

EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?

Prof.mr. G.E. van Maanen

Prof.mr. S.D. Lindenbergh

Preadviezen 2011

uitgebracht voor de

Vereniging voor Burgerlijk Recht

EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?

Prof. mr. G.E. van Maanen
Prof. mr. S.D. Lindenberg

EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?

Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2011

 **Kluwer**
a Wolters Kluwer business

Deventer 2011

Grafische vormgeving: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 0 9916 4

ISBN 978 90 13 09917 1 (E-book)

NUR 822-201

© 2011 G.E. van Maanen, S.D. Lindenberg

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag 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 t/m 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 32002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

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

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl.

Inhoudsopgave

Prof. mr. G.E. van Maanen

Deel 1 De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?	9
1 De wet is hard, maar het is de wet	11
1.1 Bemoti, Vadèstru en het meisje	11
1.2 Een triest geval waar we niets aan kunnen doen ...?	14
1.3 En het EVRM dan ...?	15
1.4 Bemoti, Vadèstru & Stagno; hebben we het wel goed gedaan?	17
2 Verslag van een ontdekkingstocht	19
2.1 Voortschrijdend inzicht	19
2.2 Het EVRM is er of we het nu leuk vinden of niet ...	20
2.3 Betekenis voor de praktijk	21
2.4 Routeplanner	23
3 Wat zijn de meest relevante bepalingen uit het EVRM (en het Europese Handvest)?	25
4 Perdigao & Öneriyildiz: de kracht van art. 1 EP	29
4.1 Öneriyildiz	29
4.2 Perdigao vs. Portugal	31
4.3 Belang van deze uitspraak inzake Perdigao	33
5 Chipshol krijgt steun van het EVRM	35
6 Duivenmelkers en ander bestuursrechtelijk ongemak	37
6.1 Overschrijding redelijke termijn	37
6.2 Art. 8 & het bestuursrecht	39
7 EVRM & de letselschadepraktijk: art. 2 en 8 EVRM	41
7.1 Nog veel te winnen ...	41
7.2 Oyal: letselschade in Turkije	41
7.3 Tatar vs. Roumanie	42

INHOUDSOPGAVE

8	Een gemiste kans: Enschede	47
8.1	De vuurwerkramp in Enschede	47
8.2	Verloop van de procedure van de slachtoffers zelf in de zaak van 181 omwonenden	48
8.3	Hoger beroep in de <i>Grolsch</i> -zaak	49
8.4	Wat zijn de cassatieklachten?	50
8.5	Zou toepassing van het EVRM niet tot een andere uitkomst moeten leiden?	51
9	Een nieuwe kans: Geiten en mensen met Q-koorts	55
9.1	De feiten	55
9.2	De meerwaarde van het EVRM (en het Handvest)	56
10	Wanneer en hoe werkt het EVRM?; horizontale en verticale werking...	57
10.1	Horizontale en verticale werking...	57
11	Hoe werkt het EVRM?	61
12	EVRM & EHRM: Géén ver-van-mijn-bedshow!	63
	Literatuur	65
	Prof. mr. S.D. Lindenberg	
	Deel 2 Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten	71
1	Inleiding	73
1.1	Fundamentele rechten en vermogensrecht	73
1.2	Meervoudige gelaagdheid	76
1.3	Fundamentele rechten en privaatrechtelijke rechtsvinding	77
1.4	Aanpak	78
2	Rechtsvervolgende acties	79
2.1	Verbod en bevel	79
2.2	Handhaving na vaststelling van een schending	81
3	Redresserende acties	83
3.1	Algemeen	83
3.2	Verklaring voor recht	83
3.3	Schadevergoeding	86
3.4	Discretionaire bevoegdheid	87
3.5	Vermogensschade	88
3.6	Ander nadeel	89
3.6.1	Schending van een fundamenteel recht als persoonsaantasting	89
3.6.2	Betekenis voor omvang?	96

INHOUDSOPGAVE

4	Een dossier: schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn	101
4.1	Algemeen	101
4.2	Grondslag voor aansprakelijkheid	102
4.3	Ander nadeel	104
5	Kosten	109
6	Evaluatie	111
7	Slot	113
	Literatuur	115

DEEL 1 DE IMPACT VAN HET EVRM OP
HET PRIVAATRECHT. EEN GROTE
VER-VAN-MIJN-BEDSHOW?

Prof. mr. G.E. van Maanen*

* Gerrit van Maanen is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de Universiteit Maastricht. Met dank aan Ester Engelhard en Siewert Lindenberg voor hun commentaar.

I De wet is hard, maar het is de wet

1.1 Bemoti, Vadèstru en het meisje

Op 4 juni 1996 vindt in de gemeente Goirle een aanrijding plaats tussen een kind van ruim negen jaren oud, en een betonauto. Het meisje fietste samen met een vriendinnetje. Kort voor het ongeval hadden zij van fiets geruild. De fiets van het meisje had een terugtraprem, de fiets van het vriendinnetje handremmen. Mogelijk heeft zij geprobeerd te remmen door terug te trappen, wat op de fiets van haar vriendinnetje geen effect had. Zij is vervolgens bij het oversteken van de weg tegen de zijkant van de achterzijde van de betonauto aangereden. Zij is buiten bewustzijn naar een ziekenhuis vervoerd en heeft daar enige tijd in coma gelegen. Aansluitend is zij overgeplaatst naar een revalidatiecentrum. Zij is daaruit ontslagen op 5 juli 1996, waarna dagbehandeling volgde. Zij heeft blijvend en ernstig letsel opgelopen.

De bestuurder van de betonauto was in dienst bij Vadèstru. Vadèstru had de betonauto met bestuurder uitgeleend aan Bemoti. De betonmolen had een opvallende blauwe kleur; zowel de naam van Vadèstru als de naam van Bemoti stond op de auto.

Eerst in 2003 heeft de moeder zich – als wettelijk vertegenwoordiger – tot een advocaat gewend. Bij brief van 31 december 2003 is Bemoti aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van het ongeval, bij brief van 9 februari 2004 is Vadèstru (en de bestuurder) aansprakelijk gesteld.

De politie heeft van het ongeval geen proces-verbaal opgemaakt. De bestuurder heeft als getuige verklaard dat de politie niet naar zijn naam heeft gevraagd, maar wel het kenteken van de vrachtauto heeft genoteerd. De politie heeft hem na het ongeval verzocht zijn weg te vervolgen. Hij heeft Bemoti noch Vadèstru van het ongeval op de hoogte gesteld.¹

¹ Merkwaardig genoeg heeft het gegeven dat de chauffeur zijn werkgever *niet* op de hoogte gesteld van het feit dat hij een kind bijna had doodgereden (op zich al vreemd en ongeloofwaardig), geen rol gespeeld in deze procedure. Lag het niet voor de hand om in de procedure de stelling te betrekken dat het op de weg van de chauffeur had gelegen om zich te bekommeren om het slachtoffer en het ongeval te melden aan zijn werkgever? Voor diens nalatigheid is ook de werkgever verantwoordelijk (art. 6:170 BW). Door dat niet te doen – zo zou de stelling kunnen zijn – heeft de aangesproken partij zijn recht verloren om zich op verjaring te beroepen (art. 6:2 BW), zeker in combinatie met de verdere omstandigheden.

Het slachtoffer vordert voor recht te verklaren dat Bemoti c.s. hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de, nader bij staat op te maken, materiële en immateriële schade als gevolg van het ongeval. Zij houdt naast de bestuurder ook de werkgever(s) Bemoti en Vadèstru op de voet van art. 6:170 BW aansprakelijk.

Bemoti c.s. hebben zich tegen de vordering verweerd met een beroep op de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW. Volgens Bemoti c.s. is de rechtsvordering verjaard, nu haar wettelijk vertegenwoordiger kort na het ongeval daadwerkelijk bekend is geraakt met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon, en het slachtoffer, althans haar wettelijk vertegenwoordiger, de verjaring niet binnen een, vanaf dit moment te rekenen, termijn van vijf jaren heeft gestuit en ook niet binnen die periode een vordering in rechte heeft ingesteld.

De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft dat vonnis bekrachtigd. Het heeft daartoe, in de samenvatting van de Hoge Raad, het volgende overwogen:

De bij de moeder aanwezige kennis moet worden toegerekend aan het slachtoffer. De eis van subjectieve bekendheid (met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon) houdt niet in dat de benadeelde die op de hoogte is van de onrechtmatige daad zich op onbekendheid met de identiteit van de aansprakelijke persoon kan beroepen als hij die eenvoudig had kunnen achterhalen. Indien het begrip subjectieve bekendheid niet aldus wordt uitgelegd, kan de benadeelde, door stil te blijven zitten en na te laten een beperkt en voor de hand liggend onderzoek in te stellen, beletten dat de verjaringstermijn een aanvang neemt. Dit is gelet op de ratio van de verjaringstermijn niet gerechtvaardigd. De moeder was op 4 juni 1996 op de hoogte van het ongeval en van het feit dat haar dochter daardoor ernstig gewond was geraakt en dus schade had geleden. Zij wist dat bij het ongeval een betonauto betrokken was en dat deze op dat moment werd bestuurd door een chauffeur. Van de moeder mocht, nu er voldoende aanknopingspunten waren om de identiteit van de aansprakelijke persoon/personen te achterhalen, enige inspanning worden verlangd teneinde vast te stellen wie de vrachtauto bestuurde en bij wie die chauffeur in dienst was. De verjaringstermijn van de rechtsvordering van het slachtoffer is dan ook kort na 4 juni 2001, doch ruim vóór 31 december 2003, verstreken.

De door het slachtoffer aangedragen omstandigheden – waaronder het moeizaam verlopen herstel, de problemen op school als gevolg van haar secundaire zwakbegaafdheid, de fixatie van de moeder op deze problematiek, de zorg van haar als alleenstaande ouder voor haar in 1995 geboren zoon met de ziekte van Down (die kort na de geboorte een hartoperatie had moeten ondergaan) en de beëindiging, kort na het ongeval, van de relatie met haar toenmalige, aan drank en drugs geraakte, vriend – zijn niet voldoende om te kunnen

oordelen dat de moeder niet in staat was binnen een periode van vijf jaar na de datum van het ongeval een vordering in te stellen. Ook de verklaring van de huisarts dat zij er praktisch alleen voor stond, niet zo sterk in haar schoenen staat, niet erg slim is en een hectische fase van haar leven doormaakte, is hiervoor niet voldoende.

Art. 3:310 lid 5 BW is op grond van art. 119b Overgangswet NBW niet van toepassing op het onderhavige geval. Terugwerkende kracht van deze regel is uitdrukkelijk niet door de wetgever gewild. De minderjarigheid ten tijde van het ongeval als zodanig, kan dan ook niet leiden tot het oordeel dat het beroep door Bemoti c.s. in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Haar minderjarigheid is naar het oordeel van het hof geen factor van belang nu juist voor minderjarige kinderen het instituut van wettelijke vertegenwoordiging (in dit geval uitgeoefend door de moeder) in het leven is geroepen. Dat niet binnen vijf jaar een vordering is ingesteld, komt dan ook voor risico van het slachtoffer.²

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand en verwerpt alle ingediende middelen c.q. onderdelen daarvan. Mocht het hof in deze zaak wel aannemen – zijnde een vereiste voor het aanvangen van de vijfjarige verjaringstermijn – dat de benadeelde bekend was met de identiteit van de dader? De Hoge Raad vindt van wel:

“Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat (vgl. HR 9 juli 2010, nr. 09/01916, LJN BM1688). Dit neemt niet weg dat degene die de identiteit van de aansprakelijke persoon met een beperkt onderzoek eenvoudig had kunnen achterhalen, maar heeft nagelaten een dergelijk onderzoek in te stellen, zich ter afwijking van een beroep op verjaring niet kan beroepen op subjectieve onbekendheid met de aansprakelijke persoon. Indien die identiteit gemakkelijk kan worden vastgesteld, mag van de benadeelde in beginsel worden verlangd dat hij zich enigermate inspant om erachter te komen wie voor de schade aansprakelijk is. Het verdraagt zich niet met de rechtszekerheid en de billijkheid, die het instituut van de verjaring mede beoogt te dienen, dat de benadeelde door het nalaten van een redelijkerwijs van hem te verlangen, eenvoudig uit te voeren onderzoek naar de identiteit van de aansprakelijke persoon, zou kunnen voorkomen dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW een aanvang neemt.”

Is het eigenlijk naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar dat Bemoti en Vadèstru zich onder deze omstandigheden beroepen op de verjaringstermijn van art. 3:310 lid BW? De Hoge Raad gaat mee met de afwijzing van dit beroep door het hof:

² HR 3 december 2010, LJN BN6241; RvdW 2010/1449 (X/Bemoti + Vadèstru).

“De omstandigheid dat een schuldeiser geen verwijt kan worden gemaakt van het niet tijdig instellen van een rechtsvordering maakt een beroep op verjaring nog niet zonder meer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat de minderjarigheid van [eiseres] ten tijde van het ongeval en haar afhankelijkheid van haar moeder geen aan het onderhavige geval verbonden specifieke omstandigheden vormen die ertoe kunnen bijdragen dat het beroep van Bemoti c.s. op art. 3:310 lid 1 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoeft geen nadere motivering.”

1.2 Een triest geval waar we niets aan kunnen doen ...?

Tjittes en Van Wechem – in hun *NJB*-kroniek – lijken getroffen door de hardheid van het oordeel van de feitenrechters en de instandhouding daarvan door de Hoge Raad (‘onbarmhartige rechtspraak’).³ Hadden die instanties niet iets meer kunnen doen met bijvoorbeeld de derogerende werking van art. 6:2 lid 2 BW? Zelfs A-G Spier – die in zijn conclusies toch vaak de uiterste grenzen opzoekt om een slachtoffer te helpen – ziet hier geen ruimte om in deze trieste zaak het slachtoffer te hulp te komen. Het hof heeft in zijn ogen terecht geoordeeld dat uitsluitend de factor minderjarigheid geen beroep op derogerende werking van redelijkheid en billijkheid kan rechtvaardigen. Een tegengestelde opvatting zou er volgens hem op neerkomen dat,

“met toepassing van art. 6:2 lid 2 BW, een generieke uitzondering zou worden gemaakt voor minderjarigen die uit de aard der zaak allen afhankelijk zijn. Dat strookt niet met de door de wetgever gekozen overgangsregeling en staat haaks op de strekking van art. 6:2 lid 2 BW dat, reeds blijkens de bewoordingen ‘in de gegeven omstandigheden’, het oog heeft op bijzondere en specifieke omstandigheden van een concreet geval.”

De benadering die het middel propageert zet volgens hem de bijl aan het oude art. 3:310 BW. Immers komt zij erop neer dat een categorale in plaats van een individuele uitzondering wordt gemaakt op de daarin vervatte regeling.

Spier beseft terdege dat het een hele stap is om een minderjarige de dupe te laten worden van ‘tekortkomingen’ van zijn ouders/wettelijk vertegenwoordigers waardoor vorderingen wegens zeer ernstig letsel in rook opgaan. Maar hij tekent daarbij aan, dat in deze zaak, de werkelijke reden waarom haar moeder geen vordering heeft ingesteld, is gelegen in haar – op rechtsdwaling berustende – gedachte, dat een ‘niet schuldige’ automobilist niet met vrucht kon worden aangesproken.

³ Rieme-Jan Tjittes & Edwin van Wechem, ‘Kroniek van het vermogensrecht’, *NJB* 2011, p. 922. Deze wijzen ook op de plicht van de dader om contact te zoeken met het slachtoffer; een plicht die zwaarder weegt dan de onderzoeksplicht van het slachtoffer om de identiteit van de dader te achterhalen.

Men zou, volgens hem, anders kunnen oordelen met betrekking tot situaties die weliswaar rechtens vallen onder art. 3:310 lid 1 BW, maar waaraan de wetgever niet kenbaar heeft gedacht. Maar hij kan in het middel geen klacht van deze strekking ontwaren.

1.3 En het EVRM dan ...?

Noch de advocaten, noch de rechters, noch de A-G hebben in deze zaak aandacht besteed aan art. 6 (of art. 1 EP) EVRM. Terwijl dat toch voor de hand ligt; het minderjarige slachtoffer raakt immers haar vordering kwijt door nalatigheid van haar wettelijk vertegenwoordiger. Dat een dergelijke situatie onbevredigend is heeft ook de wetgever ingezien. Daarom geldt sinds 1 februari 2004 een ander regiem waardoor de verjaringstermijn van art. 310 lid 1 pas begint te lopen na het bereiken van de meerderjarigheid.

In de zaak *Stagno vs. Belgique* van 7 oktober 2009⁴ van het EHRM, ging het om een verjaringstermijn van drie jaar onder het Belgische recht, als gevolg waarvan twee destijds minderjarige dochters hun rechten tegen de verzekeringsmaatschappij Fortis (en tegen hun moeder) hadden verloren. Het ging – kort gezegd – om de rechten op een overlijdensuitkering die hun vader had afgesloten bij Fortis en die aan hun moeder als wettelijk vertegenwoordiger – tijdens hun minderjarigheid was uitbetaald. De moeder heeft in het jaar daarna de ten behoeve van de kinderen geopende spaarbankboekjes leeggehaald. Na het bereiken van de meerderjarigheid spreken de kinderen zowel hun moeder als de Fortisbank aan. Nadat ondertussen de claim tegen de moeder door de kinderen was ingetrokken, komt de rechtbank tot de conclusie dat de vordering tegen Fortis verjaard is. Ook het hof komt tot die conclusie. In cassatie wordt betoogd dat het de kinderen niet verweten kan worden dat ze tijdens hun minderjarigheid (9 en 10 jaar) geen actie hebben ondernomen zeker nu hun moeder – als wettelijk vertegenwoordiger – duidelijk tegengestelde belangen had. Het Belgische Hof van cassatie overweegt dat het principe dat de verjaringsstermijn niet gaat lopen tijdens de minderjarigheid (zoals vastgelegd in de algemene verjaringsregeling van art. 2278 Belgisch BW) niet een *algemeen* geldend principe is. Het hof overweegt dat de speciale verjaringstermijn voor verzekeringen van drie jaar in de verzekeringswet van 1874, niet onder deze algemene regeling valt onder meer omdat de kennelijke gedachte is dat verzekeraars anders langer dan drie jaar na een voorval hun boekhouding zouden moeten bewaren. Kortom de vordering van de kinderen is dus verjaard.

4 EHRM 7 juli 2009, Appl. No. 1062/07 (*Stagno/Belgique*), EHRC 2009/108, m.nt. F.J. Fernhout.

De inmiddels volwassen kinderen Maria en Manuela Stagno wenden zich met een klacht tot het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Die klacht houdt in dat zij op zich wel het speciale verjaringsregime van de verzekeringswet uit 1874 kunnen billijken, maar dat zij de Belgische rechters verwijten dat deze geen rekening hebben gehouden met hun bijzondere situatie waardoor zij afhankelijk waren van hun moeder en de fouten die deze gemaakt heeft en daardoor ook van de fouten gemaakt door Fortis. Wat vindt het hof van deze klacht?

“32. La Cour considère qu’il était pratiquement impossible aux requérantes de défendre leurs biens contre la société Fortis AG avant d’avoir atteint l’âge de la majorité et que leur action contre cette société était prescrite lorsqu’elles ont atteint l’âge de la majorité. Certes, conformément à l’article 379, alinéa premier, du code civil, leur mère était comptable quant à la propriété des biens de ses enfants mineurs, de sorte que le recours en reddition de compte de tutelle que les requérantes ont introduit contre elle leur aurait permis d’obtenir une réparation en principe intégrale du dommage subi. Le Gouvernement en déduit que les risques encourus par un mineur suite à une mauvaise gestion de ses intérêts par son représentant légal, sont éliminés du fait que le mineur peut agir en justice contre son représentant légal dès l’âge de la majorité. Il n’en demeure pas moins que la seule action dont il s’agit est celle qui était dirigée contre la société Fortis AG, et que ce sont les limitations apportées au droit de soumettre cette action à un tribunal qui constituent l’objet du présent grief. Le fait que les requérantes ont introduit une demande contre leur mère, puis ont décidé de ne plus la poursuivre, ne devait en principe avoir aucune incidence sur leur droit d’introduire une demande contre la société Fortis AG et d’obtenir une décision sur le fond de cette demande. Cela est d’autant plus vrai que, comme l’affirment les requérantes, la responsabilité de la compagnie d’assurance était la responsabilité primaire, tandis que la responsabilité de leur mère n’était qu’une responsabilité accessoire.”

In deze overweging stelt het hof vast dat het voor de kinderen feitelijk vrijwel onmogelijk was om enige actie te ondernemen en dat het feit dat ze later actie tegen hun wettelijk vertegenwoordiger zouden kunnen ondernemen daar niet aan af doet. Tot slot overweegt het hof dat Fortis hoofdverantwoordelijk is en dat de verantwoordelijkheid van de moeder eigenlijk een afgeleide daarvan is.

Het hof vervolgt dan met de overweging:

“33. (...) La Cour estime que l’application rigide du délai de prescription, qui ne tient pas compte des circonstances particulières de l’affaire, a, en l’espèce, empêché les requérantes de faire usage d’un recours qui leur était en principe disponible (...).

34. A la lumière des considérations qui précèdent, la Cour estime qu’en l’espèce la limitation au droit d’accès à un tribunal imposée aux requérantes n’était pas proportionnée au but visant à garantir la sécurité juridique et la bonne administration de la justice.

35. Par conséquent, il y a eu violation de l’article 6 § 1 de la Convention.”

De conclusie van het hof is dat een rigide toepassing, zoals in deze zaak, van de verjaringstermijn van drie jaar, die geen rekening houdt met de bijzondere omstandigheden in deze zaak, in feite tot gevolg heeft dat aan eiseressen een

mogelijkheid is ontnomen die hun in principe toekomt.⁵ Het hof is van oordeel dat deze beperking om hun zaak aan het oordeel van de rechter voor te leggen niet in redelijke verhouding staat tot het beoogde doel van rechtszekerheid en rechtvaardigheid. Er is daarom sprake van een schending van art. 6 § 1 EVRM.⁶

1.4 Bemoti, Vadèstru & Stagno; hebben we het wel goed gedaan?

In beide hiervoor beschreven zaken ging het om het verlies van een vordering door een (rigide) toepassing van een korte verjaringstermijn (3 c.q. 5 jaar) ten tijde van de minderjarigheid van de belanghebbenden, als gevolg van het tekortschieten van de wettelijk vertegenwoordiger bij de behartiging van de belangen van de minderjarige kinderen. In *Stagno* had de moeder natuurlijk boter op haar hoofd omdat ze zelf – mede – verantwoordelijk was voor het leeghalen van de spaarbankboekjes. In *Bemoti* heeft de moeder door bijzondere omstandigheden (of door een onjuiste inschatting van de juridische kansen, zoals Spier oppert) niet aan haar taak als wettelijk vertegenwoordiger voldaan. In beide gevallen zijn de minderjarige kinderen de dupe van de harde consequenties van de toepassing van de korte verjaringstermijn (die op zichzelf niet *per se* onredelijk is).⁷

Het EHRM acht een rigide toepassing van deze korte verjaringstermijn (in dit geval van 3 jaar) in strijd met art. 6 EVRM. Zou datzelfde ook niet moeten gelden voor de toepassing van de vijfjaartermijn in de Nederlandse zaak van *Bemoti*? Ook daar gelden toch vergelijkbare bijzondere omstandigheden waardoor het slachtoffer zelfs de kans niet krijgt om haar zaak aan de rechter voor te leggen? Sterker nog; in *Stagno* ging het ‘slechts’ om vermogensschade, terwijl het in *Bemoti* om zeer ernstig, blijvend letsel gaat. Hadden advocaten hier niet een beroep op art. 6 EVRM moeten doen? En hadden rechters en A-G hier niet meer aandacht aan moeten geven? Toegeven, misschien is er weinig gelukkig

5 Ook in de zaak *Storck vs. Duitsland* (EHRM 16 juni 2005, Appl. No. 61603/03), die ging over onrechtmatige vrijheidsbeneming (art. 5 EVRM), is het hof kritisch over een rigide formele toepassing van de korte verjaringstermijn van 3 jaar in het Duitse recht. Dat is (ook) in strijd met art. 5 EVRM: “In determining whether such an interpretation of the national law can be regarded as complying with the spirit of Article 5 § 1 of the Convention, the Court finds it helpful to compare the national courts’ approach with the principles developed under the Convention with respect to the calculation of the six-month time-limit laid down in Article 35 § 1 of the Convention. It reiterates that this rule has to be applied without excessive formalism, having regard to the particular circumstances of the case (see, *inter alia*, *Toth v. Austria*, judgment of 12 December 1991, Series A no. 224, pp. 22-23, § 82). There may be, in particular, special circumstances – for example, where the applicant’s mental state rendered him incapable of lodging a complaint within the prescribed period – that can interrupt or suspend the running of time for the purposes of limitation (see *K. v. Ireland*, no. 10416/83, Commission decision of 17 May 1984, *Decisions and Reports (DR)* 38, p. 160, and *H. v. the United Kingdom and Ireland*, no. 9833/82, Commission decision of 7 March 1985, *DR* 42, p. 57).”

6 Soms wordt de termijn ook buitenspel gezet in de context van een ander fundamenteel recht, bijv. art. 8 EVRM en art. 1 EP. Zie EHRM 16 juli 2009, Appl. No. 20082/02 (*Zehentner/Oostenrijk*), *EHRC* 2010/109, m.nt. F.J. Fernhout.

7 Zie ook J.H.M. van Swaaij & I.M. Walrecht, ‘Art. 3:310 BW, subjectieve bekendheidseis en niet-stuiting verjaring zijdens minderjarige’, *MvV* 2011/6, p. 174-179.

geprocedeerd en zijn sommige aspecten onvoldoende uitgewerkt, maar de kern is en blijft dat hier het slachtoffer van een ernstig ongeval verstoken blijft van de mogelijkheid om zelf haar vordering aan de rechter voor te leggen. Het art. 6 EVRM argument had toch op zijn minst besproken moeten worden? Zeker in het licht van deze *Stagno*-uitspraak.⁸ Dat zou toch op zijn minst een retorische meerwaarde gehad hebben?⁹

8 In dezelfde lijn is ook de spectaculaire uitspraak *Hoare vs. Verenigd Koninkrijk* (12 april 2011, Appl. No. 16261/08, *NJB* 2011/1540), waarin een levenslang veroordeelde £ 7 miljoen wint in een loterij, waarna één van zijn slachtoffers alsnog – hoewel de verjaringstermijn reeds lang is verstreken – schadevergoeding krijgt. Het EHRM gaat mee met het House of Lords dat hier een verlenging van de termijn geboden was.

9 F.J. Fernhout, 'De ondraaglijke hardheid van termijnen', *TvPP* 2010, p. 81-89, is van oordeel dat het roer bij de Hoge Raad, in het licht van deze EHRM-uitspraak, om moet.

2 Verslag van een ontdekkingsstocht

2.1 Voortschrijdend inzicht

Zes jaar geleden, in mijn interventie, bij de bespreking van het (onvolprezen) preadvies van Barkhuysen & Van Emmerik over de invloed van art. 1 EP (Eerste Protocol),¹ tijdens de vergadering van onze vereniging, had ik nog sterk het gevoel dat het EVRM iets was dat ‘van buiten kwam’ en iets was dat inbreuk kon maken op ‘onze’ Nederlandse rechtsorde. Dat kon soms – en voor sommigen – goed uitpakken, maar het had voor mijn gevoel toch vaak iets onbevredigends. Onze eigen Nederlandse wetgever heeft – in navolging van internationale vervoersverdragen – een keuze gemaakt, voor een limitering van de hoogte van de vordering bij treinongevallen tot een maximum van f 300.000 en dat zou dan – onder bepaalde omstandigheden – in strijd zijn met art. 1 EP EVRM?²

Dat was a. een soort ‘hoge-hoedrechtspraak’, want wat stond er nu helemaal in dat art. 1 EP?; en b. ook ondemocratisch, want ‘wij’, onze regering, onze volksvertegenwoordigers, hebben alles afwegende, gekozen voor een dergelijk systeem van limitering.³ Daar moet het EVRM dan niet doorheen fietsen.⁴

En, wat we *nu* allemaal afleiden uit de diverse bepalingen van het EVRM, zouden we dat niet met eenzelfde resultaat gewoon op basis van onze Nederlandse wetgeving kunnen bereiken? Daar hebben we toch het EVRM helemaal niet voor nodig?

¹ T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘De eigendomsbescherming van art. 1 EP EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief’, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer 2005, p. 5-101.

² Ik doel hier uiteraard op de uitspraak van het Hof Amsterdam 12 augustus 2004, *NJF* 2004/543 (*NS/Baardman*). Mijn simplificatie doet geen recht aan deze goed gemotiveerde en baanbrekende uitspraak.

