

De repressieve samenleving

Vanuit civiel-, bestuurs- en strafrechtelijk perspectief

Preadviezen van

Prof. mr. Tom Barkhuysen

Mr. dr. Johannes Bijlsma

Mr. dr. Michiel van Emmerik

Prof. mr. Stijn Franken

Prof. dr. mr. Petra van Kampen

Prof. mr. dr. Anne Keirse

Prof. dr. mr. Vanessa Mak



Wolters Kluwer

Inhoudsopgave

Voorwoord: de repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk perspectief	1
<i>Anne Keirse en Vanessa Mak</i> Op de schommel tussen autonomie en repressie: Een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving	9
<i>Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik</i> De repressieve samenleving en het bestuursrecht: worstelend op zoek naar een betere balans tussen wetteloosheid en rechteloosheid	95
<i>Johannes Bijlsma, Stijn Franken en Petra van Kampen</i> Altijd een komma, nooit een punt? Reclassering, toezicht en resocialisatie	191

Voorwoord: de repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk perspectief

De leden van de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV) hebben in ieder geval één ding gemeen: zij zijn allen jurist. Maar met het complexer worden van het recht in de afgelopen halve eeuw is een toenemende specialisatie gepaard gegaan. Meer gespecialiseerde verenigingen kwamen op en veel juristen zijn daarbinnen actief. Dat is begrijpelijk. Het is en blijft echter nodig en inspirerend om naar ontwikkelingen in het recht te kijken die het recht als geheel en daarmee ons als juristen allemaal raken. Daarin ligt dus de blijvende missie van de NJV besloten. Vanuit die gedachte is ook het onderwerp voor onze jaarvergadering geboren. Het onderwerp van 'De repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk perspectief' werd enige jaren geleden geagendeerd, omdat het bestuur van de NJV vanaf ruwweg de laatste eeuwwisseling een ontwikkeling zag naar meer repressie die de drie grote vakgebieden raakt. Door gespecialiseerde deskundigen te vragen die ontwikkelingen op hun vakgebied in een preadvies in kaart te brengen, krijgen we niet alleen een fraai overzicht van die ontwikkeling op de deelgebieden, maar kunnen wellicht ook gemeenschappelijke inzichten ontstaan en kan lering worden getrokken uit oplossingen die in andere vakgebieden zijn gekozen.

De drie preadviezen geven, ieder op geheel eigen wijze, een fraai en doorleefd beeld van ontwikkelingen op de drie vakgebieden. Bij het agenderen van het onderwerp stond het bestuur van de NJV vooral de ontwikkelingen op het terrein van het publiekrecht, dus zowel het straf- als het bestuursrecht, voor ogen. Op die terreinen leek de ontwikkeling naar meer repressie immers vooral erg duidelijk. Binnen het strafrecht laat onderzoek met betrekking tot de straftoemeting zien dat het eerder bestaande idee dat Nederlandse rechters lichter zouden straffen dan hun buitenlandse collega's, achterhaald is. Daarnaast was er door verschillende incidenten, zoals de tragische dood van Anne Faber, maatschappelijke verontwaardiging over de bestaande wetgeving en zien we ook dat de wetgever de roep om meer repressie heeft opgepakt. Dat het bestuursrecht in de aangegeven periode repressiever is geworden behoeft nauwelijks betoog. Stonden opbouw van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming en de ontwikkeling van de beginselen van behoorlijk bestuur centraal in de laatste decennia van de vorige eeuw en moest het bestuursrecht het wat

handhaving betreft vooral hebben van in die periode ook nog terughoudend ingezette reparatoire sancties, het vakgebied werd in de laatste decennia verrijkt met vele boetebevoegdheden. De recente toeslagenaffaire biedt een treurige illustratie van het doorschieten van repressie in het bestuursrecht.

Voor het *privaatrecht* was het vooraf wellicht minder helder of de ontwikkelingen op dat terrein onder de noemer van ‘repressie’ vallen. Zoals de preadviseurs *Anne Keirse* en *Vanessa Mak* helder verwoorden, zal wie aan repressie denkt, niet onmiddellijk aan het privaatrecht denken. Dat hangt volgens hen samen met de gebruikelijke inkleuring van een scheidslijn tussen privaatrecht en publiekrecht. In het privaatrecht staat de autonomie van vrije actoren centraal en het privaatrecht is in de kern faciliterend. Maar de preadviseurs laten in hun rijke en historisch belangwekkende overzicht een aantal ontwikkelingen zien die, als het gaat over de laatste twee decennia, naadloos aansluiten bij het overkoepelende thema. Het bestuur dacht voor wat betreft het privaatrecht bij de agendering van het onderwerp vooral aan de toegenomen inzet van het privaatrecht van de kant van de overheid bij de handhaving. Maar de preadviseurs hebben een aanzienlijk bredere en rijkere invalshoek gekozen die laat zien dat toezicht op gewenst gedrag en aanpak van ongewenst gedrag niet exclusief het terrein van de overheid zijn. Ook private actoren pakken dat op en dat is, zo blijkt ook uit het preadvies, geen exclusief nieuwe ontwikkeling.

