrest komt Defensie met een ‘civielrechtelijke regeling’. Op grond daarvan kunnen, kort gezegd, echtgenotes, kinderen, ouders en minderjarige broers of zussen van de vermoorde mannen zich bij een onafhankelijke commissie melden, die hun een vaststellingsovereenkomst aanbiedt.¹⁴⁷ Tegen finale kwijting kunnen de echtgenotes € 15.000 ontvangen en de andere genoemde nabestaanden € 10.000.

De genoemde regelingen kunnen worden gekenschetst als een poging om te voorkomen dat individuele gedupeerden zich genoodzaakt voelen om opnieuw naar de rechter te stappen teneinde de burgerlijke rechter voor hen individueel het precieze schadebedrag te laten vaststellen. Daartoe bieden deze regelingen een informele, laagdrempelige procedure waarin de gedupeerden hun claim kunnen onderbouwen. De slachtoffers van de aanslag in Alphen kunnen zich melden bij de genoemde stichting. De nabestaanden van ‘Srebrenica’ kunnen zich melden bij de daarvoor ingestelde onafhankelijke commissie.¹⁴⁸ De Srebrenica-regeling bevat bovendien (net als de ‘Indonesische’ regelingen) categorisering van groepen van slachtoffers met bijbehorende forfaitaire schadebedragen.¹⁴⁹ Een en ander moet uitmonden in een passend aanbod voor de definitieve afwikkeling van de reeds vastgestelde, vermogensrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁵⁰

146. Dat laatste blijkt niet uit het dictum maar uit r.o. 5.1. Zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (*Mothers of Srebrenica*).

147. In sommige gevallen moet men deel uitgemaakt hebben van het huishouden van een vermoorde man, zie art. 2 van de regeling.

148. Instellingsbesluit Commissie Uitvoering civielrechtelijke regeling Srebrenica (*Stcrt.* 2020, 35759). Zie art. 2 over onafhankelijkheid.

149. Bij ‘Alphen’ daarentegen wordt de schade juist op individuele basis vastgesteld.

150. De Srebrenica-regeling mondt uit in een aanbod voor een vaststellingsovereenkomst waarin partijen elkaar finale kwijting verlenen; zie par. 4 van de regeling (vgl. art. 2 van de modelvaststellingsovereenkomst bij de Indonesische regelingen). Bij de afwikkeling inzake Alphen mondt de procedure uit in een eenzijdige vaststelling van het schadebedrag door de afwikkelende stichting; opmerkelijk genoeg komt het daar niet tot een vaststellingsovereenkomst met finale kwijting.

De regelingen inzake Nederlands-Indië (waarvan de eerste versie dateert van 2013) werden feitelijk afgewikkeld door de landsadvocaat. De vraag dringt zich op of de gedupeerden van deze afwikkelaar nu voldoende distantie van de belangen van de staat zullen of mogen verwachten. De Srebrenica-regeling en de regeling voor Alphen (beide 2020) plaatsen de uitvoering daarvan als gezegd op meer afstand van de staat. Ten aanzien van het (publiekrechtelijke) Instituut Mijnbouwschade Groningen is de onafhankelijkheid en onpartijdigheid zelfs wettelijk geborgd, zie hierna. Enige afstand tussen de aansprakelijke en de feitelijke afwikkelaar lijkt verstandig voor regelingen die moeten uitmonden in een aanbod dat voor de gedupeerde zodanig aanvaardbaar is dat deze zich niet genoodzaakt voelt om verder te procederen.

De staat ziet deze regelingen als ‘civielrechtelijke regelingen’ en dat zijn zij inderdaad in dubbel opzicht – zowel qua grondslag als qua rechtsgevolgen. Zij berusten op de privaatrechtelijke bevoegdheid van de overheid om haar eigen vermogen te beheren en in dat verband aan te kondigen dat zij aan iemand tegenover wie zij aansprakelijk is, een bepaald financieel aanbod zal doen. Een publiekrechtelijke grondslag is voor deze schaderegelingen niet nodig.¹⁵¹ Ook de beoogde rechtsgevolgen van de regeling zijn civielrechtelijk omdat zij resulteren in een privaatrechtelijke schikking van aansprakelijkheid waarvan de burgerlijke rechter reeds heeft vastgesteld dat die tegenover de groep is gevestigd.

In dit verband valt overigens op dat de staat in deze zaken geen beroep doet op verjaring. In de *Srebrenica*-zaak dateert de dagvaarding in eerste aanleg van 4 juni 2007, dus zo’n twaalf jaar na de gebeurtenissen.¹⁵² Namens de staat is al bij de rechter bewust geen verjaringsverweer gevoerd.¹⁵³ Voor ‘Alphen’ geldt dat gedupeerden die niet hebben ‘meegeprocedeerd’ in de procedure die tot het arrest van de Hoge Raad leidde, niet worden uitgesloten van afwikkeling van aansprakelijkheid via de regeling, terwijl ten aanzien van deze personen vermoedelijk een verjaringsverweer mogelijk is als zij zich

151. Zo is de regeling voor Indonesische weduwen een ministeriële ‘bekendmaking’ in de Staatscourant, de Srebrenica-regeling is blijkens de Kamerbrief van de Minister van Defensie van 17 december 2020 een ‘civielrechtelijke regeling’. Overigens krijgt een dergelijke regeling door instelling van een onafhankelijke commissie ter uitvoering daarvan, toch weer een publiekrechtelijk trekje.

152. Zie Rb. Den Haag 16 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8562.

153. Te kennen uit het naar verwachting in 2023 te verschijnen Steendam Visser 2023, par. 5.

alsnog melden.¹⁵⁴ Ook voor de civielrechtelijke regelingen voor de acties in voormalig Nederlands-Indië gold dat, nadat de staat had besloten om met de oorspronkelijke eiseressen te schikken, zich ook andere nabestaanden konden melden. Het lijkt er in ieder geval in deze drie kwesties op dat de overheid, nadat de rechter eenmaal de onrechtmatigheid van haar handelen heeft vastgesteld, ook *alle* gedupeerden die door dat (type) handelen zijn geraakt, voor een vergoeding in aanmerking wil laten komen. Dat deze zaken (terecht) veel publieke en politieke aandacht hebben gekregen, zal daarin hebben meegespeeld. Publieke en politieke aandacht leidt al snel tot politieke druk om groepen in vergelijkbare omstandigheden op gelijke wijze tegemoet te treden. In dit opzicht krijgen dus ook deze regelingen, die in de kern strekken tot afwikkeling van ‘echte’ aansprakelijkheid,¹⁵⁵ toch ook een juridisch gezien onverplichte uitbreiding.

Overigens zou het goed kunnen dat deze drie zaken naar huidig recht in aanmerking zouden komen voor afwikkeling via de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA). (Ook) bij die weg naar afwikkeling kan de hele groep van gedupeerden van een schadegebeurtenis profiteren, en is de aansprakelijkheid achteraf niet beperkt tot de personen die op persoonlijke titel hebben ‘meegeprocedeerd’.

2. Bestuursrechtelijke aansprakelijkheidsafwikkeling: de Tijdelijke wet Groningen

Het summum van ‘verpubliekrechtelijking’ van civiele aansprakelijkheid is de Tijdelijke wet Groningen (TwG) die in de zomer van 2020 van kracht werd.¹⁵⁶ Via de TwG heeft de staat de afwikkeling aan zich getrokken van de aansprakelijkheid van de exploitanten (de Nederlandse Aardolie Maatschappij (NAM) en Energie Beheer Nederland (EBN)) voor de schade die tienduizenden aan hun huizen en gebouwen hebben geleden door bodembeweging, veroorzaakt door de aardgaswinning in Groningen en de aard-

154. Zie de genoemde regeling, onder B en onder 23: het gaat om vergoeding van ‘de’ schade die het gevolg is van het vuurwapengebruik door Van der V. De kring van vergoedingsgerechtigden wordt niet beperkt tot de partijen in de oorspronkelijke procedure. Dat de verjaringsregels (aldus) buiten beschouwing worden gelaten, werd mij bevestigd bij navraag via de genoemde stichting.

155. *Rawagedeh* daargelaten.

156. Er is veel over deze wet en over de Groningenproblematiek geschreven, zie onder vele andere de bijdragen van Kortmann, Van de Bunt en Planken & Tjepkema in de eerste aflevering van het *NJB* 2020, alsmede Bovend’Eert 2019, De Bock 2019 en Dijkers 2022. Omwille van de transparantie: in 2018 schreef ikzelf op uitnodiging van de NAM eenmalig mee aan een *legal opinion* over een conceptversie van de wet.

gasopslag in Norg.¹⁵⁷ Het betreft hier de zuiver privaatrechtelijke risicoaansprakelijkheid op grond van artikel 6:177 BW van een privaatrechtelijke onderneming.¹⁵⁸

Zoals bekend zal zijn heeft het de NAM, maar ook de overheid en wellicht ook de Nederlandse samenleving de nodige jaren gekost om het rechtstreekse verband onder ogen te zien tussen de voor de exploitanten (en voor Nederland) lucratieve gaswinning en de toenemende verzakkingen en aardbevingen in Groningen, alsmede de gevaren die daaruit voortvloeien voor gebouwen en personen. Vanaf 2015 is de NAM toch gaan pogen om haar aansprakelijkheid voor deze verzakkingen zelf gesystematiseerd af te wikkelen.¹⁵⁹ Zij richtte daartoe een uitvoeringsorganisatie op die op enige afstand maar onder haar verantwoordelijkheid de schade afhandelde.¹⁶⁰ Juridisch gezien was dit een civielrechtelijke aansprakelijkheidsregeling: een daarvoor geschapen uitvoeringsprocedure resulteerde in een schikkingsvoorstel dat de gedupeerde (en de exploitant) de gang naar de burgerlijke rechter moest besparen.¹⁶¹ Dit arrangement kon niet voorkomen dat onder gedupeerden de onvrede bleef bestaan met de schadeafhandeling – wat onvoldoende verbeterde nadat de overheid de gedupeerden in deze procedure advies en bijstand ging verlenen. De afdoening onder verantwoordelijkheid van de NAM werd als onvoldoende onafhankelijk ervaren, en de ongelijke positie van partijen bleef een probleem.¹⁶² Om maatschappelijke ontwrichting te voorkomen bracht de wetgever de TwG tot stand.¹⁶³ Deze wet roept het Instituut Mijnbouwschade Groningen (IMG) in het leven, een zelfstandig bestuursorgaan dat op onafhankelijke¹⁶⁴ en onpartijdige¹⁶⁵ wijze de schade afhandelt die is veroorzaakt door gaswinning in Groningen of gasopslag in het Drentse Norg. Blijkens de wetsgeschiedenis moet de

157. Zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.5: zowel NAM als EBN is exploitant in de zin van art. 6:177 BW.