³ Ook mijn Maastrichtse collega Verhey zet – aan het slot van zijn opstel – vraagtekens bij de vergaande invloed van het EVRM: L.F.M. Verhey, ‘Horizontale werking van grondrechten: De stille Straatsburgse revolutie’, in: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Geschakeld recht* (Alkema-bundel), Deventer 2009, p. 520 e.v. (‘Horizontale werking van het EVRM: geen systematische theorie’).

⁴ Zie in dit verband ook – scherp – Thierry Baudet, ‘Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie’, *NRC* 13 november 2010 met kritische reacties in *NRC* 21 november 2010.

Allemaal waar, maar toch denk ik dat we niet meer om het EVRM en niet om de *rechtspraak* van het EHRM heen kunnen.⁵ Dat hof neemt namelijk stevige beslissingen met vergaande consequenties ook voor het Nederlandse privaatrecht. De abstracte, ja, lege (of open) bepalingen van het EVRM (*‘Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet.’*), worden door het hof gebruikt als aanknopingspunt om vergaande, concrete verplichtingen van de overheid ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de burgers uit af te leiden. Net als het Europese hof in Luxemburg vervult het EHRM in Straatsburg daarin een voortrekkersrol.

Op bepaalde onderdelen van het privaatrecht – in ruime zin – was dat natuurlijk al gemeengoed; de betekenis van het EVRM voor het personen- en familierecht⁶ (*Marckx*-arrest⁷) en voor de privacybescherming was al jaren een vanzelfsprekende zaak, maar diezelfde evidentie had en heeft het EVRM – in mijn beleving – nog niet voor het algemene vermogensrecht.

2.2 Het EVRM is er of we het nu leuk vinden of niet ...

In dit preadvies zal ik niet stilstaan bij de vraag – die momenteel in staatsrechtelijke kringen speelt – of het EHRM niet ‘te activistisch’ is en of we wel zo blij moeten zijn met het EVRM.⁸ Dat kan misschien wel zo zijn maar ik vind het oneindig veel interessanter om te onderzoeken wát op dit moment de impact van het EVRM op het geldende recht is. Voor mij was het een ware ontdekkingstocht in een wereld die ik tot voor kort nog maar nauwelijks kende. Ik had natuurlijk wel van *Öneryildiz*⁹ gehoord en van *Pye*¹⁰ maar de werkelijke betekenis voor de – gewone – beoefenaars van het privaatrecht leek niet bijster groot.¹¹ Bovendien de

5 Wij mogen ons gelukkig prijzen met Asser/Hartkamp, *Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht 3-I**, Deventer 2008, die op heldere wijze het grote belang van onder meer het EVRM uiteenzet. Inmiddels is al weer een tweede, uitgebreide, druk verschenen (2011).

6 Zie voor een recente illustratie H.A. Gerritse, ‘Betekent toepassing van het EVRM – binnen het familierecht – meer dan alleen het gebruik van het begrip ‘family life?’’, *Tijdschrift voor de procespraktijk* 2011/2, p. 35-39. Vgl. ook HR 18 februari 2011, *NJ* 2011/90 (*aanspraak op levensonderhoud jegens biologische vader*). Zie ook de recente beslissing van het EHRM van 26 mei 2011, *European Human Rights Cases* 2011, afl. 8, 109, m.nt. A.C. Hendriks.

7 EHRM 13 juni 1979, Appl. No. 6833/74; *NJ* 1980/462, m.nt. EAA (*Marckx/Belgium*).

8 Tom Zwart, ‘Een steviger opstelling tegenover het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de Rechtsstaat’, *NJB* 2011, p. 415-417 en Janneke Gerards, ‘Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?’, *NJB* 2011, p. 608-612.

9 EHRM 30 november 2004, *NJ* 2005/210 (*Öneryildiz*), p. 1929-2005.

10 *Case of J.A. Pye (Oxford) Ltd vs. The United Kingdom I*, 15 November 2005, Appl. No. 444302/02.

11 Afgezien dan van enkele opmerkelijke gevallen zoals die inzake het afnemen van varkensrechten (art. 1 EP), waarover zeer recent – wederom – HR 2 september 2011, *LJN* BQ5098 en het beroep op art. 6 EVRM.

eerste schok van *Peye* was na de uitspraak van de Grote Kamer van het EVRM in deze zaak weer verdwenen.¹² We gingen weer over tot de orde van de dag.¹³

Mijn zoektocht van het laatste halfjaar¹⁴ heeft mij echter tot het inzicht gebracht dat het potentiële effect van de rechtspraak van het EHRM op het gewone privaatrecht, bijvoorbeeld op de letselschaderechtspraak, veel groter is dan ‘we’ misschien met zijn allen denken.¹⁵ Van groot belang daarbij is dat we – zoals ik zelf deed – niet langer moeten denken in termen van ‘het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht’ en ‘de rechtspraak van het EHRM’ als twee *naast elkaar* staande rechtsgebieden, maar dat we inzien dat de rechtspraak van het EHRM – net als die van de Hoge Raad – gewoon onderdeel is van het Nederlandse privaatrecht. Dat vereist een omslag in ons denken. Dat zal lastig zijn. Waarom?

In de eerste plaats zijn het EVRM en de rechtspraak van het EHRM nog steeds in de juridische opleiding een eigen vakgebied los van en naast het privaatrecht. Voorts is de rechtspraak van het EHRM voor de gewone beoefenaar van het (privaat)recht wat lastig toegankelijk; wij zijn niet gewend om die rechtspraak te volgen juist omdat we niet weten dat die soms relevant kan zijn voor ons eigen werk als bijvoorbeeld letselschadeadvocaat (en vaak is die rechtspraak ook niet relevant omdat het gaat om grove schendingen in Oost-Europese landen...; ver-van-ons-bed dus). Daar komt nog bij dat de uitspraken in het Engels en in het Frans (!) gewezen worden (zoals in de affaire *Stagno* hiervoor).

2.3 Betekenis voor de praktijk

De eerste reactie van velen – ook van mij – op een betoog dat we serieus rekening moeten houden met het EVRM, is vaak dat voor het merendeel van de zaken de weg naar Straatsburg lang en duur is. We zijn geneigd de betekenis van het

12 *Case of J.A. Pye (Oxford) Ltd vs. The United Kingdom II*, 30 Augustus 2007, Appl. No. 444302/02. Daarover J.M. Milo, ‘Pye in de Grote Kamer te Straatsburg: *Adverse possession* en privaatrecht naar de constitutionele marge van de nationale autonomie’, *NTBR* 2007/9, p. 368-372, met veel verdere verwijzingen.

13 Zie over de *Pye*-zaken ook S.D. Lindenbergh, ‘Fundamental rights in private law’, in: Michael Faure en Andre van der Walt, *Globalisation and Private Law, The way forward*, Edward Elgar, Cheltenham UK 2010, Chapter 11, p. 367-382 (ook verschenen in *Rotterdam Institute of Private Law. Accepted Paper Series*).

14 Ik pretendeer absoluut geen volledigheid. Er bestaat heel veel rechtspraak van het EHRM en ik heb daarin mijn eigen keuze gemaakt; zaken die mij spectaculair leken of die uit didactisch oogpunt c.q. qua overtuigingskracht, de moeite waard leken.

15 Dit is waarschijnlijk een erg subjectief inzicht; anderen zijn waarschijnlijk al veel verder. Rondom art. 1 EP is al veel geprocedeerd en daarover is al veel geschreven. Ik noem hier naast het eerder vermelde preadvies van Barkhuysen & Van Emmerik van 2005, ook het preadvies van Ploeger, ‘De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het nationale civielrechtelijke perspectief’, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer 2005, p. 103-120. Zie voorts J.F.M. Jansen, ‘De invloed van artikel 1 van het Eerste aanvullende Protocol EVRM op het Nederlandse recht’, in: *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer 2005, p. 329-383.

EVRM te reduceren tot een ultiem beroep op een ‘vierde instantie’, maar de betekenis van het EVRM inclusief de *Case Law* is veel groter.¹⁶ Het EHRM is – gewoon – deel van onze rechtsorde (art. 93 en 94 Gw).¹⁷ De Nederlandse rechter is gebonden aan het EVRM (en aan het Handvest van de Europese Unie¹⁸) en aan de rechtspraak van het EHRM.

Dat speelt in ieder geval in (verticale) situaties waarin de overheid – in al zijn hoedanigheden¹⁹ – betrokken is, maar ook in (contractuele en buitencontractuele) geschillen tussen private partijen waarbij de vraag aan de orde is of de rechtsorde partijen (of meestal, één van de partijen) wel een adequate bescherming biedt. Zo biedt art. 8 EVRM een positieve verplichting tot het nemen van wettelijke en effectieve maatregelen van de overheid tot bescherming van de gezondheid van de burgers tegen bijvoorbeeld milieuschade, of die nu direct veroorzaakt wordt door de staat of indirect door het ontbreken van adequate regelgeving, zoals onder meer blijkt uit de hierna te bespreken zaak *Tatar*.²⁰ Ook uit de hiervoor besproken *Stagno*-zaak²¹ blijkt dat het EHRM een effectieve rol kan spelen in geschillen tussen private partijen als de wetgeving (*in casu* een zeer korte verjaringstermijn) één van de partijen te zeer benadeelt. Het EHRM kan dan ook zelf een schadevergoeding toekennen (art. 42 EVRM).

Ook kan men gebruikmaken van de ‘retorische kracht’ van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM bij invulling van zorgvuldigheidsnorm in het kader van art. 6:162 BW en bij de invulling van de criteria van art. 6:2 lid 2 BW. Met ‘retorische kracht’ doel ik op het gegeven dat bij een betoog over bijvoorbeeld de vraag welke (ongeschreven) normen de overheid in acht moet nemen bij de bescherming van leven, gezondheid en veiligheid van haar burgers, de verwijzing naar concrete zaken van het EHRM een sterker argument kan opleveren dan enkel de stelling dat men vindt dat de overheid dat moet doen.²²

Mijn missie, kortom, is om u te overtuigen van de grote betekenis die de rechtspraak van het EHRM – in potentie – heeft, en dus *moet* hebben voor de

¹⁶ Voor wie dan toch naar Straatsburg wil, biedt de handleiding van T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen*, Nijmegen 2008, een goede gids.

¹⁷ Zie Asser/*Hartkamp Deel 3-I** 2008, nr. 161.

¹⁸ Vgl. over de meerwaarde van het Europees Handvest, T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, ‘Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Een eerste verkenning van de gevolgen voor het privaatrecht’, *NTBR* 2011/9 (nog te verschijnen).

¹⁹ Zie in dit verband ook het preadvies van E.F.D. Engelhard, ‘(Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het “grijze” gebied’, in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid* 6, 2009, besproken tijdens de staatsrechtconferentie 2009 ‘De aangesproken Staat’.

²⁰ EHRM 27 januari 2009, Appl. No. 67021/01 (*Tatar/Roumanie; dambreuk Baia Mare*).

²¹ EHRM 7 oktober 2009, Appl. No. 1062/07 (*Stagno*).

²² Nieuwenhuis wees er al veel eerder op dat de invulling van ‘hetgeen volgens ongeschreven recht betaamt’, bepaald wordt door maatschappelijke kernwaarden die af te lezen zijn uit de constitutie (*RMThemis* 2000, p. 204). Dat geldt dus ook voor het EVRM; ook dat heeft in die zin horizontale werking.

beoefening van het ‘Nederlandse’²³ privaatrecht. Geen kritische beschouwing, maar gewoon het positieve recht zoals het is!²⁴ Ik wil daarbij vooral aan de hand van concrete voorbeelden laten zien wat precies de impact kan zijn op – vooral – ons vermogensrecht.²⁵ Ik houd mij dus verre van de meer abstracte en theoretische beschouwingen, hoe belangrijk die ook op zichzelf mogen zijn.²⁶

2.4 Routeplanner

In het navolgende neem ik u mee op mijn ontdekkingsstocht en laat u enkele van de in mijn ogen meest aansprekende voorbeelden zien. Allereerst een blik op het EVRM zelf; welke bepalingen zijn voor de civilist het belangrijkste? Vervolgens een bezoek aan Turkije en Portugal om de kracht van art. 1 EP duidelijk te maken. Dan vliegen we terug naar Chipshol om van daaruit opnieuw af te reizen naar Turkije, maar nu om de betekenis van art. 2 EVRM te illustreren en dan naar Roemenië om de belangrijke rol van art. 8 EVRM te laten zien. Alvorens af te reizen naar Turkije blijven we nog even in Nederland en gaan op bezoek bij de bestuursrechter. Daar zien we tot onze (althans mijn) verrassing dat de Nederlandse bestuursrechter het EVRM toepast alsof het de gewoonste zaak van de wereld is. Doet de civiele rechter dat ook zo goed? Naar mijn idee nog niet altijd; de uitspraken in de zaak van de *Enschedeese vuurwerkramp* zouden mogelijk een andere uitkomst gekregen hebben als advocaten en rechters beter naar het EVRM hadden gekeken. De Q-koorts problematiek lijkt een uitgelezen kans om het EVRM wel ten volle tot zijn recht te laten komen. Zo zijn we weer thuis. Onderweg heb ik ook nog geprobeerd om na te denken over lastige kwesties als horizontale en verticale werking en ambtshalve toepassing van het EVRM en aanvulling van rechtsgronden...

23 Het Nederlandse privaatrecht is dus allang niet meer Nederlands maar ondergaat de invloed van niet alleen het recht dat vanuit Brussel en Luxemburg tot ons komt, maar óók van het recht dat in Straatsburg door het EHRM gemaakt wordt en deel van onze privaatrechtelijke rechtsorde is. Zie in dit verband vooral Asser/Hartkamp 3-I* 2008. Vgl. Ook A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), ‘De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht’, *Serie Onderneming en recht* deel 42-1, Deventer 2007.

24 In mijn poging om de lezer te overtuigen van het belang van het EVRM zal ik dan ook veelvuldig letterlijk citeren uit de rechtspraak van het EHRM, juist om de precieze betekenis ervan te laten zien.

25 Het contractenrecht laat ik daarbij buiten beschouwing. Daarover zijn al wel diverse interessante geschriften verschenen: O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht) 2007; Ch. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law*. (diss. UvA), Alphen aan den Rijn 2008; N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten* (diss. Leuven), Antwerpen-Oxford 2009.

26 Zie onder veel meer: J.M. Smits, *Constitutionalising van het vermogensrecht* (Preadvies Ned. Ver. V. Rechtsvergelijking nr. 64), Deventer: Kluwer 2003.

3 Wat zijn de meest relevante bepalingen uit het EVRM (en het Europese Handvest)?

Voor het gemak van de lezer geef ik hieronder de tekst weer van de – in mijn ogen – meest relevante bepalingen. De civilist zal opmerken dat de meeste bepalingen toegesneden zijn op strafrechtelijke waarborgen (art. 6 EVRM, bijv.). Ook valt op dat het merendeel der bepalingen nogal open is geformuleerd en veelal niet meer dan een soort beginselverklaring behelzen (art. 8 EVRM, art. 1 EP). Maar dat verhindert niet dat het Straatsburgse Hof uit deze open (vaak op strafrechtelijke situaties ziende) waarborgen, zeer gedetailleerde verplichtingen afleidt.

“Artikel 2 – Recht op leven

Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet.

De beroving van het leven wordt niet geacht in strijd met dit artikel te zijn geschied ingeval zij het gevolg is van geweld, dat absoluut noodzakelijk is:

- a. ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld;
- b. teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van iemand, die op rechtmatige wijze is gedetineerd, te voorkomen;
- c. teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken.

Artikel 6 – Recht op een eerlijk proces

Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.

Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.

Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, heeft in het bijzonder de volgende rechten:

- a. onverwijd, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging;
- b. te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging;
- c. zich zelf te verdedigen of daarbij de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze of, indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen;
- d. de getuigen à charge te ondervragen of doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge;
- e. zich kosteloos te doen bijstaan door een tolk, indien hij de taal, die ter terechtzitting wordt gebezigd niet verstaat of niet spreekt.

Artikel 8 – Recht op eerbiediging van privéleven, familie- en gezinsleven

Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Artikel 13 – Recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel

Een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.

Artikel 41 – Billijke genoegdoening

Indien het Hof vaststelt dat er een schending van het Verdrag of van de Protocollen daarbij heeft plaatsgevonden en indien het nationale recht van de betrokken Hoge Verdragsluitende Partij slechts gedeeltelijk rechtsherstel toelaat, kent het Hof, indien nodig, een billijke genoegdoening toe aan de benadeelde.

Artikel 1 Eerste Protocol (EP)¹ van het EVRM bepaalt:

Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het

¹ Dat de eigendomsclausule terechtgekomen is in een 'Eerste protocol' en niet gewoon opgenomen als één van de artikelen van het EVRM, heeft te maken met het feit dat de partijen het bij de totstandkoming van het EVRM niet eens konden worden. Daarin slaagde men na moeizame onderhandelingen pas later, waarna het eigendomsartikel in het Eerste Protocol terecht is gekomen, dat overigens geacht moet worden deel uit te maken van het EVRM zelf.

algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.”

In het Handvest van de Europese Unie – dat in 2010 in werking is getreden – vinden we een aantal vergelijkbare bepalingen. Er is in zoverre sprake van een overlap met EVRM, maar het Handvest biedt soms méér en vaak ook gedetailleerdere bepalingen. Zo vindt men bijvoorbeeld in art. 3 het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit en in art. 8 Handvest het recht op bescherming van persoonsgegevens. In art. 3 wordt het recht op (preventieve) gezondheidszorg vastgelegd en moet op dat gebied een ‘hoog niveau van bescherming moet verzekerd worden’. En in art. 37 wordt het recht op milieubescherming en duurzame ontwikkeling gegarandeerd. De betekenis van dit Handvest naast het EVRM wordt op instructieve wijze beschreven door Barkhuysen, Bos en Ten Have in hun recente bijdrage in *NTBR*. Ik volsta hier om daarnaar te verwijzen.²

2 T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, a.w., *NTBR* 2011/9 (nog te verschijnen).

4 Perdigao & Öneriyildiz: de kracht van art. 1 EP¹

4.1 Öneriyildiz

Öneriyildiz² had ons al geleerd dat we art. 1 EP EVRM heel ruim moeten nemen.³ De schending van het recht op eigendom, ‘possession’, heeft een ‘autonomous meaning’ volgens het EHRM. Dat betekent bijvoorbeeld dat ook een illegaal bouwspel onder de bescherming van art. 1 EP kan vallen. Die bescherming houdt meer in dan alleen de verplichting tot het respecteren van die eigendommen (in de meest ruime zin), maar ook een verplichting tot actieve bescherming:

“In that connection, the Court would reaffirm the principle that has already been established in substance under Article 1 of Protocol No. 1 (see Bielelectric S.r.l. v. Italy (dec.), no. 36811/97, 4 May 2000). Genuine, effective exercise of the right protected by that provision does not depend merely on the State’s duty not to interfere, but may require positive measures of protection, particularly where there is a direct link between the measures an applicant may legitimately expect from the authorities and his effective enjoyment of his possessions.” (vet toegevoegd).⁴

Art. 13 EVRM brengt mee dat de overheid verplicht is om een ‘practical and effective’ bescherming te bieden niet alleen voor de eigendom van burgers (art. 1 EP), maar ook ten aanzien van het recht op bescherming van het leven (art. 2 EVRM).⁵

In de zaak Öneriyildiz ging het om een illegale – gedoogde – sloppenwijk bij een vuilnisbelt nabij Istanboel. In 1991 was er een rapport uitgebracht waarin gewezen werd op het gevaar van een explosie. Op 28 april 1993 kwam het inderdaad tot een methaanexplosie. Tien huizen bedolven met vele doden en gewonden, waaronder negen doden in familie Öneriyildiz. De schadevergoeding

¹ Zie in dit verband vooral Asser/Hartkamp *Deel 3-I** 2008, nr. 168-175.

² EHRM 30 november 2004, NJ 2005/210 (Öneriyildiz), p. 1929-2005.

³ Zie J.M. Milo, ‘Constitutionele en rechtsvergelijkende proportionaliteit in het goederenrecht. De invloed van artikel 1 Eerste Protocol EVRM’, NTBR 2007/2, p. 46-55.

⁴ EHRM 30 november 2004, NJ 2005/210 (Öneriyildiz), r.o. 113.

⁵ Meer algemeen over het belang van het EVRM voor de nationale rechtspraak in aansprakelijkheidsrechtzaken, zie J.M. Beer, ‘Vergoeding van personenschade en het EVRM’, *Ars Aequi* 2006, p. 259-264 en S.D. Lindenbergh, ‘De invloed van fundamentele rechten in het personenschade-recht’, *TvP* 2004/4, p. 350-354. Vgl. ook P. Abas, ‘Aantasting in een persoonlijkheidsrecht als verondersteld in art. 6:106 lid 1 BW’, NTBR 2005/24, p. 194-198.

die de familie kreeg toegewezen na een administratieve procedure in 1995 was € 2.300 (niet uitbetaald). Na een klacht deed het EHRM op 18 juni 2002 uitspraak. Daarin werd onder meer aangenomen een schending art. 1 EP (eigendom), maar ook een schending van art. 2 en 13 EVRM. Omdat staten op grond van dit art. 13 EVRM verplicht zijn te zorgen voor effectieve nationale rechtsmiddelen, moet een klacht over schending van EVRM-rechten adequaat kunnen worden onderzocht. In dit geval bood de administratiefrechtelijke procedure tegen de overheid onvoldoende bescherming zodat er ook sprake was van een schending van art. 13.⁶

Daarbij moet volgens vaste jurisprudentie van het hof getoetst kunnen worden aan de EVRM-rechten zelf of daarmee vergelijkbare andere normen en als de klacht gegrond blijkt, moet de betreffende instantie door middel van een bindende beslissing in staat zijn te zorgen voor volledig rechtsherstel of een vervangende schadevergoeding.

De overheid heeft daarnaast op grond van art. 2 EVRM – indien op de hoogte van het gevaar,⁷ of dat had moeten zijn – de verplichting om ‘*practical and effective*’ bescherming te bieden:

*“(...) the Turkish authorities at several levels knew or **ought to have known** that there was **a real and immediate risk** to a number of persons living near the Umraniye rubbish tip. They consequently have **a positive obligation** under article 2 of the Convention to take such **preventive operational measures** as were necessary and sufficient to protect those individuals (...), especially as they themselves had set up the site and **authorized its operation**, which gave rise to the risk in question.”* (vet toegevoegd).⁸

Deze verplichting geldt niet alleen voor de overheid zelf maar ook voor private activiteiten:

*“The Court considers that this obligation must be construed as applying in the context of any activity, **whether public or not**, in which the right to life may be at stake, and a fortiori in the case of industrial activities, which by their very nature are dangerous, such as the operation of waste-collection sites (‘dangerous activities’ – for the relevant European standards, see paragraphs 59-60 above)”* (vet toegevoegd).⁹

⁶ EHRM 30 november 2004, NJ 2005/210, r.o. 152 en 153.

⁷ Dat was in dit geval ook zo: “The Grand Chamber accordingly agrees with the Chamber (see paragraph 79 of the Chamber judgment) that it was impossible for the administrative and municipal departments responsible for supervising and managing the tip not to have known of the risks inherent in methanogenesis or of the necessary preventive measures, particularly as there were specific regulations on the matter. Furthermore, the Court likewise regards it as established that various authorities were also aware of those risks, at least by 27 May 1991, when they were notified of the report of 7 May 1991 (see paragraphs 13 and 15 above).”

⁸ EHRM 30 november 2004, NJ 2005/210, r.o. 101.

⁹ EHRM 30 november 2004, NJ 2005/210, r.o. 72 (oordeel van de gewone kamer).

4.2 Perdigao vs. Portugal

Hiervoor kwamen de uitspraken *Önerildiz* en *Pye* ter sprake. Beide hadden betrekking op de mogelijke betekenis van art. 1 EP voor de regeling van het nationale eigendomsrecht. *Pye* leek – na de eerste uitspraak van de Gewone Kamer – tot gevolg te hebben dat een nationale regeling die meebrengt dat een eigenaar na veertien jaar stilzitten zijn recht kan verliezen aan de onrechtmatige bezitter, in strijd is met art. 1 EP.¹⁰ Dat leek spectaculair! Na de uitspraak van de Grote Kamer in diezelfde zaak was de opwindning weer voorbij: een storm in een glas water (zoals Zwolve¹¹ al had voorspeld).

Deze terughoudende aanpak waarbij flink wat ruimte wordt gelaten voor de regulering van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang, is in lijn met de nadien gewezen uitspraken.¹²

Niets aan de hand dus? Kijken we naar een nieuwe recente uitspraak: *Perdigao vs. Portugal*.¹³

De familie Perdigao was eigenaar van 13 hectare land. Dat land werd onteigend voor de aanleg van een nieuwe weg. Er ontstond een debat over de hoogte van de compensatie. Het aanbod van de overheid(sonderneming) was € 177.000. De eigenaars stellen dat er mijnexploitatie mogelijk is: potentiële waarde € 20 miljoen (latere schattingen van onafhankelijke deskundigen variëren van € 4 miljoen tot € 10 miljoen). De rechtbank besluit uiteindelijk om deze potentiële winst niet mee te tellen en stelt vergoeding vast op € 197.236. Echter, door de lange procedure en de hoogte van de gevorderde bedragen bedroeg het totaal aan griffierechten inmiddels € 489.188! Na bezwaar daartegen moest er uiteindelijk nog € 15.000 bijbetaald worden.

De familie Perdigao dient een klacht bij ECHR over schending art. 1 EP EVRM. De tweede alinea daarvan brengt in de uitleg van het EHRM mee dat er wel sprake dient te zijn van een balans tussen het algemeen belang en belasting of andere heffingen voor individuen. Het dient wel proportioneel te zijn. De (Gewone) Kamer oordeelt in deze zaak *Perdigao* dat er sprake is van een *excessive burden*, en geen *fair balance* tussen het algemeen belang en de fundamentele rechten van het individu.

¹⁰ Zie ook Asser/Hartkamp Deel 3-1* 2008, nr. 172.

¹¹ W.J. Zwolve, 'Pye Ltd. v. United Kingdom', WPNR 2006/6664, p. 339-342.

¹² Zie de uitspraak van de Grote Kamer inzake *Depalle vs. Frankrijk*, waar het ging om de rechten van Depalle op een huis dat stond op maritiem publiek domein. Afbraak daarvan is niet in strijd met art. 1 EP (EHRM 29 maart 2010, NJ 2011/214, m.nt. Alkema) en de zaak over de niet-volledige compensatie voor geruimd vee. Ook dat wordt in *casu* aangemerkt als toegelaten regulering en niet als (verboden) ontneming (EHRM 15 juli 2010, NJ 2011/215, m.nt. Alkema).

¹³ EHRM – Grand Chamber 16 november 2010 (*Perdigao v. Portugal*), Application no. 24768/06. Dit is natuurlijk maar één van de zeer vele zaken over onteigening die aan het Straatsburgse Hof zijn voorgelegd!

Dan komt de zaak voor de *Grand Chamber*. Deze oordeelt dat deze garantie van de fundamentele rechten van het individu praktisch en effectief moet zijn en dat we daarom verder moeten kijken dan de techniek van de regelingen op zichzelf en ook de achterliggende feitelijke situatie moeten bezien.

“59. While it is true that there is no need for the Court to examine the expropriation as such (see paragraphs 36 and 53 above), the fact remains that it was because the applicants were deprived of their property by the State that the dispute over court fees at the origin of the present application arose. This has a definite effect on the way in which the alleged interference with the applicants’ right must be analysed: the Court’s case-law requires that in the event of deprivation of property in the public interest, the owners be paid compensation bearing a reasonable relation to the value of the expropriated property (see Papachelas v. Greece [GC], no. 31423/96, § 48, ECHR 1999-II). The Court reiterates in this connection that when it examines whether there has been a violation of the right to the peaceful enjoyment of possessions guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1, it must look beyond appearances and investigate the realities of the situation complained of, since the Convention is intended to guarantee rights that are ‘practical and effective’ (see Depalle, cited above, § 78). (59).” (vet toegevoegd).

Zowel de onteigeningswetgeving als de regeling van griffierechten zijn op zichzelf niet in strijd met art. 1 EP.

“61. Like the Chamber, the Grand Chamber considers it necessary to confirm the decisions of the Commission to the effect that court fees are to be considered as ‘contributions’ within the meaning of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1. Indeed, charging litigants court fees pursues various aims, including financing the judicial system and increasing public revenue. And although collecting these fees in Portugal is not the role of the tax authorities, the obligation to pay them is clearly one of a fiscal nature (see paragraph 41 above). According to the information available to the Court, that also seems to be the case in other Council of Europe member States. So, the obligation to pay court fees – and the corresponding regulations – is covered by the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, as the fees are ‘contributions’ within the meaning of that provision.”

Maar de vraag is wel of het effect van de regeling van griffierechten in dit concrete geval nog wel in overeenstemming is met de tweede paragraaf van art. 1 EP.

