

# De sanctivering van schendingen van de beginselen van burgerlijk procesrecht

NTBR 2016/1

Redactioneel

Enkele weken geleden verscheen in de *Asser Procesrecht*-reeks een deel van mijn hand over 'Beginselen van burgerlijk procesrecht'.<sup>2</sup> Daarin bespreek ik, na enkele Algemene beschouwingen, de leidende beginselen van het civiele procesrecht, vanuit Nederlands en Europees perspectief. Gevoed door het onderzoek naar en de analyse van de zeven besproken beginselen van procesrecht, heb ik in die Algemene beschouwingen een hoofdstuk opgenomen over 'Sanctivering na schendingen van een beginsel van procesrecht'. Ik ontdekte in mijn onderzoek naar die zeven specifieke beginselen namelijk al snel dat de sanctivering van schendingen van die beginselen (welke vrijwel altijd ook als mensenrecht beschermd worden door art. 6 EVRM en art. 47 Handvest EU) in Nederland nogal stiefmoederlijk bedeed is. Het thema wordt niet tot nauwelijks besproken in de doctrine en veel specifieke regels (via wetgeving of rechtspraak) zijn er ook al niet. Mitsdien weten wij ons eigenlijk nauwelijks raad met de sanctivering van dit soort schendingen. Ik meen dat dit een slechte zaak is, dat er dus dringend verbetering nodig is en dat er – gelukkig – ook een oplossing beschikbaar is.

Het gebrek aan aandacht voor de sanctivering van mensenrechtenschendingen in het civiele recht vormt een wezenlijk probleem. Stel dat een regel van Nederlands bewijsrecht in het nadeel van een procespartij heeft gewerkt, waardoor naar haar mening de 'equality of arms' in het gedrang is gekomen. Dan kan (moet) zij daarover in hoger beroep en/of in cassatie klagen, al dan niet met een beroep op art. 6 EVRM. Wellicht erkent de rechter in hoger beroep vervolgens dat de procedure in eerste aanleg niet helemaal correct is verlopen; die omissie kan (zal) dan in hetzelfde hoger beroep hersteld worden: de 'equality of arms' wordt alsnog 'geboden' (bijvoorbeeld door de bewijsregel ditmaal niet nadelig te laten uitwerken). Datzelfde geldt als de procedure in eerste instantie in strijd met het recht op openbaarheid is gevoerd, of als de rechter wellicht niet helemaal onpartijdig bleek. Een dergelijk herstel in hoger beroep en/of cassatie laat echter onverlet dat er gedurende zekere tijd – gezien de doorlooptijden bij de hoven: grof gezegd, ongeveer een jaar – in de Nederlandse rechtsorde een mensenrechtenschending heeft (voort)bestaan. Kan dat zomaar? Moet die schending niet straffer aangepakt worden? Dient er ten aanzien van die tussenliggende periode niet ook iets gedaan te worden? Niemand die het zich überhaupt lijkt af te vragen.

Ook is het mogelijk dat een klacht over schending van een beginsel en/of art. 6 EVRM ter zijde wordt geschoven door hof en/of Hoge Raad, maar dat het EHRM zelf nadien vindt dat er iets niet in de haak was. Dan zijn de nationale mogelijkheden via de gewone rechtsmiddelen uitgeput; het nationale systeem heeft dan 'gefaald'. Uiteraard is dan wel een vorm van sanctivering, dan maar achteraf, langs Europese of (liefst) nationale weg, gewenst. Hoewel er 'Europees' gezien dan al snel betrekkelijk veel duidelijkheid bestaat (of de vaststelling van de schending volstaat, of er volgt (ook) een schadevergoeding), is dat nationaal zeker niet het geval. De wetgever tobt immers al jaren met de vraag hoe achteraf om te gaan met door het EHRM geconstateerde schendingen van het EVRM, zeker in civiele zaken, omdat daar de complicatie speelt dat de oorspronkelijke wederpartij van de klager niet

1 Citeerwijze: I. Giesen, 'De sanctivering van schendingen van de beginselen van burgerlijk procesrecht', *NTBR 2016/1*, afl. 1.

2 *Asser Procesrecht/Giesen 1 2015*. Dit redactioneel maakt gebruik van diverse in dat boek verzamelde teksten.

mag lijden onder de redressering van de schending. Een wetsvoorstel hierover dat enkele jaren geleden nog werd aangekondigd, is er nooit gekomen, en zal er ook niet meer komen,<sup>3</sup> hoewel de huidige situatie vanuit Straatsburg als onwenselijk wordt gezien.<sup>4</sup>

Een laatste voorbeeld. Een mogelijke schending van het redelijketermijnvereiste dient uiteraard gesanctioneerd te worden, maar wel – opnieuw – met dien verstande dat de rechtsbetrekking tussen de twee oorspronkelijke civiele procespartijen niet gewijzigd mag worden ten gevolge daarvan. Dat betekent dus dat de benadeelde een nieuwe civiele procedure moet starten, nu tegen de Staat der Nederlanden, om schadevergoeding te kunnen vorderen.<sup>5</sup> Dat is uiteraard een stevige nieuwe last voor iemand die al een – te lang durende – procedure achter de rug heeft. Of hier van een 'effective remedy' op nationaal niveau in de zin van art. 13 EVRM kan worden gesproken, wordt dan ook, en terecht, betwijfeld.<sup>6</sup>