158. Dit preadvies legt zijn focus op overheidsaansprakelijkheid. Toch komt de TwG hier aan bod. Hoewel de aansprakelijkheid van NAM/EBN zuiver privaatrechtelijk is, is de indirecte betrokkenheid van de staat bij deze aansprakelijkheid aanzienlijk. Dat komt zowel door zijn verantwoordelijkheid voor het verstrekken van gaswinningsconcessies als doordat hij via zijn aandeelhouderschap van EBN deelneemt in de ‘Maatschap Groningen’ en zo deelt in de opbrengsten van de gaswinning (zie Gijselaar, Rijnhout & Emous 2014, par. 2 over de verhouding tussen de staat en de andere bij gaswinning betrokken rechtspersonen).

159. Publiekrechtelijk is natuurlijk een minstens zo belangrijk gevolg van dit doorgedrongen inzicht dat de overheid in 2018 heeft besloten de gaswinning versneld af te bouwen.

160. Zie voor een uitgebreider overzicht de MvT bij de TwG alsmede Evaluatierapport 2022, p. 26-28 en p. 35-36.

161. *Kamerstukken II 2018/19*, 35250, nr. 3, p. 1-2 (MvT).

162. *Kamerstukken II 2018/19*, 35250, nr. 3, p. 5 (MvT).

163. Die werd voorafgegaan door het Besluit mijnbouwschade Groningen, dat als tussenoplossing een Tijdelijke commissie mijnbouwschade Groningen de schade liet afhandelen.

164. Art. 2 lid 2 TwG; art. 7 TwG.

165. Art. 4 lid 5 en 7 TwG.

procedure via het IMG bijdragen aan een rechtvaardige schadeafhandeling, waarbij oog is voor de menselijke maat, en voortvarend en ruimhartig te werk wordt gegaan.¹⁶⁶

Gedupeerden kunnen schadevergoeding aanvragen bij het instituut. Dat beoordeelt hun aanvraag waar nodig met hulp van door hem aangewezen deskundigen. Dit bestuursrechtelijke traject resulteert in een Awb-besluit, waartegen beroep op de bestuursrechter openstaat. De schadevergoedingen die het instituut toekent, worden bekostigd uit middelen die de Minister van Economische Zaken en Klimaat ter beschikking stelt.¹⁶⁷ De minister belast deze kosten via een jaarlijkse heffing door aan de exploitant.¹⁶⁸

Het afwikkelingsmodel in de TwG, waarin de staat zichzelf als het ware juridisch tussen een aansprakelijke particuliere organisatie en de gedupeerde manoeuvreert en de afhandeling en uitbetaling van de schadeclaim aan de gedupeerde overneemt, is een unicum.¹⁶⁹ De afhandeling van schade die wordt veroorzaakt door een private partij is, zo meldt de toelichting op de wet terecht, immers een private aangelegenheid.¹⁷⁰ Slechts heel bijzondere omstandigheden kunnen deze inbreuk op dat systeem tijdelijk rechtvaardigen. De toelichting noemt de blijvende maatschappelijke onrust en maatschappelijke ontwrichting doordat voor een omvangrijke, regionaal geconcentreerde groep gedupeerden de private schadeafhandeling door de exploitant niet goed werkt, de bij de overheid bestaande overtuiging dat die afhandeling alleen tot haar recht komt onder publieke regie en de beleidsverantwoordelijkheid van de minister voor de gaswinning.¹⁷¹ Vooralsnog is niet concreet in beeld dat de wetgever voor een ander geval van zuiver privaatrechtelijke massa-aansprakelijkheid wederom een regeling naar 'TwG-model' treft. Als deze afdoeningsmodaliteit uiteindelijk voldoende tot tevredenheid stemt bij betrokkenen en de overheid, valt echter niet uit te sluiten dat zij naar meer smaakt, al valt op te merken dat de eigen

166. Aldus bondig samengevat in het Evaluatierapport 2022, p. 37 e.v.

167. Art. 14 TwG.

168. Art. 15 TwG.

169. Bij sommige solidariteitsregelingen (par. 2) neemt de overheid een deel van de afwikkeling op zich van door derden veroorzaakte schade, zo bijvoorbeeld via het Schadefonds geweldsmisdrijven. Daarbij biedt de overheid echter op eigen voorwaarden een tegemoetkoming; onder de TwG neemt zij de hele afwikkeling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid over.

170. *Kamerstukken II 2018/19*, 35250, nr. 3, p. 5 (MvT).

171. *Kamerstukken II 2018/19*, 35250, nr. 3, p. 6-7 (MvT). De toelichting vermeldt niet het feit dat de staat en de Nederlandse samenleving decennia konden profiteren van gasinkomsten. Toch lijkt mij dat bepaald een bijkomende reden voor enige publieke zorg voor degenen die de nadelen van die gaswinning moeten dragen. Ook blijft de toelichting weg bij de vraag of de staat mogelijk *zelf* uit onrechtmatige daad aansprakelijk is vanwege de door hem verleende concessies, of door onvoldoende toezicht en maatregelen toen de gevaren van gaswinning duidelijk werden. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.7.13, houdt de mogelijkheid open dat de feitenrechter die conclusie trekt (vgl. Kortmann 2020).

financiële betrokkenheid van de staat bij de gaswinning een factor is die elders minder zal spelen. Bovendien is denkbaar dat de overheid in de toekomst voor enige vorm van eigen aansprakelijkheid een publiekrechtelijke aansprakelijkheidsregeling naar TwG-model treft.

4.2 Verhouding tot het domein van het burgerlijk recht en de burgerlijke rechter

Over de verhouding tussen enerzijds regelingen ter afwikkeling van civielrechtelijke aansprakelijkheid en anderzijds het burgerlijk recht en de burgerlijke rechter valt veel meer te zeggen dan in dit bestek mogelijk is. Hierna beperk ik mij tot enkele opmerkingen van (1) procesrechtelijke en (2) materieelrechtelijke aard. De procesrechtelijke opmerkingen gaan zuiver over het ‘publiekrechtelijke model’ zoals dat aan de TwG ten grondslag ligt. De materieelrechtelijke opmerkingen hebben in beginsel betrekking op alle aansprakelijkheidsregelingen.

1. Enkele procesrechtelijke opmerkingen naar aanleiding van de TwG

Verplaatsing van besluitvorming naar het bestuursrechtelijke domein

Een publiekrechtelijk model van schadeafhandeling zoals toegepast in de TwG zorgt ervoor dat schadeafwikkeling vanuit het domein van de civiele rechter wordt verplaatst naar het bestuursrecht. De schade wordt afgehandeld via een appellabel Awb-besluit, ten aanzien waarvan de bestuursrechter in rechtsbescherming voorziet. Kwantitatief lijkt mij echter het belangrijkste effect van deze ‘verplaatsing’ niet zozeer dat de *bestuursrechter* bevoegd wordt, maar dat de beslissing om tot een bepaald schadebedrag te komen wordt genomen in een door de Awb gereguleerd besluittraject. Als de regeling in haar opzet slaagt, zullen de meeste gedupeerden het voor hen genomen schadebesluit (eventueel na bezwaar) acceptabel vinden en daarom de gang naar de (bestuurs)rechter achterwege laten.¹⁷² Veruit de meeste schadegevallen zullen in het bestuurlijke (voor)traject worden afgekweld, zonder de rechter te bereiken. Het bestuurlijke besluitvormingstraject is een gereguleerd besluitvormingsproces dat voor de aanvrager de

172. Vgl. Planken & Tjepkema 2020, p. 8. Vanzelfsprekend geldt een omgekeerde redenering niet: als weinigen naar de rechter stappen, zijn de meesten dus tevreden. Er kunnen andere redenen zijn dan tevredenheid om niet naar de rechter te stappen. Niettemin kunnen getallen mogelijk wel iets zeggen. Slechts tegen ongeveer 0,5% van de IMG-besluiten wordt beroep ingesteld, Evaluatierapport 2022, p. 151.

nodige wettelijke waarborgen bevat.¹⁷³ Op het schadebesluit zijn bovendien alle formele en materiële algemene beginselen van behoorlijk bestuur onverkort van toepassing. Dergelijke normen kunnen nog worden aangevuld door normen en reglementen van het schade afhandelende bestuursorgaan zelf. Zeker als de wens vooropstaat om de gedupeerde te helpen bij het verzilveren van zijn aanspraak, kan het afwikkellende bestuursorgaan zijn ambtenaren ook vormen van ‘hulp’ en advisering laten bieden.¹⁷⁴

Het integraal toepasselijk worden van het bestuursrechtelijke besluitvormingstraject – desgewenst zelfs in ten behoeve van gedupeerden aangeklede vorm – lijkt mij een *kans*. Dit traject is een procedure waarin de overheid de gedupeerden tegemoet kan komen door een laagdrempelige, soepele, voortvarende en communicatief toegankelijke schadeafwikkeling. In dit kader kan die kans op geslaagde afwikkeling bovendien worden vergroot door (ten opzichte van het BW) bijzondere materiële normen te formuleren die de afwikkeling vereenvoudigen en mogelijke conflictpunten verminderen (zie hierna, onder 2). Of en wanneer die kans bewaarheid wordt, is een empirische kwestie waarover ik weinig kan zeggen. Het zou overigens niet verbazen als dat van regeling tot regeling nogal verschilt.¹⁷⁵

De schadeafwikkeling in Groningen lijkt in ieder geval vooralsnog redelijk tot tevredenheid van de betrokkenen te verlopen.¹⁷⁶ De afwikkeling van