Gaat het om actuele repressieve tendensen dan onderscheiden zij drie aspecten van repressiviteit. In de eerste plaats: de inzet van het *privaat(proces)recht* om bepaald gewenst gedrag te bewerkstelligen of ongewenst gedrag tegen te gaan; zo wijzen zij op de grote veranderingen in het arbeidsrecht en het consumentenrecht en het gezondheidsrecht. In de tweede plaats: *privaatrechtelijke* handhaving door private actoren; zo passeert bijvoorbeeld de rol die banken nu moeten spelen als poortwachter van het financiële stelsel de revue, maar komen ook de procesrechtelijke regelingen voor de effectuering van materiële rechten, zoals artikel 3:305a BW, de Wet collectieve afwikkeling masaschade (WCAM), de Wet massaschade in collectieve actie (WAMCA) en de EU-richtlijn met betrekking tot collectieve acties (Richtlijn (EU) 2020/1828) aan bod. In de derde plaats en *last but not least*: inzet van het *privaat(proces)recht* als onderdeel van het opkomen voor belangen van de samenleving (denk aan de klimaatprocedures die geleid hebben tot het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad en het vonnis van de Haagse rechtbank in de klimaatzaak van Milieudefensie tegen Shell). De preadviseurs haasten zich om aan te geven dat het zeker niet alleen repressie is dat in het privaatrecht van vandaag de klok slaat. Zo kan het zijn dat private partijen initiatieven ontwikkelen om langs de weg van het privaatrecht in vrijheid en beter dan de overheid maatschappelijke kwesties op te lossen. “Waarom wachten op de overheid om huizen duurzamer te maken als het ook lukt om samen met de burens te investeren in zonnepane-

len en de opgewekte energie te delen?”, verzochten de preadviseurs die dat zien als tegenkracht die het privaatrecht kan bieden tegen repressie.

De civielrechtelijke preadviseurs hebben in beeld gebracht dat de slinger in het privaatrecht zich lijkt te bewegen in de richting naar meer repressie, nu het zich heeft uitgespreid over meer en complexere rechtsbetrekkingen en ook de vermenging van het beginsel van de private vrijheid met de concepten van maatschappelijke betamelijkheid, zorgplichten, redelijkheid en billijkheid en goede trouw aan de diffuusheid heeft bijgedragen.

Repressie en privaatrecht zijn dus niet vreemd aan elkaar, maar de auteurs roepen ertoe op om het faciliterende karakter van het privaatrecht te bewaken en een balans te vinden tussen de waarden van individualisme, gemeenschapszin en broederschap. Private autonomie wordt niet bereikt door verheerlijking van een van deze waarden, want een ongebreidelde doorvoering van elk van deze kan de private autonomie juist ondergraven. Soms is het privaatrecht responsief ten opzichte van maatschappelijke ontwikkelingen en in andere gevallen juist autonoom. De uitdagingen van deze tijd vragen van het privaatrecht meer dan het enkel faciliteren van economische transacties, maar tegelijk is het faciliterend karakter van het privaatrecht, dat private actoren kan stimuleren om zelf actief op te treden in het aanjagen van maatschappelijke ontwikkeling en innovatie, een aspect van het privaatrecht dat moet worden gekoesterd.

De overkoepelende stellingen vloeien goeddeels uit het voorgaande voort. Een daarvan is dat privaatrecht en publiekrecht meer met elkaar verbonden moeten worden in het wetenschappelijke debat en in regulering teneinde maatschappelijke doelstellingen zoals het streven naar duurzame oplossingen te bevorderen.

Daarmee is de brug geslagen naar het *bestuursrechtelijke* preadvies van *Tom Barkhuysen* en *Michiel van Emmerik*. Dat is van de drie preadviezen het meest klassiek in zijn opzet in die zin dat het een overzicht geeft van het gebruik van repressieve bevoegdheden door de overheid in de laatste twintig jaar en de wijze waarop de bestuursrechter vervolgens rechtsbescherming verleent. De preadviseurs benadrukken in het begin van hun preadvies dat het verkeerd zou zijn om het feit dat het karakter van het bestuursrecht repressiever is geworden louter negatief te benaderen. De instrumentele functie heeft het bestuursrecht immers steeds gehad en het is logisch dat deze in het bestuursrecht in de afgelopen periode veel aandacht heeft gekregen, gelet op het feit dat de samenleving vraagt om aandacht voor de veiligheid en de openbare orde, bescherming van de volksgezondheid en bestrijding van fraude. Dat neemt niet weg dat de preadviseurs de wijze waarop de balans tussen de vaak vergaande bevoegdheden en de rechtsbescherming die daarbij door wetgeving en rechter geboden wordt, kritisch benaderen en op basis van die kritische bespreking steeds alge-

mene lessen trekken. Daarbij geven zij een aantal keren aan dat de rechtspraak van de bestuursrechter wel is geëvolueerd en de rechtsbescherming, onder meer door de wijze waarop toetsing aan het evenredigheidsbeginsel vorm krijgt, bij een aantal bevoegdheden is uitgebreid. Niettemin vallen er, zo betogen zij, op een aantal terreinen nog belangrijke lessen te trekken en is winst te boeken als het om de waarborgfunctie en de rechtsbescherming gaat. Kritisch zijn de auteurs vooral op het feit dat de wetgeving in vergaande bevoegdheden voorziet zonder dat voor de toepassing daarvan voorafgaande rechterlijke toestemming is vereist.