“In the circumstances of the instant case this raises the question whether and to what extent the order to pay the court fees concerned can be considered to have amounted to an interference with the applicants’ right to the peaceful enjoyment of their possessions (see, mutatis mutandis, Aires, cited above), as the money the applicants were required to pay in court fees absorbed fully the compensation awarded for the expropriation, which amounted to a ‘possession’ within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1.”

De conclusie van de Grote Kamer is dat er geen sprake is van een *fair balance* indien je € 15.000 moet bijbetalen als nettoresultaat van je onteigeningsvergoeding:

“In the instant case the applicants were awarded EUR 197,236.25 in compensation for the expropriation. However, when the amount they owed in court fees was determined, they in fact received nothing. Instead, they had to pay the State an additional EUR 15,000, even after the initial sum had been substantially reduced.”

Dan is er sprake van een *excessive burden*:

“78. In view of the above, the Court considers that the applicants had to bear an excessive burden which upset the fair balance which must be struck between the general interest of the community and the fundamental rights of the individual.”

Uiteindelijk leidt dit ertoe dat het hof, op basis van art. 42 EVRM, aan Perdigao een schadevergoeding toekent van € 190.000. Dat is precies het bedrag dat de rechter heeft toegekend als schadevergoeding voor de onteigening *zonder* aftrek van de griffierechten.

4.3 Belang van deze uitspraak inzake Perdigao

Wat ik vooral interessant vind aan deze zaak is dat het hof niet alleen oog heeft voor ofwel de redelijkheid van de Portugese onteigeningsregeling *as such*, of de regeling van de griffierechten *an sich*, maar het effect van de toepassing van beide regelingen samen qua praktische uitkomst beziet. Is het uiteindelijke resultaat wel redelijk en in overeenstemming met art. 1EP? Het hof is hier duidelijk in, maar beperkt een en ander wel tot kwesties waar de overheid bij betrokken is:

*“72. The Government stressed that the obligation for the State to pay compensation for expropriation and the obligation for litigants to pay court fees were legally two different things. Court fees had nothing to do with expropriation proper and, as such, they had no bearing on the question of compliance with Article 1 of Protocol No. 1. The Court accepts that the legal purpose of each of the above obligations is not the same. Indeed, the Court takes this difference into account when it classifies court fees as ‘contributions’ within the meaning of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (see paragraph 61 above). It notes, however, that in the present case the applicants were parties to legal proceedings against the State concerning the fixing of compensation for an expropriation carried out by the State in the exercise of its public-authority functions. The Court considers that this case is to be distinguished, when examining the question of proportionality, from those where court fees are charged in private-law disputes. **In the particular circumstances of the case it might appear paradoxical that the State should take away with one hand – in court fees – more than it has awarded with the other.** In such a situation, the difference in legal nature between the obligation for the State to pay compensation for expropriation and the obligation of litigants to pay court fees does not constitute an obstacle to the overall examination of the proportionality of the impugned interference.” (vet toegevoegd).*

Deze benadering kan vergaande consequenties hebben ook voor de Nederlandse praktijk. Ik sluit niet uit dat ook in geschillen tussen private partijen de hoogte

van de griffierechten een obstakel kan vormen voor de toegang tot de rechter. We kunnen dan immers ook aan art. 6 EVRM denken. Deze uitspraak inzake *Perdigao* laat in ieder geval zien dat het hof bereid is om het praktische – cumulatieve – effect van de toepassing van op zich staande regelingen te bezien. Dit kan van belang zijn voor de Nederlandse discussie over de verhoging van de griffierechten. Wat als het resultaat van die verhoging is dat je feitelijk moet toeleggen op de inning van kleine geldvorderingen? Of als de kosten om je letselschade vergoed te krijgen de uiteindelijke vergoeding overtreffen?

Ik acht de benadering van het Straatsburgse Hof in deze zaak, om verder te kijken dan de techniek van bepaalde regelingen op zichzelf en ook de achterliggende werkelijke situatie te bezien, ook in andere kwesties van belang. Zo zou ook de ‘Salamitactiek’ van de rechters in de procedures over de Enschedese vuurwerkcramp, waarbij steeds een deelaspect geïsoleerd van de rest wordt besproken, in *Frage* gesteld kunnen worden vanuit deze Straatsburgse benadering. Ik kom daar hierna nog op terug.

5 Chipshol krijgt steun van het EVRM

De strekking van wat ik tot nu toe naar voren heb gebracht lijkt te zijn dat ‘we’ ons in Nederland nog onvoldoende rekenschap geven van het grote belang van het EVRM, ook voor het Nederlandse privaatrecht. Dat doet geen recht aan het feit dat de Hoge Raad zich wel degelijk rekenschap geeft van het belang van het EVRM.¹ Dat blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak inzake *Chipshol* van 19 maart 2010.²

In één van de vele procedures die Chipshol voert, werd zij geconfronteerd met drie nieuwe rechters in een lopende procedure.³ Chipshol – wantrouwend geworden door eerdere in haar ogen oneerlijke behandeling door de rechterlijke macht (de affaire Westenberg en Kalbfleisch...⁴) – wilde weten wat de achtergrond daarvan was. Zij deed daartoe een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor. Rechtbank en hof wijzen het verzoek af; er zou geen belang zijn omdat er geen additionele schade zou kunnen worden gevorderd. Tegen de achtergrond van de *Jeffry*-uitspraak uit 1998, is dat niet geheel onbegrijpelijk. Daar was immers geoordeeld dat een verklaring voor recht niet-ontvankelijk is als het uitsluitend gaat om een emotioneel belang. Dat is geen voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW.⁵ De Hoge Raad:

“De ouders hebben in cassatie niet bestreden dat het door hen gestelde belang ‘een zuiver emotioneel belang’ is. Door voormeld ‘zuiver emotioneel’ belang niet aan te merken als ‘voldoende belang’ als bedoeld in art. 3:303, heeft het Hof ook overigens niet een te beperkte betekenis toegekend aan dat begrip.”

De implicatie van dit standpunt is, dat als er geen financieel belang is, Chipshol haar klacht niet ter beoordeling aan een onafhankelijke rechter zou kunnen voorleggen. Is dat niet in strijd met het recht op een eerlijk proces?

Anders dan het hof is de Hoge Raad van oordeel dat de toewijsbaarheid van een op die laatste grond gebaseerde vordering niet geblokkeerd wordt door het

¹ Bijv. bij ontneming van varkensrechten (art. 1 EP).

² HR 19 maart 2010, *NJ* 2010/172 (*getuigenverhoor Chipshol*); zie recent ook HR 27 mei 2011, *LJN* BP8693, waar art. 6 EVRM ook een corrigerend effect heeft op de toepassing van het Nederlandse procesrecht. Zie ook het preadvies van Lindenberg onder 3.2 (Verklaring voor recht).

³ G.E. van Maanen, ‘Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey? Genoegdoening als voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW?’, *NTBR* 2010/6, p. 189-195.

⁴ http://nl.wikipedia.org/wiki/Hans_Westenberg.

⁵ HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998/853 (*Jeffry*).

enkele feit dat Chipshol in de procedures tegen de Luchthaven en tegen LVNL een rechtsmiddel heeft kunnen instellen. Met het hof is de Hoge Raad van oordeel dat de (financiële) uitkomst van die procedures na aanwending van alle rechtsmiddelen heeft te gelden als het uiteindelijke (maximale) bedrag waarop Chipshol jegens de Luchthaven en LVNL rechtens aanspraak kan maken *zodat zij in zoverre geen schade lijdt ten gevolge van het door haar gestelde onrechtmatig handelen van het gerechtsbestuur*. Daarna volgt de kernoverweging waarin uitdrukkelijk verwezen wordt naar art. 6 EVRM:

“Maar dat neemt niet weg dat de door Chipshol gestelde gang van zaken, indien deze zou komen vast te staan, een ernstige schending zou betekenen van haar door onder meer art. 6 EVRM gegarandeerde fundamentele recht op een eerlijk proces. In een op die schending gebaseerde procedure tegen de Staat zou Chipshol in elk geval, als genoegdoening voor deze schending, een daartoe strekkende verklaring voor recht kunnen vorderen. Het hof heeft dan ook ten onrechte de afwijzing van het verzoek erop gegrond dat de eventueel in te stellen vordering niet toewijsbaar is en dat Chipshol om die reden geen belang bij haar verzoek heeft.”

Anders dan het hof vindt de Hoge Raad in deze casus dus *niet* dat het feit dat er – wat er zij van de uitkomst van dit voorlopig getuigenverhoor – vanwege het ontbreken van schade, geen rechtens te beschermen belang aanwezig is en de vordering van Chipshol op die grond niet toewijsbaar is. Dit lijkt dus wel degelijk een breuk met *Jeffrey*.⁶ Een breuk⁷ die nadrukkelijk gemotiveerd wordt met een beroep op art. 6 EVRM.⁸

Hartkamp en Sieburgh wijzen erop dat de Hoge Raad, gezien de betekenis van art. 6 EVRM, ook op andere terreinen – bijvoorbeeld onrechtmatige rechtspraak – gedwongen zal zijn om de huidige zeer terughoudende positie te verlaten.⁹

6 Zie ook mijn uitwerking van dit standpunt in mijn bijdrage voor *NTBR*, G.E. van Maanen, ‘Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey? Genoegdoening als voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW?’, *NTBR* 2010/6, p. 189-195. Kritisch hierover Anne L.M. Keirse, ‘Een verklaring voor recht als mijlpaal; Over Jeffrey, Chipshol en het belang bij de civiele rechtspleging’, *WPNR* 2011/6903.

7 Zeker waar het gaat om fundamentele rechten.

8 In dezelfde lijn ligt Hof ‘s-Gravenhage 5 juli 2011, *JB* 2011/148, r.o. 8.1 (*Dood moslimmannen Srebrenica*). Het ging daar over de vervanging van één van de raadsheren.

9 Zie Asser/Hartkamp/Sieburgh, *De verbintenis uit de wet Deel 6-IV*, Deventer 2011, nr. 385 e.v.

6 Duivenmelkers en ander bestuursrechtelijk ongemak

6.1 Overschrijding redelijke termijn¹

Niet alleen de Hoge Raad neemt het EVRM serieus, ook de bestuursrechter doet dat en wel heel erg serieus.² Zo oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 9 februari 2011³ dat in een procedure ingesteld door een aantal duivenmelkers er sprake was van een overschrijding van de redelijke termijn. Partijen ruzieden over de vraag of er voor een duivenhok wel of niet een milieuvergunning vereist was. Uiteindelijk – na bijna zes jaar procederen – blijkt dat niet het geval. De afdeling neemt dit soort termijnoverschrijdingen ernstig op:

“Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 6 juni 2007 (nr. 200608140/1), volgt uit de jurisprudentie van het Hof, onder meer de uitspraak van 29 maart 2006, Pizzati tegen Italië, (nr. 62361/00, JB 2006, 134), dat bij overschrijding van de redelijke termijn, behoudens bijzondere omstandigheden, spanning en frustratie als grond voor vergoeding van immateriële schade wordt verondersteld. Appellanten hebben gesteld dat zij door de onzekerheid als gevolg van de lange duur van de procedure spanning en frustratie hebben ervaren. Niet is gebleken van bijzondere feiten of omstandigheden op grond waarvan zou moeten worden aangenomen dat, voor zover hier van belang, de 10 appellanten geen spanning en frustratie hebben ondervonden die als immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt.”

Hoeveel vergoeding moeten deze duivenmelkers krijgen?

“Uitgaande van een forfaitair tarief van € 500,00 per half jaar dat de redelijke termijn is overschreden, waarbij het totaal van de overschrijding naar boven wordt afgerond bedraagt het aan 10 appellanten toe te kennen bedrag aan schadevergoeding € 4000,00. De Afdeling heeft evenwel in de omstandigheid dat zij gezamenlijk beroepen hebben ingesteld, tegen de besluiten van 20 januari 2005 en 8 december 2006 en het bestreden besluit, aanleiding gezien dit bedrag te matigen met 90%, opdat het totaalbedrag van € 4000,00 in gelijke delen

¹ Zie ook het preadvies van Lindenberg onder 4 (Een dossier: schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn).

² Ook het Europees Handvest is hier van belang: T. Barkhuysen & A.W. Bos, ‘De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht’, *JBplus* 2011, afl. 1, p. 3-34.

³ ABRvS 9 februari 2011, JB 2011/82 (*Duivenmelkers*).

over hen wordt verdeeld. Deze matiging acht de Afdeling redelijk vanwege de matigende invloed die het instellen van gezamenlijke beroepen in het voorliggende geval heeft gehad op de mate van stress, ongemak en onzekerheid die deze appellanten hebben ondervonden vanwege de te lang durende procedure. Door gezamenlijk beroepen in te stellen hebben zij de voor- en nadelen van het voeren van deze procedure kunnen delen. De Afdeling wijst in dit verband op het arrest van het Hof in de zaak van Arvanitaki-Roboti en 90 anderen tegen Griekenland, van 15 februari 2008, nr. 27278/03, LJN: BC8757, AB 2008,140. Daaruit volgt dat naar het oordeel van het Hof het feit dat een aantal klagers samen een procedure voert een dermate matigende invloed kan hebben op de mate van stress, ongemak en onzekerheid die wordt ondervonden door een te lang durende procedure, dat dit een reden kan vormen om de wegens schending van de redelijke termijn toe te kennen schadevergoeding te matigen.”

Ook de Centrale Raad van Beroep⁴ neemt de overschrijding van de redelijke termijn ernstig op. Daar waar de lagere rechter de standaardvergoeding van € 5.500 had gematigd tot een bedrag van € 1.000, wil de Centrale Raad van geen matiging weten.

“De Raad heeft in zijn rechtspraak tot uitdrukking gebracht, onder meer de uitspraak van 22 september 2006, LJN AY8871, dat uit het arrest van het EHRM van 29 maart 2006, LJN AX7382, moet worden afgeleid dat in het geval van een schending van de redelijke termijn daadwerkelijke spanning en frustratie wordt voorondersteld. Slechts wanneer het bestuursorgaan concrete omstandigheden aandraagt die aanleiding vormen om te twijfelen aan de aanwezigheid van spanning en frustratie, of wanneer de rechter zelf dergelijke omstandigheden onderkent, zal de rechter op dit punt onderzoek moeten verrichten. De door het UvV aangevoerde omstandigheid dat appellant niet heeft geïnformeerd naar het uitblijven van een besluit op zijn bezwaarschrift en evenmin gebruik heeft gemaakt van de hem op grond van artikel 6:2 van de Awb ten dienste staande mogelijkheid om rechtsmiddelen aan te wenden teneinde de voortgang te versnellen, kan niet leiden tot de conclusie dat getwijfeld moet worden aan de aanwezigheid van spanning en frustratie. Nu voorts ook de Raad zelf dergelijke omstandigheden niet aanwezig acht, ziet de Raad anders dan de rechtbank geen grond voor het oordeel dat een vergoeding van € 5.500,- niet in verhouding staat tot de veronderstelde spanning en frustratie door de lange afhandelingsduur van het bezwaarschrift.”

Eens te meer blijkt dat de hoogste bestuursrechters de rechtspraak van het EHRM uiterst serieus nemen.⁵ De matiging in de eerste zaak van de duivenmelkers lijkt dan ook geen poging om de consequenties van die rechtspraak te minimaliseren. Dat wordt bevestigd door de uitspraak van de Centrale Raad die gehakt maakt van de matiging door de rechtbank.

⁴ CRvB 15 december 2010, LJN BP1398, JB 2011/70.

⁵ In dit voorbeeld trouwens mede onder verwijzing naar de uitleg van de Hoge Raad van de betreffende EVRM-uitspraak.

6.2 Art. 8 & het bestuursrecht

Een voorbeeld om te laten zien dat de bestuursrechter misschien al wel verder is met het EVRM dan de burgerlijke rechter. Vader en moeder ontvangen bijstand. Naar aanleiding van een melding van de Belastingdienst dat een meerderjarige dochter van appellanten bij hen inwoont, heeft de Unit Sociale Recherche van de gemeente Nijmegen nader onderzoek verricht. Daarbij bleek dat de inwoning van de dochter, vanwege de studiefinanciering die zij ontving, geen gevolgen had voor de bijstand van appellanten, maar ook dat appellant twee kentekens van auto's op zijn naam had staan, wat hij niet had gemeld. In dat kader zijn appellanten uitgenodigd om op 29 mei 2006 op kantoor te verschijnen, om nadere inlichtingen te verstrekken. Moeder is daar verschenen; vader niet, omdat hij ziek was. Daarna heeft aansluitend een huisbezoek plaatsgevonden. Tijdens dat huisbezoek hebben appellanten onder meer hun bankafschriften en de inhoud van hun portemonnee moeten tonen. Uit de bankafschriften bleek dat er diverse kasstortingingen waren gedaan. Volgens appellant ging het hier om geld dat hij van zijn broer had geleend. Het B&W verlaagt vervolgens de bijstand en vordert ook een deel terug.

De rechtbank verklaart het beroep van appellanten tegen het besluit van 13 november 2006 gegrond, en vernietigt dat besluit op alle onderdelen. Naar het oordeel van de rechtbank bestond voor het huisbezoek geen redelijke grond, zodat in beginsel sprake was van een niet geoorloofde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van appellanten, als bedoeld in art. 8 EVRM. Deze inbreuk kan, aldus de rechtbank, slechts worden weggenomen indien appellanten toestemming hebben gegeven voor het afleggen van het huisbezoek. De rechtbank overweegt voorts dat de betrokken ambtenaren voorafgaand aan het binnentreden in de woning van appellanten niet aan hen hebben meegedeeld dat het weigeren van het huisbezoek geen gevolgen zou hebben voor hun uitkering, reden waarom volgens de rechtbank de bij het huisbezoek aangetroffen bewijsmiddelen door het college zijn verkregen op een wijze die zodanig indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.

Het verzoek om veroordeling tot vergoeding van immateriële schade die appellanten hebben geleden ten gevolge van het onrechtmatige huisbezoek op 29 mei 2006 en het daaruit voortvloeiende besluit, is door de rechtbank afgewezen op de grond dat de gestelde schade onvoldoende aannemelijk is gemaakt. In hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep gaat het uitsluitend nog over de afwijzing door de rechtbank van het verzoek om veroordeling tot vergoeding van immateriële schade. Appellanten verzoeken om een vergoeding van € 5.000.

De Centrale Raad:⁶

“Appellanten hebben in strijd met het huisrecht een huisbezoek in hun eigen woning moeten dulden, waarbij ook persoonlijke zaken als een portemonnee zijn doorzocht. Voor dat huisbezoek bestond geen redelijke grond. Dit huisbezoek moet dan ook worden aangemerkt als een ernstige inbreuk op artikel 8 van het EVRM, nu het hier gaat om een schending van de integriteit en het zelfbeschikkingsrecht van appellanten in de beslotenheid van hun eigen woning. Een dergelijke inbreuk op een fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting van de persoon in de zin van artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, van het BW. De vraag of sprake is van feitelijk letsel is daarbij niet van belang (vergelijk de arresten van de Hoge Raad van 9 juli 2004, LJN AO7721 en 18 maart 2005, LJN AR5213). Deze inbreuk en de eventueel daaruit voortvloeiende schade moeten bij de toepassing van artikel 8:73 van de Awb, mede in aanmerking genomen het in artikel 13 van het EVRM opgenomen beginsel van een ‘effective remedy’, als een gevolg van die besluiten aan het College worden toegerekend.”

Wat betekent dit voor deze concrete casus?

“De Raad acht het voldoende aannemelijk dat het zonder redelijke grond afgelegde huisbezoek een behoorlijke impact op appellanten heeft gehad en wel zodanig dat dit bij hen de nodige onrust, spanning en frustratie heeft teweeggebracht. De Raad ziet, in lijn met het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 12 januari 2010 (LJN BL0984), daarin voldoende grond tot toekenning van een vergoeding van schade van € 200,— aan elk van beide appellanten.”

Deze en andere uitspraken⁷ maken duidelijk dat de bestuursrechter de overschrijding van een redelijke termijn door art. 6 (2 jaar) en de bescherming van de privacy door art. 8 EVRM buitengewoon serieus neemt. Ik heb nog niet zo veel uitspraken van de burgerlijke rechter gezien waarin dat met eenzelfde vanzelfsprekendheid geschiedt. De belastingrechter doet het al wel.⁸ Wij civilisten kunnen hier misschien nog wel van de bestuursrechter of de belastingrechter leren.⁹

⁶ CRvB 8 juni 2010, LJN BM8044 (onrechtmatig huisbezoek).

⁷ Hof Amsterdam 12 januari 2010 (onrechtmatig huisbezoek; € 200 per keer); Rb. Amsterdam 2 november 2010 (onrechtmatig buurtonderzoek; € 500); ABRvS 25 mei 2011, LJN BQ5948, JB 2011/167 (€ 500 per halfjaar, gematigd vanwege groot aantal appellanten).

⁸ HR 10 juni 2011, LJN BO5087, JB 2011/162 (geen rechtstreeks beroep op art. 6 EVRM, maar wel op het beginsel dat daaraan ten grondslag ligt; € 500 per halfjaar wegens overschrijding redelijke termijn).

⁹ Ook in CRvB 27 mei 2011, LJN BQ6891, JB 2011/178 wordt uitvoerig de rol van art. 2 EVRM besproken in verband met de aanspraak op studiefinanciering van illegalen. Vgl. CRvB 24 juni 2011, LJN BQ9855, JB 2011/179 (strijd met art. 14 EVRM; ongelijke behandeling kind uit homohuwelijk).

7 EVRM & de letselschadepraktijk: art. 2 en 8 EVRM

7.1 Nog veel te winnen ...

Hoewel er al hier en daar in de letselschadepraktijk wordt gewezen op het potentiële belang van het EVRM,¹ valt er ook op dit gebied naar mijn gevoel nog veel te winnen.² Bij zaken tegen de overheid (*Enschede?*, *Q-koorts?*) zou een beroep op de rechtspraak van het EHRM een meerwaarde kunnen hebben. Maar niet alleen bij zaken tegen de overheid, ook waar het gaat om private verhoudingen waar de wetgeving onvoldoende bescherming biedt aan het slachtoffer (*NS/Baardman*).

Wellicht kan met een beroep op het EHRM afgedwongen worden wat thans volgens de Nederlandse wetgeving niet mogelijk is. En misschien biedt het EVRM mogelijkheden voor een recht op vergoeding van affectieschade?³ Ik zal hier een tweetal zaken wat uitvoeriger beschrijven om te laten zien hoe het EHRM te werk gaat. Eerst de zaak *Oyal* en dan de zaak *Tatar*.

7.2 Oyal: letselschade in Turkije

Yigit Turhan Oyal kreeg, als prematuur geboren baby, op 6 mei 1996 een transfusie met hiv besmet bloed toegediend in een ziekenhuis in Izmir. Yigit en zijn ouders lijden daardoor langdurig schade welke ze vergoed willen krijgen. Nadat het strafonderzoek gestrand is, dienen zij een civiele vordering in tegen de producent van het bloed, het Turkse Rode Kruis. Die vordering wordt door de rechtbank toegewezen (controle op hiv was achterwege gelaten omdat het te duur

¹ Een belangrijke bijdrage wordt geleverd door A.F. Collignon-Smit Sibinga & S.V. Mewa, 'Fundamentele rechten in de personenschadepraktijk', *Letsel & Schade* 2011/1, p. 9-17. Terecht wordt in hun bijdrage verwezen naar het pionierswerk van Nieuwenhuis (*RMThemis* 2001, p. 103) en collega preadviseur Lindenberg (*TvP* 2004/4, p. 110-114).

² Voor veel letselschade advocaten is het nog steeds een 'ver-van-mijn-bedshow', zo was mijn ervaring bij een cursus die ik voor de LSA mocht geven. Dat geldt des te meer voor het Europees Handvest. Zie in dat verband ook T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Een eerste verkenning van de gevolgen voor het privaatrecht', *NTBR* 2011/9, die wijzen op de onbekendheid van en koudwatervrees voor het Handvest.

³ Zie in dit verband voor een interessante verkenning C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *Verkeersrecht* 2010/11, p. 313-315.

zou zijn...). In totaal krijgen zij 55 miljard (oude) Turkse lira aan smartengeld toegekend. Dat lijkt meer dan het is, het is omgerekend ongeveer € 25.000. Ook in cassatie houdt deze beslissing – die op zich van empathie getuigt en goed gemotiveerd is – stand.

Na grote vertraging wordt uiteindelijk ook de administratieve procedure tegen het ministerie toegewezen (160.000 Nieuwe Turkse Lira = € 70.000). In 2005 biedt het Rode Kruis excuses aan en zegt toe medische kosten te betalen. Dat laatste gebeurt niet en de familie Oyal dreigt financieel ten onder te gaan omdat de medische kosten niet betaald kunnen worden. Het toegewezen bedrag aan smartengeld van € 25.000 was slechts voldoende voor een jaar. Merkwaardig genoeg wordt ook de ziekenfondskaart ingetrokken en zit de familie financieel volledig aan de grond.

De familie Oyal dient een claim in bij het ECHR⁴ op grond van schending art. 2 EVRM door de Turkse overheid. Het hof benadrukt de noodzaak van snel en grondig onderzoek in geval van medische nalatigheid in ziekenhuizen:

*“76. In that connection, the Court recalls that, apart from the concern for the respect of the rights inherent in Article 2 of the Convention in each individual case, more general considerations also call for a prompt examination of cases concerning medical negligence in a hospital setting. Knowledge of the facts and of possible errors committed in the course of medical care is essential to enable the institutions and medical staff concerned to remedy the potential deficiencies and prevent similar errors. The prompt examination of such cases is therefore important for the safety of users of all health services (see *Silih v. Slovenia* [GC], no. 71463/01, § 196, 9 April 2009).”*

Het Straatsburgse Hof is zeer te spreken over de goede en correcte bejegening door de Turkse rechtbank, maar stelt dat art. 2 EVRM meer vraagt dan alleen betaling van smartengeld. Ook oordeelt het hof dat er sprake is van strijd met art. 6 en 13 EVRM vanwege de lange administratieve procedure.

De uiteindelijke beslissing is dat er een vergoeding – ex art. 41 EVRM – moet komen die inhoudt dat er € 300.000 materiële schade vergoed moet worden. En in totaal € 78.000 aan immateriële schade. En voorts – in mijn ogen zeer opmerkelijk – een recht op levenslang gratis medische zorg!

7.3 Tatar vs. Roumanie

Vader (1947) en zoon (1979) Tatar wonen al hun hele leven in Baia Mare, (anders dan de naam zou vermoeden) een zwaar vervuild industriegebied in Roemenië. Ze wonen op nog geen 100 meter van de mijnen en een meer van 25 hectare gevuld met sodium cyanide, geëxploiteerd door Aurul (met vergunning van de

4 EHRM 23 maart 2010 (*Oyal/Turkije*), Appl. No. 4864/05.

overheid, welke overigens ook aandeelhouder is). Op 30 januari 2000 vindt er – door de schuld van Aurul – een rampzalige dambreuk plaats waardoor een vloedgolf van 100.000 kubieke meter cyanide het land overspoelt. De zoon Tatar ontwikkelt astma, althans zijn klachten verergeren.

Zij wenden zich met een klacht over schending art. 2 (recht op leven) en art. 8 EVRM (*vie privée et domicile*) tot het EHRM.⁵ Interessant aan deze uitspraak is dat die goed illustreert de belangrijke rol van art. 8 naast die van art. 2 EVRM.⁶ Art. 8 EVRM beschermt – in de uitleg van het hof – ook tegen milieuschade en allerlei andere nieuwe risico's.⁷ Art. 8 geeft een **positieve verplichting tot wettelijke en effectieve maatregelen** van de overheid tot bescherming van de gezondheid van de burgers tegen milieuschade, of die nu direct veroorzaakt wordt door de staat of indirect door het ontbreken van adequate regelgeving:

“88. L'obligation positive de prendre toutes les mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans le paragraphe 1 de l'article 8 implique, avant tout, pour les États, le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant à une prévention efficace des dommages à l'environnement et à la santé humaine (*Budayeva c. Russie*, n^{os} 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 et 15343/02, §§ 129-132, 20 mars 2008).”

Dat moeten dan specifieke en adequate maatregelen zijn die de burgers verzekeren van een effectieve bescherming van de gezondheid, vooral bij gevaarlijke activiteiten:

“Lorsqu'il s'agit pour un État de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, et notamment lorsqu'il s'agit d'activités dangereuses, il faut, de surcroît, réserver une place singulière à une réglementation adaptée aux spécificités de l'activité en jeu notamment au niveau du risque qui pourrait en résulter. Cette obligation doit déterminer l'autorisation, la mise en fonctionnement, l'exploitation, la sécurité et le contrôle de l'activité en question ainsi qu'imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause (*Oneryildiz c. Turquie*, [GC], n^o 48939/99, § 90, CEDH 2004-XII).”