173. Zo verbiedt de Awb vooringenomenheid (art. 2:4 Awb); geeft zij regels over de mate waarin het bestuursorgaan zich mag verlaten op een deskundigenadvies (vgl. afdeling 3.3), kent zij waarborgen rond de aanvraag, schept zij in bepaalde gevallen de verplichting om de aanvrager te horen en kent zij besluitvormingstermijnen (zie hoofdstuk 4 Awb). Juist op dat punt hanteert het IMG overigens een eigen, ruimere termijn.
174. Bij de afwikkeling onder de TwG krijgen schademelders bijvoorbeeld een ‘zaakbegeleider’ toegewezen.
175. Rijnhout 2017 trekt op dit punt een aantal leerzame ‘lessen’ uit beschikbaar empirisch onderzoek.
176. Evaluatierapport 2022, p. 150-152. Er zijn echter onderlinge verschillen, waarbij personen met complexe schades veel minder tevreden zijn. Bovendien is er een groep met een laag vertrouwen in het IMG. Zie echter ook Dijkers 2022, die als ervaringsdeskundige een veel minder vrolijk stemmend beeld schetst. Afgaande op diens – zij het, persoonlijke – ervaring lijken door IMG ingeschakelde deskundigen erg bedreven in het ter discussie stellen van het voor aansprakelijkheid onder art. 6:177 BW vereiste causaal verband. Het IMG dan wel de bestuursrechter stellen zich naar Dijkers’ oordeel vervolgens onvoldoende kritisch op. Toch vraag ik mij af of het probleem hier niet vooral is, dat het IMG de gepastheid van vereiste vergoedingen nu eenmaal moet beoordelen op grond van art. 6:177 BW. Die afwikkeling vergt onder andere een serieuze beoordeling van het causaal verband (zij het via een bewijsvermoeden). Ook de burgerlijke rechter zou daar niet omheen kunnen. Wellicht was het beter geweest als de overheid een veel ruimere *solidariteitsregeling* in het leven had geroepen, op grond waarvan ook verzakkingsschade voor vergoeding in aanmerking zou komen waarvan het causaal verband met de gaswinning minder duidelijk is (vgl. Kortmann 2020, die pleit voor een Schadefonds bodembeweging Groningen; het ligt overigens minder voor de hand dat in dat geval ook de overheid uit eigen middelen zou bijdragen aan die ruimere vergoedingen). Wellicht is er bij de TwG-afdoening eerder sprake van ‘te veel’ dan van ‘te weinig’ burgerlijk recht.

de kindertoeslagenaffaire – weliswaar een tegemoetkomingsregeling, maar wel een waaromheen eveneens een bestuursrechtelijk besluitvormingstraject is gecreëerd – lijkt juist tot teleurstelling te leiden. De overheid zal in ieder geval de nodige middelen voor de uitvoering moeten kunnen vrijmaken, bij voorkeur moeten werken met voldoende uitvoerbare materiële normen, en geen verwachtingen moeten wekken die niet waar te maken zijn.¹⁷⁷

Verplaatsing van de rechtsbescherming naar de bestuursrechter

Het spannendste aspect van het TwG-model is dat dit de rechtsbescherming tegen beslissingen over een van origine zuiver privaatrechtelijke aansprakelijkheid grotendeels verplaatst naar het domein van de bestuursrechter, doordat de overheid zich (via het IMG) heeft opgeworpen als bestuursrechtelijke schadeafwikkelaar. Die verplaatsing is niet volledig: de gedupeerden kunnen het IMG links laten liggen en rechtstreeks bij de burgerlijke rechter de exploitant aanspreken. Pas door de weg van de TwG in te slaan snijden zij voor zichzelf de toegang tot de burgerlijke rechter af.¹⁷⁸

De wetgever heeft de gedupeerden onder de TwG bewust deze mogelijkheid gelaten om te kiezen voor afwikkeling via de burgerlijke rechter.¹⁷⁹ Voor

177. Van de Bunt 2021 levert stevige kritiek op de complexiteit van de herstelregelingen voor de kindertoeslagaffaire (vgl. par. 2 hiervoor), die de uitvoerbaarheid daarvan zeker niet ten goede zullen komen. De achterstanden bij de afwikkeling zijn inmiddels ontzettend. Wel valt ook het volgende op te merken. Onder deze regelingen wordt gepoogd om uit te zoeken of een betrokkene, gelet op zijn omstandigheden, in voldoende mate voor herstel in aanmerking komt. Voor de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de miljarden kostende hersteloperatie lijkt cruciaal dat er geen aanzienlijke schadevergoedingen worden betaald aan ‘echte fraudeurs’ ten aanzien van wie er wel rechtmatig is gehandhaafd. Het maken van dit (waarschijnlijk niet op basis van scherpe criteria te maken) onderscheid kost tijd en aandacht. De overheid moet daarover duidelijke verwachtingen scheppen.

178. Dat afsnijden is materieelrechtelijk ingericht. Een aanvraag bij het IMG moet vergezeld gaan van een verklaring dat de gedupeerde zijn vordering op de exploitant overdraagt aan de staat, zie art. 11 lid 2 onder h TwG. Andersom geldt overigens: wie een vordering bij de burgerlijke rechter instelt, maakt daarmee het instituut onbevoegd, art. 2 lid 4 onder d en e TwG.

179. In het oorspronkelijke wetsvoorstel bood de TwG een exclusieve weg voor schadeafwikkeling. Dat is op advies van de Raad van State aangepast, zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35250, nr. 3, p. 46 (MvT). Grondwettelijk is zo'n exclusiviteit m.i. ook moeizaam. Krachtens art. 112 lid 1 Grondwet (Gw) is de burgerlijke rechter altijd bevoegd als hij wordt geadieerd op basis van een vordering uit onrechtmatige daad. Hij verklaart de eiser niet-ontvankelijk als die – volgens de burgerlijke rechter – in een met voldoende waarborgen omklede, alternatieve rechtsgang ook had kunnen vragen, wat hij nu aan de burgerlijke rechter vraagt. Het is maar zeer de vraag of de civiele rechter – zou het TwG-systeem exclusieve werking hebben gehad – de mogelijkheid om bestuursrechtelijk te procederen tegen een IMG-besluit over schadevergoeding in alle gevallen als een voldoende reden zou hebben gezien om een vordering tegen de exploitant niet-ontvankelijk te verklaren (vgl. *Kamerstukken II 2018/19*, 35250, nr. 4, p. 6-7 (advies RvS); zie echter Planken & Tjepkema 2020, p. 13). Er bestaat jurisprudentie waaruit blijkt dat de beschikbaarheid van bestuursrechtelijke handhavingsmodaliteiten niet afdoet aan

deze en voor mogelijk in de toekomst (bij wet in formele zin vastgestelde)¹⁸⁰ publiekrechtelijke aansprakelijkheidsregelingen lijkt dat verstandig. Ten eerste maakt de wetgever daarmee waar wat in de toelichting op de TwG (en andere bijzondere schaderegelingen) voortdurend wordt gesteld: deze regelingen moeten gedupeerden helpen. Zij willen de gedupeerden het leven gemakkelijker maken door een laagdrempelige procedure te bieden. Bij zulk tegemoetkomen past niet dat de regeling de gedupeerde tegelijkertijd de civiele procesingang *ontneemt*, en daarmee de mogelijkheid om de claim desgewenst toch bij de burgerlijke rechter te laten beoordelen.¹⁸¹ Als de regeling in haar opzet slaagt, zullen weinig gedupeerden voor die civielrechtelijke weg kiezen, maar dat die mogelijkheid wel blijft bestaan kan mogelijk het vertrouwen versterken dat de regeling er niet te veel toe strekt de schade *voor de overheid* te beperken. Wellicht is dit een wat rechtspoliteik argument. Een tweede argument is meer juridisch van aard: een resterende mogelijkheid om naar de burgerlijke rechter te stappen heeft mogelijk een positief effect op de rechtseenheid. Dat geldt in ieder geval in die zin dat de schadeafwikkeling onder de regeling (zowel in procedurele als in materiële zin) niet te ver ‘onder’ de civielrechtelijke standaard kan ‘zakken’. Als dat breed bekend zou raken zouden (andere) gedupeerden immers toch weer naar de civiele rechter kunnen gaan, in plaats van hun schade onder de regeling aan te melden. Het wettelijk openlaten van de mogelijkheid dat gedupeerden op de klassieke civiele procedure terugvallen, kan eraan bijdragen dat degenen die de claim onder de schaderegeling afhandelen zich niet té zeer van het civiele recht kunnen loszingen (althans niet ten nadele van de gedupeerde).

de ontvankelijkheid van een civiele vordering die rechtstreeks tegen de (gesteld onrechtmatig handelende) wederpartij wordt ingesteld. Vgl. HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:2008:ZC0808 (*Kuunders*). Weliswaar gaat het daar om handhaving, maar de analogie met schadeafwikkeling lijkt mij krachtig genoeg. Voor alle duidelijkheid: buiten kijf staat dat de wetgever op basis van art. 112 lid 2 Gw een van origine civielrechtelijke aansprakelijkheidsverhouding mag laten afhandelen door het bestuur – en van die afhandeling dus een bestuursrechtelijke kwestie mag maken (zo Bovend’Eert 2019). M.i. spreekt echter niet voor zich dat het achterliggende civielrechtelijke geschil (waarvoor de burgerlijke rechter op grond van art. 112 lid 1 Gw bevoegd is) vervolgens bij de burgerlijke rechter kan worden weggehouden.

180. Schaderegelingen in *lagere* regelgeving kunnen vanwege de normenhierarchie de in het BW geregelde rechten niet beknotten.

181. Het in de noot 179 genoemd advies van de Raad van State vermeldt terecht dat de burgerlijke rechter procesrechtelijk soms meer te bieden heeft dan de bestuursrechter in een procedure tegen een reeds genomen schadebesluit kan bieden. Denk aan het uitspreken van een verklaring voor recht of de ruime mogelijkheden voor collectieve acties onder art. 3:305a BW. De weg naar de burgerlijke rechter blijft echter ook openstaan als de burgerlijke en de bestuursrechter wél wezenlijk dezelfde rechtsbescherming kunnen bieden.

Na de inwerkingtreding van de – bij schrijven van dit preadvies bij de Eerste Kamer aanhangige – Wet tot wijziging van de Tijdelijke wet Groningen¹⁸² wordt de huidige mogelijkheid voor de bestuursrechter om bij een beroep tegen een IMG-besluit prejudiciële vragen te stellen aan de Afdeling,¹⁸³ genuanceerd. Voortaan zullen de rechtsvragen die de toepassing van bepalingen uit het BW betreffen aan de Hoge Raad worden gesteld en de overige rechtsvragen aan de Afdeling. Mits de bestuursrechter in eerste aanleg steeds de voor de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht relevante vragen detecteert en die aan de Hoge Raad stelt, haalt dat voor de toepassing van de TwG wel de scherpe kantjes van het hier besproken rechts-eenhedenprobleem af.

Meest geschikte rechter?