Maar zoals de privaatrechtelijke auteurs benadrukken dat de juiste balans moet worden gevonden tussen het beginsel van de private autonomie en de meer repressieve inzet van het privaatrecht, zo benadrukken ook de bestuursrechtelijke preadviseurs in hun hoofdstuk waarin zij lessen trekken voor wetgever, bestuur, rechter en burgers dat het aankomt op het juiste evenwicht tussen de instrumentele benadering en de waarborgbenadering. Alle actoren moeten uitgaan van juiste mensbeelden, hetgeen volgens de preadviseurs inhoudt dat de overheid niet te wantrouwend zou moeten zijn, maar ook niet naïef over de bedoelingen van burgers. De wetgever zou voordat hij met nieuw wettelijk instrumentarium komt, echt heel serieus moeten afwegen of daarvoor een strikte noodzaak bestaat. Bij zware bestuursrechtelijke sancties als hoge boetes zou erover nagedacht kunnen worden deze door de bestuursrechter (en dus niet door een bestuursorgaan) te laten opleggen op vordering van het betreffende bestuursorgaan. De wetgever moet het bestuur en de rechter wel de mogelijkheid geven maatwerk te bieden. Voor het bestuur gelden vergelijkbare aanbevelingen. De rechter moet ‘als laatste actor in de trias de evenredigheid in het individuele geval garanderen’ en zolang het ‘van ouderdom piepende en krakende’ toetsingsverbod hem daarbij nog in de weg zit dat zo beperkt mogelijk uitleggen. Burgers moeten niet schromen zaken aan de rechter voor te leggen. In procedures over de inzet van bepaalde zeer ingrijpende bestuurlijke maatregelen zou, zo nodig door de overheid gefinancierde, rechtsbijstand van een deskundige rechtshulpverlener verplicht moeten worden. Ook dit betoog mondt uit in een aantal stellingen. De mate van ingrijpendheid van de bestuursrechtelijke maatregel of sanctie moet het niveau van rechtsbescherming bepalen en bij zware ingrepen in grondwettelijke belangen dient er voor de inzet van de maatregel of sanctie een rechterlijke toestemming te zijn. De rechter dient evenredigheid in concreto te verzekeren en daarbij het ‘niet-pluiscriterium’ te hanteren.

Terwijl de civiel- en bestuursrechtelijke preadviezen aldus breed van opzet zijn en over de volle breedte van de vakgebieden ontwikkelingen beschrijven die de hypothese van het bestuur van de NJV bevestigen dat de laatste twee decennia zich duidelijk een repressieve tendens voordoet, kiezen de *strafrech-*

telijke preadviseurs *Johannes Bijlsma, Stijn Franken en Petra van Kampen* een andere insteek. Zij vragen zich af of zo'n min of meer volledig overzicht mogelijk is en geven aan dat in ieder geval als onbegonnen werk te zien en ook aarzelingen te hebben bij het concept van de repressieve samenleving. Zeker in het strafrecht domineren de grijze tinten. De preadviseurs starten met een instructief overzicht van de geschiedenis van de reclassering in ons land dat, zoals ook de andere preadviezen laten zien, de door de tijdgeest beïnvloede schommelingen in de opvattingen illustreert.

De voortdurende zoektocht naar de juiste verhouding tussen instrumentele, op repressie gerichte doestellingen enerzijds en op rechtsbescherming georiënteerde belangen anderzijds staat in het strafrecht, zo schrijven zij, altijd al centraal. Maar de strafrechtelijke preadviseurs erkennen dat de notie van een repressieve samenleving ook voor hun vakgebied betekenis heeft en brengen dat in verband met de breed gevoelde behoefte om risico's voor te zijn, te bezweren of te controleren met typering als risicosamenleving en controlecultuur. Hun hypothese is dat sinds de eeuwwisseling speciale preventie in relatief kort tijdsbestek is veranderd van een streven dat vooral vorm kreeg door hulp en steun te bieden aan de delinquent naar een oogmerk dat wordt ingevuld door zo veel mogelijk toezicht te houden op naleving van aan een verdachte of veroordeelde opgelegde geboden of verboden. Zij bieden in hoofdstuk 3 van hun preadvies een indringend overzicht van de wetgevende activiteiten sinds 2000 waaruit dit oogmerk blijkt. Het gaat daarbij om 'een niet alleen in omvang indrukwekkend aantal wetswijzigingen' in de laatste twee decennia die cumulatieve veranderingen in het sanctierecht inhouden. Zij bestaan uit zowel invoering van nieuwe sanctiemodaliteiten als uitbreiding van bestaande mogelijkheden, allemaal in de sleutel geplaatst van de beperking van het recidiverisico en daarmee passend in een op preventie door toezicht gerichte aanpak.

Als zij vervolgens ingaan op de door de preadviseurs centraal gestelde vraag hoe de reclassering met die nieuwe realiteit omgaat, constateren zij dat de tekst van de Reclasseringsregeling 1995 in 2017 vrijwel ongemerkt zo is gewijzigd dat de hulp- en steun verlenende taak eruit is verdwenen. De officiële missie van de reclassering, zoals Reclassering Nederland die bijvoorbeeld op haar website uitdraagt, sluit bij de geschetste ontwikkeling aan; de ambitie is bijdragen aan een veilige samenleving, terugdringing van recidive door risicobeheersing en door gedragsverandering waarbij aan risicobeperking prioriteit wordt toegekend.