Klacht is dat de staat inactief is gebleven ook na een deskundigenrapport uit 1993 dat waarschuwde voor de gezondheidsrisico's. Dat brengt het hof tot de gevolgtrekking, dat art. 8 hier van toepassing is:

“la Cour, prenant en considération les constats des rapports officiels et ceux des études environnementales susmentionnées, conclut que la pollution générée par l'activité de l'usine

⁵ EHRM 27 januari 2009, Appl. No. 67021/01 (*Tatar/Roumanie; dambreuk Baia Mare*).

⁶ Er zijn uiteraard nog veel en veel meer uitspraken die de belangrijke rol van art. 8 EVRM bevestigen. Ik noem in dit verband slechts EHRM 20 maart 2008, NJ 2009/229 (*Budayeva*), p. 2137-2151.

⁷ Zie over de uitdijning van art. 8 EVRM – ook in horizontale verhoudingen – L.F.M. Verhey, 'Horizontale werking van grondrechten: De stille Straatsburgse revolutie', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, *Geschakeld recht* (Alkema-bundel), Deventer 2009, p. 517-535.

„Sars pouvait causer une détérioration de la qualité de vie des riverains et, en particulier, affecter le bien-être des requérants et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale. L'article 8 trouve donc à s'appliquer (voir, mutatis mutandis, Lopez Ostra précité, §§ 50, 52).”

Ondanks de afwezigheid van hard bewijs van causaal verband – ook statistisch bewijs is in casu onvoldoende aanwezig – tussen de blootstelling en de verergering van de astmatische klachten van de zoon, is er sprake van een verhoogd risico voor de gezondheid, hetgeen had moeten leiden tot maatregelen door de staat:

“malgré l'absence d'une probabilité causale en l'espèce, l'existence d'un risque sérieux et substantiel pour la santé et pour le bien-être des requérants faisait peser sur l'État l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates capables à protéger les droits des intéressés au respect de leur vie privée et leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé.”

De staat is ook tekortgeschoten in zijn plicht om de bevolking te informeren:

“la Cour est convaincue, après avoir analysé les éléments du dossier, que les autorités nationales ont manqué à leur devoir d'information de la population de la ville de Baia Mare, et plus particulièrement des requérants.”

De burgers, waaronder de klagers, konden als gevolg daarvan ook geen voorzorgsmaatregelen nemen:

“Ces derniers se sont trouvés dans l'impossibilité de connaître les éventuelles mesures de prévention d'un accident similaire ou les mesures d'action dans le cas de la reproduction d'un tel accident.”

Slotsom van het hof is dat de Roemeense staat ernstig tekort is geschoten in zijn verplichting om de gezondheid van de burgers en het milieu in Baia Mare te beschermen:

“122. Étant donné les conséquences sanitaires et environnementales de l'accident écologique, telles que constatées par des études et rapports internationaux, la Cour estime que la population de la ville de Baia Mare, y inclus les requérants, a dû vivre dans un état d'angoisse et d'incertitude accentuées par la passivité des autorités nationales, qui avaient le devoir de fournir des informations suffisantes et détaillées quant aux conséquences passées, présentes et futures de l'accident écologique sur leur santé et l'environnement et aux mesures de prévention et recommandations pour la prise en charge de populations qui seraient soumises à des événements comparables à l'avenir. A cela s'ajoute la crainte due à la continuation de l'activité et à la possible reproduction, dans le futur, du même accident.”

Eindconclusie is dat er sprake is van een schending van art. 8 EVRM. Afgezien van de kostenvergoeding voor de advocaat in deze zaak, wordt zowel de gevorderde

materiële schadevergoeding van € 146.789 voor de medische kosten van de astma (vanwege het ontbreken van voldoende bewijs van het causaal verband) als het smartengeld van € 50.000 afgewezen. Dit leidt tot een ‘woede uitbarsting’ van de twee dissenters. Zij vinden het onjuist om de eisers in dit soort zaken met een *probatio diabolica* te belasten.

“Le processus juridique, dans lequel la recherche de la vérité est juste un moyen de résoudre le conflit, et pas un but en lui-même, a tendance à déformer la perception de la réalité. Autrement dit, l’approche scientifique objective ne souffre pas du besoin de coïncider la partie responsable; elle peut ainsi se permettre de rester plus nuancée. Les langages de la science et du droit sont souvent en désaccord. Cela est plus évident lorsque les experts prenant part au processus juridique, notamment dans les affaires criminelles, défient les interprétations «noir et blanc» que les juristes et les tribunaux attendent d’eux.

Le respect de la vie privée est une valeur primordiale, dont la défense, par le juge européen, ne saurait être limitée par l’absence d’une certitude absolue, surtout dans le contexte des maladies modernes.”

En het is – volgens hen – een schandaal dat geen smartengeld wordt toegewezen:

“Quant à l’article 41 de la Convention, je trouve scandaleux qu’aucune réparation pour préjudice moral ne soit accordée aux requérants, d’autant que le Gouvernement lui-même était d’accord pour octroyer un certain montant à ce titre aux requérants”.

Hoewel deze uitspraak niet zo’n spectaculair eindresultaat voor de klagers heeft als de zaak *Oyal*, illustreert hij wel goed het belang van art. 8 naast art. 2 EVRM in kwesties waarin de volksgezondheid op het spel staat.⁸ Dat een meerderheid van het hof oordeelt dat er onvoldoende bewijs is voor het causaal verband tussen de astmatische klachten van één van de klagers en de blootstelling aan cyanide door het bedrijf Aurul, staat niet in de weg aan de vaststelling van de schending van art. 8 EVRM. Dat er discussie mogelijk is over het bewijs van het causaal verband in dit type zaken blijkt heel fraai uit de *dissenting opinion*.

⁸ Ook art. 1 EP kan hier uiteraard een belangrijke rol spelen zoals *Öneryildiz* laat zien.

8 Een gemiste kans: Enschede

8.1 De vuurwerkramp in Enschede

Op 13 mei 2000 voltrok zich in Enschede een ramp van een ongekeende omvang: 22 doden en meer dan 950 gewonden, 500 woningen werden totaal verwoest of waren onbewoonbaar geworden. Niet onbegrijpelijk zijn er na de ramp in Enschede procedures gestart tegen de gemeente Enschede en de staat. Een deel van de slachtoffers zelf heeft een procedure aangespannen, een kleine groep van drie individuen¹ en een grotere groep van aanvankelijk ongeveer 225 en in hoger beroep 181 slachtoffers.² De verzekeraars van Grolsch hebben een zaak aangespannen tegen (uitsluitend) de staat.³ De juridische grondslag van de vordering van Grolsch *in eerste aanleg* is primair – net als in de andere parallel lopende procedures van de slachtoffers zelf – dat de **gemeente** onrechtmatig jegens eisers heeft gehandeld door a. inbreuk op hun vermogens- en persoonlijkheidsrechten, waaronder ook door Grondwet en EVRM gewaarborgde rechten; b. handelen in strijd met wettelijke voorschriften, vooral die inzake een veilige leefomgeving; c. onzorgvuldig handelen, vooral gevaarzettend handelen; d. in strijd handelen met algemene beginselen van behoorlijk bestuur (onjuiste afweging belangen, onvoldoende toezicht op naleving vergunningen); en e. onrechtmatig handelen ‘bezien vanuit publiekrechtelijke indelingssystematiek’. De vordering tegen de **staat** is op deze zelfde gronden gebaseerd, zij het dat in plaats van onzorgvuldige vergunningverlening gelezen moet worden onzorgvuldige advisering (o.a. door RVI en Keuringsdienst van Waren). Daarnaast wordt de staat verweten dat hij, ondank de ramp in Culemborg waar een vuurwerffabriek was ontploft, geen adequate regelgeving tot stand heeft gebracht om de burgers te beschermen tegen de gevaren van professioneel vuurwerk en onvoldoende heeft gedaan tegen het feit dat adviezen bij de vergunningverlening niet zijn opgevolgd. We zullen zien dat niet alleen aansprakelijkheid in deze *Grolsch*-zaak wordt afgewezen, maar ook in de procedures aangespannen door de slachtoffers zelf. Zou deze (negatieve) uitkomst niet vermeden hebben kunnen

¹ Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, *JB* 2004/69, p. 299-316 (*Enschede*; 3 individuen/Staat).

² Rb. 's-Gravenhage 13 december 2006, *JA* 2007/28 (*Enschede*; 225 individuen/Staat).

³ Rb. 's-Gravenhage 9 november 2005, *NJF* 2006/47 (*Enschede*; Winterthur als verzekeraar Grolsch/Staat).

worden als op een meer zorgvuldige wijze gebruik was gemaakt van de rechtspraak van het EHRM? Dan moet er bij de rechterlijke instanties natuurlijk ook wel sprake zijn van een principiële bereidheid om de overheid in deze zaak aansprakelijk te houden. De uitspraken in deze zaak geven – in mijn ogen – nu wel heel sterk blijk van een tegenovergestelde houding.

8.2 Verloop van de procedure van de slachtoffers zelf in de zaak van 181 omwonenden

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, zijn de vorderingen van de slachtoffers zelf afgewezen. Kern van de afwijzing bij de rechtbank is (in de samenvatting van het hof⁴):

“De Staat komt een ruime beleidsvrijheid toe ter zake van de inhoud en de vorm van regelgeving en appellanten hebben niet voldoende onderbouwd waarom het stelsel van regelgeving dat ten tijde van de vuurwerkramp bestond, jegens hen onrechtmatig zou zijn, nog afgezien van de conclusie van de commissie-Oosting dat de ramp niet had kunnen plaatsvinden als de op dit stelsel gebaseerde vergunningen (door SEF) waren nageleefd. Aansprakelijkheid van de Staat kan niet worden gebaseerd op gebreken in de wet- of regelgeving. Op grond van het beginsel van de formele rechtskracht moet de civiele rechter de besluiten van Gedeputeerde Staten waarbij bestemmingsplannen zijn goedgekeurd – en dus ook de besluiten van de raad van de Gemeente waarbij die plannen zijn vastgesteld – en de besluiten van B&W waarbij voor SEF milieuvergunningen zijn verleend, voor juist houden. De Gemeente was niet verplicht SEF op planologische gronden te sluiten of verplaatsen. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het gemeentelijk optreden in het kader van (specifiek) toezichtsfalen, moet worden uitgegaan van de kennis die de Gemeente tot op het moment van de vuurwerkramp had of redelijkerwijs had moeten hebben. Voor wat betreft de classificatie van het bij SEF opgeslagen vuurwerk mocht de Gemeente afgaan op de tekst van de etiketten op de verpakkingen van het vuurwerk. Mogelijke vergunningovertredingen zijn onvoldoende om te kunnen concluderen dat de Gemeente jegens appellanten onrechtmatig heeft gehandeld.”

Het hof stelt – als beoordelingskader – voorop dat

“bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de Staat en/of de Gemeente voor de directe gevolgen van de vuurwerkramp te kunnen vaststellen, bepalend is of het risico dat de Staat en/of de Gemeente kende(n) of behoorde(n) te kennen, gelet op de ernst van de mogelijke effecten en de kans dat deze effecten zouden optreden, zodanig was, dat daaruit voor de Staat en/of de Gemeente de rechtsplicht voortvloeide om (andere of meer) maatregelen te nemen ter verkleining of uitsluiting van dat risico. Daarbij moet het voor de aansprakelijkheid gaan om een risico dat zich met de vuurwerkramp daadwerkelijk heeft verwezenlijkt. Kennis van een risico dat zich niet heeft verwezenlijkt (en dat dus niet tot de vuurwerkramp

4 Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, LJN BN4316; JB 2010/245; JA 2011/7, m.nt. I. van der Zalm en S.E. Poutsma.

of (extra) schade heeft geleid) leidt niet tot aansprakelijkheid voor de gevolgen van de vuurwerkkramp.”

Hierop beoordeelt het hof alle specifieke klachten. Die klachten worden allemaal afgewezen: de regelgeving was niet ontoereikend, het eigen veiligheidsbeleid van de staat is wel nageleefd, de ontploffing in Culemborg is niet vergelijkbaar met de situatie bij SEF, de staat was niet bekend met onjuiste classificatieproblemen van het vuurwerk en evenmin met het risico van massa-explosiegevaar, de formele rechtskracht van de verleende vergunning staat aan een inhoudelijke toets door de burgerlijke rechter in de weg en een uitzondering is hier niet op zijn plaats. Ook is de gemeente niet tekortgeschoten in haar toezichthoudende en/of handhavende taak.

8.3 Hoger beroep in de *Grosch*-zaak

In hoger beroep hebben de verzekeraars de grondslag van hun vordering – om voor mij onbegrijpelijke redenen – zeer sterk beperkt. Niet langer is mede grondslag van hun vordering regelgevingsfalen door de staat.⁵ Appellanten spreken de staat nu slechts aan in zijn *hoedanigheid van partij die wist van een zeer gevaarlijke situatie en verzuimd heeft die gevaarlijke situatie op te heffen*. De vraag is nu nog uitsluitend of de staat in die hoedanigheid verplicht was op te treden tegen de hem bekende gevaren en, zo ja, of hij naar behoren heeft voldaan aan die rechtsplicht. Zij voeren daartoe aan dat het stilzitten in gevaarlijke situaties als de onderhavige en het verzuim van de staat zijn eigen veiligheidsbeleid na te leven, beide onrechtmatig zijn. In dit verband hebben de verzekeraars meer in het bijzonder aangevoerd dat de staat naar aanleiding van het TNO-rapport dat in 1991 is uitgebracht over de vuurwerkexplosie te Culemborg wist, of althans moet hebben geweten, dat niet alleen bij vuurwerk van de gevarenklasse 1.1 het gevaar van een massa-explosie bestond, maar ook bij vuurwerk met een 1.3 of 1.4 classificatie dat bij SEF opgeslagen mocht zijn. In de samenvatting van de Hoge Raad⁶ is de uitspraak van het hof als volgt:

“(a) Overheidsaansprakelijkheid, waaronder de staatsaansprakelijkheid waarvan in dit geding sprake is, kan niet worden aangenomen op de enkele grond dat zich een risico heeft verwezenlijkt waarvan de overheid op de hoogte was of had moeten zijn. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het optreden van de Staat is bepalend of het risico dat hij kende of behoorde te kennen, gelet op zowel de ernst van de mogelijke effecten als de kans dat deze effecten zouden optreden, zodanig was dat daaruit voor de Staat de rechtsplicht voortvloeide om daartegen maatregelen te nemen. Die kennis moet zien op een risico dat zich met de vuurwerkkramp daadwerkelijk heeft verwezenlijkt.

5 Hoewel dat gezien ook de uitspraak van het Haagse Hof in de hiervoor besproken zaak ingesteld door de slachtoffers zelf, waarschijnlijk ook weinig kans van slagen gehad zou hebben.

6 HR 9 juli 2010, *LJN* BL3262; *RvdW* 2010/898; *JA* 2011/5.

(b) (...)

(c) De in hoger beroep aangevoerde grondslag voor aansprakelijkheid komt erop neer dat de Staat, op grond van de wetenschap die hij na de vuurwerkexplosie in Culemborg bij MSV had opgedaan, vóór 13 mei 2000 wist of behoorde te weten dat een substantieel deel van het bij SEF aanwezige vuurwerk zich gedroeg als zwaarder geclassificeerd vuurwerk dan 1.4-vuurwerk en dat ter plaatse ook massa-explosief vuurwerk (gevaarenklasse 1.1) in combinatie met 1.3-vuurwerk was opgeslagen zodat hij (ook) jegens de Grolschbedrijven verplicht was effectieve maatregelen te treffen.

(d) Ook als de Staat zou hebben geweten dat de vergunningen bij SEF niet werden nageleefd, leidt dit niet tot het oordeel dat hij onrechtmatig heeft gehandeld. Indien vergunningen niet werden nageleefd, kon handhavend en strafrechtelijk worden opgetreden. De betrokken staatsorganen konden het bevoegde gezag inschakelen zodra een overtreding van de vergunningvoorschriften werd geconstateerd. De verzekeraars hebben geen concrete, bij SEF geconstateerde, overtreding gesteld waarop geen actie werd ondernomen door het betrokken staatsorgaan.

(e) De Staat was dus niet op grond van de wetenschap die hij vóór 13 mei 2000 had verkregen, verplicht andere maatregelen te nemen dan die welke hij al met het toen bestaande systeem van regelgeving en vergunningen had genomen in verband met massa-explosiegevaar in de omgeving van woningen en bedrijven. De Staat heeft daarom niet onrechtmatig gehandeld."

8.4 Wat zijn de cassatieklachten?

Verzekeraars hebben een groot aantal klachten tegen het oordeel van het hof naar voren gebracht. Ik haal er drie uit:

1. Het hof heeft een onjuiste of onbegrijpelijke uitleg gegeven aan de grondslag van de vordering van de verzekeraars. Het is immers ervan uitgegaan dat de staat volgens de verzekeraars geen enkel restrisico op enige massa-explosie had mogen laten bestaan. Deze uitleg is onbegrijpelijk. De verzekeraars hebben immers juist aangevoerd dat een massa-explosie van opgeslagen vuurwerk niet valt uit te sluiten.
2. Bovendien heeft het hof ook in zoverre een onjuiste of onbegrijpelijke uitleg gegeven aan de grondslag van de vordering van de verzekeraars, dat het heeft beoordeeld wat de staat wist of behoorde te weten met betrekking tot het risico van een massa-explosie bij SEF. De verzekeraars hebben zich echter beroepen op hetgeen de staat wist, althans behoorde te weten, met betrekking tot het risico van een massa-explosie bij de opslag van vuurwerk in het algemeen.
3. De staat beschikte na kennisneming van de rapporten die naar aanleiding van de vuurwerkexplosie te Culemborg zijn uitgebracht over ruim voldoende informatie om met zekerheid te weten dat het praktisch onmogelijk is een massa-explosie in een vuurwerkbedrijf uit te sluiten. Gezien de aard en ernst van het gevaar was de staat sindsdien gehouden maatregelen te nemen. Geen

andere maatregel kon doeltreffend zijn dan een verbod van vuurwerkbedrijven in een bebouwde omgeving. Ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, is deze kernstelling door het hof verworpen.

De Hoge Raad bespreekt alle klachten uitvoerig maar komt niet tot een ander oordeel dan het hof. Het cassatieberoep wordt dus verworpen en bevat verder geen nieuwe gezichtspunten.

8.5 Zou toepassing van het EVRM niet tot een andere uitkomst moeten leiden?

Alle betrokken rechters in deze procedures, zowel bij rechtbank als hof en de Hoge Raad, lijken er alles aan te doen om aansprakelijkheid van de overheid uit de weg te gaan.⁷ Zo wordt bijvoorbeeld het bestuursrechtelijke uitgangspunt van een *beginselplicht tot handhaving* genegeerd en wordt het niet-handhaven – ondanks vastgestelde overtredingen van allerlei vergunningen – als niet onrechtmatig beoordeeld. Bij deze beginselplicht tot handhaving zou mijns inziens juist uitgegaan moeten worden van een *verhoogde* zorgplicht in het kader van de Kelderluikfactoren en dus des te meer reden tot handhaving. De overheid is uitgerust met wettelijke bevoegdheden om de burger te beschermen en zou die bevoegdheden ook moeten gebruiken.

De rechters doen – in de zaken aangespannen door de slachtoffers zelf – het verwijt dat er sprake is van regelgevingsfalen van de staat, wel erg gemakkelijk af met een verwijzing naar de aan de overheid toekomende beleidsvrijheid en de uit de scheiding der machten voortvloeiende obstakels om de overheid de les te lezen over het ontbreken van formele wetten.

De kernvraag is echter of er wel een adequaat stelsel van regels bestaat dat de veiligheid van burgers beschermt tegen de gevaren van vuurwerkopslagplaatsen.⁸ Uit *Öneryildiz* volgt dat de overheid gehouden is daar actief voor te zorgen en dat de rechter dit mag en moet toetsen aan het EVRM.⁹ Art. 13 EVRM brengt mee dat de overheid verplicht is om een ‘*practical and effective*’ bescherming te bieden voor de eigendom van burgers (art. 1 EP). De overheid heeft ook een zware verplichting ten aanzien van het recht op bescherming van het leven (art. 2 EVRM).¹⁰ In *Öneryildiz* werd door het Straatburgse Hof niet alleen een schending van art. 1 EP, maar ook

⁷ Dat betekent dat mijn oude bezwaren tegen de rechtbankuitspraak niet zijn weggenomen. Zie G.E. van Maanen, ‘Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht. Weging van argumenten en juridische technieken naar aanleiding van de Enschedese vuurwerkramp’, *RMThemis* 2007/4, p. 127-141.

⁸ Zie ook A.R. Neerhof, ‘Over onrechtmatigheid van toezichts- of handhavingsfalen, mensenrechten en aansprakelijkheid’, *Overheid en aansprakelijkheid* 2007/6, p. 194-200.

⁹ EHRM 30 november 2004, NJ 2005/210.

¹⁰ Meer algemeen over het belang van het EVRM voor de nationale rechtspraak in aansprakelijkheidsrechtzaken, zie J.M. Beer, ‘Vergoeding van personenschade en het EVRM’, *Ars Aequi* 2006, p. 259-264 en S.D. Lindenberg, ‘De invloed van fundamentele rechten in het personenschade-recht’, *TvP* 2004/4, p. 350-354.

een schending van art. 2 en 13 EVRM aangenomen. Omdat staten op grond van dit art. 13 EVRM verplicht zijn te zorgen voor effectieve nationale rechtsmiddelen, moet een klacht over schending van EVRM-rechten adequaat kunnen worden onderzocht. Dat betekent dat ook de gedeeltelijke immuniteit als gevolg van het Nederlandse systeem van formele rechtskracht van een (overheids)toezichthouder in strijd kan zijn met art. 13 EVRM (en art. 6).¹¹ Dit zijn argumenten om in dit concrete geval een uitzondering aan te nemen op het beroep van de overheid op de formele rechtskracht van de vergunning.

De Britse overheid is al meermalen op de vingers getikt omdat de daar heersende praktijk van *formele* en *de facto* immuniteit in strijd geacht werd met het EVRM.¹² Het EHRM heeft de immuniteit van de politie in de veelbesproken *Osman*-zaak¹³ opzijgezet als zijnde in strijd met art. 6 EVRM. In *Osman* leek het probleem vooral een procedurele belemmering te zijn. Het House of Lords dacht – tot voor kort – dat materiële voorwaarden wél toegestaan zouden zijn onder het EVRM. In de *Keegan*-uitspraak wordt deze illusie van *their Lordships* ontkracht.¹⁴ De klagers in deze zaak hebben in april 1999 een huis gehuurd dat daarvoor zes maanden heeft leeggestaan. Daarvoor was het verhuurd aan een bepaalde persoon waarvan werd gedacht dat hij betrokken was bij gewapende overvallen. In oktober 1999 viel de politie het huis binnen, na huiszoekingsbevel. De deur werd geforceerd met metalen ram. De politie kwam erachter dat de bewuste persoon niet aanwezig was (het lijkt erop dat dit niet was nagegaan) en gaf aan de schade te herstellen. De klagers startten een actie uit onrechtmatige daad tegen de *Chief Constable of Police* vanwege het met kwade opzet verkrijgen van een huiszoekingsbevel en onrechtmatige binnentreding van het huis. Zij stelden immateriële schade te hebben geleden. De vordering van klagers werd afgewezen. De Engelse rechter stelde daartoe onder meer dat de politie niet met roekeloze nalatigheid ten aanzien van de rechtmatigheid van hun handelingen gehandeld had, hetgeen een noodzakelijke voorwaarde vormt voor de schadevergoedingsvordering op grond van het met kwade opzet verkrijgen van een huiszoekingsbevel. De klagers stellen voor het EHRM een schending van art. 8 en 13 EVRM. Het hof stelt vast dat de klagers al zes maanden op dat adres woonden en dat de politie blijkbaar onvoldoende onderzoek naar de huidige bewoners gedaan heeft. Het hof meent dat indien wel onderzoek gedaan was waarschijnlijk wel duidelijk was geworden dat er andere bewoners op het adres woonden. Het feit dat de politie niet '*maliciously*' gehandeld heeft is onder de Conventie niet beslissend. Het hof kan een beperking van acties voor schadevergoeding tot gevallen waarin sprake is van '*malice*' niet accepteren als

¹¹ EHRM 30 november 2004, NJ 2005/210, m.nt. Alkema (Öneryildiz).

¹² Zie voor een helder overzicht van de impact daarvan en van latere beslissingen van het EHRM, Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2006, p. 492-479.

¹³ NJ 2000/134.

¹⁴ EHRM 18 juli 2006, Appl. No. 54810/00, EHRC 2006/119, p. 1121-1129.

noodzakelijk ter bescherming van de politie in hun functie om misdrijven te onderzoeken. Het hof neemt daarom een schending aan.

Deze uitspraak is van belang omdat het hof duidelijk maakt dat voor de beoordeling in het kader van een mogelijke schending van art. 8 EVRM andere voorwaarden kunnen gelden dan, zoals in dit geval, door de Engelse rechter in het kader van een actie tot schadevergoeding vanwege de inbreuk op het privéleven, aangenomen werd. Naar Engels recht is ‘malice’ (waarvoor een gekwalificeerde vorm van opzet noodzakelijk is) de noodzakelijke voorwaarde terwijl het hof een minder zware maatstaf aanlegt.¹⁵ Een en ander betekent dat – al dan niet gedeeltelijke – immuniteit van een (overheids)toezichthouder in strijd kan zijn met art. 13 EVRM.

In de casus van de vuurwerkramp in Enschede zijn er véél en sterke argumenten om ook een uitzondering op de formele rechtskracht aan te nemen.¹⁶ Het gaat hier immers om een grootschalige vuurwerkopslag op enkele meters van een woonwijk. Het was voor de meeste bewoners uit Roombeek onbekend en bovendien onduidelijk dat ze destijds bezwaar hadden kunnen maken tegen bouwvergunningen en milieuvergunningen. Bovendien zal een aantal bewoners – veelal immigranten met een lage opleiding – nog niet in Roombeek woonachtig zijn geweest toen de vergunningsaanvragen speelden. Iets vergelijkbaars geldt voor de kinderen die toen nog niet geboren waren.¹⁷ Kun je die werkelijk tegenwerpen dat ze geen beroep meer mogen doen op de mogelijke onjuistheid van de vergunning? Daarnaast geldt dat juist waar het gaat om de opslag van – grote hoeveelheden – vuurwerk de burgers moeten kunnen vertrouwen op hun overheid, dat die hun veiligheid op de eerste plaats zal zetten. De overheid is verplicht te zorgen voor een adequaat stelsel van regelgeving én een goed controlesysteem om te veiligheid van de burgers te waarborgen. Dat geldt niet alleen voor Turkse overheid, maar natuurlijk ook voor de Nederlandse overheid.

Belangrijkste bezwaar tegen de uitspraken inzake Enschede vind ik dat de rechters geen *totaalafweging* maken van alle afzonderlijk naar voren gebrachte verwijten ten aanzien van de gemeente en ten aanzien van de staat. Dat noem ik salamitactiek. De door de rechters geconstateerde overtredingen zijn evenwel, *bij elkaar genomen*, een belangrijke schakel geweest die heeft geleid tot de enorme *omvang* die de ramp uiteindelijk heeft aangenomen.

Maar ook ontbreekt een totaalafweging van het falen van *de overheid in haar geheel*, dus gemeente en staat samen. Het gedrag van staat en gemeente wordt

¹⁵ Zie in dit verband ook EHRM 20 juni 2006, EHRC 2006/101 (*Babylonová/Slowakije*).

¹⁶ Zie ook mijn bijdrage aan de Cousy-bundel: G.E. van Maanen, ‘De (on)betaalbaarheid van rampschade als argument tegen aansprakelijkheid van toezichthouders’, in: C. van Schoubroeck e.a. (red.), *Over grenzen. Liber Amicorem Herman Cousy* 2011, p. @@. Een bepaalde mate van overlap is hier aanwezig.

¹⁷ In iets ander verband wordt dit aspect heel mooi belicht door J.H. Nieuwenhuis in zijn opstel ‘Zij die geboren worden groeten U’, in: *Confrontatie en compromis*, Deventer 1997, p. 123-137.

steeds afzonderlijk per deelaspect beoordeeld. Dat is toch een heel andere benadering dan die van het Straatsburgse Hof in de zaak *Perdigao*? Het Straatsburgse Hof laat daar zien dat het oog heeft voor de samengestelde effecten van de toepassing van meerdere regels en laat ook zien dat het oog heeft voor de praktische consequenties daarvan.