Een precaire maar in dit korte verband niet volledig te beantwoorden vraag is de kwestie wie nu eigenlijk de meest geschikte rechter is voor het bieden van rechtsbescherming bij (besluiten ter afwikkeling van) civielrechtelijke aansprakelijkheid, zoals de aansprakelijkheid ingevolge artikel 6:177 BW. Beide rechters hebben op verschillende punten goede papieren. Als eenmaal is besloten om schade af te wikkelen in het met eigen waarborgen omgeven bestuursrechtelijke besluitvormingstraject, ligt ook voor de hand dat de bestuursrechter toezicht houdt op de kwaliteit van dat besluitvormingsproces.¹⁸⁴ Dat de bestuursrechter ook de rechter is die de betrokken besluiten inhoudelijk toetst aan het BW, ligt wat minder voor de hand, maar is niet ongebruikelijk. Op basis van artikel 8:88 en 8:89 Awb beoordeelt de bestuursrechter de overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten. Daarbij past hij de normen van het BW zo veel mogelijk analoog toe. De materie is de bestuursrechter dus niet vreemd.¹⁸⁵

Daar staat tegenover dat de bewaking van de rechtseenheid en het bijdragen aan de rechtsvorming in het aansprakelijkheidsrecht voor de burgerlijke rechter evident tot zijn kerntaken behoort. De burgerlijke rechter is daarvoor ook de geschiktste rechter in die zin dat hij het veel bredere veld van het civiele aansprakelijkheidsrecht als zodanig kan overzien. Te verwachten valt dat die ervaring hem gemakkelijker in staat zal stellen specifieke

182. *Kamerstukken* 35603.

183. Art. 16 TwG.

184. Het staat de wetgever natuurlijk vrij om een bijzondere procedure in te richten waarin de burgerlijke rechter met analoge toepassing van Awb-normen toezicht houdt op de kwaliteit van het besluitvormingsproces. Dat lijkt mij echter een nog vreemdere anomalie dan het feit dat de bestuursrechter materiële normen van het BW toepast.

185. Ook bij de toetsing aan nadeelcompensatieregelingen (zie par. 1) past de bestuursrechter bepalingen uit afdeling 6.1.10 van het BW analoog toe. Verder kunnen ook bij zijn toetsing van besluiten ter uitvoering van solidariteitsregelingen (zie par. 2) typisch aansprakelijkheidsrechtelijke kwesties als causaliteit en eigen schuld aan bod komen.

rechtstvragen over schadeafhandeling (die bijvoorbeeld rijzen bij toepassing van art. 6:177 BW) op een harmonieuze wijze in de rechtsontwikkeling van dat geheel in te passen. Voor de rechtseenheid binnen het aansprakelijkheidsrecht vormt de TwG (en vormen mogelijke toekomstige schaderegelingen naar dat model) dus wel een uitdaging. Als de hoogste rechtspraak over belangrijke aansprakelijkheidsrechtelijke kwesties over verschillende rechtercolleges wordt verspreid, komt het op dat punt niet vanzelf goed. De Afdeling bestuursrechtspraak en de Hoge Raad zullen zich inspanningen moeten getroosten om die door onderling overleg en afstemming van rechtspraak zo goed mogelijk te bevorderen.¹⁸⁶ Zoals bekend zijn er daartoe de nodige, deels informele, afstemmingsmechanismen, in de vorm van overleg en kruisbenoemingen waarbij enkele staatsraden in de Hoge Raad worden benoemd en andersom. De mogelijkheid voor de bestuursrechter in eerste aanleg om in TwG-zaken prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen over de uitleg van bepalingen uit het BW, zullen het rechtseenheidsprobleem verder verkleinen.

Lastig te beoordelen (voor mij) is de stelling dat de burgerlijke rechter niet alleen met het oog op de rechtseenheid, maar met het oog op de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding de geschiktere rechter zou zijn. De Bock betoogt dat de burgerlijke rechter geschikt over een meer uitgekristalliseerd, genuanceerder en burgervriendelijker bewijsrecht, terwijl het bestuursrechtelijke bewijsrecht nog in de kinderschoenen staat.¹⁸⁷ Mogelijk zit daar iets in, maar de Awb laat de bestuursrechter ten aanzien van bewijskwesties veel vrijheid, en staat er dus niet aan in de weg dat de bestuursrechter op dit punt (altnog?) de handschoen oppakt. Verder is deze stelling wat lastig te beoordelen omdat, zelfs als de civiele rechter partijen inderdaad betere bewijskansen zou bieden, dat mogelijk deels gecompenseerd wordt doordat het voorafgaande bestuursrechtelijke besluitvormingstraject juist de nodige (extra) waarborgen bevat voor gedupeerden om hun aanvraag goed te kunnen onderbouwen. Ik ben er niet van overtuigd dat de optelsom van bestuursrechtelijke waarborgen niet opweegt tegen het inderdaad genuanceerder lijkende (bewijs)recht dat wordt toegepast door de mogelijk 'ervarener' civiele rechter.¹⁸⁸

186. Uit de *Gezamenlijke reactie van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak op de motie van de leden Van der Lee en Sienot* van 12 mei 2020 blijkt overigens duidelijk van commitment daartoe.

187. De Bock 2019, p. 24.

188. Wél is er in de TwG-procedure weinig inbreng voor de uiteindelijk aansprakelijke NAM/EBN. De NAM heeft met de publiekrechtelijke schadeafhandeling ingestemd en dat is maatschappelijk een verstandige keuze (zie *Kamerstukken II 2017/18*, 33529, nr. 493, waaruit blijkt dat de NAM met de staat is overeengekomen dat zij 'altijd blijft betalen voor alle schade'). Bij een eventuele toekomstige toepassing van het TwG-model

2. *Enige materieelrechtelijke opmerkingen over de inhoud van schaderegelingen*
 Aansprakelijkheidsregelingen (zowel de ‘civielrechtelijke regelingen’ als de publiekrechtelijke TwG) hebben als vertrekpunt dat de overheid door een toerekenbare onrechtmatige handeling (in beginsel) aansprakelijk is jegens een bepaalde groep gedupeerden respectievelijk dat de kwalitatieve aansprakelijkheid van artikel 6:177 BW tegenover de leden van een groep (in beginsel) is gevestigd. De regelingen voorzien vervolgens in de verdere afwikkeling van de aansprakelijkheid tegenover de individuele gedupeerden. De regelingen zijn te kenschetsen als een poging om die gedupeerden te besparen dat zij (al dan niet opnieuw) de complexe en vaak kostbare procedure bij de burgerlijke rechter zouden moeten volgen voor de vaststelling van het concrete schadebedrag waarop zij recht hebben. Deze regelingen slagen dus in hun opzet als gedupeerden hun recht op schadevergoeding inderdaad op een ‘laagdrempeligere’ wijze vastgesteld zien: als zij hun schadevergoeding sneller ontvangen, tegen geringere (proces)kosten en in een met minder emotie en spanning gepaard gaand proces dan in een individuele civiele procedure het geval zou zijn geweest. Overigens heeft ook de staat een ‘eigen’ belang bij een in hiervoor genoemde zin succesvolle schaderegeling. Een snellere, minder conflictueuze afhandeling kan immers ook de staat de nodige proces- en uitvoeringskosten besparen. Ook wordt voorkomen dat het nodige ‘politieke’ en maatschappelijke krediet wordt vermorst aan teleurstelling over het feit dat gedupeerden door slechte hulp ten tweede male worden geslachtofferd.

Verschillende elementen van de juridische¹⁸⁹ vormgeving van deze regelingen kunnen aan de gewenste snelheid en laagdrempeligheid bijdragen. Daartoe kan de regeling niet alleen een toegankelijker en eenvoudiger afwikkelingsprocedure in het leven roepen (zie hiervoor), maar ook kan zij het aantal materieelrechtelijke ‘conflict- of discussiepunten’ verminderen. Dat kan onder andere door nog openstaande aansprakelijkheidsrech-

op andere particuliere schadeveroorzakers zou, mede in het licht van art. 6 EVRM, de gelegenheid voor weerwoord van de uiteindelijk draagplichtige wel een punt van aandacht moeten zijn. Overigens laat de toelichting op de TwG onbeantwoord of de exploitant zich als derde-belanghebbende kan mengen in een bestuursrechtelijke procedure over een IMG-besluit, zie par. 3.2.1. Volgens het Evaluatierapport 2022, p. 143, heeft het IMG door zijn onafhankelijke positie ook voldoende oog voor de belangen van de uiteindelijk aansprakelijke.

189. De hoofdtekst legt de nadruk op juridische factoren, die mij noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarden lijken voor het welslagen van een regeling. Er zijn natuurlijk ook belangrijke communicatieve en sociale factoren die noodzakelijk zijn voor dat welslagen. Gedupeerden worden wellicht proactiever benaderd dan in de civiele procedure mogelijk is; de behandelaar van de claim kan mogelijk toegankelijker en communicatiever zijn dan de rechter (of juist niet) enz. Dergelijke factoren zijn van feitelijke aard. Een goed opgezette regeling kan daaraan wel bijdragen en zo de kans op een geslaagde afwikkeling van de regeling vergroten.

telijke beslispunten al in algemene zin ‘toe te geven’;¹⁹⁰ door in open termen gevatte aansprakelijkheidsnormen uit het BW – die normaal gesproken door de burgerlijke rechter voor het concrete geval nader worden ‘ingevuld’ – al in de regeling nader ‘in te vullen’;¹⁹¹ door de schadebegroting te vereenvoudigen via eenvoudig te onderscheiden schadecategorieën met een bijbehorend forfaitair schadebedrag.¹⁹² Kortom: als een schaderegeling concreetiseert of vereenvoudigt ten opzichte van de procedurele of materiële normen van het algemene aansprakelijkheidsrecht, draagt dat bij aan haar ‘werkzaamheid’. De prijs daarvoor is dat de schadevergoeding in het individuele geval soms (wat) minder precies wordt vastgesteld dan in de civiele procedure op tegenspraak zou gebeuren, of althans, dat de schadevergoeding (naar boven of naar beneden) kan afwijken van het bedrag dat de burgerlijke rechter zou hebben vastgesteld.¹⁹³ Dit gegeven roept een aantal vragen op, die ik hierna bespreek. De ‘achterliggende’ vraag is echter steeds of en in hoeverre het gerechtvaardigd is dat de schade niet strikt volgens de normen van het civiele aansprakelijkheidsrecht wordt afgewikkeld.¹⁹⁴

190. Die beslispunten zullen betrekking hebben op de andere aansprakelijkheidsvereisten dan toerekenbare onrechtmatigheid, en veelal zien op causaliteit, het bewijs van schade, mogelijke eigen schuld van de gedupeerde. Zo categoriseren de Chroom-6-regelingen een reeks aandoeningen naar de sterkte van het veronderstelde verband met blootstelling aan Chroom-6. Daarmee geeft de staat dus al een waarschijnlijkheidsverband toe dat relevant is voor de causaliteit. Ten aanzien van alle transgenders die tot sterilisatie werden gedwongen, wordt immateriële schade verondersteld. Ook het Schadeprotocol voor de schadeafwikkeling door de (aan het IMG voorafgaande) Tijdelijke commissie mijnbouwschade Groningen bevat een ‘invulling’. Oorspronkelijk vestigde art. 6:177a BW een bewijsvermoeden voor causaal verband bij verzakkingschade door *gaswinning*. Bij de instelling van de TCMG wordt verduidelijkt dat ook schade rond de gasopslag in het Drentse Norg onder dat bewijsvermoeden valt (zie *Kamerstukken II 2017/18*, 33529, nr. 423, p. 2-3; inmiddels is art. 6:177a BW in die zin aangepast, *Kamerstukken II 2018/19*, 35250, nr. 3, p. 30 (MvT)). Rechterlijke interpretatie had tot hetzelfde resultaat kunnen leiden, maar mogelijk pas na lang procederen. Enigszins curieus is dat art. 24 van de regeling voor de aanslag in Alphen het laat bij de constatering dat het arrest van de Hoge Raad over de aanslag in Alphen (zie noot 144) voor omzetschade en bepaalde shockschade ‘niet duidelijk [maakt] of zij voor vergoeding in aanmerking komen’. Een conflictverminderende regeling zou dergelijke onduidelijkheid bij voorkeur zelf wegnemen, bijvoorbeeld op basis van een *expert opinion*.