Maar veldonderzoek in de vorm van een ministage door een van de preadviseurs in augustus 2020 bij Reclassering Nederland en de Stichting Verslavingszorg GGZ heeft het vooraf kennelijk niet positieve beeld doen omslaan in groot enthousiasme over de wijze waarop de mensen van de reclassering hun taak vervullen. In dit bestek kunnen de negen conclusies van de ministage

niet worden weergegeven (men leze vooral zelf!), maar belangrijk is in ieder geval de constatering dat reclasseringsmedewerkers intern kunnen rekenen op steun van hun leiding voor een benadering waarin voortdurend de balans wordt gezocht tussen de toezichthoudende elementen en de hulpverlenende aspecten van het werk.

In hun slotbeschouwing zetten de preadviseurs duidelijk uiteen dat het mensbeeld dat aan de omvangrijke uitbreiding van sanctie- en toezichtmogelijkheden van de laatste twintig jaar ten grondslag ligt hen niet aanspreekt en spreken zij van illusiepolitiek als de overheid daarmee suggereert burgers veiligheid te kunnen bieden. Ook de reclasseringsmedewerkers zijn er “ten diepste van doordrongen dat alleen maar toezicht en controle niet werkt. Het moet dus anders dan de richting die de wetgever de afgelopen decennia heeft gekozen.” Ook de rechtspraak van de Hoge Raad geeft volgens de preadviseurs te weinig aanknopingspunten voor invulling van de wettelijke gevaarcriteria die bepalend zijn voor de vraag of het arsenaal van toezichtmodaliteiten kan worden ingezet. Zij benadrukken dat het zoeken naar de balans, zoals de reclassering gelukkig in de praktijk wel doet, door wetgever en rechtspraak ten onrechte niet meer wordt gedaan met de eenzijdige focus op speciale preventie en het laten vallen van hulp en steun aan verdachten en daders als doelstellingen.

Deze samenvatting van de preadviezen doet de rijkdom die erin besloten ligt geen recht, maar maken het wel mogelijk enkele opvallende gemeenschappelijke punten eruit te lichten:

- Alle preadviezen worstelen met de betekenis van het concept van de repressieve samenleving. Een sluitende definitie van het begrip voor alle rechtsgebieden is niet te geven. Terugkerende elementen in alle preadviezen zijn de vergaande beperking van de (negatieve) vrijheden van burgers en bedrijven, een verbreding en verstrakking van toezicht, en intensievere handhaving met strengere sancties.
- Alle preadviezen geven op hun terrein aan dat er behoefte bestaat aan een *goede balans* tussen de harde instrumentele, repressieve kant van het recht en de zachtere waarden en belangen die het recht belichaamt, zoals het beginsel van de private autonomie in het privaatrecht, rechtsbescherming tegen de overheid (bestuurs- en strafrecht) c.q. hulp en steun aan verdachten en daders (strafrecht).
- De rijke beschrijvingen van de ontwikkelingen in het recht op de deelgebieden hebben gemeen dat zij illustreren dat over de gehele linie in de afgelopen twintig jaar de meer repressieve kant terrein heeft gewonnen.
- De publiekrechtelijke preadviezen hebben gemeen dat zij duidelijk te zien zijn als een oproep aan de wetgever om terughoudender te zijn bij het introduceren van steeds weer nieuwe wettelijke instrumenten tot beheersing van de samenleving.
- Het privaatrechtelijke preadvies is misschien minder negatief over hetgeen het aan repressieve tendensen omschrijft, maar ook dat preadvies benadrukt dat het beginsel van de private autonomie, dat zo wezenlijk is voor het vakgebied, niet te zeer in de knel moet komen.

Eigen aan de ontwikkelingen die de drie preadviezen beschrijven is daarnaast dat zij een tendens tonen waarin het recht steeds meer wordt ingezet om onwenselijke ontwikkelingen te voorkomen: een soms doorgeschoten wens tot *preventie* van naderend onheil kan als rode draad van de in de preadviezen beschreven ontwikkelingen in het recht worden gezien. In het strafrechtelijke preadvies wordt zelfs gesproken van een preventieweb. Was recht voorheen wellicht vooral reactief en gericht op herstel, die functie heeft het natuurlijk niet verloren, maar veel centraler dan eerder is de behoefte om door middel van het recht naderend onheil te voorkomen komen te staan. Bij die poging dreigen belangrijke rechtsstatelijke waarden soms het onderspit te delven.

De preadviezen bieden volgens ons een prachtig tijdsbeeld van ‘de juridische stand van het land’ en veel stof voor inspirerende discussies op onze jaarvergadering op 10 juni 2022 in Utrecht.

De begeleidingscommissie van de NJV:

Jaap Polak
Friederike van der Jagt
Michel Vols

Op de schommel tussen autonomie en repressie: Een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving

Anne Keirse en Vanessa Mak

1	Inleiding	11
2	Repressie en privaatrecht	17
2.1	<i>Begripsverkenning: Repressie en vrijheid</i>	17
2.2	<i>Terreinverkenning: repressie en private autonomie</i>	18
2.3	<i>Repressieve functie en/of werking van privaatrecht</i>	21
2.4	<i>Niets revolutionairs</i>	23
3	Het komen en gaan van repressieve elementen in het privaatrecht	25
3.1	<i>Schommelen tussen vrijheid en repressie</i>	25
3.2	<i>Verschuivende grens tussen privaatrecht en publiekrecht</i>	27
3.3	<i>De evolutie van ons privaatrecht</i>	34
3.4	<i>Golfbewegingen van contractenrecht</i>	40
3.5	<i>Golfbewegingen van aansprakelijkheidsrecht</i>	45
3.6	<i>De lijnen samengebracht</i>	50
4	Actuele repressieve tendensen in het privaatrecht	53
4.1	<i>Duiding van hedendaagse tendensen</i>	53
4.2	<i>Privaatrecht als instrument om gedrag te sturen</i>	54
4.2.1	Dwingend recht	54
4.2.2	Instrumentalisering van het privaatrecht	57
4.2.3	Effectiviteitsbeginsel en Europees consumentenrecht	58
4.3	<i>Privaatrechtelijke handhaving</i>	62
4.3.1	Wij zullen handhaven	62
4.3.2	Collectieve handhaving	64
4.3.3	Privaatrechtelijke regelingen voor publiekrechtelijke con- troles en boetes	66
4.3.4	Privaatrechtelijke vrijheidsbeneming	69
4.4	<i>Privaatrechtelijke behartiging van algemene belangen</i>	70
4.4.1	Maatschappelijke belangen en het algemeen belang	70
4.4.2	Vermaatschappelijke rollen	72
4.5	<i>Privaatrecht als tegenwicht tegen repressie</i>	77

5	Evaluatie	81
6	Tot slot	87
7	Stellingen en discussiepunten	91

Wij leven in een tijd waarin niet alleen publieke organen, maar ook private actoren actief betrokken zijn bij het nastreven van publieke doelen en het handhaven van maatschappelijke normen. Burgers zetten zich in voor het afdwingen van klimaatnormen via de rechter, het privaatrecht zelf verlangt dat contractspartijen met grote marktmacht rekening houden met de belangen van zwakkere partijen, en het privaatrecht wordt in toenemende mate als instrument gebruikt voor handhaving van publiekrechtelijke normen. Hoewel deze ontwikkelingen de afgelopen jaren zichtbaarder zijn geworden, werd deze trend al eerder ingezet en past deze binnen de algemene tendens van horizontalisering waarbij hiërarchisch bestuur (*government*) plaats maakt voor netwerksturing (*governance*). Zorg voor veiligheid en toezicht worden inmiddels verdeeld over een bonte verzameling van maatschappelijke (publieke en private) actoren. In het kader van hun maatschappelijke posities krijgen private instellingen steeds vaker verantwoordelijkheid ten aanzien van algemene belangen, zoals veiligheid, duurzaamheid en het voorkomen van discriminatie, fraude, witwassen en klimaatschade. Zo wordt van non-gouvernementele organisaties, multinationals, financiële instellingen, scholen, woningbouwverenigingen, voetbalclubs en winkeliersverenigingen verwacht dat zij bij de maatschappelijke uitdagingen van deze tijd hun schouders eronder zetten, hoeders zijn van algemene belangen en zelf veiligheidsprogramma's ontwikkelen en uitvoeren.

Dit brengt ook mee dat private partijen met het oog op schadevoorkoming en ordehandhaving de (bewegings)vrijheid van anderen vergaand kunnen beperken. Concreet kunnen slachtoffers van (seksueel) geweld die nieuwe confrontaties met hun daders willen vermijden middels het privaatrechtelijke kort geding vergaande contactverboden doen opleggen, variërend van straatverboden tot verhuisgeboden. Ook ondernemingen die geconfronteerd worden met wangedrag zetten het privaatrecht daartegen in en beogen de orde te handhaven met behulp van privaatrechtelijke locatieverboden. Bekend zijn de privaatrechtelijke stadion(gebieds)verboden die door de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB) worden opgelegd en de tienduizend (individuele en

collectieve) winkel- en/of horecaontzeggingen die jaarlijks door ondernemingen worden opgelegd.

Deze voorbeelden maken aanschouwelijk dat het privaatrecht – juist het rechtsgebied bij uitstek voor het faciliteren van vrije burgers en bedrijven – in toenemende mate wordt ingezet om repressief te kunnen optreden. Toezicht op gewenst gedrag en aanpak van ongewenst gedrag liggen niet (meer) exclusief op het terrein van de overheid, maar worden mede door private actoren uitgevoerd. De privaatrechtelijke vrijheid van private actoren krijgt in dit licht een nieuwe invulling.

Dit preadvies zoomt vanuit een privaatrechtelijk perspectief in op slingerbewegingen van autonomie naar repressie en op de verschuivingen van de reikwijdte en grenzen van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. Stond Nederland in de laatste decennia van de vorige eeuw te boek als tolerant gidsland, tegenwoordig leven we steeds meer in een repressieve samenleving met vraag naar strengere regels, zwaardere sancties en toenemend toezicht. Het discours van de filosofie, politicologie, sociologie, bestuurskunde en criminologie onderschrijven het perspectief van structurele veranderingen van onze westerse maatschappij als gevolg van de industrialisering, liberalisering, secularisering, Europeanisering, globalisering, individualisering, marktwerking en privatisering en duiden dit kernachtig in termen van risicosamenleving, controlecultuur, participatiesamenleving en repressieve samenleving. Hoewel het te vroeg is om trends te benoemen, gaat de impact die COVID-19 op de samenleving heeft, gepaard met een verdergaande controle en – voor het privaatrecht van belang – een brede heroverweging van de verhouding tussen individuele en collectieve belangen. Wij zijn getuige van de meest dramatische uitbreiding van de staatsmachten sinds de Tweede Wereldoorlog. COVID-19 is wereldwijd aanleiding om repressie op te voeren. Met het argument van bescherming van de samenleving wordt (nood)wetgeving ingevoerd die de vrijheid van burgers en ondernemingen vergaand beperkt.