Het verwijt van eisers in de *Enschede* zaak dat er sprake was van een zwak en versnipperd systeem van regelgeving en van versnipperde controle op de naleving daarvan, komt in een ander licht te staan als men het gedrag van de overheid als één geheel ziet. Zou in deze *Enschede* zaken meer en beter gebruik zijn gemaakt – zowel door de advocaten als de rechters – van de rechtspraak en de geest van het EVRM, dan was een andere uitkomst zeer wel denkbaar geweest. De rechters hebben mede tegen de achtergrond van het EVRM onvoldoende oog gehad voor de verantwoordelijkheid van de staat en de gemeente als toezichthouder waar het gaat om de elementaire veiligheid die de burgers mogen verwachten.¹⁸ Anders gezegd: de benadering van het Straatsburgse Hof vertrekt vanuit een andere *mentalité*; de overheid heeft de plicht zijn burgers te beschermen.

¹⁸ Zie ook T. Barkhuysen & M.L. Van Emmerik, 'De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid', *Overheid en aansprakelijkheid* 2002, nr. 4, p. 102-116.

9 Een nieuwe kans: Geiten en mensen met Q-koorts

9.1 De feiten

In 2007 vond er een uitbraak van Q-koorts plaats in de provincie Brabant, waarbij ongeveer 140 mensen ziek zijn geworden. Het lijkt erop dat het uitzonderlijk droge en warme weer heeft bijgedragen aan de verspreiding door de lucht van de bacterie afkomstig van geitenbedrijven met abortusproblemen. Voor die tijd waren er af en toe meldingen.¹

In 2008 zijn in meerdere regio's meer dan 1.000 gevallen van Q-koorts gemeld. In de jaren die daarop volgen zijn er steeds meer gevallen van besmetting met Q-koorts geconstateerd en neemt het aantal dodelijke slachtoffers toe tot twaalf.

In een bestuurlijk overleg van de overheid op 4 oktober 2007, waaraan twee vertegenwoordigers van het RIVM deelnamen, werd al verband gelegd tussen de Q-koorts en de geitenbedrijven. Hoewel Q-koorts over de hele wereld voorkomt, was de massale uitbraak in Nederland uniek in de wereld. Heeft de Nederlandse overheid adequaat gehandeld?

In 2011 komt de Evaluatiecommissie Q-koorts (de Commissie Van Dijk) met een rapport.² Conclusie is dat het Ministerie van Volksgezondheid en Landbouw te lang vasthield aan hun eigen visie op de aanpak van de Q-koorts. Volksgezondheid én Landbouw traden in reactie op de Q-koortsuitbraak te terughoudend op, onder andere omdat men te lang twijfelde of het wel afdoende bewezen was dat de geitenbedrijven de bron van besmetting waren. Maatregelen tegen de Q-koorts bleven te lang uit. Voorts blijkt dat relevante informatie tussen instanties onvoldoende gecommuniceerd werd. (semi-)overheidsorganen (LTO, PVE, NZO, GD, VWA, GGD) wisten al sinds 2005 van de Q-koortsproblemen af.³ De overheid maakte niet duidelijk welke risico's mensen liepen. Pas na de Zembla-uitzending op 6 december 2009 kwam de overheid in actie met onder meer massale ruiming van de geitenbedrijven.

¹ In Nederland zijn in de periode 1998-2004 jaarlijks tussen de 11 en de 41 humane gevallen gemeld van Q-koorts.

² *Van verwerping tot verheffing*. Rapport Evaluatiecommissie Q-koorts 2011, hierna *Rapport Van Dijk*.

³ *Rapport Van Dijk*, p. 30; I. Haazen, 'Q-koorts in Nederland: wie is aansprakelijk voor de schade?', *NTBR* 2011/9 (nog te verschijnen), § 2.2.

Betekent dit alles dat de overheid aansprakelijk gesteld kan worden? En, zou het EVRM daarbij het verschil kunnen maken?

9.2 De meerwaarde van het EVRM (en het Handvest)

We hebben hiervoor kennisgenomen van de toegewezen claim van de familie Oyal bij het ECHR⁴ op grond van schending art. 2 EVRM door de Turkse overheid. Het hof was daar zeer stellig over de noodzaak van snel en grondig onderzoek in geval van medische nalatigheid in ziekenhuizen:

“Knowledge of the facts and of possible errors committed in the course of medical care is essential to enable the institutions and medical staff concerned to remedy the potential deficiencies and prevent similar errors. The prompt examination of such cases is therefore important for the safety of users of all health services.”

Zou niet hetzelfde moeten gelden voor de uitbraak van Q-koorts? Was daar niet ook de noodzaak van snel en grondig onderzoek geboden? Er was immers sprake van duizenden ziektegevallen⁵ van Q-koorts en er waren al doden⁶ te betreuren.

Uit *Budayeva*⁷ blijkt dat het EHRM uit art. 2 EVRM niet alleen een plicht afleidt van de overheid om burgers te beschermen en tijdig te informeren over levensbedreigende situaties, maar eveneens een procedureel aspect. Namelijk de plicht tot zo volledig mogelijk onderzoek door autoriteiten. Uit *Tatar*⁸ blijkt nog weer eens dat het Straatsburgse Hof ook uit art. 8 EVRM een positieve verplichting tot wettelijke en effectieve maatregelen door de overheid tot bescherming van burgers tegen milieuschade afleidt.

In combinatie uiteraard met de bestaande aansprakelijkheidscriteria⁹ en regels afkomstig uit het traditionele privaatrechtelijke kader, geven deze EHRM-uitspraken mijns inziens extra argumenten om te betogen dat de Nederlandse overheid – als toezichthouder op de volksgezondheid – tekort is geschoten in haar verantwoordelijkheid.¹⁰ Het gaat daarbij niet in de eerste plaats om de technische details van de genoemde uitspraken, maar vooral om de wezenlijk andere benadering die uit de rechtspraak van het EHRM naar voren komt; de overheid heeft tot taak om het leven en de gezondheid van de burgers te beschermen.

4 EHRM 23 maart 2010 (*Oyal/Turkije*), Appl. No. 4864/05.

5 Tot halverwege 2010 ruim 3.500 meldingen.

6 Tot halverwege 2010 in totaal 14 doden.

7 EVRM 20 maart 2008, NJ 2009/229 (*Budayeva/Rusland*).

8 EHRM 27 januari 2009, Appl. No. 67021/01 (*dambreuk Baia Mare*).

9 Ik denk hier in het bijzonder aan de *Legionella*-uitspraak, HR 29 november 2002, nr. C-01/060HR, LJN AE5162, NJ 2003/549 (*Legionella; Westfriese Flora Bovenkarspel*).

10 Dat is ook de conclusie van Haazen in haar doorwrochte NTBR-artikel. I. Haazen, a.w. 2011/8 of 9 (nog te verschijnen).

10 Wanneer en hoe werkt het EVRM?; horizontale en verticale werking...

10.1 Horizontale en verticale werking...

Aan het begin van dit preadvies, heb ik al aangegeven, dat ik het voor mijzelf nog niet echt helder had of en in hoeverre het EVRM ook ingeroepen kan worden in situaties waarin er sprake is van een geschil tussen private partijen.¹ In eerste instantie immers zijn we geneigd om de fundamentele rechten van het EVRM op één lijn te zetten met de klassieke nationale grondrechten. Die grondrechten beschermen de burger tegen de staat.²

In die context past het begrippenpaar ‘horizontale’ en ‘verticale’ werking.³ De ‘normale’ situatie is dan die waarin de burger bescherming zoekt tegen de staat, bijvoorbeeld in situaties waarin de staat hem dwarszit in zijn recht op vrije nieuwsgaring. De vraag kan dan opkomen of men ook tegen de woningbouwvereniging die geen schotelantennes wil, een beroep kan doen op het recht op vrije nieuwsgaring (art. 10 EVRM).⁴ Dan spreken we over horizontale werking van grondrechten of andere fundamentele rechten.

Bij de vraag naar de werking van het EVRM ligt het een slag anders. Immers daar gaat het om de verdragsrechtelijke verplichting (art. 1 EVRM) van de nationale staat om er voor zorg te dragen dat in de nationale rechtsorde de fundamentele rechten zoals verwoord in het EVRM, gewaarborgd zijn.⁵ De nationale wetgeving en praktijk dienen daarmee in overeenstemming te zijn.⁶ Dat speelt vaak – gezien de strekking van de meeste bepalingen – in de verhouding overheid/burger,

¹ Zie het preadvies van Lindenberg (onder 1.1.) die hier – gelukkig – wat stelliger in is. Vgl. op dit punt ook het preadvies van Engelhard, a.w. 2009, voor de Staatsrechtconferentie. Zij onderscheidt in dit verband ook nog een ‘diagonale’ werking van fundamentele rechten.

² Afgezien dan van de weeffout van het Nederlandse recht dat de Nederlandse rechter nog steeds niet bevoegd is om de Nederlandse wet aan de Nederlandse grondwet te toetsen.

³ Vgl. L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle 1992 (diss. Utrecht); Asser/Hartkamp *Deel 3-I** 2008, nr. 182.

⁴ Zie bijv. HR 3 november 1989, NJ 1991/168, m.nt. E.A.A.; EHRM 16 december 2008, AB 2008/286.

⁵ Zie in deze zin ook L.F.M. Verhey, a.w. 2009, p. 520 e.v. (‘Horizontale werking van het EVRM: geen systematische theorie’).

⁶ Dezelfde vraag speelt bij de doorwerking van het EU-recht. Zie in dat verband bijv. Asser/Hartkamp/Sieburgh *Deel 6-IV* 2011, nr. 16 en 17.

maar niet uitsluitend in die verhouding.⁷ Vaak gaat het om – bijvoorbeeld – klachten over onrechtmatig optreden van de politie, onrechtmatige huiszoeking, vrijheidsbeneming enzovoort. Maar het kan net zo goed gaan om klachten tegen een private partij: onrechtmatige vrijheidsbeneming in een privékliniek, onrechtmatige blootstelling aan milieugevaarlijke stoffen of inbreuk op het recht op vrije informatie. Ook dan kan de vraag zijn of de wetgeving wel voldoende adequate bescherming biedt aan de burger tegen het optreden van andere burgers en private ondernemingen. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat dit nogal casuïstisch en onsystematisch wordt uitgewerkt.⁸

Als de betreffende wetgeving of rechtspraktijk onvoldoende bescherming biedt aan de burgers (*Vuurwerkrap Enschede*, *Q-koorts*), dan is die wetgeving of praktijk niet in overeenstemming met (de uitleg van) het EVRM en moet de nationale rechtspraktijk dus in overeenstemming met het EVRM uitgelegd worden. Dat is dus niet een kwestie van horizontale of verticale werking, maar van de directe (of zo men wil indirecte⁹) doorwerking van het EVRM in onze nationale rechtsorde.¹⁰

Het EVRM en de uitleg daarvan door het Straatsburgse Hof maakt dus deel uit van onze Nederlandse rechtsorde, ook waar het de verhouding tussen burgers onderling betreft; dat volgt uit art. 1 EVRM:

“101. The Court has consistently held that the responsibility of a State is engaged if a violation of one of the rights and freedoms defined in the Convention is the result of non-observance by that State of its obligation under Article 1 to secure those rights and freedoms in its domestic law to everyone within its jurisdiction (...).”¹¹ (vet toegevoegd).

Bij de rechtbank en bij het hof kan (en moet) daar dus een – goed onderbouwd – beroep op worden gedaan. Rechtbanken en hoven moeten het Nederlandse recht interpreteren in de geest van de bepalingen uit het EVRM.¹²

7 Vgl. *Asser/Hartkamp Deel 3-I** 2008, nr. 161 e.v., die in geschillen tussen burger en overheid in ieder geval wel ambtshalve toepassing van het EVRM geboden acht. Maar Hartkamp laat zien (nr. 177 e.v.) dat ook in geschillen tussen particulieren het EVRM zijn invloed uitoefent.

8 Zie in dit verband vooral Engelhard, a.w. 2009, die de rechtspraak van het hof op dit punt analyseert. Vgl. ook L.F.M. Verhey, a.w. 2009, p. 520 e.v.

9 Persoonlijk acht ik deze nuance niet zo interessant, omdat men hoe dan ook het effect ziet van het EVRM op het (van origine) nationale recht. Zie in dit verband ook (informatief) Carla Sieburgh, ‘De schoonheid in de ontdekkingsstocht naar gewoon geldend recht’, *TPR* 2011/1, p. 1-5. Zie ook *Asser/Hartkamp Deel 3-I** 2008, nr. 184, die erop wijst dat het niet altijd duidelijk is of de rechter uitgaat van directe horizontale werking dan wel indirecte werking heeft aangenomen.

10 Barkhuysen c.s. prefereren in sommige gevallen het begrip ‘indirecte horizontale werking’. Bijv. waar EU-recht voorrang heeft boven de nationale regel. Die nationale regel moet dan buiten toepassing gelaten worden. Zie T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, *NTBR* 2011/9.

11 *Storck tegen Duitsland*, 16 juni 2005, Appl. No. 61603/00 (*Storck/Duitsland*); Artikel 1 – *Verplichting tot eerbiediging van de rechten van de mens*: “De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder, die ressorteert onder hun rechtsmacht, de rechten en vrijheden welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag.”

12 Zie – genuanceerd – *Asser/Hartkamp Deel 3-I** 2008, nr. 188.

“Consequently, the Court has expressly found that Article 2 (...) require the State not only to refrain from an active infringement by its representatives of the rights in question, but also to take appropriate steps to provide protection against an interference with those rights either by State agents or by private parties.”¹³

De nationale staat moet dus zorgen voor een adequaat systeem van wettelijke bescherming van zijn burgers, bijvoorbeeld waar het gaat om de bescherming van de vrijheid van burgers, niet alleen tegen het optreden van de staat dat inbreuk maakt op die fundamentele rechten maar ook door particuliere instanties:

“102. Having regard to this, the Court considers that Article 5 § 1, first sentence, of the Convention must equally be construed as laying down a positive obligation on the State to protect the liberty of its citizens. Any conclusion to the effect that this was not the case would not only be inconsistent with the Court’s case-law, notably under Articles 2, 3 and 8 of the Convention, it would also leave a sizeable gap in the protection from arbitrary detention, which would be inconsistent with the importance of personal liberty in a democratic society. The State is therefore obliged to take measures providing effective protection of vulnerable persons, including reasonable steps to prevent a deprivation of liberty of which the authorities have or ought to have (...).”¹⁴

We hoeven dus niet naar Straatsburg af te reizen om gebruik te maken van het EVRM; het EVRM (art. 2, 3 en 8 EVRM) is al hier in Nederland en moet hier – als positief geldend recht – worden toegepast. Indien we wel naar Straatsburg afreizen moeten we ons realiseren dat we dan niet een soort ultiem hoger beroep doen op het Straatsburgse Hof als een soort vierde instantie, maar dat de zaak van kleur verschiet.¹⁵ Het gaat daar om een klacht dat de staat in strijd heeft gehandeld met één van de bepalingen van het EVRM. Waar het in eerste aanleg ging om een klacht over het optreden van de staat (zoals in de *Enschedese* zaak), is de focus in Straatsburg op de vraag of de staat bijvoorbeeld wel aan zijn verplichtingen tot bescherming van het leven en de gezondheid voortvloeiend uit art. 2 en 8 EVRM heeft voldaan. Of de vraag of de gedeeltelijke immuniteit voortvloeiende uit het systeem van formele rechtskracht – zoals in de procedures betreffende Enschede – wel de toets van art. 6 EVRM kan doorstaan. Maar ook in procedures tussen burgers onderling – zoals in de zaak *Bemoti* – waar de vraag is of de aangesproken partij zich wel op de korte verjaringstermijn mag beroepen, verschiet de zaak van kleur als een beroep gedaan wordt op het Straatsburgse Hof. Dan is het immers de Nederlandse staat die aangesproken wordt op de vraag of het wel in overeenstemming met art. 6 EVRM is dat een minderjarige haar vorderingsrecht verliest, voordat zijzelf persoonlijk in staat was om die vordering in te stellen.

¹³ *Storck vs. Duitsland*, 16 juni 2005, Appl. No. 61603/00, r.o. 101.

¹⁴ *Storck vs. Duitsland*, 16 juni 2005, Appl. No. 61603/00, r.o. 101.

¹⁵ Daarnaast gelden een aantal andere voorwaarden, waaronder de eis dat eerst alle nationale rechtsmiddelen moeten zijn uitgeput. Daaronder begrijpt het EHRM ook dat onder het nationale recht expliciet beroep moet zijn gedaan op het EVRM. Zie *Asser/Hartkamp Deel 3-I** 2008, nr. 159.

II Hoe werkt het EVRM?

Nog een lastig punt. Moet de Nederlandse rechter het EVRM (en dus ook de rechtspraak van het EHRM) ambtshalve toepassen, c.q. ambtshalve de rechtsgronden aanvullen? Hiervoor heb ik de stelling betrokken, die overigens nauwelijks omstreden is, dat het EVRM en de rechtspraak van het EHRM onderdeel zijn van de Nederlandse rechtsorde. Het is allemaal gewoon Nederlands (privaat)recht. Ergo, dat moet de Nederlandse rechter dan ook ambtshalve toepassen...¹

Toch is dat niet wat ik bij sommige gevestigde experts lees. Zo leiden Barkhuysen c.s., in hun overigens voortreffelijke analyse van het Europees Handvest (en het EVRM), uit het feit dat het EHRM eist dat eerst de nationale rechtsmiddelen moeten worden uitgeput alvorens een beroep kan worden gedaan op het EVRM, af dat het EHRM geen verplichting tot ambtshalve toetsing heeft willen aannemen.² Dat mag zo zijn maar mij lijkt de vraag of de Nederlandse rechter verplicht is tot ambtshalve toetsing c.q. aanvulling van rechtsgronden, óók een kwestie van nationaal recht. Indien het EHRM zou eisen dat de nationale rechter ambtshalve aan het EVRM zou moeten toetsen dan zal deze dat in ieder geval moeten doen. Maar ook als het EHRM (of het Hof van Justitie in Luxemburg) daar niets over zegt, kan het nationale recht nog steeds bepalen dat de rechter het EVRM (en Unierecht) ambtshalve moeten toe passen. Dat de Nederlandse rechter ambtshalve niet alleen Nederlands recht, maar ook buitenlands recht en supranationaal recht moet toepassen en de rechtsgronden moet aanvullen, is immers het uitgangspunt van ons procesrecht (art. 25 Rv).³ De rechter heeft tot taak om zelfstandig na te gaan welke rechtsregels op de vaststaande feiten van toepassing zijn.⁴

Uit het Jaarverslag van de Hoge Raad 2009-2010 blijkt dat hij het EVRM zeer serieus neemt: “*Zoals de Nederlandse rechter ook EU-rechter is, zo is hij ook EVRM-rechter. De nationale rechter is degene die in eerste instantie het EU- en het EVRM-recht*

¹ Asser/Hartkamp Deel 3-1* 2008, nr. 162 nuanceert daarin tussen geschillen tussen burger en overheid – wel altijd ambtshalve toepassing – en geschillen tussen burgers onderling. Daar geldt in beginsel niet op grond van art. 25 Rv de plicht tot ambtshalve toepassing, tenzij het EVRM wel directe of indirecte werking heeft, hetgeen op ruime schaal geschiedt.

² T.Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, NTBR 2011/9.

³ H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer 2003, nr. 42.

⁴ P.A. Stein & A.S. Rueb, *Nieuw Burgerlijk procesrecht*, Deventer 2002, p. 25.

toepast.” Daarbij dient de Nederlandse rechter zich loyaal op te stellen: “*Zoals de uitvoerende macht zich loyaal dient op te stellen ten opzichte van beslissingen van zijn eigen rechters, zo dient de nationale rechter op zijn beurt loyale toepassing te geven aan beslissingen van het EHRM.*”⁵ Of dit nu betekent dat de Hoge Raad vindt dat de rechter het EVRM ook ambtshalve moet toepassen en/of aanvullen, is niet geheel duidelijk. Het lijkt wel in die richting te gaan.

Ambtshalve toepassing of niet, in een procedure voor de Nederlandse rechter zal een partij die zich op het EVRM wil beroepen wel heel precies, ook met feiten, moeten onderbouwen waarom hij meent dat het nationale recht op een bepaalde wijze moet worden uitgelegd dan wel een bepaalde regel daarvan niet van toepassing is.⁶

⁵ Hoge Raad der Nederlanden. Verslag over 2009-2010, p. 10.

⁶ Bovendien moet men al in feitelijke aanleg een (impliciet?) beroep doen op het EVRM teneinde de gang naar Straatsburg open te houden. Zie Asser/Hartkamp *Deel 3-I** 2008, nr. 159.

12 EVRM & EHRM: Géén ver-van-mijn-bedshow!

Met de bovenstaande voorbeelden hoop ik te hebben laten zien hoe belangrijk het EVRM en de rechtspraak van het EHRM kan zijn voor het algemene privaatrecht.¹ Niet alleen voor het familierecht maar ook voor het vermogensrecht, bijvoorbeeld ook voor de letselschadepraktijk. Hartkamp heeft dit fraai verwoord:

“Het EVRM, dat al in 1954 voor Nederland van kracht is geworden, heeft hier een kwart eeuw lang een slapend bestaan geleid. Wat het privaatrecht betreft heeft de Hoge Raad pas tegen het eind van de jaren zeventig van de vorige eeuw voor het eerst Nederlandse wetsbepalingen wegens strijd met het EVRM buiten toepassing gelaten. Het ging daarbij om personen- en familierecht. In het vermogensrecht is dat nog niet gebeurd, maar dat het EVRM ook daar aan betekenis wint’ blijkt uit de rechtspraak.”²

Soms biedt de rechtspraak van het EHRM meer mogelijkheden voor met name overheidsaansprakelijkheid, soms geeft het vooral een bevestiging en een verduidelijking van de traditionele bronnen. Ook kan de rechtspraak van het EHRM een einde maken aan onzekerheid over de legitimiteit van bepaalde praktijken. Zo was er discussie over de Nederlandse praktijk ten aanzien van schadevergoeding na vrijspraak.³ Thans is helder dat het EHRM die praktijk onderschrijft.⁴

Het gebruikmaken van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM is niet een kwestie van een lichtvoetige verwijzing naar een aantal bepalingen uit het EVRM en het noemen van een paar uitspraken. Een beroep op het EVRM – wat er zij van de vraag of de Nederlandse rechter dit ambtshalve moet toepassen – zal altijd gepaard moeten gaan met een grondige materiële onderbouwing van de stelling dat het Nederlands recht op bepaalde punten in strijd is met het EVRM en dat het om die reden ofwel verdragsconform uitgelegd zal moeten worden, dat een bepaalde nationale regel buiten toepassing gelaten zal moeten worden, dan wel

¹ Zie ook Alex Geert Castermans, *De burger in het burgerlijk recht* (oratie UL), Den Haag 2009, p. 16 en Cees van Dam, *Onderneming en mensenrechten* (oratie UU), Den Haag 2008.

² Asser/Hartkamp *Deel 3-I**, Deventer 2008, nr. 163.

³ Zie bijv. G.E. van Maanen, ‘Vervolgd en vrijgesproken. Heeft een voormalige verdachte recht op volledige schadevergoeding?’ (redactioneel), *NTBR* 2008/7, p. 265.

⁴ EHRM 18 januari 2011, Appl. No. 45482/06 (*Bok/The Netherlands*); Nederlandse samenvatting in *NJB* 2011/12, p. 750-751.

dat bepaalde verplichtingen rechtstreeks voortvloeien uit het EVRM.⁵ Zo heeft de overheid op grond van art. 2 en 8 EVRM de plicht om, door middel van een effectief stelsel van regelgeving, het leven en de gezondheid van de burgers te beschermen. En zo vraagt art. 6 EVRM om *access to justice*, wat in sommige gevallen een beroep op verjaring (*Bemoti*) in de weg staat.

Met het bovenstaande betoog om kennis te nemen van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM doe ik natuurlijk tekort aan al die instanties en personen die dat nu al doen. Mijn pleidooi dient dan ook vooral opgevat te worden als een aansporing om dat nog méér te doen. In die zin is het ook een oproep aan mijzelf ... Het EVRM is géén ver-van-mijn-bedshow!

Dalhem/Maastricht, september 2011

5 T. Barkhuysen en A.W. Bos, *JBplus* 2011, afl. 1, p. 14. Zie ook *Asser/Hartkamp Deel 3-I** 2008, nr. 101, waarin helder de betekenis van art. 24 en 25 Rv in dit kader wordt uiteengezet.

Literatuur

Abas 2005

P. Abas, 'Aantasting in een persoonlijkheidsrecht als verondersteld in art. 6:106 lid 1 BW', *NTBR* 2005/24, p. 194-198.

Asser 2008

*Asser/Hartkamp, Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht 3-1** (tweede druk 2011), Deventer 2008.

Asser 2011

Asser/Hartkamp/Sieburgh, De verbintenis uit de wet 6-IV, Deventer 2011.

Barkhuysen & van Emmerik 2002

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid', *Overheid en aansprakelijkheid* 2002/4, p. 102-116.

Barkhuysen & van Emmerik 2005

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van art. 1 EP EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer 2005, p. 5-101.

Barkhuysen, van Emmerik & Rieter 2008

T. Barkhuysen, van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen*, Nijmegen 2008.

Barkhuysen & Bos 2011

T. Barkhuysen en A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JBplus* 2011, afl. 1, p. 3-34.

Barkhuysen 2011

T. Barkhuysen, *Letselschade en het EVRM*, LSA congresbundel 'Letselschade in een breed perspectief' 2011, SDU Den Haag, (verschijnt rond 28 mei; ISBN 97 89 012 38606 7).

Barkhuysen, Bos & ten Have 2011

T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Een eerste verkenning van de gevolgen voor het privaatrecht', *NTBR* 2011/9 (nog te verschijnen).

Baudet 2010

Thierry Baudet, 'Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie', *NRC* 13 november 2010.

Beer 2006

J.M. Beer, 'Vergoeding van personenschade en het EVRM', *Ars Aequi* 2006, p. 259-264.

Castermans 2009

Alex Geert Castermans, *De burger in het burgerlijk recht* (oratie UL), Den Haag 2009.

Cherednychenko 2007

O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht) 2007.

Collignon-Smit Sibinga & Mewa 2011

A.F. Collignon-Smit Sibinga & S.V. Mewa, 'Fundamentele rechten in de personenschadepraktijk', *Letsel & Schade* 2011/1, p. 9-17.

van Dam 2006

Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2006.

van Dam 2008

Cees van Dam, *Onderneming en mensenrechten* (oratie UU), Den Haag 2008.

Engelhard 2009

E.F.D. Engelhard, '(Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het "grijze" gebied', in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid* 2009.

Fernhoud 2010

F.J. Fernhout, 'De ondraaglijke hardheid van termijnen', *TvPP* 2010, p. 81-89.

Gerards 2011

Janneke Gerards, 'Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?', *NJB* 2011, p. 608-612.

Gerritse 2011

H.A. Gerritse, 'Betekent toepassing van het EVRM – binnen het familierecht – meer dan alleen het gebruik van het begrip 'family life'?', *Tijdschrift voor de procespraktijk* 2011/2, p. 35-39.

Haazen 2011

I. Haazen, 'Q-koorts in Nederland: wie is aansprakelijk voor de schade?', *NTBR* 2011/9 (nog te verschijnen).

Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Serie Onderneming en recht deel 42-I*, Deventer 2007.

Hoge Raad der Nederlanden. Verslag over 2009-2010.

Jansen 2005

J.F.M. Jansen, 'De invloed van artikel 1 van het Eerste aanvullende Protocol EVRM op het Nederlandse recht', in: *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer 2005, p. 329-383.

Keirse 2011

Anne L.M. Keirse, 'Een verklaring voor recht als mijlpaal; Over Jeffrey, Chipshol en het belang bij de civiele rechtspleging', *WPNR* 2011/6903.

Van Leuven 2009

N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten* (diss. Leuven), Antwerpen-Oxford 2009.

Lindenbergh 2004

S.D. Lindenbergh, 'De invloed van fundamentele rechten in het personenschade-recht', *TvP* 2004/4, p. 350-354.

Lindenbergh 2010

S.D. Lindenbergh, 'Fundamental rights in private law', in: Michael Faure & Andre van der Walt, *Globalisation and Private Law, The way forward*, Edward Elgar, Cheltenham UK 2010, Chapter 11, p. 367-382.

van Maanen 2007

G.E. van Maanen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht. Weging van argumenten en juridische technieken naar aanleiding van de Enschedese vuurwerkramp', *RMThemis* 2007/4, p. 127-141.

van Maanen 2008

G.E. van Maanen, 'Vervolgd en vrijgesproken. Heeft een voormalige verdachte recht op volledige schadevergoeding?' (redactioneel), *NTBR* 2008/7, p. 265.

van Maanen 2011

G.E. van Maanen, 'De (on)betalbaarheid van rampschade als argument tegen aansprakelijkheid van toezichthouders', in: C. van Schoubroeck e.a. (red.), *Over grenzen. Liber Amicorem Herman Cousy* 2011, p. @@ (verschijnt oktober 2011).

van Maanen 2010

G.E. van Maanen, 'Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey? Genoegdoening als voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW?', *NTBR* 2010/6, p. 189-195.