191. Zie daarover ook Kortmann 2020.

192. Zie de gestandaardiseerde schadebedragen in de hiervoor besproken regelingen voor ‘Srebrenica’, de militaire acties in voormalig Nederlands-Indië of wederom de ‘schadevergoedingsmatrix’ voor Chroom-6.

193. Soms is de prijs van concretisering en vereenvoudiging te hoog, zie noot 177.

194. Zie hierover ook de interessante beschouwingen van Kortmann 2020, die mijn gedachten mede vormden.

Exclusieve werking voor de materiële normen in de schaderegeling juridisch mogelijk? Om te beginnen: kan de regelgever ‘regelingen ter afwikkeling van echte aansprakelijkheid’ zo inrichten dat de afwikkeling van de claims van de betrokken slachtoffergroep geheel of gedeeltelijk *exclusief* gebeurt via de normen van de bijzondere schaderegeling? Een dergelijke (gedeeltelijke) exclusieve werking van de schaderegeling zou voor de overheid mogelijk verleidelijk kunnen zijn als de regeling werkt met grofmazige, en niet te royaal ingeschatte forfaitaire schadebedragen.¹⁹⁵ Voor alle duidelijkheid: los van deze ‘materieelrechtelijke exclusiviteitsvraag’ kan ook de (al besproken) procesrechtelijke vraag worden gesteld in hoeverre bepaalde schadegechillen aan de burgerlijke rechter kunnen worden onttrokken. Het gaat mij hier om de materiële vraag.

De hiervoor besproken civielrechtelijke regelingen kunnen vanzelfsprekend geen materiële exclusiviteit verwerven. Zij kunnen slechts uitmonden in een aanbod dat de gedupeerde desgewenst kan afslaan. Daarmee blijft de weg open naar de burgerlijke rechter, die de kwestie ook volgens de materiële normen van het BW zal afhandelen.¹⁹⁶

Een formeelwettelijke aansprakelijkheidsregeling zoals de TwG daarentegen kan wél exclusieve werking krijgen, in dubbel opzicht. Niet alleen kan de wetgever daaruit voortvloeiende geschillen opdragen aan de bestuursrechter (zie hiervoor onder 1),¹⁹⁷ ook kan hij de bepalingen van de wettelijke regeling als *lex specialis* de plaats laten innemen van bepaalde normen uit het BW.¹⁹⁸ Daarbij zou de wetgever wel verdragsrechtelijke grenzen in acht moeten nemen. Het buiten het BW om (gaan) afhandelen van een specifieke categorie schadegevallen, volgens in een bijzondere regeling vastgelegde normen, mag niet neerkomen op ongelijke behandeling of willekeur.¹⁹⁹ Een redelijk beargumenteerde, exclusieve wettelijke regeling die in een beetje ‘zuiniger’ is dan het BW, zal mijns inziens echter niet meteen op verdragsrechtelijke grenzen stuiten – en is dus binnen bepaalde grenzen juridisch mogelijk.

195. Overigens sluit ik niet uit dat juist wat ruime bedragen de afwikkeling kunnen versoepelen, en daarmee (ook) voor de overheid ‘netto’ gunstiger zijn.

196. Voor zover de regeling de aansprakelijkheid gunstiger ‘invult’ dan de burgerlijke rechter zelf zou hebben gedaan ligt het overigens voor de hand dat de burgerlijke rechter van die gunstigere invulling uitgaat.

197. Met een kleine kanttekening met betrekking tot het achterliggende civiele geschil, zie noot 179. De rechtspraak over een regeling naar TwG-model voor overheidsaansprakelijkheid zou wél exclusief aan de bestuursrechter opgedragen kunnen worden.

198. Vgl. HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, NJ 2007/621, m.nt. K.F. Haak.

199. Willekeur stuit op het discriminatieverbod van art. 26 IVBPR, waaraan wetgeving in formele zin getoetst kan worden. Mogelijk stuit het plotsklaps ‘vereenvoudigen en verminderen’ op art. 1 EP EVRM. Mijns inziens zijn echter ook hier beperkte aanpassingen verdragsrechtelijk geen probleem; gezien de hier relatief ruime *margin of appreciation* zal de wetgever het vrij cru moeten maken, wil de bijzondere schaderegeling in strijd komen met art. 1 EP EVRM.

Omdat alle hiervoor besproken schaderegelingen voor de gedupeerde de mogelijkheid openlaten voor afwikkeling via de burgerlijke rechter, is afwikkeling via de schaderegeling dus een vrijwillige keuze. De betrokkene geeft daarmee zijn recht prijs om zijn claim exact en tot in detail bij de burgerlijke rechter uit te procederen naar de normen van het materiële aansprakelijkheidsrecht. Die keuzevrijheid kan de gedachte nog versterken dat het juridisch mogelijk is een regeling op te stellen die kariger uitpakt dan het reguliere aansprakelijkheidsrecht. De redenering zou kunnen zijn dat van de gedupeerde die vrijwillig kiest voor een snellere en eenvoudiger afdoening best de prijs mag worden gevraagd van een duidelijk lagere schadevergoeding.

Kariger vergoeden dan onder het BW?

Dat een kariger bijzondere regeling mogelijk is, wil nog niet zeggen dat de vaststelling daarvan ook wenselijk is – zo verklaart de TwG het BW gewoon van toepassing op de afhandeling door het IMG en dat lijkt mij terecht.²⁰⁰ Het bewust aansturen op een regeling die kariger uitpakt dan het BW valt niet te rijmen met de voortdurend beleden wens om gedupeerden te helpen. Bovendien is het bewust in de regeling ‘inbakken’ van duidelijk lagere dan volledige schadevergoeding niet noodzakelijk om de gewenste laagdrempeligheid en snelheid te bereiken. Integendeel: als het daarom gaat, werkt ‘ruimhartigheid’ (zie hierna) waarschijnlijk evenzeer. De opsteller van een schaderegeling doet er goed aan om in die regeling te mikken op het uitgangspunt van volledige schadevergoeding zoals dat ook in het civiele aansprakelijkheidsrecht tot uiting komt. Het ‘concretiseren en vereenvoudigen’ zoals de regeling dat doet, mag er mijns inziens best toe leiden dat in sommige individuele gevallen een wat lagere schadevergoeding vastgesteld wordt dan waarschijnlijk het geval zou zijn geweest bij strikte toepassing van het BW door de burgerlijke rechter. Evenzo zal het doorlopen van de regeling in sommige gevallen mogelijk wat royaler uitpakken. De regeling werkt dan minder precies uit dan een optelsom van talloze individuele civiele procedures; maar de laagdrempeligere en versnelde afhandeling kan die prijs waard zijn. Mijns inziens kan het echter niet aan de orde zijn dat de overheid er vooraf bewust op koerst dat het totaal uitgekeerde schadebedrag lager zal zijn dan bij afwikkeling via de civiele rechter het geval zou zijn – ook niet op grond van de mogelijke redenering dat het hier een eigen keuze betreft. Schaderegelingen ter afwikkeling van een civielrechtelijke aansprakelijkheid strekken ertoe de gedupeerde te helpen om te verzilveren waar hij *recht* op heeft. De regeling – ook waar die ‘vereenvoudigt’ – moet daarvan een faire benadering geven.

200. Art. 2 lid 6 TwG.

Forfaitaire schadevergoedingen en categorisering

Veel regelingen²⁰¹ werken met varianten van forfaitaire schadevergoedingen.²⁰² Deze forfaits kunnen, eventueel nader gedifferentieerd, worden gekoppeld aan bepaalde categorieën gedupeerden of voor bepaalde schadeposten. Zo'n forfaitaire benadering is vooral behulpzaam om de vaststelling te vereenvoudigen voor schadeposten waarvan de omvang lastig is te bewijzen of te begroten. Overigens vermoed ik dat een forfaitaire benadering onder omstandigheden ook de onderlinge consistentie kan vergroten van de individuele beslissingen die onder de regeling worden genomen. De afwikkelaar die op basis van een open norm een hele reeks beslissingen moet nemen over deels vergelijkbare gevallen, zal naar ik vermoed de natuurlijke neiging ontwikkelen om daar zelf via eigen vuistregels 'systeem' in aan te brengen om te voorkomen dat hij 'maar wat doet'. Een forfaitair stelsel in de regeling kan daar bij voorbaat al voor zorgen.²⁰³

Het werken met een forfaitair stelsel lijkt mij in beginsel dan ook aan te raden – ook al relateert dat het civielrechtelijke uitgangspunt van concrete schadebegroting door de burgerlijke rechter, die moet leiden tot een volledige schadevergoeding.²⁰⁴ De forfaitaire benadering is abstracter en grofmaziger. Tot op zekere hoogte is dat een acceptabele prijs voor toegenomen efficiëntie. Wel is het lastig om in algemene zin te zeggen waar hier de grens ligt. Het lijkt mij duidelijk dat de forfaitaire aanpak een grofmazige, maar wel faire en in algemene zin reële schatting van de schade moet opleveren. De regelsteller zou er daarbij niet op voorhand op moeten sturen dat de forfaitaire benadering gemiddeld kariger uitkomsten oplevert dan bij de concrete schadebegroting het geval zou zijn. Omdat de overheid zelf ook belang heeft bij een goed en efficiënt werkende regeling, lijkt het zelfs gerechtvaardigd dat zij forfaitaire standaardbedragen enigszins (zie hierna) aan de ruime, in plaats van aan de krappe kant schat. Verder moet de schade die door de slachtoffers is geleden, zich in voldoende mate

201. Dat geldt overigens ook voor solidariteitsregelingen en tegemoetkomingsregelingen voor historisch onrecht.

202. Vgl. ook Koenraad 2020. De toelichting op de TwG beveelt die aanpak uitdrukkelijk aan. Overigens is het aan het IMG om die vast te stellen; de TwG zelf bevat weinig materiële normen, zie *Kamerstukken II 2018/19*, 35250, nr. 3, p. 18 (MvT).