Deze ontwikkeling naar een repressieve samenleving heeft in publiekrechtelijke kringen veel pennen in beweging gebracht, hetgeen samenhangt met het feit dat deelgebieden van zowel het strafrecht als het bestuursrecht de afgelopen tijd merkbaar repressiever zijn geworden.¹ In het privaatrecht ligt dit genuanceerder. Uiteraard wordt ook in dit vakgebied geschreven over de ontwikkelingen en tendensen, maar het begrip ‘repressie’ is daarbij geen sleutelwoord. Dat neemt niet weg dat de ontwikkelingen in het privaatrecht wel onderzocht kunnen worden vanuit het perspectief van een repressieve

1 Zie het voorwoord van de begeleidingscommissie alsook de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke preadviezen in deze bundel met verdere verwijzingen.

samenleving. Begrip van de omgeving van het recht, te weten de samenleving waaraan het recht ten dienste staat, draagt bij aan begrip van het recht. Allereerst valt de roep om betere handhaving van het (privaat)recht op alsook de toegenomen inspanningen van de overheid om bij de handhaving het privaatrecht in te zetten. Handhaving heeft bij uitstek een repressief karakter en het thema ‘de repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk perspectief’ had mogelijk zelfs kunnen worden ingevuld met een verhandeling volledig gewijd aan dit onderwerp. Wij hebben er evenwel voor gekozen om in bredere zin te onderzoeken welke repressieve tendensen kunnen worden onderscheiden in het privaatrecht, in het verleden, het heden en met een blik op de toekomst.

Een repressieve lading van privaatrecht is te onderkennen daar waar het privaatrecht in toenemende mate wordt ingezet teneinde bepaald gewenst gedrag te bewerkstelligen of ongewenst gedrag tegen te gaan, daar waar privaatrechtelijke handhaving toeneemt, en daar waar de focus van het privaatrecht meer gericht raakt op belangen van de samenleving. Wij signaleren een aantal ontwikkelingslijnen in het privaatrecht waarin deze veranderingen in de kleur van het privaatrecht en de daarmee samenhangende veranderende rollen van private en publieke actoren tot uiting komen. Een actuele tendens in het privaatrecht is de verschuiving van een *ex post* naar een *ex ante* perspectief. De focus op terugdraaien en restitutie maakt steeds meer plaats voor vooruitkijken en oog voor handhaving en preventie. Ook wordt meer ingezet op collectieve in plaats van individuele handhaving, onder andere door het verruimen van de wettelijke mogelijkheden voor collectieve acties. Terwijl de Minister van Justitie rond de eeuwwisseling in een brief aan de Tweede Kamer over de toenemende claimcultuur nog waarschuwde voor een intensiever gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, en niet alleen de pro’s maar ook de contra’s belichtte,² is de toon inmiddels gewijzigd. Recentere brieven illustreren dat de regering vertrouwen stelt in de heilzame werking van de (pro)actieve inzet van het civiele aansprakelijkheidsrecht.³ Het Europese recht versterkt de tendensen die we in dit opzicht op nationaal niveau zien. Dat gebeurt niet alleen door wetgeving, maar ook door de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, waarin het effectiviteitsbeginsel een sterke impuls geeft aan de mogelijkheden voor privaatrechtelijke handhaving. Voorts zien we een toenemend aantal voorbeelden van handhavingsinstrumenten in individuele privaatrechtelijke verhoudingen, zoals gedragscodes en contractuele boetes. Zichtbaar is ook een toename van algemeenbelangacties voor de civiele rechter. Wij doelen hierbij op civiele rechtszaken die worden gevoerd teneinde een

2 *Kamerstukken II* 1998/99, 26630, nr. 1.

3 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VI, nr. 31; *Kamerstukken I* 2016-2017, 28 663, nr. B. Aldus ook T. Hartlief, ‘Het Nederlands aansprakelijkheidsrecht op de drempel van 2015’, in: Th. Vansweevelt & B. Weyts, *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Morsel: Intersentia 2015, p. 269.

algemeen belang van de samenleving te waarborgen, bijvoorbeeld klimaatbescherming.

Deze tendensen duiden wij hieronder als uitingen van repressie in het privaatrecht. Drie, elkaar versterkende ontwikkelingslijnen zijn te onderscheiden. Ten eerste wordt het privaatrecht op deelgebieden inhoudelijk dwingend door het werk van nationale en Europese wetgevers en rechters. Ten tweede zetten private actoren zelf het privaatrecht creatiever in als instrument van gedrags- en beleidsbeïnvloeding. Ten derde wordt het privaatrecht door publiekrecht gekleurd of zelfs – *de facto* maar niet *de iure* – verdrongen doordat de overheid in de privaatrechtelijke rechtsverhouding ingrijpt door private actoren op te leggen elkaar te controleren en te beperken.

Tegelijkertijd komt de vraag op of deze ontwikkelingen duiden op een fundamentele verandering van privaatrecht richting meer repressie. Het privaatrecht is immers in beginsel juist faciliterend van aard, terwijl dat ook nog steeds zichtbaar is in hedendaagse ontwikkelingen, waarin het privaatrecht een kader biedt aan private actoren om te innoveren en zelf nieuwe producten en diensten te ontwikkelen. De private sector heeft in dat opzicht een belangrijke rol naast de overheid in het aanjagen van maatschappelijke ontwikkelingen. Een thema van deze tijd dat die rol illustreert, is het streven naar duurzame productie en consumptie en bescherming van het klimaat. Private actoren dragen in belangrijke mate bij aan het aandragen van oplossingen, bijvoorbeeld in de transitie naar duurzame energie. Het privaatrecht functioneert in onze ogen derhalve ook als tegenkracht tegen repressie: het waarborgt de vrijheid van private actoren, waardoor innovatie vanuit de markt wordt gestimuleerd. Daarenboven wordt ook via de rechter het privaatrecht ingezet om repressie tegen te gaan door omstreden regels, maatregelen of initiatieven als onrechtmatig opzij te laten zetten.