Mak 2008

Ch. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law* (diss. UvA), Alphen aan den Rijn 2008.

Milo 2007

J.M. Milo, 'Constitutionele en rechtsvergelijkende proportionaliteit in het goederenrecht. De invloed van artikel 1 Eerste Protocol EVRM', *NTBR* 2007/2, p. 46-55.

Milo 2007

J.M. Milo, 'Pye in de Grote Kamer te Straatsburg: *Adverse possession* en privaatrecht naar de constitutionele marge van de nationale autonomie', *NTBR* 2007/9, p. 368-372.

Neerhof 2007

A.R. Neerhof, 'Over onrechtmatigheid van toezicht- of handhavingsfalen, mensenrechten en aansprakelijkheid', *Overheid en aansprakelijkheid* 2007/6, p. 184-200.

Nieuwenhuis 1997

J.H. Nieuwenhuis, 'Zij die geboren worden groeten U', in: *Confrontatie en compromis*, Deventer 1997, p. 123-137.

Nieuwenhuis 2001

J.H. Nieuwenhuis, 'De constitutie van het burgerlijk recht', *RMThemis* 2001, p. 203 e.v.

Ploeger 2005

H.D. Ploeger, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het nationale civielrechtelijke perspectief', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer 2005, p. 103-120.

Sieburgh 2011

Carla Sieburgh, 'De schoonheid in de ontdekkingstocht naar gewoon geldend recht', *TPR* 2011/1, p. 1-5.

Smits 2003

J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht* (Preadvies Ned. Ver. V. Rechtsvergelijking nr. 64), Deventer: Kluwer 2003.

Snijders, Ynzonides & Meijer 2003

H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer 2003.

Stein & Rueb 2002

P.A. Stein & A.S. Rueb, *Nieuw Burgerlijk procesrecht*, Deventer 2002.

van Swaaij & Walrecht 2011

J.H.M. van Swaaij & I.M. Walrecht, 'Art. 3:310 BW, subjectieve bekendheidseis en niet-stuiving verjaring zijdens minderjarige', *MvV* 2011/6, p. 174-179.

Tjittes & van Wechem 2011

Rieme-Jan Tjittes & Edwin van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2011, p. 922.

Verhey 1992

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss Utrecht), Zwolle 1992.

LITERATUUR

Verhey 2009

L.F.M. Verhey, 'Horizontale werking van grondrechten: De stille Straatsburgse revolutie', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, *Geschakeld recht* (Alkema-bundel), Deventer 2009, p. 517-535.

Wijnakker 2010

C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *Verkeersrecht* 2010/II, p. 313-315.

Zwalve 2006

W.J. Zwalve, 'Pye Ltd. v. United Kingdom', *WPNR* 2006/6664, p. 339-342.

Zwart 2011

Tom Zwart, 'Een steviger opstelling tegenover het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de Rechtsstaat', *NJB* 2011, p. 415-417.

Van verwerping tot verheffing, Rapport Evaluatiecommissie Q-koorts 2011.

DEEL 2 VERMOGENSRECHTELIJKE
REMEDIES BIJ SCHENDING VAN
FUNDAMENTELE RECHTEN

Prof. mr. S.D. Lindenberg^{*}

^{*} Siewert Lindenberg is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij dankt Saskia van Dijke en Cheryl Zijderveld voor onderzoeksassistentie.

I Inleiding

1.1 Fundamentele rechten en vermogensrecht

De verhouding tussen fundamentele rechten – (te) kortweg: mensenrechten, grondrechten – en burgerlijk (vermogens)recht is veelzijdig en kan daarom vanuit uiteenlopende invalshoeken worden benaderd.

Hoewel mensenrechten in de eerste plaats tegen een publiekrechtelijke achtergrond plegen te worden gezien en zij primair zijn geformuleerd om burgers tegen overheidshandelen te beschermen, zijn er aanwijzingen dat hun oorsprong vaak tenminste mede een privaatrechtelijke is.¹ Bescherming van lijf en leden, vrijheid, eer en autonomie is immers al van oudsher als privaatrechtelijk recht of zelfs als beginsel aanvaard.

Maar ook wanneer de publiekrechtelijke inbedding van fundamentele rechten voorop wordt geplaatst, kan worden vastgesteld dat fundamentele rechten privaatrechtelijke betekenis hebben. Hoewel de omvang van horizontale werking van fundamentele rechten omstreden is,² mede omdat het privaatrecht veel van wat via horizontale werking wordt bereikt ook wel met ‘eigen middelen’ kan bereiken,³ staat buiten kijf dat verschillende fundamentele rechten horizontale werking toekomt.⁴ Het is bovendien aannemelijk dat hun emancipatie als mensenrechten tenminste betekenis heeft voor hun weging in privaatrechtelijke geschillen, of deze nu tussen overheid en burger of tussen burgers onderling spelen.⁵ Daarbij speelt onmiskenbaar een rol dat de Straatsburgse jurisprudentie een belangrijke aanjager is voor reflectie op het nationale recht.

¹ Vgl. bijv. Banakas 2005, p. 83, maar ook Elders 1986, p. 7 e.v. Zie voor het autonomie-beginsel bijv. Colombi Ciacchi 2010 en voor ‘menselijke waardigheid’ Klijnsma 2011.

² Vgl. bijv. kritisch over de betekenis van horizontale werking De Vos 2010.

³ Vgl. Smits 2003.

⁴ Zie onder meer reeds Maris & Polak 1969, waarover Drion 1969, p. 585 e.v. en voorts bijv. Biesheuvel 1986 en Verhey 1992.

⁵ In deze zin Smits 2005, p. 23 e.v., waar hij fundamentele rechten kwalificeert als ‘warning sign’ voor rechters dat de menselijke waardigheid in het geding is.

Op een meer juridisch-technisch vlak kunnen verschillende vormen van ‘receptie’ van fundamentele rechten in het privaatrecht worden onderscheiden (zij het niet telkens gescheiden). Zo kan in de eerste plaats worden gedacht aan een rechtstreeks beroep op een fundamenteel recht als grondslag voor een vordering. Men denke bijvoorbeeld aan het algemene persoonlijkheidsrecht, dat in de civielrechtelijke rechtspraak is aanvaard als bron van concrete aanspraken en daarmee een zelfstandige civielrechtelijke betekenis heeft gekregen.⁶ Ook valt bijvoorbeeld te denken aan het recht op eigendom, dat weliswaar in de eerste plaats een civielrechtelijke oorsprong lijkt te hebben, maar door de extensieve interpretatie van art. 1 EP EVRM een krachtige ‘mensenrechtelijke’ impuls heeft gekregen.⁷ In de tweede plaats kan uiteraard worden gedacht aan de ‘incorporatie’ van fundamentele rechten in het vermogensrecht via open normen: het onrechtmatigheidscriterium van art. 6:162 BW, het open karakter van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2, 6:248 BW),⁸ of zelfs via uitleg (art. 6:248 lid 1 BW). Gelet op het toetsingsverbod van formele wetten aan de Grondwet en het ‘toetsingsgebod’ aan verdragen van art. 94 Gw, vormt met name de rechtspraak van het EHRM een rijke bron van inspiratie voor deze vorm van rechtsvinding.⁹ Daaraan kan inmiddels worden toegevoegd het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie dat voor fundamentele rechten ook de EU-rechtelijke rechtsbescherming in beeld brengt.¹⁰

De hiervoor geschetste wijze van door- en inwerking van fundamentele rechten in het vermogensrecht kan vooral als een vorm van ‘receptie’, import, worden gezien. Daarnaast, zo wordt meer recentelijk verkend, kan het Nederlandse privaatrecht mogelijk een bijdrage leveren aan ‘handhaving’ van fundamentele rechten door maatschappelijk verantwoord ondernemen te faciliteren, of zelfs af te dwingen.¹¹ Het gaat dan niet om bescherming van Nederlandse burgers binnen de Nederlandse rechtsorde, maar om de vraag of de Nederlandse rechtsorde privaatrechtelijke middelen biedt om mensenrechten elders te handhaven. Zo bezien zou men hier kunnen spreken van een ‘export-functie’ van het privaatrecht als het gaat om mensenrechten. Het is de vraag of hier een bijzondere eigen rol voor het Nederlandse vermogensrecht is weggelegd, of dat het veeleer gaat om de vraag op welke wijze dat recht ten behoeve van slachtoffers van schending van mensenrechten elders in de wereld, in Nederland geldend kan worden gemaakt.

6 HR 15 april 1994, NJ 1994/608, m.nt. W. Hammerstein-Schoonderwoerd (*De R./Stichting Valkenhorst*).

7 Zie over art. 1 EP en de betekenis voor het vermogensrecht uitvoerig Barkhuysen, Van Emmerik & Ploeger 2005.

8 Zie voor het contractenrecht bijv. Cherednychenko 2007 en Mak 2008.

9 Zie hierover meer uitvoerig het preadvies van Van Maanen.

10 Zie daarover onder meer Barkhuysen & Bos 2011, p. 3 e.v.

11 Zie ten onzent bijv. Van Dam 2008; Castermans 2009; Castermans & Van der Weide 2009; Rigutto & Vegter 2010; alsmede de verkennende bijdrage met vele verwijzingen van Enneking e.a. 2011, p. 541 e.v. Zie voorts van de grote inspirator op dit gebied John Ruggie, het rapport *Protect, respect and remedy: A framework for business and human rights*. Zie www.business-humanrights.org.

Daarbij kan dan worden gedacht aan (internationaal)procesrechtelijke kwesties van rechtsmacht van de Nederlandse rechter en aan al dan niet afdwingbaarheid van codes voor behoorlijk ondernemerschap. Niettemin spelen ook hier meer klassiek vermogensrechtelijke vragen, bijvoorbeeld onder welke omstandigheden een (Nederlandse) moedervernootschap aansprakelijk is voor schending van mensenrechten door een (buitenlandse) dochtervernootschap en de vraag hoe toeleveranciers contractueel kunnen worden gedwongen tot verantwoord ondernemen.¹² De laatste vraag betreft niet alleen een kwestie van contractuele constructie, maar ook een van uitleg en op dat punt kan de vraag opkomen of het Nederlandse uitlegstelsel niet ook tot mensenrechtenconforme uitleg zou moeten dwingen.¹³ Dan gaat het wederom om een kwestie van 'import'gevoeligheid of -bereidheid van het Nederlandse vermogensrecht.

De hiervoor geschetste invalshoeken – er zijn stellig nog andere denkbaar¹⁴ – laten zien dat de (mogelijke) verbanden tussen fundamentele rechten en vermogensrecht talrijk zijn en de literatuur van de afgelopen decennia laat zien dat daarover veel is te zeggen, en ook al is gezegd.¹⁵ Hier wordt een (veel) beperkte(r) invalshoek gekozen. In dit (deel van het) preadvies ligt de nadruk op vermogensrechtelijke remedies ter handhaving van fundamentele rechten. Beide hiervoor beschreven ontwikkelingen ('import' via privaatrechtelijke rechtsfiguren en 'export' via, kort gezegd, maatschappelijk ondernemen) kunnen in zekere zin worden gezien als vormen van handhaving van fundamentele rechten via het privaatrecht. Door erkenning van betekenis van dergelijke rechten bij de toepassing van vermogensrechtelijke rechtsfiguren wordt hun immers 'recht gedaan'¹⁶ en worden zij feitelijk mede in het vermogensrecht gehandhaafd.¹⁷ Hierna zal evenwel de nadruk worden gelegd op de meer specifieke vraag welke middelen het vermogensrecht biedt om fundamentele rechten te handhaven. Welke vermogensrechtelijke remedies kunnen daaraan bijdragen en wat betekent het voor hun toepassing dat zij worden ingezet bij de handhaving van fundamentele rechten? Deze vraag is gerechtvaardigd, omdat fundamentele rechten weliswaar een fundamentele waarde hebben, maar bijvoorbeeld niet steeds een grote financiële waarde vertegenwoordigen. Zij zijn dus in zekere zin 'onbetaalbaar', maar daardoor tegelijk weerloos. Dat roept de vraag op of het, veelal op financiële

¹² Vgl. in dit verband over de conformiteitseis van art. 7:17 BW Castermans 2009.

¹³ Vgl. Van Dam 2011.

¹⁴ Vgl. bijv. Smits 2003, die de mogelijke betekenis van 'constitutionalisering' voor eenwording van privaatrecht onderzoekt. Zie ook Faure & Van der Walt 2010, waarin de rol van mensenrechten in het kader van privaatrechtelijke rechtsvinding in verband met globalisering aan de orde komt.

¹⁵ Dat alleen al verplicht tot een exoneratie voor wat betreft bronvermelding in dit preadvies: die is noodgedwongen lapidair en doet (heel) veel auteurs tekort.

¹⁶ Vgl. Verheij 2002, p. 445.

¹⁷ Handhaving wordt aldus ruimer opgevat dan 'preventie'. Zie voor een vgl. opvatting Engelhard e.a. 2009, p. 12: "het ondernemen van juridische actie, het nemen van maatregelen, het houden van toezicht en/of het opleggen van sancties ter bevordering van naleving van rechtsplichten en/of het geldend maken van aanspraken of rechten". Zie voor een beperkter opvatting van handhaving Kortmann & Sieburgh 2009, p. 252 e.v., die hun definitie beperken tot preventie ex ante.

waarden georiënteerde vermogensrecht, aan deze waarden wel voldoende recht kan doen en doet. Onderzoek naar vermogensrechtelijke remedies ter bescherming van fundamentele rechten past voorts bij de toenemende aandacht voor handhaving in en met privaatrecht, maar is bovendien relevant in verband met ontwikkelingen in de rechtspraak om het schadevergoedingsrecht meer frequent in te zetten op het gebied van fundamentele rechten.

1.2 Meervoudige gelaagdheid

Hiervoor werd al gesproken over de publiekrechtelijke achtergrond van fundamentele rechten. Ook werd terloops al de betekenis van het EVRM (en dus het EHRM) genoemd. Hoewel hierna wordt geprobeerd de betekenis van fundamentele rechten voor (een onderdeel van) het privaatrechtelijke vermogensrecht centraal te stellen, moet worden bedacht dat dit rechtsgebied wat deze thematiek betreft allerm minst op zichzelf staat. Uiteraard zijn fundamentele rechten voor het privaatrecht ook buiten het vermogensrecht van betekenis, en wellicht zelfs van veel grotere. Men denke aan het personen- en familierecht dat onder invloed van het EVRM een vrijwel volledige ‘facelift’ heeft ondergaan, maar uiteraard ook aan het burgerlijk procesrecht dat door ‘Straatsburg’ danig is onderhouden. Daarnaast, en in wellicht nog belangrijker mate, is het publiekrecht van betekenis voor de doorwerking en handhaving van fundamentele rechten in de Nederlandse rechtsorde. En dan moet voorts worden bedacht dat de Nederlandse rechtsorde, en (dus) ook het Nederlandse privaatrecht allang niet meer alleen wordt beheerst door recht van nationale origine.¹⁸ Op het gebied van fundamentele rechten valt uiteraard in de eerste plaats te denken aan het EVRM en de rechtspraak van het EHRM, maar ook aan het EU-verdrag en aan het EU-Handvest voor de Grondrechten. Het gaat dus om een ‘veellagige’ rechtsorde.¹⁹ En hoewel het Nederlandse vermogensrecht gewend is aan gelaagdheid, gaat het hier niet alleen om een ‘materieelrechtelijke’ gelaagdheid (het EVRM, het EU-Handvest, de Grondwet en het burgerlijk recht kennen verschillende formuleringen en uitleg van materiële fundamentele rechten), maar ook om een op formeel vlak gelaagde structuur: op nationaal niveau de strafrechter, de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, op bovennationaal niveau het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie voor de Europese Unie, ieder met hun eigen rechtsmacht, procesrecht en handhavingsmethodiek, waarvan de toepassing en uitwerking vaak afhankelijk zijn van de bij het geschil betrokken partijen (overheid en burger of burgers onderling). Een onderzoek naar handhaving van fundamentele rechten kan zich dus eigenlijk niet beperken tot (Nederlands) vermogensrecht, maar toch zal daarop zo veel mogelijk de nadruk worden gelegd door te concentreren op civielrechtelijke remedies.

¹⁸ Zie voor een analyse hiervan Van Gerven 2004.

¹⁹ Vgl. Barkhuysen 2006.

1.3 Fundamentele rechten en privaatrechtelijke rechtsvinding

Veel fundamentele rechten verschijnen in het kleeft van ‘publiekrechtelijke rechten’, althans zijn zij gecodificeerd in de Grondwet en in verdragen. Dat betekent dat hun handhaving primair gestalte krijgt in de door de in verdragen en in de Grondwet gehanteerde ‘handhavingsregimes’.²⁰ Daardoor lijkt hun oorsprong en juridische ‘positie’ eerder een publiekrechtelijke dan een privaatrechtelijke en ligt voor de hand dat zij, ook vanwege het feit dat de overheid eerst geadresseerde is, met name via het publiekrecht worden gehandhaafd. Hiervoor is evenwel al opgemerkt dat mensenrechten en grondrechten waarschijnlijk tenminste mede hun oorsprong vinden in het privaatrecht.

De rechtspraak laat ook zien dat privaatrechtelijke receptie van mensenrechten kan plaatsvinden door het aannemen van ‘privaatrechtelijke’ fundamentele rechten. Wanneer dat gebeurt, kan er binnen het privaatrecht (in ieder geval) rechtstreeks een beroep op worden gedaan, zonder dat eerst of afzonderlijk kwesties van rechtstreekse of horizontale werking rijzen. Een voorbeeld hiervan is de *Valkenhorst*-zaak, waarin de Hoge Raad als het ware ‘onder’ het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer een algemeen persoonlijkheidsrecht ‘zag’ en daaruit vervolgens een concrete aanspraak afleidde om te weten van wie men afstamt.²¹ Een vergelijkbaar voorbeeld, zij het niet uit het privaatrecht, maar uit het belastingrecht, is de uitdrukkelijke erkenning van het rechtszekerheidsbeginsel als zelfstandige grondslag voor een vergoeding wegens schending van de redelijke termijn, ook in gevallen waarin het EVRM daartoe niet verplicht.²² En ook het recht op zelfbeschikking, dat in het privaatrecht bijvoorbeeld is ingebed in de figuur van *informed consent* bij de geneeskundige behandeling, kan als een voorbeeld worden gezien van een in het privaatrecht aanvaard fundamenteel recht zonder dat voor de concrete (privaatrechtelijke) uitwerking ervan een mensenrecht behoeft te worden ingeroepen en zonder dat op publiekrechtelijke bescherming daarvan een beroep hoeft te worden gedaan. Deze methode van rechtsvinding – mede geïnspireerd door mensenrechten wordt in het ‘nationale’ rechtsgebied een recht erkend waarmee doorwerkingskwesties overbodig worden – laat zien dat het privaatrecht zelfstandig fundamentele rechten kan erkennen en daaraan ‘naar eigen inzicht’ werking kan toekennen.²³ Die werking kan dan overigens ook, zoals het voorbeeld uit het belastingrecht laat zien, verder gaan dan bijvoorbeeld het EHRM voorschrijft. In die zin kunnen

20 Zie over overheidsaansprakelijkheid wegens schending van het EVRM bijv. recent Engelhard 2010 en daarover Van Emmerik 2010.

21 HR 15 april 1994, *NJ* 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst*). Van een vgl. wijze van rechtsvinding was bijv. sprake in HR 9 januari 1987, *NJ* 1987/928 (*Edamse Bijstandsmoeder*).

22 HR 10 juni 2011, *LJN* BO5087, *AB* 2011/184, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

23 Vgl. ook HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*), waarin de Hoge Raad het zelfbeschikkingsrecht van de ouders om te beslissen over hun voortplanting een ‘zo fundamenteel recht’ noemt, zonder dat wordt gerefereerd aan enig grondrecht of mensenrecht.

fundamentele rechten in het privaatrecht ruimer worden verstaan dan als grondrechten en mensenrechten. Zij vinden er hun eigen weg.²⁴

1.4 Aanpak

Zoals gezegd concentreert dit betoog zich op vermogensrechtelijke remedies. Eerst wordt gezien welke preventieve acties het vermogensrecht kent en hoe deze kunnen bijdragen aan handhaving (in de zin van voorkoming van schending) van fundamentele rechten. Vervolgens komt aan de orde of en hoe de vaststelling van een schending als zodanig kan bijdragen aan handhaving. Daarna worden (andere) herstelremedies besproken, waarbij uiteraard wordt ingegaan op de (on)mogelijkheden van schadevergoeding. Dan wordt het dossier van de handhaving van de redelijke termijn onderzocht als ‘case study’ om te bezien wat het Nederlandse recht ervan terechtbrengt als het gaat om handhaving van een fundamenteel recht. Deze problematiek is niet alleen relevant, omdat het gaat om een ontwikkeling die zonder aanjagen door EHRM vermoedelijk niet had plaatsgehad, maar ook omdat zij laat zien dat de ‘nationale’ ontwikkeling verdergaat dan waartoe het EHRM verplicht en omdat deze ook meer algemene kwesties oproept over handhaving. Ten slotte wordt getracht enige lijnen samen te brengen.

²⁴ Zie in dit verband over persoonlijkheidsrechten in het privaatrecht Lindenberg 1999; Nehmelman 2002 en rechtsvergelijkend Brüggemeier e.a. 2010.

2 Rechtsvervolgende acties

Met rechtsvervolgende acties bedoel ik die acties die ertoe leiden dat het recht daadwerkelijk wordt uitgeoefend of dat de gevolgen van schending feitelijk worden weggenomen.

2.1 Verbod en bevel

Bij het privaatrechtelijke sanctiearsenaal pleegt in de eerste plaats aan schadevergoeding in geld te worden gedacht, maar uiteraard geldt ook hier dat voorkomen beter is dan vergoeden. Wie het slachtoffer dreigt te worden van schending van een fundamenteel recht, of wie zijn fundamentele recht daadwerkelijk wil uitoefenen, kan zich in het privaatrecht bedienen van het rechterlijk verbod of bevel, dat op art. 3:296 BW pleegt te worden teruggevoerd. Hoewel het hier gaat om een in potentie – zeer – rijk aantal mogelijkheden, bestaat er nogal wat juridische bloedarmoede ten aanzien van de vraag waar ‘men het recht vandaan haalt’ als het gaat om toepassing van art. 3:296 BW.¹ Deze bepaling beoogt immers voort te bouwen op verplichtingen die aan het materiële recht kunnen worden ontleend en heeft niet alleen betrekking op nakoming van verbintenissen, maar op rechtsplichten in ruime zin. In feite betekent dit dat, buiten contractuele nakomingskwesties, veelal het toetsingskader van art. 6:162 BW zal (moeten) worden gehanteerd om vast te stellen waartoe de gedaagde ‘verplicht’ is,² maar de toepassing van art. 3:296 BW is daartoe niet beperkt.³ Hoewel het potentiële bereik van art. 3:296 BW dus schier oneindig is en rechters in het verleden ook welk creatieve vonnissen hebben gewezen, lijkt de civiele rechter toch meer op zijn gemak bij het bieden van financieel redres dan wanneer het gaat om ‘rechtsvervolgende remedies’ met behulp van verbod en bevel.⁴

¹ Vgl. bijv. voor een verkenning van de plicht om schade te voorkomen Keirse 2010.

² Zie daarover recent met betrekking tot gevaarstelling Van Boom 2010.

³ Vgl. ook Keirse 2009, p. 95 e.v.

⁴ Zie voor de – kennelijk – ook elders bestaande aarzeling ‘non-monetary remedies’ toe te passen in verband met schendingen van mensenrechten Shelton 2005, p. 43 e.v. en p. 269 e.v.

Voor wat betreft de problematiek van fundamentele rechten is dat wellicht deels verklaarbaar uit het volgende. De rechtspraak laat zien dat, wanneer het gaat om een aanspraak die wordt gebaseerd op een fundamenteel recht, daar in het kader van een verbods- of bevelsactie dikwijls een evenzeer fundamenteel recht tegenover wordt geplaatst, waardoor op zijn zachtst gezegd aarzeling ontstaat om ex ante op te treden. Klassiek op dit gebied is de belangenafweging tussen het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer enerzijds en het recht op uitingsvrijheid anderzijds.⁵ In deze geschillen tonen fundamentele rechten zich dan ook niet alleen als bron of grondslag voor een actie, maar evenzeer als waarborg tegen een dergelijke actie. In feite betekent het ten aanzien van sommige rechten dat zij ex ante slecht zijn te handhaven, ook al omdat de complexiteit meebrengt dat vooraf allerm minst duidelijk is hoe een procedure tot handhaving zal uitpakken.⁶ Dit geldt uiteraard niet voor alle schendingen van alle fundamentele rechten. Zo valt tegenover schending van het recht om binnen een redelijke termijn een rechterlijk oordeel te verkrijgen geen ander fundamenteel recht te plaatsen en zijn eisen tot processuele ‘versnellers’ hier wel denkbaar.⁷

Een ander, maar toch verwant probleem is dat heel wel denkbaar is dat de belangenafweging ex ante nogal wat voorzichtiger uitpakt dan ex post, wanneer het recht eenmaal is geschonden.

Het voorgaande is eens te meer prangend, omdat ook andere niet-financiële sancties, doorgaans weinig aan handhaving van deze rechten kunnen bijdragen (een roddel of naaktfoto laat zich nu eenmaal slecht rectificeren) en rechterlijke aandacht bovendien vaak alleen maar meer kwaad doet.⁸ Ook de Engelse praktijk van de ‘superinjunctions’ (rechterlijke verboden om persoonsgegevens van bekende persoonlijkheden te openbaren in rechterlijke uitspraken waarvan het bestaan niet wordt geopenbaard) laat zien dat deze – nog afgezien van andere vragen die zij oproepen⁹ – dat probleem in feite niet kunnen oplossen. Deze rechten zijn dus ‘van nature’ tot op zekere hoogte weerloos. In dit opzicht steekt hun preventieve handhaving schril af bij die van de, door het EU-Handvest ook

⁵ Vgl. in het kader van de uitingsvrijheid uitvoerig Nieuwenhuis 2011.

⁶ Vgl. hierover in het kader van botsende grondrechten E.J. Dommering in zijn noot onder HR 18 januari 2008, NJ 2008/274 (*G./Hemelrijk*), sub 7. Zie over handhavingsproblemen bij bescherming van de persoonlijke levenssfeer ook uitvoerig Van Harinxma thoe Slooten 2006.

⁷ Zie nader onder 4.

⁸ De rechter kan overigens wel degelijk te hulp schieten. Vgl. Rb. Amsterdam (vzr.) 9 april 2010, LjN BM0564, NJF 2010/194 (verbod voor SBS6 tot uitzending met dwangsom van € 15.000) en Rb. Amsterdam 16 april 2010, LjN BM1465, NJF 2010/195 (verhoging dwangsom tot tweemaal € 500.000 om een ‘zwarte prikkel’ aan de veroordeling te verbinden). Zie daarover G. Kor, NJB 2010/1531.

⁹ Vgl. de Britse prime minister in *The Guardian* 21 april 2011: ‘Privacy law should be made by MPs, not judges.’

als fundamentele rechten aangemerkt,¹⁰ intellectuele eigendomsrechten ten aanzien waarvan de handhavingsmiddelen telkens toenemen.¹¹

Dat brengt mij tot de volgende stelling:

Preventieve handhaving van fundamentele rechten vergt meer rechterlijke creativiteit.

2.2 Handhaving na vaststelling van een schending

Een iets andere kwestie – want niet meer zuiver preventief – is of, en zo ja hoe, een fundamenteel recht ‘feitelijk’ kan worden geëffectueerd in de nationale rechtsorde nadat door het EHRM een schending daarvan is vastgesteld.¹² Het gaat hier niet alleen om de vraag waartoe een uitspraak van het EHRM verplicht (in essentie dat de klager in de positie wordt gebracht waarin hij zonder schending zou hebben verkeerd),¹³ maar vooral om de vraag welke ‘rechtsmiddelen’ daartoe passend zijn en hoe deze in het nationale stelsel kunnen worden afgedwongen.¹⁴ Het EHRM komt op dat punt zelf geen rechtsmacht toe, maar het blijkt niettemin bereid om soms een suggestie te doen.¹⁵

Hier spelen, in het bijzonder wanneer de overheid partij is, overigens verschillende bestuursrechtelijke kwesties. Wanneer het gaat om een besluit dat niet EVRM-proof is geoordeeld kan worden gedacht aan het verzoek om een nieuw besluit (art. 4:6 Awb), waarbij de uitspraak van het EHRM als ‘novum’ kan worden aangemerkt.¹⁶ Voorts is een actie uit onrechtmatige daad tegen de staat denkbaar, omdat schending van het EVRM als onrechtmatig kan worden aangemerkt.¹⁷ Gaat het evenwel om een bestuursbesluit, dan kan de leer van de formele rechtskracht problemen opwerpen, hoewel denkbaar is dat daarop voor gevallen van schending van fundamentele rechten een uitzondering wordt aanvaard.¹⁸

Overigens moet worden bedacht dat ook de handhavingsmechanismen uit het recht van de Europese Unie op dit gebied van betekenis zijn. Met de invoering

¹⁰ Vgl. art. 17 lid 2 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

¹¹ Vgl. bijv. over de figuur van het ex parte verbod, maar ook over andere handhavingselementen in het ie-recht Pinckaers 2011.