De noodzaak, gegeven de als voorbeeld geschetste problemen, om tot een oplossing voor dit sanctie- of handhavingsprobleem te komen, ligt voor de hand, maar wordt nog sterker duidelijk in het licht van de zaak *Rumpff/Duitsland*.<sup>7</sup> Daarin kreeg Duitsland te horen van het EHRM dat het gefaald heeft bij het introduceren van een effectieve nationale remedie om verdragsschendingen (op het vlak van de redelijke termijn) aan te pakken, waarna de Duitse staat de plicht werd opgelegd om zo'n instrument alsnog binnen een jaar te creëren.<sup>8</sup> Het risico om tegen zo'n uitspraak aan te lopen wil je niet nemen als Staat der Nederlanden, toch?

Wat dan te doen? Een inbreuk op een beginsel van civiel procesrecht moet vooral voorkomen worden – en dus is inzetten op preventie hoognodig – maar, als dat niet lukt, in elk geval geredresseerd en gesanctioneerd kunnen worden. Het EVRM biedt daartoe, achteraf, enkele mogelijkheden via art. 41 en 46 EVRM. Maar conform art. 13 EVRM<sup>9</sup> – het recht op een 'effective remedy' in het eigen nationale stelsel – is in eerste instantie de nationale overheid gehouden om (een systeem van) effectieve remedie(s) te introduceren. Een adequaat nationaal mechanisme om mensenrechtenschendingen in een civiele procedure, in hun volle omvang te sanctioneren in diezelfde civiele procedure, is echter nog niet standaard aanwezig. We moeten – naast de correctie via hoger beroep die de schending niet volledig wegwerkt – het vooralsnog stellen met een aantal specifieke oplossingen voor specifieke gevallen (een kort geding of een verklaring voor recht wellicht, of aansprakelijkheid van de Staat?) die niet evident zijn of niet afdoende 'doorontwikkeld' zijn.

De oplossing? Er zijn ongetwijfeld meer denkrichtingen mogelijk, maar ik denk dat de notie van 'integriteitsschade' zoals deze is ontwikkeld in het medische aansprakelijkheidsrecht, hier soelaas zou kunnen bieden.<sup>10</sup> In het algemeen kan immers gesteld worden – zoals dat ook gebeurd is bij schendingen van de redelijke termijn – dat het enkele niet in acht nemen van, bijvoorbeeld, de eis van hoor en wederhoor tot spanning en frustratie heeft geleid (juist omdat iemand niet zijn eigen

3 Het ooit beperkt geopenbaarde consultatievoorstel hierover is nooit officieel ingediend bij de Tweede Kamer (zie o.a. W. Dijkshoorn, *Overschrijding van de redelijke termijn: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?* *NJB* 2010, p. 1346 e.v.). De aankondiging dat die eerdere plannen nu vervallen zijn, volgde in *Stb.* 2013, 162, p. 4.

4 Zie bijv. T. Barkhuysen & M. van Emmerik, *Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg*, *NJCM-Bull.* 2006, p. 58.

5 Zie HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*).

6 Zie L.C.W.M. van Kessel, HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736 (*Eiser c.s./Gemeente De Bilt*), *NTBR* 2014/32, p. 273; Asser in zijn *NJ*-noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*), en *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/421.

7 EHRM 2 september 2010, Appl.No. 46344/06; *NJB* 2010/2050 (*Rumpff/Duitsland*).

8 *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/99, 105 en 412.

9 Vgl. ook art. 1 EVRM en art. 35 lid 1 EVRM, waarin de subsidiariteit van het EVRM-beschermingsmechanisme tot uitdrukking komt.

10 Voor de nadere onderbouwing, zie *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/144-148.

verhaal heeft kunnen doen); een dergelijk fundamenteel recht 'vergt' dan ook dat het daadwerkelijk gehandhaafd kan worden. Dat zo'n schending in hoger beroep kan worden weggepoetst, zodat er geen (materiële) schade resteert,<sup>11</sup> is daartoe niet afdoende, want de *inbreuk als zodanig* op het fundamentele recht, blijft dan bestaan. Dat recht blijft dus sanctieloos, terwijl de klager bovendien minimaal één EVRM-waardige rechterlijke instantie ontnomen is. De bij die 'spanning en frustratie' passende immateriële schadevergoeding volgt dan *voor de inbreuk 'als zodanig'*, dus voor de schending van iemands mensenrechtelijke aanspraak. Omdat de mensenrechtelijke *integriteit* van een burger is geschonden door de overheidsrechter, heeft deze burger recht op een vergoeding (door de Staat) van zijn 'integriteitsschade', een (nieuw type) schadepost die door de 'integriteitsinbreuk' is veroorzaakt. Ziedaar de benodigde algemeen toepasbare sanctie!

<sup>11</sup> Los van de dan wellicht ten onrechte gemaakte extra proceskosten, en eventuele andere hieraan gerelateerde schades.