203. Voor zover ook de schaderegeling nog open normen bevat waaronder de afwikkelaar veel gevallen moet beslissen, ligt voor de hand dat die zelf alsnog matrixen opstelt – al is het maar voor intern gebruik.

204. Bij afwikkeling van massaschade onder de WAMCA kunnen eveneens regelingen worden getroffen met categorisering. Loth 2022 laat mooi zien dat dergelijke regelingen – die instemming van de rechter behoeven – een zekere verdelende rechtvaardigheid moeten bewerkstelligen: er moet een redelijke verdeling worden gemaakt, niet zonder meer een exacte, concrete schadebegroting in ieder individueel geval. Dit soort categorisering en 'forfaiteringen' lijkt eigen aan *massabeslissingen*.

voor categorisering lenen. Zijn de onderlinge verschillen te groot, dan is deze benadering niet aan de orde.²⁰⁵

In de prejudiciële beslissing inzake de gaswinning overwoog de Hoge Raad dat immateriële schadevergoeding ‘zich niet “min of meer forfaitair” [laat] vaststellen nu dat niet verenigbaar is met het hoogst persoonlijke karakter van de vordering tot vergoeding van deze schade’. Tegelijkertijd staat dat volgens de Hoge Raad ‘uiteraard niet eraan in de weg dat de Staat en NAM/EBN het initiatief nemen om met betrokken partijen (waaronder belangenorganisaties die benadeelden vertegenwoordigen) een regeling overeen te komen die op dit punt voorziet in een forfaitaire vergoeding’. Het lijkt mij bij een regeling zoals de TwG – al gezien de consistentie van de grote hoeveelheid daaronder genomen besluiten – zinvol om wel met forfaits en categorisering te werken. In latere rechtspraak biedt de Hoge Raad gelukkig wat meer ruimte voor abstracte benaderingen.²⁰⁶

Streven naar coulance?

Een terugkerend motief bij alle typen schaderegelingen is het streven om claims af te wikkelen met de nodige ‘coulance’ en ‘ruimhartigheid’ (m.i. inwisselbare begrippen²⁰⁷). Artikel 10 lid 2 TwG maakt dat streven zelfs tot rechtsnorm: ‘De procedure en werkwijze van het Instituut kennen een ruimhartige schadeafhandeling als uitgangspunt.’ Coulance en ruimhartigheid betekenen in wezen dat procedurele of materiële normen van het civiele aansprakelijkheidsrecht ten gunste van de gedupeerde minder streng worden uitgelegd of dat er minder hoge eisen worden gesteld aan het bewijs van hun claim. Dat streven is sympathiek, maar het betekent niettemin

205. Mij lukt het niet om hier in algemene zin meer over te zeggen. Opvallend is wel dat de regeling voor Alphen slechts een procedure bevat, maar geen materiële normen. Navraag bevestigt dat men de schade min of meer van geval tot geval concreet begroot – hetgeen ook wel voor de hand ligt gezien de uiteenlopende vormen van schade (psychisch letsel, inkomensschade, zaakschade, zuivere vermogensschade) en de uiteenlopende situaties van de gelaedeerden. In ‘Srebrenica’ (en ‘Indonesië’) werd weer voor een forfait gekozen, terwijl daar ook materiële schadevergoeding aan de orde was waarvan valt te vermoeden dat die eveneens per persoon kan verschillen. De gedupeerden bevonden zich hier letterlijk op grote afstand. Dat maakt een faire, grofmazige benadering eerder passend.

206. Zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.6 (*Aardgaswinning*) en HR 15 oktober 2021, NJ 2021/363. In de uit dit arrest blijkende benadering wordt aan de hand van vrij eenvoudig vast te stellen objectieve kenmerken minimaal een bepaalde mate van immateriële schade bij de gedupeerde verondersteld. De abstracte benadering biedt de gedupeerde dan in ieder geval een minimum. De benadering lijkt mij efficiënt en relatief coulant voor de gedupeerde.

207. Coulance suggereert vooral het achterwege laten van een verweer of het verlagen van de aan gedupeerden gestelde eisen, ruimhartigheid suggereert eerder dat de vergoede bedragen royaal zijn. Het lijkt niet zinvol om op dat taalkundige verschil te hameren.

dat de gedupeerde beter wordt behandeld dan de gedupeerden van andere schadegebeurtenissen. Coullance dan kan ook worden gezien als een vorm van ongelijke behandeling.²⁰⁸ Daar moet voldoende rechtvaardiging voor zijn.

Er kan het nodige vóór coullance pleiten. Als er sprake is van slachtoffergroepen wier leed of moeilijke positie lange tijd niet is onderkend en te wier aanzien een schaderegeling daarin (eindelijk) verandering moet brengen, is een geest van ruimhartigheid passend. Zeker als het aangedane onrecht de nodige tijd geleden is, siert het de aansprakelijke overheid om de gedupeerden niet te wantrouwig tegemoet te treden, niet te hoge eisen te stellen aan het bewijs voor hun schade, niet te veel procedurele argumenten tegen hun claim in te brengen. Dat alles geldt mijns inziens niet alleen bij historisch onrecht, maar kan ook gelden bij gevaren of ‘echte aansprakelijkheid’ die lang niet onderkend zijn (zoals bij gaswinning). Zoals terecht vaak wordt opgemerkt moet worden voorkomen dat er ‘secundaire vicтимisatie’ van de slachtoffers optreedt doordat zij bij het geldend maken van hun claim als het ware opnieuw niet worden geloofd.²⁰⁹ Het is hier de moeilijke positie waarin de slachtoffers lang hebben verkeerd, die rechtvaardigt dat zij soepeler tegemoet worden gekomen dan slachtoffers van een ‘gewone’ onrechtmatige daad. Wellicht is bovendien het feit dat het bij alle in dit preadvies besproken regelingen gaat om de *overheid* als (semi)aansprakelijke partij, en niet om een willekeurige andere laedens, een bijkomende reden om vooral bij wat ‘formelere’ verweren terughoudendheid te betrachten op grond van de gedachte dat *noblesse oblige*. Gezien de relatief beperkte impact die het uitkeren van een schadevergoeding heeft op de vermogenspositie van de overheid – zeker in vergelijking met een particulier die tot schadevergoeding wordt veroordeeld – hoeft zij met mogelijke verweren tegen aansprakelijkheid ook niet het onderste uit de kan te halen. Als gezegd kan de overheid zelfs een eigen belang hebben bij een soepele afwikkeling van de regeling. Ook dat kan rechtvaardigen dat zij bij de inrichting daarvan wat aan de ruime kant gaat zitten.

Niettemin moeten coullance en ruimhartigheid niet overmatig worden. De uitgekeerde schadevergoedingen en tegemoetkomingen worden gefinancierd uit gemeenschapsgeld. Vanzelfsprekend moet de overheid de schade

208. Tenzij het aansprakelijkheidsrecht alle gedupeerden categorisch coullant zou behandelen. In wezen veranderen dan de normen. Van de Bunt 2016 wijst er overigens terecht op dat het aansprakelijkheidsrecht zelf reeds bepaalde vormen van coullance heeft geïncorporeerd teneinde slachtoffers tegemoet te komen, zoals de bekende ‘omkeringsregel’.

209. Zo letterlijk bijv. de genoemde Kamerbrief over de Transgenderregeling, p. 2, waar wordt uiteengezet dat de eisen aan het bewijs dat de claimant aan de voorwaarden van de regeling voldoet, bewust zo laag mogelijk zijn gehouden ‘ter voorkoming van secundaire vicтимisatie’. Zie over dat begrip o.a. Ruppert 2021, p. 17 en 89.

vergoeden waarvoor zij op grond van de normen van het BW aansprakelijk is, maar als zij substantieel méér gaat uitkeren dan dat, kan de rechtvaardiging van die vermogensverschuiving in de lucht komen te hangen. Bovendien kan een al te ‘zichtbare’, overroyale behandeling van een bepaalde slachtoffergroep naar mijn overtuiging onvrede oproepen bij andere slachtoffergroepen. De forfaitaire € 30.000 die zonder meer wordt toegekend aan de gedupeerden van de kindertoeslagenaffaire – ongeacht de omvang van hun leed – is ruimhartig, maar het valt te betwijfelen of dit bedrag in een evenwichtige verhouding staat tot bedragen die bijvoorbeeld worden uitgekeerd aan personen met ernstige, mogelijk door Chroom-6 veroorzaakte aandoeningen, die daar blijkens de daarvoor geschreven solidariteitsregeling vaak een stuk onder liggen.²¹⁰ Een dergelijke, gemakkelijk zichtbare disbalans kan onderlinge maatschappelijke solidariteit ook ondergraven. Tot slot moet niet worden vergeten dat schaderegelingen, zolang die worden afgewikkeld, in de politieke aandacht staan.²¹¹ Dat kan leiden tot een stevige politieke roep om ‘ruimhartigheid’. Het kan echter verstandig zijn om daaraan bij de inrichting en uitvoering van de regeling wel enige weerstand te bieden.²¹² Op zeker moment gaat de maatschappelijke verontwaardiging liggen. Ook dan moet nog zijn uit te leggen waarom er aanzienlijke bedragen aan gemeenschapsgeld zijn uitgekeerd aan een bepaalde groep.

Kortom: er zijn vaak goede redenen om in het kader van een regeling soepel om te gaan met relevante proces- en materieelrechtelijke normen. Tegelijkertijd is het goed te beseffen dat coulance een vorm van begunstiging inhoudt van een bepaalde groep waarvoor dus voldoende rechtvaardiging moet zijn. Het rechtzetten van door de overheid te lang niet onderkend leed; het te hulp schieten van een groep die lang niet is gehoord en wellicht ook de eigen belangen van de overheid bij een soepele afwikkeling kunnen zo’n rechtvaardiging bieden. Toch zijn er ook maatschappelijke redenen om in het streven naar coulance enige maat te houden.

Bij een poging om bij coulance de juiste maat te houden kan het mogelijk helpen om de coulance te differentiëren naar gelang de rechtsnorm die of het specifieke aansprakelijkheidsvereiste dat wordt toegepast. De ene

210. De € 30.000 voor de toeslagenslachtoffers lijkt mij, in ieder geval als *standaard*, toch wel erg hoog. Ik vraag mij af of het bedrag niet ook door de politieke ‘*heat of the moment*’ is opgestuwd.