De huidige coronacrisis is een accelerator van de ontwikkelingen die in dit preadvies voor het voetlicht worden gebracht. De aanpak waartoe COVID-19 aanleiding geeft, heeft immers alles in zich van het beeld dat wij vanuit een privaatrechtelijk perspectief op de repressieve samenleving schetsen. Op ruim terrein binnen deze aanpak maken vrijwilligheid en regelend recht plaats voor dwang en dwingend recht. Alom doemen nieuwe inbreuken op privacy en ongekende beperkingen in handelings- en contractsvrijheid op. We hebben in een oogwenk een radicale omslag in het Nederlandse vaccinatiedebat gezien; illustratief daarin is dat in het recente verleden jarenlang hevig is gediscussieerd over de – tot recent – beladen vraag of private organisaties in de kinderopvang de cliëntèle naar de vaccinatiestatus van hun kinderen mochten vragen en kinderen die niet tegen de bof, mazelen en rodehond waren gevaccineerd in hun opvang mochten weigeren. Burgers en private organisaties hebben zelf initiatieven ontplooid teneinde de vaccinatiegraad te vergroten en het weren van ongevaccineerden te stimuleren. Zij worden ook allerwegen door de over-

heid ingezet in de strijd tegen corona. Denk aan de controlerende en uitvoerende taak die de horeca op straffe van boete op zich heeft gekregen. Tegelijkertijd zien we ook dat het privaatrecht als correctie-instrument tegen repressie wordt gebruikt. Vele civiele rechtszaken tegen het coronabeleid van de overheid hebben het licht gezien, waarvan de juridische slag om de avondklok een van de bekendste is.⁴ Het coronabeleid blijkt niet soeverein maar wordt zichtbaar bespeeld door een verscheidenheid aan krachten binnen de (internationale) samenleving.

Dit preadvies is opgebouwd rond een aantal centrale vragen. Hoe ontwikkelt het privaatrecht zich in reactie op repressieve tendensen in de samenleving? Zijn in de huidige tijd trends zichtbaar waarin via privaatrechtelijke weg repressieve doelen worden nagestreefd? Zou het privaatrecht van de toekomst op repressie gericht moeten zijn? Of zou het privaatrecht en het overheidsaansprakelijkheidsrecht in het bijzonder juist tegenwicht moeten bieden aan repressie? Onze doelstelling is aanschouwelijk te maken in welke mate de repressievere oriëntatie in de samenleving zich vertaalt in de privaatrechtspleging. Het beeld hiervan wordt in de eerste plaats ingevuld door de wijze waarop vorm en inhoud wordt gegeven aan de doelstellingen van het privaatrecht. Een vraag die daarbij rijst, is of repressie tot de (actuele) doelstellingen van het privaatrecht behoort. Vervolgens wordt het beeld nader ingevuld door de werking van het privaatrecht in ogenschouw te nemen.

Om onze doelstelling te bereiken en voornoemde centrale vragen te beantwoorden, geven wij hieronder eerst een werkdefinitie van het begrip ‘repressie’ en schetsen wij in grote lijnen welke plaats repressie heeft in het normatieve kader van het privaatrecht. Wij brengen in kaart hoe repressieve tendensen in de samenleving zich in het privaatrecht hebben gemanifesteerd. Onze hypothese is dat tendensen van tolerantie en repressie elkaar afwisselen. In het huidige tijdsgewricht, zo is de volgende hypothese, wordt het privaatrecht repressiever, publiekrechtelijker in die zin dat het algemene belangen meer erbij betreft, dat een collectievere aanpak ingang krijgt en een *ex ante* perspectief gericht op schadevoorkoming terrein wint. Vervolgens bespreken wij concrete en actuele voorbeelden van repressie in het privaatrecht. Op welke gebieden worden privaatrechtelijke verhoudingen beïnvloed door repressieve tendensen? De resultaten van deze *tour d’horizon* gebruiken wij vervolgens om te analyseren of (en hoe) repressie in het privaatrecht past. Doen de besproken voorbeelden afbreuk aan de beginselen van het privaatrecht, zoals (contracts)vrijheid en

4 In kort geding in eerste aanleg werd de Staat veroordeeld de avondklok per omgaande buiten werking te stellen, maar in hoger beroep werd de tenuitvoerlegging van dit vonnis dezelfde dag direct geschorst en vervolgens is het vonnis vernietigd. Zie Rb. Den Haag 16 februari 2021, ECLI:RBDHA:2021:1100; Hof Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:252; Hof Den Haag 26 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:285 (*Avondklok-zaak*).

private autonomie,⁵ of passen ze in een trend waarin de grenzen tussen privaats- en publiekrecht steeds meer vervagen? Wij sluiten af met het uitspreken van een verwachting over de plaats van repressie in het privaatrecht in de nabije toekomst en een aantal aandachtspunten voor het behoud van het eigen, op (positieve) vrijheid en autonomie gerichte karakter van het privaatrecht.