¹² Zie voor mogelijke preventieve stappen (‘interim measures’) van het EHRM zelf art. 39 Procesreglement EHRM.

¹³ EHRM 31 oktober 1995 (*Papamichalopoulos/Griekenland*) en EHRM 13 juli 2000 (*Scozarri & Giunta/Italië*).

¹⁴ Zie over deze problematiek uitvoerig Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 39 e.v.

¹⁵ Vgl. EHRM 6 oktober 2005 (*Hirst/Verenigd Koninkrijk*).

¹⁶ Vgl. daarover de brief van de Minister van Justitie, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28.

¹⁷ Vgl. Rb. Den Haag 18 september 1996, *JOR* 1996/106 (*Dombo*).

¹⁸ Vgl. Hof 's-Gravenhage 9 juli 2010, *LJN* BL3262, *JA* 2011/7, m.nt. I. van der Zalm en S.E. Poutsma, waarin een dergelijke uitzondering was bepleit, maar werd geweigerd.

van het Handvest van de Grondrechten winnen deze bovendien aan belang als het gaat om handhaving van fundamentele rechten.¹⁹ Men denke aan de verplichting om met het unierecht strijdige bepalingen van nationaal recht buiten werking te laten, bij verschillende opties (vernietiging, ongeldigverklaring, toekenning van schadevergoeding, terugbetaling van een onverschuldigd betaald bedrag, enz.) de meest geschikte weg te kiezen om de door het Handvest verleende rechten te waarborgen,²⁰ en de verplichting om strijdige nationale regels te wijzigen.²¹ Voorts kan worden gedacht aan de inbreukprocedure tegen een lidstaat op grond van art. 258 VWEU.²² Ook deze verplichtingen hebben uiteraard hun uitwerking op bestuursrechtelijke kwesties (heroverwegingsplicht) en rechterlijke aansprakelijkheid.²³

De hier geschetste acties kunnen leiden tot daadwerkelijke ‘vervolgning van het recht’ in de zin dat het fundamentele recht in kwestie feitelijk alsnog wordt gehandhaafd, althans de situatie zonder schending feitelijk wordt bereikt. Voorts kan een soort tussencategorie – tussen preventie en herstel – worden onderscheiden van gevallen waarin de inbreuk heeft plaatsgevonden, maar waarin een feitelijke maatregel kan bijdragen aan schadebeperking.²⁴ Zij kunnen ook leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor de gevolgen van niet-naleving.

¹⁹ Zie Barkhuysen & Bos 2011, p. 10.

²⁰ HvJ EU 6 juni 2002, nr. C-159/00, *Jur.* 2002, I-5031 (*Sapod*).

²¹ HvJ EU 8 september 2010, nr. C-409/06, *JB* 2010/247, m.nt. J. Uzman (*Winner Wetten*).

²² Zie over de bereidwilligheid tot toepassing daarvan in het kader van grondrechtenschending de mededeling van de Commissie COM (2010) 573 def., p. 11 en de reactie daarop van de Nederlandse regering *Kamerstukken II* 2010/11, 22 112, nr. 1097.

²³ Denk aan HvJ EU 13 januari 2004, nr. C-453/00, *AB* 2004/58 (*Kühne & Heitz*) en aan HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, *AB* 2003/429 (*Köbler*).

²⁴ Denk aan HR 12 december 2003, *NJ* 2004/117 (*hiv-test*).

3 Redresserende acties

Met redresserende acties bedoel ik acties die ertoe leiden dat schending van een fundamenteel recht of de gevolgen van die schending worden goedge maakt.

3.1 Algemeen

Is het kwaad eenmaal geschied en zijn de gevolgen van schending van een fundamenteel recht niet feitelijk weggenomen of hersteld, dan komt het aan op acties die degene wiens recht is geschonden redres bieden voor de gevolgen daarvan. Gelet op de beperkingen van preventieve handhaving met het privaatrecht in het algemeen¹ en de hiervoor geschetste beperkingen met betrekking tot fundamentele rechten in het bijzonder, komt hieraan in de praktijk vermoedelijk het grootste gewicht toe.

Hierna worden verschillende civielrechtelijke acties belicht, waarbij in het bijzonder aandacht zal worden besteed aan hun (on)vermogen om een bijdrage te leveren aan de handhaving van fundamentele rechten.

3.2 Verklaring voor recht

De uitspraak dat een fundamenteel recht is geschonden biedt volgens vaste rechtspraak van het EHRM voor de klager een vorm van genoegdoening ('just satisfaction') in de zin van art. 41 EVRM. Dit kan ertoe leiden dat een schadevergoeding geheel achterwege blijft, maar ook dat de omvang van een vergoeding relatief bescheiden kan blijven.² De Hoge Raad is deze gedachtegang gevolgd, zij

¹ Vgl. voor een analyse Van Boom 2006.

² Wie overigens meent dat dit betekent dat de schadevergoeding op basis van art. 41 EVRM vooral een symbolische kwestie is, heeft het bij het verkeerde eind, zoals blijkt uit rechtspraak waarin het hof laat zien schendingen van art. 6 EVRM (redelijke termijn) ook financieel serieus te nemen en aanwijzingen geeft voor de begroting van dergelijke schade. Zie EHRM 10 november 2004, *JB* 2005/1, m.nt. A.M.L. Jansen, *AB* 2005/257, m.nt. T. Barkhuysen (*Riccardi/Pizzati/Italië*).

het voor zover ik heb kunnen nagaan beperkt tot gevallen van schending van EVRM-rechten.³

In zekere zin doet deze aanpak denken aan het klassieke verhaal van de kok die van een zwerver schadevergoeding vorderde omdat deze de heerlijke geuren uit zijn keuken had opgesnoven, en waarover de rechter oordeelde dat de eiser genoeg moest nemen met het geluid van een rinkelende geldbuidel.⁴ Het is een gedachte die een zekere aantrekkingskracht heeft vanwege haar symboolwerking, zij het dat in het voorbeeld van de kok de symboliek vooral ten doel had de eiser te kijk te zetten; een gedachte die ten aanzien van de schending van fundamentele(r) rechten minder aanspreekt.

Bovendien moet de betekenis van de verklaring voor recht voor schadevergoeding niet worden overschat. Wanneer men dat in termen van schadevergoeding zou willen uitdrukken, zou kunnen worden aangenomen dat dit immateriële schade betreft die bestaat uit het ‘geschokte rechtsgevoel’.⁵ In gevallen waarin de schending van geringe betekenis is en er verder geen schade is geleden, zoals bijvoorbeeld bij schending van bepaalde procedurele rechten, is er wat voor te zeggen om met een dergelijke gedachte een schadevergoeding achterwege te laten.⁶ Het gaat dan om een afweging van enerzijds de aard en ernst van de schending en anderzijds de wijze waarop deze met een verklaring voor recht kan worden geacht te zijn goedge maakt. Maar zeker wanneer een schending in vermogensschade of ander feitelijk nadeel zoals letsel heeft geresulteerd, zal men bezwaarlijk kunnen aannemen dat dat nadeel door een vaststelling van de schending in rechte wordt verminderd of weggenomen. Bovendien zal de eiser veelal kosten hebben gemaakt, die door een dergelijke uitspraak evenmin worden weggenomen.⁷ Met immateriële genoegdoening betaalt de benadeelde nu eenmaal geen rekeningen.

Voor het Nederlandse recht is in dit verband nog een interessante kwestie of iemand die zich enkel wenst te beklagen over de schending van een fundamenteel recht, zonder daaraan enige andere vordering te verbinden voldoende belang heeft in de zin van art. 3:303 BW. Aarzeling daarover kan bestaan in het licht van de rechtspraak uit eind jaren negentig, waarin de Hoge Raad een ‘zuiver emotioneel belang’ diskwalificeerde voor een verklaring voor recht.⁸ Het gaat

3 Vgl. HR 13 december 1996, NJ 1997/682, m.nt. J. de Boer. Zie voor lagere rechtspraak bijv. Rb. Amsterdam 2 februari 2005, NJF 2005/157 (*Minister President/Kijkshop*).

4 Il novellino, Florence ca. 1280-1300, verhaal nr. 9. Zie hierover Bloembergen 2002 alsmede Tjong Tjin Tai 2008.

5 Zie reeds in deze zin Van Nispen 1978, p. 125-129.

6 Op de problematiek van de gemaakte proceskosten kom ik terug.

7 Het EHRM heeft overigens ook aangegeven dat de formule niet mag worden toegepast wanneer het gaat om door de klager gemaakte kosten. Zie EHRM 6 november 1980, A-38, § 16 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*).

8 HR 9 oktober 1998, NJ 1998/853 (*Jeffrey*) en HR 5 november 1999, NJ 2000/63, m.nt. A.R. Bloembergen (*nietigverklaring huwelijk*).

in die rechtspraak overigens om het *motief* van de eiser, terwijl het in de declaratoir-formule van het EHRM gaat om de *werking* van de uitspraak.

De rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt is fel bekritiseerd⁹ en intussen lijkt de Hoge Raad in ieder geval als het gaat om schending van een fundamenteel recht soepeler met het belang-vereiste om te gaan. Dat lijkt te kunnen worden afgeleid uit de uitspraak in een *Chipshol*-zaak uit 2010, die een verzoek betrof tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor naar de beslissing van een gerechtsbestuur om de personele samenstelling van een rechterlijke kamer te wijzigen. *Chipshol* vermoedde hierin een onrechtmatige beïnvloeding van de procedure door het gerechtsbestuur. Van schade als gevolg daarvan leek geen sprake, omdat tegen een eventueel onjuist oordeel in hoger beroep (en cassatie) kon worden opgekomen. Niettemin oordeelt de Hoge Raad:

*“Aan de toewijsbaarheid van een op die grond gebaseerde vordering staat, anders dan volgens het hof het geval is (...), niet in de weg dat Chipshol in de procedures tegen de Luchthaven en tegen LVNL een rechtsmiddel heeft kunnen instellen. Weliswaar heeft de (thans nog niet bekende) uitkomst van die procedures na aanwending van alle rechtsmiddelen te gelden als hetgeen waarop Chipshol jegens de Luchthaven en LVNL rechtens aanspraak kan maken, zodat zij in zoverre geen schade lijdt ten gevolge van het door haar gestelde onrechtmatig handelen van het gerechtsbestuur. Maar dat neemt niet weg dat de door Chipshol gestelde gang van zaken, indien deze zou komen vast te staan, een ernstige schending zou betekenen van haar door onder meer art. 6 EVRM gegarandeerde fundamentele recht op een eerlijk proces. In een op die schending gebaseerde procedure tegen de Staat zou Chipshol in elk geval, als genoegdoening voor deze schending, een daartoe strekkende verklaring voor recht kunnen vorderen. Het hof heeft dan ook ten onrechte de afwijzing van het verzoek erop gegrond dat de eventueel in te stellen vordering niet toewijsbaar is en dat Chipshol om die reden geen belang bij haar verzoek heeft.”*¹⁰

Deze uitspraak laat zien dat in een geval waarin als gevolg van de schending van een fundamenteel recht waarschijnlijk geen schade zal zijn geleden, de gerechtigde toch beschikt over een voldoende belang om een verklaring voor recht te vorderen, althans om met een dergelijke verklaring in het verschiet een voorlopig getuigenverhoor te starten. Dat belang is kennelijk gelegen in zijn fundamentele recht op een eerlijk proces en het verkrijgen van immateriële genoegdoening in het geval dat recht is geschonden.

Het ligt inderdaad in de rede om, wanneer men aanvaardt dat de vaststelling van de schending van een fundamenteel recht door een rechter op zichzelf kan dienen als billijke genoegdoening, een vordering die enkel strekt tot verkrijging

⁹ Zie voor een overzicht van het debat *Vermogensrecht* (A.W. Jongbloed), art. 303, aant. 5.
¹⁰ HR 19 maart 2010, *LJN BK8146*, *NJ 2010/172 (Chip(s)Hol Holding/Staat)*. Zie over het arrest ook Haas 2010 en Van Maanen 2010.

van een dergelijke verklaring ook daadwerkelijk te ontvangen. Dat brengt mij tot de volgende stelling:

De eiser die een verklaring voor recht vordert dat jegens hem een fundamenteel recht is geschonden, heeft een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW, in beginsel ongeacht het motief dat hem tot het instellen van die vordering brengt.

Met ‘fundamenteel recht’ wordt hier bedoeld in ieder geval een in het EVRM beschermd recht, maar ook in het eigen privaatrecht erkende persoonlijkheidsrechten wanneer deze niet door het EVRM worden ‘gedekt’.

3.3 Schadevergoeding

Na schending van een fundamenteel recht staat de benadeelde het schadevergoedingsrecht ten dienste. Dat betekent dat volgens het Nederlandse vermogensrecht aanspraak bestaat op vergoeding van vermogensschade en op vergoeding van ander nadeel voor zover de wet daar recht op geeft (art. 6:95 BW) teneinde de benadeelde zo veel mogelijk te brengen in de positie waarin hij zonder de schending vermoedelijk zou hebben verkeerd. Denkbaar is bovendien dat de vergoeding anders dan in geld plaatsvindt (art. 6:103 BW).

Het EHRM heeft tot op zekere hoogte een eigen schadevergoedingsregiem ontwikkeld. Ook het EHRM hanteert als vertrekpunt dat de benadeelde na schending zo veel mogelijk in de positie moet worden geplaatst waarin hij zou hebben verkeerd indien de eisen van het EVRM wel in acht zouden zijn genomen.¹¹ Lukt dat niet feitelijk, dan kan compensatie in geld plaatsvinden. Het hof stelt deze compensatie vast op grond van art. 41 EVRM, volstaat dan soms met een vaststelling van de schending en wijst in andere gevallen vergoedingen toe voor vermogensschade en voor ander nadeel.¹² Het beleid van het EHRM wordt niet altijd als even doorzichtig en consequent ervaren,¹³ maar een aantal bijzondere kenmerken zijn in elk geval te signaleren. Hierna zal worden verkend hoe deze zich tot het Nederlandse recht verhouden.

Verder verdient opmerking dat ook het HvJ EU eisen stelt aan het schadevergoedingsrecht als het gaat om het redresseren van schending van fundamentele rechten. Zo is bij schending van het recht op gelijke behandeling geoordeeld dat het nationale schadevergoedingsrecht zo dient te worden uitgelegd en toegepast dat het beschikt over voldoende ‘tanden’ (een ‘reële afschrikwekkende werking’),

¹¹ Vgl. bijv. EHRM 31 oktober 1995 (*Papamichalopoulos/Griekenland*) en EHRM 13 juli 2000 (*Scozzari/Italië*), § 249.

¹² Zie over deze rechtspraak uitvoerig EVRM R&C (van der Velde), art. 41.

¹³ Vgl. over de ‘genoegdoenende’ verklaring en over het gebrek aan motivering daarvan reeds Van Emmerik 1997, p. 139 e.v.

en geen wassen neus is (in een ‘passende verhouding tot de geleden schade’ staat). Een louter symbolische schadevergoeding zou niet beantwoorden aan de vereisten van een doeltreffende omzetting van de richtlijn in nationaal recht.¹⁴ Bij de keuze van een passende oplossing om het doel van de richtlijn te verwezenlijken dienen de lidstaten erop toe te zien dat schendingen van het gemeenschapsrecht volgens gelijke materiële en procedureregels worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige schendingen van het nationale recht.¹⁵

3.4 Discretionaire bevoegdheid

Het EHRM heeft met art. 41 EVRM een discretionaire bevoegdheid: het kan schadevergoeding toekennen, maar kan dat ook achterwege laten en volstaan met een verklaring dat een fundamenteel recht is geschonden.¹⁶ Het Nederlandse vermogensrecht werkt op het punt van schadevergoeding in die zin anders dat, wanneer er een grond voor aansprakelijkheid bestaat, de verbintenis tot schadevergoeding van rechtswege ontstaat zodra er schade is geleden. Het bestaan van de aanspraak op schadevergoeding is dus niet afhankelijk van rechterlijke discretie.

Dat geldt ook ter zake van de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade: alleen de omvang van de vergoeding is aan het billijkheidsoordeel van de rechter overgelaten.¹⁷ De Hoge Raad heeft niettemin in een geval van belediging geoordeeld dat de rechter bij de begroting van de immateriële schade een discretionaire bevoegdheid heeft, die inhoudt dat hij met alle omstandigheden van het geval rekening moet houden, maar dat hij ook de bevoegdheid heeft om, indien hij daartoe gronden aanwezig oordeelt, geen schadevergoeding toe te kennen.¹⁸ Het arrest is terecht stevig bekritiseerd door annotator Brunner, die benadrukt dat deze uitspraak niet in lijn is met hetgeen de parlementaire geschiedenis op dit punt voorstond, omdat zij suggereert dat de discretionaire bevoegdheid niet alleen de vaststelling van de omvang, maar ook de kwestie of een recht op vergoeding bestaat omvat.

¹⁴ HvJ EG 10 april 1984, nr. C-14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson en Kamann*); HvJ EG 10 april 1984, nr. C-79/83, *Jur.* 1984, p. 1921 (*Harz*) en HvJ EG 22 april 1997, nr. C-180/95, *Jur.* 1997, I-2195 (*Draempaehl*; *NJ* 1998/435).

¹⁵ HvJ EG 21 september 1989, nr. C-68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (*Commissie/Griekenland*).

¹⁶ Vgl. de woorden ‘indien nodig’ in art. 41 EVRM.

¹⁷ Vgl. nog voor het Ontwerp Meijers in andere zin PG Boek 6, p. 377: “Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, kan de rechter op vordering van de benadeelde naar billijkheid, rekening houdende met alle omstandigheden, schadevergoeding toekennen (...)”. Zie evenwel later G.O., PG Boek 6, p. 380: “De aanhef van het eerste lid is in het gewijzigd ontwerp enigszins anders geformuleerd, zulks zowel ter verkrijging van een simpeler redactie als om duidelijker te doen uitkomen dat de benadeelde in beginsel recht op de hier bedoelde schadevergoeding heeft en dat zijn desbetreffende vordering dus niet afhankelijk is van een – constitutieve – uitspraak van de rechter.”

¹⁸ HR 27 april 2001, *NJ* 2002/91, m.nt. C.J.H. Brunner.

Iets anders is, dat er wel interpretatieruimte bestaat ten aanzien van de vraag onder welke omstandigheden onrechtmatig is gehandeld¹⁹ en onder welke omstandigheden kan worden gesproken van een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b (slot) BW, die aanspraak geeft op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade. Op de betekenis van dat laatste als het gaat om een fundamenteel recht kom ik nog terug.

3.5 Vermogensschade

Wordt als gevolg van een schending van een fundamenteel recht vermogensschade geleden, dan komt deze volledig voor vergoeding in aanmerking (art. 6:95/96 BW). Wel kunnen andere vereisten voor aansprakelijkheid op dit punt drempels opwerpen. Zo is uiteraard nodig dat de schade komt vast te staan, dat komt vast te staan dat deze het gevolg is van de schending,²⁰ maar ook het beschermingsbereik van de geschonden norm kan hier een beperking meebrengen. Zo is ten aanzien van een vluchteling aan wie bleek ten onrechte geen verblijfsvergunning te zijn verstrekt, geoordeeld dat het Vluchtelingenverdrag niet strekt tot bescherming van het belang om inkomen te genereren.²¹ Deze uitspraak is kritisch ontvangen;²² zij laat zien dat de relativiteitsvraag in het Nederlandse recht een serieus obstakel kan vormen. Het roept de vraag op of er in dergelijke gevallen aanleiding is om in het kader van handhaving de benadeelde dan toch in ieder geval met een vergoeding voor ander nadeel tegemoet te komen.²³

Wanneer schending van een fundamenteel recht leidt tot vermogensschade van betekenis, zal dat doorgaans op zichzelf voldoende zijn om tot handhaving van dat recht via het aansprakelijkheidsrecht over te gaan. Dat ligt anders wanneer van dergelijke substantiële schade geen sprake is. Dan komt de vraag op in hoeverre de vergoeding van ander nadeel een adequate reactie kan vormen op de schending.

19 De hiervoor genoemde zaak betrof belediging van een moeder door haar zoon. Denkbaar is dat uitingen in gezinsverband minder snel onrechtmatig worden geacht dan daarbuiten.

20 Zie voor de vraag hoe bewijsverlichting op dit punt kan bijdragen aan handhaving van de norm Giesen 2001, p. 449 e.v. en bijv. ook W.H. van Boom & A.C.W. Pijls, *WPNR* 2010/6834, p. 194 e.v.

21 HR 13 april 2007, *NJ* 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Staat/Yazdanzlativ*).

22 Door (onder meer) G.E. van Maanen (*JA* 2007/93); C.E. Drion (*NJB* 2007/1201, p. 1395); L. di Bella (*NJB* 2007/p. 1523 e.v.) en T. Kortmann (*JV* 2007, p. 247).

23 Zie met betrekking tot de genoemde zaak in deze zin S.D. Lindenbergh, *AA* 2007, p. 782 e.v.

3.6 Ander nadeel

Zoals bekend wijst het EHRM op grond van art. 41 EVRM met regelmaat vergoedingen toe voor ander nadeel dan vermogensschade, ook in gevallen waarin schending van een fundamenteel recht niet heeft geresulteerd in lichamelijk of geestelijk letsel. Ook het HvJ EU moedigt, als gezegd, aan het schadevergoedingsrecht tanden te geven als het gaat om de handhaving van fundamentele rechten.²⁴ Dat roept de vraag op hoe dit ‘handhavingsmotief’ zich verhoudt tot de interpretatie van art. 6:106 lid 1 onder b (slot) BW, waar deze bepaling spreekt van aantasting van de persoon ‘op andere wijze’. Het roept ook de vraag op wat de betekenis van deze aanwijzingen is voor de omvang van een eventueel toe te wijzen bedrag. Beide kwesties komen hierna aan de orde.

3.6.1 SCHENDING VAN EEN FUNDAMENTEEL RECHT ALS PERSOONSAANTASTING

Met de invoering van art. 6:106 BW heeft de wetgever in beginsel beoogd de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade te beperken tot gevallen waarin ook reeds onder het oude recht een dergelijke vergoeding werd aanvaard.²⁵ De Hoge Raad is aanvankelijk dan ook nogal terughoudend geweest bij de interpretatie van het begrip aantasting van de persoon buiten gevallen van lichamelijk letsel. Weliswaar werd reeds onder het oude recht aanvaard dat een ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer als zodanig aanspraak kon geven op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade,²⁶ ook zonder dat sprake was van geestelijk letsel, maar verder hanteerde de Hoge Raad aanvankelijk als eis dat buiten gevallen van lichamelijk letsel of belediging sprake moest zijn van geestelijk letsel. En voor het aannemen van dergelijk geestelijk letsel werden bovendien nogal forse eisen gesteld.

Illustratief is het arrest *Ontvanger/Bos*, waarin het ging om een door de Ontvanger der belastingen gelegd conservatoir beslag onder Bos dat na vele jaren procederen onrechtmatig bleek. Bos had, zo stelde hij, als gevolg daarvan geestelijk letsel opgelopen dat onder meer had geresulteerd in herhaaldelijke opname in een psychiatrische inrichting en in verschillende pogingen tot suicide. Zijn vordering tot vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade werd door het hof evenwel afgewezen met als motivering dat ‘meer of minder sterk psychisch onbehagen’ onvoldoende is om te kwalificeren als ‘geestelijk

²⁴ Aldus uitdrukkelijk HvJ EG 10 april 1984, nr. C-14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson en Kamann*); HvJ EG 10 april 1984, nr. 79/83, *Jur.* 1984, p. 1921 (*Harz*) en HvJ EG 22 april 1997, nr. C-180/95, *Jur.* 1997, I-2195 (*Draempael*; *NJ* 1998/435).

²⁵ MvA II, PG Boek 6, p. 373.

²⁶ HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988/277 (*Naturistengids*) en HR 1 november 1991, *NJ* 1992/58 (*K/Staat*). Deze rechtspraak moet worden gezien in het licht van de eis dat naar oud recht voor een vergoeding wegens belediging opzet nodig was (vgl. art. 1408 BW (oud)) en in de rechtspraak werd getracht deze eis te omzeilen als het ging om aantasting van de persoonlijke levenssfeer.

letsel' dat aanspraak geeft op smartengeld. De Hoge Raad liet dat oordeel, als in hoge mate met de feiten verweven, in stand.²⁷ In andere zaken is voor het aannemen van geestelijk letsel als persoonsaantasting als eis gesteld dat sprake is van een 'in de psychiatrie erkend ziektebeeld',²⁸ althans dat geestelijk letsel naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld.²⁹

Een enkele maal heeft de Hoge Raad het kader van art. 6:106 BW niet beslissend geacht voor de vraag of in geval van schending van een fundamenteel recht een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade op haar plaats is.³⁰ In dat geval, dat ging over een vordering tot schadevergoeding vanwege een beschikking tot dwangverpleging die niet volgens alle wettelijke vereisten was genomen, oordeelde de Hoge Raad dat de rechter bij de toekenning van een billijke vergoeding op de voet van art. 35 Wet Bopz (dat de strekking heeft recht te doen aan art. 5 lid 5 EVRM) niet gebonden is aan de grenzen voor de toekenning van een vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade, vervat in art. 6:106 BW.

In latere rechtspraak heeft de Hoge Raad in een tweetal gevallen geoordeeld dat bij schending van een fundamenteel recht een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW aan de orde kan zijn, ook zonder dat sprake is van geestelijk letsel. Het betrof hier een ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer doordat de overheid (politie) ten behoeve van bewoners niet tijdig had ingegrepen tegen belagende relschoppers, respectievelijk een ernstige schending van het recht op geïnformeerde beslissingsvrijheid ten aanzien van eigen voortplanting als gevolg waarvan een ernstig gehandicapt kind werd geboren.³¹

In het eerste geval verlaat de Hoge Raad zich op het oordeel van de rechtbank dat bij de bewoners als gevolg van het uitblijven van politieoptreden 'gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid met betrekking tot hun lijf en goed (...) zeer zijn toegenomen'.

"Op grond van de aard en de ernst van deze nalatigheid, die naar het oordeel van de rechtbank leidde tot een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning, heeft zij kunnen oordelen dat van aantasting van de persoon van X en zijn echtgenote sprake is geweest."

Aldus de Hoge Raad.³²

²⁷ HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*).

²⁸ HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*) en HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Kleijnen/Reaal*).

²⁹ HR 9 mei 2003, NJ 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*Beliën/Noord Brabant*) en HR 19 december 2003, NJ 2004/348 (*S.J./Staat*).

³⁰ HR 13 december 1996, NJ 1997/682, m.nt. J. de Boer (*J./Staat*).

³¹ HR 9 juli 2004, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oosterparkrellen*), respectievelijk HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Kelly*).

³² NJ 2005/391, r.o. 3.11.

In het tweede geval oordeelde de Hoge Raad:

“In onze rechtsorde is het recht van de moeder tot afbreking van haar zwangerschap immers binnen zekere grenzen erkend, welke grenzen in het onderhavige geval niet zouden zijn overschreden. Die erkenning berust op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking. Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden door een fout van een verloskundige en zij daarmee (...) niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, wordt een ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht (...). Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.”³³

Deze latere rechtspraak laat zien dat de Hoge Raad de schending van een fundamenteel recht als zodanig erkent als een aantasting van de persoon die een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade rechtvaardigt.³⁴ Dat roept de vraag op of het nog nodig is om, zoals de Hoge Raad deed in 1996, te zeggen dat de rechter bij vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade in het geval van schending van een ‘EVRM-recht’ niet gebonden is aan de grenzen van art. 6:106 BW.³⁵ Mij dunk van niet, omdat het begrip persoonsaantasting (‘op andere wijze’) in art. 6:106 BW voldoende ruimte biedt voor interpretatie om daaronder uiteenlopende schendingen van fundamentele rechten te brengen.³⁶ De bestuursrechter zegt in dit verband juist stevast aansluiting te zoeken bij art. 6:106 BW.³⁷ Dat roept wel de interessante vraag op onder welke omstandigheden die ruimte dan mag of moet worden benut en ook of dat – internrechtelijk – iets betekent voor de (strengere) eisen die de Hoge Raad in andere gevallen stelt aan het aannemen van een persoonsaantasting (‘in de psychiatrie erkend ziektebeeld’).