211. Voor de afwikkeling van ‘Groningen’ is terecht voortdurend politieke aandacht. Zie ter illustratie bijvoorbeeld ook de Kamervragen over de afwikkeling van ‘Alphen’ van het Tweede Kamerlid Van der Plas, *Kamervragen 2020/21*, nr. 2021Z06780.

212. Een intrigerende conclusie van de onlangs verrichte evaluatie van de TwG is dat de onderzoekers melden dat de goed geborgde onafhankelijkheid van het IMG niet zozeer bij NAM/EBN, maar juist bij de politiek soms moeilijk ligt, vanuit de wens om de afhandeling ten behoeve van gedupeerden bij te sturen. Evaluatierapport 2022, p. 156-157.

coulance is de andere niet. Enigszins tentatief en zonder volledigheidspresentie zou ik het volgende willen opmerken.

Ten aanzien van procedurele vereisten (bijvoorbeeld termijnen die de schaderegeling stelt voor aanlevering van stukken, aanmelding van de claim enz.) ligt enige coulance in de rede.²¹³ Het feit dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld²¹⁴ (en het bewijs daarvan) is immers al een gegeven als de regeling tot stand komt. Bij de afwikkeling van de regeling gaat het slechts (of 'slechts') om de vaststelling van een financiële relatie tussen gedupeerden en de overheid waarbij derdenbelangen niet rechtstreeks betrokken zijn.²¹⁵ Bovendien leidt soepele omgang met termijnen op zich niet tot toewijzing van een vergoeding die materieel niet op haar plaats is. Gedupeerden worden daardoor niet (echt) ongegrond verrijkt. Coulante omgang met procedurele termijnen vergroot vooral de kans dat gedupeerden met een reële claim die ook kunnen verzilveren. De prijs daarvoor is slechts een wat hogere (maar materieel gezien niet onterechte) aanspraak op collectieve middelen, alsmede mogelijke 'overlast' voor de afwikkelaar.²¹⁶

Ook het uit coulance achterwege laten van een beroep op verjaring lijkt onder omstandigheden verdedigbaar, en passend bij de vaak uitgesproken wens om een bepaalde groep (eindelijk) hulp of genoegdoening te bieden.²¹⁷ Zoals al opgemerkt lijkt het erop dat de staat bij de afhandeling van de hiervoor besproken civielrechtelijke regelingen mogelijke verjaringsverweren heeft laten varen. Dat lijkt verstandig als de staat schoon schip wil maken. Bovendien kan deze vorm van coulance de gelijke behandeling binnen de 'slachtoffergroep' juist ook bevorderen als niet uitsluitend de opletten die zich op tijd hebben gemeld van de regeling profiteren.

213. De regelingen voor weduwen van standrechtelijk geëxecuteerden in voormalig Nederlands-Indië zijn herhaalde malen verlengd om slachtoffers die zich laat meldden, alsnog te includeren (zie noot 101). De coulance ligt hier overigens in de hernieuwing van de regeling, niet bij de toepassing daarvan.

214. Of dat in beginsel aan art. 6:177 BW is voldaan, enz.

215. Onder de TwG is dat overigens wél het geval: de financiële belangen van de NAM zijn betrokken doordat de uitgekeerde bedragen bij haar in rekening worden gebracht, zie art. 15 TwG.

216. Het relativeren van termijnen kent ook ergens wel een grens; de regeling moet uitvoerbaar blijven.

217. Het zal afhangen van het 'soort' inbreuk dat er is gemaakt. Onlangs kondigde het kabinet aan dat er geen tegemoetkomingsregeling (voor recent 'historisch' onrecht) komt voor gedupeerden van belastingheffing in box-3 die enige jaren op onjuiste uitgangspunten berustte (Kamerbrief van 20 september 2022, *Toelichting besluit niet bezwaarmakers box 3*; HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963). De overheid houdt hier vast aan tijdverloopgerelateerde verweren als formele rechtskracht en verjaring. Omdat het hier slechts om zuivere vermogensschade gaat, is dat begrijpelijk. Voor afwijking van de hoofdregel van de formele rechtskracht (en verjaring) lijkt mij hier weinig reden, ook al is het zuur voor degenen die achteraf moeten constateren dat zij met een tijdig ingesteld bezwaar en beroep succes hadden gehad.

Voor *coulance* kan ook goede grond zijn ten aanzien van de eisen die aan de gedupeerde worden gesteld om het causaal verband te bewijzen of (de hoogte van) zijn specifieke schadeposten. De redenen liggen in het verlengde van wat hiervoor is opgemerkt: de onrechtmatigheid is al gegeven, het past de overheid om vervolgens in ieder geval de slachtoffers met *aannemelijke claims* iets te bieden.

Af te raden lijkt mij overmatige *coulance* (wellicht: overmatige ruimhartigheid) ten aanzien van het bedrag waarop immateriële schadevergoedingen (al dan niet *forfaitair*) worden gesteld. Dergelijke vergoedingen moeten vooral goed worden afgestemd op vergoedingen in enigszins vergelijkbare eerdere regelingen en op wat in algemenere zin in het aansprakelijkheidsrecht gebruikelijke bedragen zijn voor immateriële schadevergoeding. Immateriële schadevergoeding heeft sterke normatieve en abstracte componenten in die zin dat er een waardering van leed of onrecht in 'verwerkt' kan zijn waarvan de 'economische tegenwaarde' nauwelijks of niet valt te waarderen. Omdat bij de vaststelling van de immateriële schadevergoeding bij wijze van spreken niet naar de aankoopbon kan worden verwezen, ligt voor de hand dat betrokkenen de vergoeding gaan vergelijken met eerder toegekende of wettelijk vastgelegde bedragen. Voor de aanvaardbaarheid van immateriële schadevergoedingen (zowel voor de begunstigde als voor personen die juist niet onder de regeling vallen) is het belangrijk dat zij een dergelijke vergelijking doorstaan. De immateriële schadevergoeding mag ruim zijn, maar moet wel blijven passen bij het gebruikelijke.

Slotbeschouwing: schaderegelingen en de spankracht van de burgerlijke rechter

Het is tijd om af te ronden. Valt er gelet op deze bonte verzameling schaderegelingen nog iets op te merken over de spankracht van de burgerlijke rechter?

Om te beginnen: wel degelijk zijn er schaderegelingen die het werkterrein van de burgerlijke rechter doen krimpen. De mate waarin zij dat doen, verschilt per type. *Nadeelcompensatieregelingen* hebben het werkterrein van de burgerlijke rechter de afgelopen decennia aanzienlijk verkleind. Juist daarover treurt echter nauwelijks enige civilist. De afwikkeling van deze aansprakelijkheid is ook bij uitstek het beste geborgd in het publieke domein en bij de bestuursrechter. *Solidariteitsregelingen* raken het werkterrein van de burgerlijke rechter slechts in beperkte mate, hoewel gedupeerden wel vaak proberen om de overheid aansprakelijk te stellen voor de schadegebeurtenis waar de solidariteitsregeling op ziet. Een enkele keer heeft dat succes. In dat geval kan de burgerlijke rechter feiten en juridische vaststellingen die de overheid blijkens de schaderegeling zelf voor juist houdt,

laten bijdragen aan het bewijs in de civiele procedure – overigens zonder uit de vaststelling van een regeling af te leiden dat de overheid haar aansprakelijkheid als zodanig erkent. Bij gevallen van *historisch onrecht* breidt de burgerlijke rechter de laatste jaren zijn werkkerrein langzaam uit door in bijzondere gevallen de verjaringsregels buiten toepassing te laten. Hiervoor is echter ook het vermoeden uitgesproken dat de overheid, door proactief met een tegemoetkomingsregeling voor historisch onrecht te komen, de argumenten om verjaring te passeren kan verminderen. Als dat correct is, kan juist de overheid via tegemoetkomingsregelingen voor historisch onrecht dit net ontgonnen werkkerrein van de burgerlijke rechter weer ‘terugclaimen’ – hoewel het de vraag is of de overheid in de daartoe geëigende gevallen de gewenste proactiviteit ook kan opbrengen. ‘Echte’ *aansprakelijkheidsregelingen*, tot slot, zorgen ervoor dat de gedupeerden (en de laedens) de (verdere) gang naar de burgerlijke rechter wordt bespaard. In de voorlopig unieke ‘TwG-variant’ daarvan worden bovendien de geschillen die er wel mochten ontstaan, zelfs vrijwel geheel overgeheveld naar de bestuursrechter.

Vooraf de opkomst van de laatste categorie, de aansprakelijkheidsregelingen – een opkomst waarvan wij vermoedelijk het einde nog niet hebben gezien – kan wellicht de indruk wekken dat de burgerlijke rechter het dus kennelijk ‘niet goed doet’.²¹⁸ Ik zie dat echter anders. Schaderegelingen zijn eerst en vooral *efficiënt*, omdat zij – als zij in hun opzet slagen – de gedupeerden helpen om hun claim sneller en laagdrempeliger te laten vaststellen dan de burgerlijke rechter van geval tot geval kan doen. Dat is niet zozeer een brevet van onvermogen voor de burgerlijke rechter, maar veeleer een vorm van efficiëntie die schaderegelingen nu eenmaal beter *kunnen* bereiken omdat (en slechts voor zover) er sprake is van een voldoende duidelijk afgebakende groep gedupeerden.²¹⁹ Ten aanzien van die groep valt de afwikkeling te systematiseren, en kan de overheid bij die afwikkeling via de regeling dus ook enige hulp bieden.

Opvallend is overigens dat verschillende regelingen van type 3 en 4 (dat wil zeggen regelingen voor historisch onrecht en aansprakelijkheidsregelingen) een wat hybride karakter hebben, in die zin dat zij een kern van ‘echte’ privaatrechtelijke aansprakelijkheid bevatten, die aan de randen wordt uitgebreid. Die uitbreiding lijkt te zijn ingegeven door de nogal

218. Vgl. de prikkelende bijdrage van De Bock 2019, die uit totstandkoming van de TwG afleidt dat ‘de civiele rechtspraak haar maatschappelijke taak hier duidelijk niet goed [heeft] vervuld’.

219. Het gaat het bestek van dit preadvies te buiten om verschillende vormen van afwikkeling via schaderegelingen te vergelijken met schadeafwikkeling onder de WAMCA. In ieder geval lijkt het erop dat die specifieke vorm van afwikkeling via de burgerlijke rechter van vergelijkbare ‘schaalvoordelen’ profiteert. Wellicht biedt de WAMCA de burgerlijke rechter een kans om een deel van de problematiek die via aansprakelijkheidsregelingen zoals in par. 4 beschreven wordt opgelost, ‘terug te winnen’.