5 Private autonomie wordt ook wel aangeduid met de termen wilsautonomie en partijautonomie. Het verwijst naar de overtuiging dat elk individu de bevoegdheid heeft om de eigen rechtspositie te bepalen.

2.1 Begripsverkenning: Repressie en vrijheid

De term repressie wordt veelal gebruikt als uiting van dwang en het inperken van vrijheid, bijvoorbeeld om (overheids)handelen te duiden dat erop gericht is bepaald gedrag van (groepen) individuen te onderdrukken of te bestraffen. Dat gaat vaak middels het recht en het recht dient daarbij tegelijkertijd ook als kader om dat (overheids)handelen te normeren, bijvoorbeeld om te bepalen in welke omstandigheden een sanctie gepast is en hoe zwaar de straf of boete mag zijn. Daar waar de overheid straffen oplegt of anderszins normen oplegt, wordt de vrijheid van de burger beperkt. Ook private actoren kunnen de vrijheid van anderen (doen) beperken. In de huidige tijd worden private actoren door de coronamaatregelen van de overheid zelfs gedwongen om de vrijheid van anderen te beperken.

Repressie staat in deze zin op gespannen voet met het (neo)liberale, individualistische vrijheidsbegrip dat gericht is op handelen conform de vrije wil zonder (overheids)belemmering. Dit neemt niet weg dat repressie vrijheid ook kan dienen. Door bepaald gedrag van de een te onderdrukken of te bestraffen wordt meer dan eens beoogd een maatschappelijke omgeving te creëren waarin de ander veilig en *in vrijheid* kan leven, en waarin fundamentele rechten van burgers zo veel mogelijk gewaarborgd zijn.¹ Het in de politieke en sociale filosofie veelgemaakte onderscheid tussen twee concepties van vrijheid, te weten negatieve vrijheid en positieve vrijheid, kan hier verhelderend werken.² Negatieve vrijheid wordt gevormd door de *afwezigheid* van beperkingen, ob-

1 Van Kempen betoogt dat repressie juist ook kan worden nagestreefd door een beroep op fundamentele rechten. Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (inaugurele rede, Radboud Universiteit Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publisher 2008.

2 Het begrippenpaar positieve vrijheid en negatieve vrijheid is door Berlin in 1958 geïntroduceerd. I. Berlin, *Two Concepts of Liberty* (1958), in: I. Berlin, *Liberty* (red. H. Hardy), Oxford: Oxford University Press 2002, p. 195.

stakels en grenzen. Positieve vrijheid ontstaat door de *aanwezigheid* van mogelijkheden om te handelen en het leven aldus zelf in de hand te nemen. Terwijl negatieve concepties van vrijheid zich richten op beantwoording van de vraag op welke terreinen de mens de vrijheid dient te hebben om ongehinderd de eigen gang te gaan, stellen positieve concepties van vrijheid aan de orde wie of wat bepaalt of beïnvloedt wat een mens doet, is of wil.

Repressie verkleint aldus negatieve vrijheid, omdat repressie door anderen gevormde obstakels meebrengt die het eigen handelen beperken. Maar tegelijkertijd kan deze repressie positieve vrijheid juist vergroten, doordat het handelen van iets of iemand de mogelijkheid creëert tot zelfontplooiing. Een inperking van negatieve vrijheid die tevens een bijdrage aan positieve vrijheid vormt, wordt bijvoorbeeld geleverd door overheidsregelgeving die erop gericht is zwakkere contractspartijen een sterkere positie te geven door regels van dwingend recht. Inperking van contractsvrijheid – een beginsel dat een negatieve conceptie van vrijheid reflecteert – kan aldus private autonomie – dat met positieve vrijheid samenvalt – vergroten.³

Dit strookt met het socialistisch of collectivistisch vrijheidsbegrip, dat niet beoogt dat eenieder onbelemmerd zijn gang kan gaan, maar dat juist voor ogen heeft dat terwijl de gemeenschap invloed kan uitoefenen op het bestuur, het bestuur invloed heeft op de economie, de markt en het privébezit.⁴ Overigens kan beleid gericht op positieve vrijheid ook repressie inhouden. Sterker nog, er wordt voor gewaarschuwd dat juist door het sociale aspect van positieve vrijheid onderdrukking in de hand wordt gewerkt omdat het meer dan eens samengaat met een problematische beperking van de negatieve vrijheid van andersdenkenden.⁵ Het huidige coronabeleid biedt in deze een interessante leerschool.

Kortom, vrijheid is in meerdere opzichten een dubbelconcept en dat brengt ook mee dat de waardering van repressie geen eenduidigheid kent.

2.2 Terreinverkenning: repressie en private autonomie

Wie aan repressie denkt, zal niet onmiddellijk aan privaatrecht denken, maar veeleer aan publiekrecht. Dat hangt samen met de gebruikelijke inkleuring van een scheidslijn tussen publiekrecht en privaatrecht. Het beeld daarbij is dat het publiekrecht de wijze regelt waarop de Staat binnen de samenleving fungeert met het oog op het algemeen belang en dat het privaatrecht de ruimte en de gelegenheid schept voor rechtssubjecten, waaronder in het bijzonder

3 Vergelijk S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitsluiting in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 15.

4 A. de Dijn, *Vrijheid, een woelige geschiedenis*, Amsterdam: Alfabet Uitgevers 2021.

5 Berlin (1958) 2002, p. 179.