‘publiekrechtelijke’ wens om een groep slachtoffers tegemoet te komen: de regeling negeert een mogelijk verjaringsverweer om alle leden van de getroffen groep te includeren, ‘plust’ de aanspraken ‘op’ die op grond van het BW strikt genomen bestaan, door coulance en ruimhartigheid of gaat uit van een lagere bewijslast ten aanzien van concrete schade dan de civiele rechter zou verlangen. Een en ander lijkt eerder te duiden als een verrijking van de aansprakelijkheid in civielrechtelijke zin dan als onwenselijke branchevervaging.

Ter geruststelling van de burgerlijke rechter nog dit. Bij geen van de vele hiervoor besproken regelingen erkende de overheid uit eigen beweging dat zij aansprakelijk was uit onrechtmatige daad. Bij de solidariteitsregelingen is dat veelal terecht. Maar ook bij de historische onrechtmatige daden die aan de tegemoetkomingen voor historisch onrecht ten grondslag (kunnen) liggen en de ‘echte’ aansprakelijkheidsregelingen bleek soms ‘hulp’ van de burgerlijke rechter nodig om de overheid over de streep te trekken. Bij de (ere)schuld tegenover weduwen van standrechtelijk geëxecuteerden in voormalig Nederlands-Indië, tegenover de nabestaanden van de tragedie in Srebrenica en bij de medeverantwoordelijkheid van de politie voor de aanslag in Alphen was er een uitspraak van de burgerlijke rechter nodig voordat de staat met een aansprakelijkheidsregeling ten behoeve van de hele groep kwam. Het vereiste van toerekenbare onrechtmatigheid lijkt hier de flessenhals. Zodra men daar langs is – zodra de burgerlijke rechter heeft vastgesteld dát de overheid een fout heeft gemaakt – was de overheid in deze gevallen bereid om de schade van de hele groep individuen (naar mijn indruk coulant) af te handelen. Ik sluit niet uit dat het voor de overheid ‘princiepief’ lastig is om een beleidsfout of historische fout te erkennen.²²⁰ Ik zie dat niet snel veranderen. Het is tot op zekere hoogte menselijkerwijs wel te begrijpen dat degenen die de overheid vertegenwoordigen niet graag fouten toegeven, althans dat niet onnodig willen doen en zich daarom tegen aansprakelijkheid verweren.²²¹ Zeker omdat de overheid met regelmaat ten onrechte voor allerlei leed aansprakelijk wordt gesteld, kan het ook juridisch passend zijn dat de overheid zich tegen aansprakelijkheid verweert. Bovendien is een veroordeling door de burgerlijke rechter ook een goed gefundeerde ‘titel’ om een kostbaar proces van schadeafwikkeling op te baseren. De oplossing schijnt hier heel eenvoudig:

220. Eigen aansprakelijkheid op basis van art. 6:162 BW voor de gaswinning in Groningen heeft de staat (nog?) niet erkend (vgl. noot 171). In de (op het eerste gezicht niet karige) solidariteitsregelingen voor blootstelling aan Chroom-6 erkende de staat evenmin aansprakelijkheid. Niet valt uit te sluiten dat de staat verschillende reeds gedane uitkeringen zal moeten aanvullen tot een volledige schadevergoeding, zie ook het in noot 46 genoemde arrest.

221. Deze opmerking is overigens bedoeld als mogelijke verklaring, niet als mogelijke rechtvaardiging.

er moet dus zorgvuldig worden onderscheiden tussen de gevallen waarin overheidsaansprakelijkheid op haar plaats is, en de gevallen waarin die niet op haar plaats is. Het lijkt er echter op dat het maken van dat onderscheid de overheid zelf niet goed lukt. Vermoedelijk zal het vaak aan de burgerlijke rechter blijven om over dat belangrijke onderscheid te oordelen. Interessant genoeg is hiermee de cirkel rond: wij belanden hier bij de thematiek van het eerste preadvies. Schaderegelingen van alle soorten gaan heel vaak over pech die of leed en maatschappelijk onrecht dat groepen personen is overkomen. De vraag of de overheid daarvoor aansprakelijk is omdat de ellende *aan haar valt te wijten* – het meest principiële of ‘normatieve’ van de aansprakelijkheidsvereisten van artikel 6:162 BW – blijft er om de hiervoor genoemde redenen waarschijnlijk een die vaak door de burgerlijke rechter moet worden beantwoord. Kortom: juist bij de maatschappelijke problematiek waarvoor uiteindelijk een schaderegeling wordt vastgesteld, zal de burgerlijke rechter naar verwachting ten aanzien van het politiek meest ‘explosieve’ aansprakelijkheidsvereiste (zat de overheid fout of niet?) vaak om een oordeel gevraagd blijven worden. Uit het voorgaande preadvies blijkt dat hij voor die belangrijke en boeiende werkzaamheid gelukkig ruim voldoende spankracht bezit.

Verkort aangehaalde literatuur

Asser/Sieburgh 6-II 2021

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Barentsen & Van de Bunt 2016

B. Barentsen & J. van de Bunt, ‘Een vergoeding voor chroom VI-slachtoffers bij Defensie’, *NJB* 2016/2219.

Barkhuysen, Den Ouden & Tjepkema 2012

T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012.

Bloembergen 1973

A.R. Bloembergen, ‘Naar een schadefonds geweldsmisdrijven?’, *DD* 1973, p. 134-146.

De Bock 2019

R.H. de Bock, ‘Mijnbouwschade in Groningen. Waar is de civiele rechter?’, *NJB* 2019/3.

Bovend'Eert 2019

P.P.T. Bovend'Eert, 'Mijnbouwschade en schending van de Grondwet? Enkele kanttekeningen in de marge', *NJB* 2019/2174.

Van den Brink 2021

J.E. van den Brink, 'Publiek geld als pleister op de coronawonde', in: *Bestuursrecht in crisistijd* (Preadviezen VAR 2021, deel 166), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 137-327.

Van de Bunt 2016

J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van de Bunt 2020

J.E. van de Bunt, 'Drie wijzigingen voor het wetsvoorstel Tijdelijke Wet Groningen', *NJB* 2020/3.

Van de Bunt 2021

J.E. van de Bunt, 'De Catshuisregeling voor de kinderopvangtoeslagaffaire ofte wel wéér systeemfalen', *NJB* 2021/1322.

Dijkers 2022

W. Dijkers, 'Dwarsliggen in schaapskleren. De afdoening van gaswinningschade door het bestuursorgaan IMG', *NJB* 2022/2175.

Evaluatierapport 2022

Evaluatie Tijdelijke wet Groningen in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, 1 september 2022 (betrokken onderzoekers

Franssen & Van de Sande 2020

T.W. Franssen & S.A.L. van de Sande, 'Kroniek Overheidsaansprakelijkheid', *NTB* 2020/174, p. 398.

Giesen 2017

I. Giesen, 'Ingehaald door de geschiedenis... tijdloze vragen voor de toekomst: historisch onrecht', *NTBR* 2017/21.

Gijselaar, Rijnhout & Emaus 2014

E. Gijselaar, R. Rijnhout & J. Emaus, 'Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM', *AA* 2014/801.

Hartlief 2014

T. Hartlief, 'Privaatrecht in nood. Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiekrecht', in: *Crisis, rampen en recht* (Preadviezen NJV 2014), Deventer: Kluwer 2014, p. 65-194.

Koenraad 2020

L.M. Koenraad, 'Vooruitkijken na het omzien in verwondering', *O&A* 2020/46.

Koopmans 2003

T. Koopmans, *Courts and political institutions. A comparative view*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.

Kortmann 2020

C.N.J. Kortmann, 'Van Instituut mijnbouwschade naar schadefonds bodembeweging Groningen', *NJB* 2020/4.

Loth 2019

M.A. Loth, *Houdbaar recht. Over de aansprakelijkheid voor historisch onrecht*, FHR Institute for Higher Education 2019.

Loth 2022

M.A. Loth, 'De toetsing door de massaschade regelende rechter; van compenseren naar distribueren', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter* (SteR-reeks nr. 54), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 613-628.

Van Maanen 2002

G.E. van Maanen, 'De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (Preadviezen VAR 2002, deel 128), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2000, p. 7-84.

Planken & Tjepkema 2020

M.A.E. Planken & M.K.G. Tjepkema, 'Twee kapiteins op één schip bij de afwikkeling van mijnbouwschade', *NJB* 2020/2.

Polak 2012

J.E.M. Polak, 'Overheidsaansprakelijkheid: iets apart? In hoeverre verschilt de aansprakelijkheid van de overheid van die van private partijen?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 135-150.

Van Ravels 2002

B.P.M. van Ravels, 'Nadeelcompensatie en andere vergoedingen in de waterstaatszorg. Materiële aspecten van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad* (Preadviezen VAR 2002, deel 128), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Ruppert 2021

C. Ruppert, *Regelingen voor collectieve schade. Geef slachtoffers erkenning*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

Schlössels 2012

R.J.N Schlössels, 'Discretionair aansprakelijkheidsrecht? Overheidsaansprakelijkheid en trias, in het bijzonder bij rechtmatige overheidsdaad', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 29-47.

Schueler 2006

B.J. Schueler, 'Tussen pech en onrecht. Treedt de overheidsaansprakelijkheid buiten haar oevers?', in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & B. Winter (red.), *Op tegenspraak: opstellen voor prof. mr. L.J.A. Damen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2006, p. 205-219.

Schutgens e.a. 2022

R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter* (SteR-reeks nr. 54), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Sluysmans & Van Triet 2021

J.A.M.A. Sluysmans & N. van Triet, 'Corona en compensatie: over solidariteit en evenredigheid', *O&A* 2021/64.

Steendam Visser 2023

E. Steendam Visser, 'Van Srebrenica tot De Punt: behoeften, ervaringen en knelpunten rondom de overheidsaansprakelijkheid voor de inzet van de Nederlandse krijgsmacht', naar verwachting als tijdschriftartikel te verschijnen in 2023.

Van Swaaij 2011

S. van Swaaij, 'Rawagedeh: een rechtens onjuist vonnis. Absolute en objectieve verjaringstermijn geen derogerende werking', *NJB* 2011/1878.

Tjepkema 2010

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Tjepkema 2014

M.K.G. Tjepkema, 'Tegemoetkomingen van overheidswege: ongeregeld en ondoorzichtig bestuur anno 2014', *NTB* 2014/3.

Tjepkema & Den Ouden 2006

W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema, 'Voor hetzelfde geld. Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader', *NTB* 2006/15.