Wat de eerste vraag betreft (Welke schendingen kunnen worden aangemerkt als persoonsaantasting?) kan aansluiting worden gezocht bij de ontwikkeling in het Duitse recht waarin schending van een persoonlijkheidsrecht als zodanig als ‘smartengeldwaardig’ is geoordeeld.³⁸ De vraag of er plaats is voor een dergelijke aanspraak wordt door de Duitse rechter beantwoord aan de hand van de aard van het geschonden belang, de ernst van de schending en de mate van schuld, terwijl het handhavingskarakter van de sanctie tevens meebrengt dat relevant is of de

³³ NJ 2006/606, r.o. 4.8. Voor de vader ‘geldt in wezen hetzelfde’, aldus r.o. 4.9.

³⁴ Vgl. uitdrukkelijk anders nog voor het oude recht HR 9 augustus 2002, NJ 2010/61, m.nt. M.H. Wissink (*Wrongful birth II*).

³⁵ HR 13 december 1996, NJ 1997/682, m.nt. J. de Boer (*J./Staat*).

³⁶ Voor verschillende ‘EVRM-rechtenschendingen’ is overigens een recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade in de wet neergelegd. Vgl. art. 49 lid 2 WBP, art. 74b Sr, art. 89 lid 1 en lid 6 Sv, art. 67 lid 1 Overleveringswet, art. 59 lid 1 UW, art. 44 Uitvoeringwet ISH, art. 67 WOTS, art. 164 lid 9 WvW 1994, art. 11.7 lid 6 Wlv, art. 6 lid 4 Rijkswet administratieve bijstand douane en art. 106 lid 1 VW. Zie voorts nog art. 16 Wet CAO en art. 3 lid 4 Wet AVV.

³⁷ Vgl. ABRvS 5 juni 2002, LJN AE3693.

³⁸ Zie voor deze ontwikkeling BGH 25 mei 1954, BGHZ 13, 334, NJW 1954/1404 (*Schachtbrief*); BGH 14 februari 1958, BGHZ 26, 349, NJW 1958/827 (*Herrenreiter*); BGH 16 september 1961, BGHZ 35, 363, NJW 1961/2059 (*Ginsengwurzel*) en BverfGE 34, 286, NJW 1973/1221.

schending op andere wijze, bijvoorbeeld door ‘Widerruf’ kan worden goedge maakt.³⁹ Hoewel deze rechtsontwikkeling vooral is ingegeven door schendingen van de persoonlijke levenssfeer door de entertainmentpers, worden binnen het ‘allgemeine Persönlichkeitsrecht’ verschillende sferen van de persoonlijkheid aangenomen, die langs deze weg bescherming kunnen genieten.⁴⁰ Dat laat zien dat er hier plaats is voor rechterlijk beleid om, waar dat opportuun wordt geacht, rechtshandhavend op te treden.

Ook voor Nederland lijkt een dergelijke benadering aantrekkelijk.⁴¹ Voor de vraag of in geval van schending van een fundamenteel recht kan worden gesproken van een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW is dan niet zozeer, althans niet alleen, beslissend wat de ernst is van de feitelijke gevolgen voor de benadeelde, maar spelen ook andere factoren, zoals de aard van het geschonden recht, de ernst van de schending en de behoefte aan een sanctie omdat de schending anders onbeantwoord zou blijven. In dergelijke gevallen hoeft voor het antwoord op de vraag of sprake is van een persoonsaantasting dan niet zozeer de blik te worden gericht op de feitelijke gevolgen van de aantasting voor de getroffene. In die zin vertoont deze categorie van persoonsaantastingen veeleer verwantschap met de schending van eer en goede naam, dan met letsel. Er is dan ook geen reden om dergelijke gevallen naar hun aard van het begrip persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW uit te sluiten. Het betekent ook dat pogingen om de feitelijke gevolgen als min of meer ernstig aan te duiden – de bestuursrechter spreekt bijvoorbeeld in navolging van het EHRM consequent van (veronderstelde) ‘spanning en frustratie’⁴² – niet nodig zijn. En dat zou ietwat gekunstelde oordelen van het volgende type overbodig maken:

*“De door eiser gestelde spanning en frustratie die de ongeldigverklaring van zijn rijbewijs met zich bracht, kan niet op één lijn worden gesteld met de spanning en frustratie bij overschrijding van de redelijke termijn voor het nemen van een besluit, reeds omdat de aard en ernst van de onzekerheid over de uitkomst van een procedure van een andere orde en duur is dan de onzekerheid waarin de eiser heeft verkeerd met betrekking tot de ongeldigverklaring van zijn rijbewijs.”*⁴³

Een dergelijk oordeel gaat immers eigenlijk niet over feitelijke gevolgen zoals die door de benadeelde zijn ervaren, maar strekt ertoe om bepaalde schendingen wel en andere niet met een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade te sanctioneren. Dat kan dan maar beter gewoon gezegd worden. Het kan overigens ook verklaren waarom het EHRM in gevallen waarin meerdere eisers samen optreden niet telkens beslist tot veroordeling van een dienovereenkomstig

39 BGH 16 september 1961, BGHZ 35, 363, NJW 1961/2059 (*Ginsengwurzel*); BGH 7 december 1976, NJW 1977/626 en BGH 15 november 1994, JZ 1995/360.

40 Bruggemeier 2010, p. 24-25.

41 Vgl. ook Nguyen 2009.

42 Vgl. onder (veel) meer Rb. Den Haag 22 december 2010, LJN BO8362.

43 Rb. 's-Hertogenbosch 2 november 2010, LJN BO2841.

veelvoud aan vergoedingen.⁴⁴ Deze zienswijze, wel aangeduid als ‘gedeelde smart is halve smart’,⁴⁵ is alleen begrijpelijk wanneer men zich realiseert dat het bij de vaststelling van de omvang van de vergoeding niet zozeer gaat om de omvang van het daadwerkelijk geleden immateriële nadeel, maar veeleer om een ‘prijs’ voor de schending, die mede als signaal van de aansprakelijke wordt gevraagd.

Erkenning van schending van een fundamenteel recht als persoonsaantasting, zonder dat feitelijke schadelijke gevolgen daarvan beslissend zijn, kan ook rechtvaardigen dat ook rechtspersonen, die immers eveneens ‘dragere’ van fundamentele rechten kunnen zijn, op deze grond een vergoeding kunnen krijgen, hoezeer het aannemen van ‘spanning en frustratie’ ook hier gekunsteld is.⁴⁶

Het voorgaande leert ook iets over de tweede vraag (Wat betekent deze erkenning voor de strenge eisen die in andere gevallen worden gesteld?). Bij schending van een fundamenteel recht kunnen, vanuit een perspectief van rechtshandhaving, de aard van het handelen en de aard van het geschonden recht een aanspraak op een vergoeding rechtvaardigen. Dat hoeft niet te betekenen dat in andere gevallen ook lichtere eisen gelden voor het aannemen van een persoonsaantasting. Zo is het in het algemeen verstandig om ‘psychisch onbehagen’ of ergernis als ‘te licht’ te kwalificeren om te voorkomen dat ook in allerlei min of meer onbenullige zaken smartengeld (en daardoor een belang tot procederen) in beeld komt. Men denke aan levering van een ondeugdelijke televisie waardoor een voetbalwedstrijd moet worden gemist of ander gevallen van tekortschieten die tot enige ‘genotsvermindering’ of ergernis leiden,⁴⁷ of aan gevallen van burengerucht.⁴⁸ Ook overigens is het in het aansprakelijkheidsrecht immers niet ongebruikelijk dat de te beschermen belangen variëren naar gelang het type normschending.⁴⁹ Niettemin moet ervoor worden gewaakt dat de structuur van het ‘huis’ van de vergoedingen al te zeer zoek raakt.⁵⁰ Het gaat daarbij zowel om de verhouding tussen verschillende schendingen van uiteenlopende fundamentele rechten als om de verhouding tot ander leed. Zo kan men zich afvragen

44 EHRM 15 februari 2008 (*Arvanitaki/Griekenland*), AB 2008/140, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Zie evenwel ook Hof 's-Gravenhage 19 april 2011, LJN BQ4373, AB 2011/181, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, waarin het hof aan alle 6 betrokkenen uit een gezin dezelfde vergoeding toewijst, omdat er ‘niet is gebleken van redenen om één of meer personen geen dan wel minder of meer schadevergoeding toe te kennen’.

45 Vgl. Ten Veen & Collignon, p. 118.

46 Het EHRM heeft in het verleden een vergoeding ter zake van immateriële schade toegewezen aan een rechtspersoon, hoewel ook het hof wat worstelt met de geleden immateriële schade. Zie EHRM 6 april 2000 (*Comigersoll/Portugal*), NJ 2000/612. Het CBB heeft vergoeding van ander nadeel wegens schending van de redelijke termijn wel afgewezen (CBB 24 juni 2008, AB 2009/228, m.nt. A.M.L. Jansen). Zie evenwel ook CBB 3 maart 2009, AWB 07/118. CRvB 22 december 2005, JB 2006/63, m.nt. A.M.L. Jansen en ABRvS 4 maart 2009, AB 2009/236, m.nt. T. Barkhuysen & W. den Ouden wezen haar aan rechtspersonen toe.

47 Vgl. ook HR 5 december 2008, LJN BF1042, NJ 2010/579, m.nt. Jac. Hijma (*Plezierjacht*).

48 Ook hinder kan evenwel leiden tot geestelijk letsel. Vgl. HR 1 november 1996, NJ 1997/134 (*kraaiende hanen*).

49 Vgl. art. 6:98 BW dat betekenis toekent aan de aard van de aansprakelijkheid.

50 Vgl. in dit verband voor een oproep tot consistentie aan de bestuursrechtters T. Barkhuysen, NJB 2011/566, p. 667.

waarom iemand wel recht heeft op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade wegens schending van de redelijke termijn of wegens inbreuk op zijn recht om te beschikken over eigen voortplanting, maar niet in het geval van het verlies van een naaste.⁵¹ De rechtspraak zal hier geleidelijk verder⁵² haar weg moeten vinden. In het licht van samenhang en consistentie is overigens ook van belang welke omvang de vergoedingen hebben, waarover nader hierna.

Ten slotte komt in dit verband natuurlijk de vraag op of het hier nog wel gaat om schadevergoeding. Voor de vraag of er een aanspraak bestaat op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade is in de hiervoor geschetste gevallen immers niet beslissend wat de feitelijke schadelijke gevolgen zijn van het handelen; veeleer wordt de schending van het fundamentele recht als zodanig als ‘schade’ aangemerkt.⁵³ Kan dat wel in het privaatrecht, of gaat het hier om een boete? Beide vragen zou ik – zij het met enige nuance – bevestigend willen beantwoorden. Om te beginnen kan worden gezegd dat, ook al zijn de in de geschetste gevallen de aard en ernst van het nadeel niet beslissend voor het aannemen van een recht op vergoeding, schending van een fundamenteel recht telkens tot (in ieder geval enige) feitelijke schade zal leiden. Voorts is het begrip schade tot op zekere hoogte normatief.⁵⁴ Zo kan ook ‘geschokt rechtsgevoel’ als schade worden aangemerkt.⁵⁵ De aard van de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade brengt bovendien mee dat niet kan worden vastgesteld waar vergoeding overgaat in iets anders. Het begrip schade en de begroting van schade bieden dus de nodige rek.⁵⁶ Niettemin kent die spankracht ergens een grens en zou kunnen

⁵¹ Dat laatste is volgens de Hoge Raad geen schending van art. 8 EVRM, aldus HR 8 september 2000, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*); HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken en HR 9 oktober 2009, *LJN* BI8583, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken. Het EHRM lijkt overigens ook niet te porren voor het aannemen van een recht op vergoeding van ‘affectieschade’, althans niet in geschillen tussen ‘burgers’ onderling. Vgl. EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka/Estland*). Zie daarover Wijnakker 2010. Mogelijk is dat anders, en geldt dat dan ook voor (andere) door art. 6:108 BW uitgesloten schadeposten, wanneer een overheidsinstantie voor het overlijden (mede) verantwoordelijk is. Vgl. daarover Pronk 2011.

⁵² Zie voor voorbeelden, behalve de – inmiddels overvloedige – rechtspraak inzake schending van de redelijke termijn, Hof Arnhem 22 maart 2005, *JA* 2005/47 (vergoeding van € 5.000 wegens schending van art. 8 EVRM door kinderontvoering); CRvB 8 juni 2010, *LJN* BM8044, *AB* 2011/45, m.nt. H.E. Bröring en Hof Amsterdam 12 januari 2010, *LJN* BL0984, *USZ* 2010/57 (vergoeding van € 200 wegens onrechtmatig huisbezoek); Rb. Amsterdam 2 november 2010, *LJN* BO6456, *JWWB* 2011/13 (€ 500 wegens onrechtmatig buurtonderzoek) en Rb. Haarlem 13 augustus 2010, *LJN* BN4040, *JWWB* 2010/207 (€ 500 wegens onrechtmatige intrekking van bijstandsuitkering). Vgl. bijv. afwijzend ABRvS 25 augustus 2010, *LJN* BN4952, *AB* 2010/337, m.nt. A.C. Rop (geen smartengeld bij onrechtmatige gebiedsontzegging); Rb. ‘s-Gravenhage 22 december 2010, *LJN* BO8362 (geen smartengeld bij ten onrechte niet verlenen van verblijfsvergunning) en Rb. ‘s-Hertogenbosch 2 november 2010, *LJN* BO2841 (geen smartengeld wegens het ten onrechte ‘bestuurlijk ongeldig verklaren’ van een rijbewijs).

⁵³ Zie hierover ook Lindenberg 2005, p. 305 e.v.

⁵⁴ Ook overigens is het normatieve karakter van het schadevergoedingsrecht door de Hoge Raad recentelijk herhaaldelijk benadrukt. Vgl. HR 18 juni 2010, *LJN* BMO893, *RvdW* 2010/771 (*Huurder/Ymere*; mate van schuld relevant voor begroting op winst); HR 1 oktober 2010, *LJN* BM7808, *RvdW* 2010/1120 (*Verhaeg/Jenniskens*; mate van schuld relevant voor voordeeltorekening) en HR 25 maart 2011, *LJN* BP2310, *NJ* 2011/139 (*Bremer/Hoogheemraadschap Rijnland*; mate van schuld relevant voor causale toerekening).

⁵⁵ Vgl. HR 20 september 2002, *NJ* 2002/112, m.nt. J.B.M. Vranken (*coma*) en PG Boek 6, p. 377 en 387.

⁵⁶ Vgl. bijv. ook Van Boom 2007, p. 989, die spreekt van ‘effectuerende vergoeding’.

worden gezegd dat op een (on)zeker moment de vergoeding de schade overstijgt en dat (dus) moet worden gesproken van een boete.⁵⁷ Hoewel dat in de traditie van het Nederlandse privaatrecht minder goed past, bestaat er geen principiële reden om niet ten behoeve van handhaving ‘overcompensatie’ toe te passen. Uiteindelijk komen wel de Straatsburgse waarborgen voor de aansprakelijke in het kader van punitieve sancties in beeld,⁵⁸ maar dan moet het wel gaan om zeer substantiële bedragen. Daarvan is in Nederland nog – lang – geen sprake, maar ook die waarborgen vormen geen principieel beletsel.

Het Nederlandse schadevergoedingsrecht kan dus best wat ‘handhavender’ worden aangewend. Daarbij kunnen, zoals gezegd, voor het antwoord op de vraag of sprake is van een persoonsaantasting verschillende gezichtspunten, of zo men wil ‘policy-overwegingen’, een rol spelen. De aard van het geschonden belang, de ernst van de schending, de ernst van de gevolgen, maar ook de vraag of de schending op andere wijze is of kan worden goedge maakt en de wens recht te doen aan het EVRM of aan EU-recht kunnen daarin worden betrokken. Deze gezichtspunten kunnen bovendien een onderling variërend gewicht in de schaal leggen. Zo kan afwezigheid van feitelijke gevolgen van de schending een reden zijn om handhaving achterwege te laten of te volstaan met een verklaring dat het recht is geschonden, maar de aard van het geschonden belang, de ernst van de schending en de wens om te handhaven kunnen ook bij afwezigheid van feitelijk nadeel het aannemen een vergoeding rechtvaardigen.⁵⁹

Resumerend kan worden gezegd dat schending van een fundamenteel recht als zodanig kan worden gezien als een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Voor de vraag welke schendingen als zodanig te kwalificeren zijn de aard van het geschonden belang, de wijze en ernst van de schending en de vraag of de schending op andere wijze is of kan worden goedge maakt richtinggevend. Daarbij kan ook een rol spelen dat handhaving volgens Europese rechters geïndiceerd is.

57 Zie voor een kennelijke worsteling met de materie op dit punt Kortmann & Sieburgh 2009, p. 287, die een oplossing zoeken in ‘berekening van schade in abstracto’ en voor overige gevallen verwijzen naar het publiekrecht. Waarom het privaatrecht hier geen uitkomst zou (mogen) bieden, laten zij in het midden.

58 Vgl. voor een inventarisatie daarvan Adriaanse e.a. 2008, p. 274 e.v. Zie voor bedenkingen tegen gevolgen van hoge smartengeldtoewijzingen bij persuitingen Schuijt 2003, p. 50.

59 Dit biedt bijv. ook mogelijkheden voor een genuanceerd ‘beleid’ bij schending van de informed consentverplichting. Vgl. daarover inderdaad genuanceerd Hendrix & Akkermans 2007, p. 498 e.v. en de noot van L.G.J. Hendrix bij HR 23 april 2010, JA 2010/97.

Het voorgaande brengt mij tot de volgende stellingen:

Het begrip persoonsaantasting in art. 6:106 BW biedt voldoende interpretatieruimte om een vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade toe te wijzen wanneer het EVRM dat vergt.

De enkele schending van een fundamenteel recht kan voldoende zijn om wegens persoonsaantasting een vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade toe te wijzen; het begrip ander nadeel dan vermogensschade is voldoende elastisch om een schending als schade aan te merken.

3.6.2 BETEKENIS VOOR OMVANG?

Het aanvaarden van schending van een fundamenteel recht als persoonsaantasting roept de vraag op wat dit in die gevallen betekent voor de omvang van de vergoeding ter zake van ander nadeel, maar ook of dit repercussies heeft voor de omvang van het smartengeld in andere gevallen.

De omvang van het smartengeld wordt volgens art. 6:106 BW door de rechter naar billijkheid vastgesteld. Dat betekent dat de rechter grote vrijheid heeft.⁶⁰ In de praktijk plegen in gevallen van lichamelijk en geestelijk letsel bij de vaststelling van de omvang van de vergoeding de aard, de ernst en de duur van het lijden tot uitgangspunt te worden genomen en wordt aan de hand van vergelijking met eerdere toekenningen een vergoeding vastgesteld.⁶¹ In dergelijke gevallen vormt de ernst van de feitelijke gevolgen dus het primaire aanknopingspunt voor de omvang van de vergoeding, hoezeer ook de omvang daarvan moeilijk is vast te stellen.

In geval van toewijzing van een vergoeding ter zake van ander nadeel dan vermogensschade wegens schending van een fundamenteel recht kan voor de omvang van de vergoeding maar ten dele aansluiting worden gezocht bij de ernst van de feitelijke gevolgen, enerzijds omdat die vaak nog moeilijker dan in geval van (fysiek of geestelijk) letsel zijn vast te stellen, anderzijds omdat die hier ook niet zozeer de aanleiding vormen en op zichzelf genomen ook vaak onvoldoende zullen zijn voor het aanvaarden van een recht op vergoeding (zie daarover de vorige paragraaf).

Dat plaatst ons voor de vraag hoe de schending als zodanig kan worden gecompenseerd, anders gezegd: hoe hier *genoeg gedaan* kan worden. Daarbij moet worden bedacht dat de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade hier in nog grotere mate dan bij letsel een symbolische betekenis heeft: zij dient

⁶⁰ Vgl. PG Boek 6, p. 377.

⁶¹ Vgl. daarover instemmend HR 8 juli 1992, NJ 1992/714 (AMC/O) en HR 17 november 2000, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (*Druif/Bouw*).

ertoe te markeren dat onrecht is gedaan en dat de verantwoordelijkheid daarvoor bij de aansprakelijke wordt gelegd. Dat heeft ook consequenties voor de omvang van de vergoeding.⁶² De signaalfunctie is hier van betekenis: vergoeding laat zien dat deze rechten serieus worden genomen, dat de benadeelde rechtens ‘standing’ heeft als het gaat om hun handhaving, maar ook dat de aansprakelijke een grens is overschreden die rechtens handhaving verdient. Men kan menen dat een dergelijke functie niet ‘hoort’ binnen het schadevergoedingsrecht, maar dan zou men de mogelijkheden van het schadevergoedingsrecht hier volgens mij tekort doen. Het zij benadrukt dat de vergoeding in elk geval, en wellicht in de eerste plaats, de functie heeft van genoegdoening *aan de benadeelde* en daarom als een klassieke privaatrechtelijke remedie kan worden beschouwd.

Met de symbolische betekenis van de vergoeding is overigens niet gezegd dat het om symbolisch lage bedragen zou (moeten) gaan.⁶³ Wel kan de bijzondere aard van de genoegdoening van belang zijn voor de omvang van de vergoeding. Hiertoe kan inspiratie worden opgedaan bij de rechtspraak van het EHRM, maar ook bij die van het HvJ EU en bij de rechtspraak in Duitsland, de bakermat van de genoegdoening wegens schending van het algemene persoonlijkheidsrecht.

Zo erkent het EHRM dat met vaststelling van de schending soms geheel of gedeeltelijk genoegdoening is verschaft.⁶⁴ Ook erkent het hof bijvoorbeeld dat in geval van schending van de redelijke termijn bij meer eisers niet per definitie een veelvoud van de vergoeding behoeft te worden toegewezen.⁶⁵ Het HvJ EU stelt dat het schadevergoedingsrecht bij schending van een fundamenteel recht (in het bijzonder het recht op gelijke behandeling) ‘tanden’ moet hebben, maar ook dat bijvoorbeeld in geval van discriminatie wel onderscheid mag worden gemaakt tussen sollicitanten die slechts als gevolg van hun uitsluiting van de sollicitatieprocedure schade hebben geleden, en sollicitanten die de te vervullen betrekking zouden hebben gekregen indien bij de selectie niet was gediscrimineerd. Aldus mag kennelijk een onderscheid worden gemaakt tussen schade als gevolg van de rechtsschending als zodanig, ter zake waarvan de vergoeding mag worden gemaximeerd, en verdere schade als gevolg van de rechtsschending, ter zake waarvan de vergoeding niet mag worden gemaximeerd maar de schade volgens het beginsel van volledige vergoeding moet worden afgewikkeld.⁶⁶

62 Vgl. ook Hof Arnhem 22 maart 2005, JA 2005/47, waarin het hof oordeelt dat bij een andere grondslag van de vergoeding (niet geestelijk letsel, maar schending van een fundamenteel recht) ook andere factoren beslissend zijn voor de omvang van de vergoeding. Zie voorts over de voor de omvang van de vergoeding relevante factoren Hartlief 2008, p. 243.

63 Vgl. de bedragen die door het EHRM worden voorgeschreven in EHRM 10 november 2004 (*Riccardi Pizzati/Italië*), JB 2005/1, m.nt. A.M.L. Jansen.

64 Zie daarover hiervoor 3.2.

65 EHRM 15 februari 2008 (*Arvanitaki/Griekenland*), AB 2008/140, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

66 HvJ EG 22 april 1997, nr. C-180/95, Jur. 1997, I-2195 (*Draempaehl*; NJ 1998, 435).

In de Duitse rechtspraak inzake sanctivering van schending van het algemene persoonlijkheidsrecht zijn, zoals te doen gebruikelijk in Duitsland, principiële kwesties aan de orde gesteld. Deze problematiek is vooral tot wasdom gekomen in verband met pogingen om de uitbundige Duitse roddelpers te beteugelen.⁶⁷ Het gaat bij deze sanctivering volgens het Bundesgerichtshof, anders dan bij het reguliere smartengeld dat vooral ter compensatie van geleden pijn dient, om ‘Genugtuung des Opfers’ maar uitdrukkelijk ook om preventie van onrecht. Het eigen karakter van deze sanctie houdt voorts in dat bij de vaststelling van de omvang rekening mag worden gehouden met het winstoogmerk van de inbreukmaker⁶⁸ – om een echte winstaftocht gaat het volgens het Bundesgerichtshof niet – en dat van de omvang een ‘echter Hemmungseffekt’ dient uit te gaan. Hoewel deze vorm van sanctivering derhalve het niveau van compensatie van schade kan overstijgen, wordt hij door het BGH niet als poenale maatregel in de zin van art. 103 GG aangemerkt, omdat de sanctie haar oorsprong vindt in het Verfassungsrecht en wordt opgelegd ten behoeve van het slachtoffer en niet – zoals een straf – ten behoeve van het algemeen belang. Dat betekent bijvoorbeeld dat het ‘ne bis in idem-beginsel’ er niet aan in de weg staat dat ter zake van dezelfde handeling (bijv. publicatie van een foto) aan verschillende personen een vergoeding wordt toegekend, terwijl het eigen karakter van de sanctie bovendien meebrengt dat door anderen verrichte betalingen niet in mindering behoeven te worden gebracht op de verplichting van een later aangesprokene.⁶⁹ In zoverre geldt hier dan ook niet de gebruikelijke regeling van § 840 BGB inzake ‘Gesamtschuldner’.

Deze rechtspraak laat zien dat de aanvaarding van de schending van een fundamenteel recht als grondslag voor een recht op schadevergoeding eigenaardigheden meebrengt die van betekenis kunnen zijn voor de omvang van het toe te wijzen geldbedrag. Het kan daarbij enerzijds gaan om, ten opzichte van de ‘normale’ zuiver op nadeel georiënteerde vaststelling, ‘verlagende’ factoren (vaststelling dat een schending heeft plaatsgevonden, vaststelling van schending reeds in andere gevallen), anderzijds om verhogende (de wens om gedrag te ontmoedigen, winstoogmerk van de inbreukmaker). Hoewel het Duitse recht hier principieel afstand heeft gecreëerd tot het privaatrechtelijke ‘Schmerzensgeld’ en de vergoeding in geval van schending van het algemene persoonlijkheidsrecht als een afzonderlijke op het Grundgesetz terug te voeren sanctie heeft gekwalificeerd,⁷⁰ lijkt me dat de geschetste gezichtspunten voor de omvang naar

67 BGH 15 november 1994, BGHZ 128, 1 (*Caroline von Monaco I*) en BGH 5 december 1995, NJW 1996/984 (*Caroline von Monaco II*).

68 Bij de beoordeling van de ‘Vermögensverhältnisse’ van de aansprakelijke is mede bepalend de ‘Wirtschaftsmacht der hinter ihr stehenden Gruppe’, aldus BGH 5 oktober 2004, VersR 2005, 125, m.nt. Ina Ebert (*Alexandra*).

69 BGH 5 oktober 2004, VersR 2005, 125, m.nt. Ina Ebert (*Alexandra*).

70 BGH 15 november 1994, BGHZ 128, 1 (*Caroline von Monaco I*) en BGH 5 december 1995, NJW 1996/984 (*Caroline von Monaco II*): “Bei einer Entschädigung wegen einer Verletzung des →

Nederlands recht ook wel onder de rechterlijke vrijheid van art. 6:106 BW kunnen worden begrepen.⁷¹

Zoals in de vorige paragraaf werd onderzocht hoe het aanvaarden van schending van een fundamenteel recht als persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW zich verhoudt tot de overige categorieën persoonsaantastingen, kan ook de vraag worden gesteld hoe de omvang van de vergoeding in dergelijke gevallen zich verhoudt tot de vergoedingen in andere gevallen. Die kwestie is – wederom principieel – in Duitsland aan de orde gesteld door ouders die leden aan ernstige psychische stoornissen als gevolg van het feit dat zij door een verkeersongeval hun drie kinderen hadden verloren en ter zake DM 70.000 (vader) respectievelijk DM 40.000 (moeder) aan smartengeld toegewezen hadden gekregen. Zij beriepen zich op schending van het in art. 3 GG neergelegde recht op gelijke behandeling en op schending van hun persoonlijkheidsrecht, omdat de hun toegewezen bedragen in geen verhouding stonden tot het aan prinses Caroline van Monaco toegewezen bedrag van DM 180.000 wegens een in de entertainmentpers gepubliceerd verzonnen interview en tot de doorgaans in gevallen van dwarslaesie toegewezen bedragen van (toen) ongeveer DM 400.000. Het Duitse Bundesverfassungsgericht heeft dit onderscheid niet in strijd met art. 3 GG geoordeeld, omdat de sanctie bij schending van persoonlijkheidsrechten een andere grondslag (namelijk het Grundgesetz in plaats van § 847 BGB) heeft waardoor daarbij voor de vaststelling van de omvang andere factoren beslissend zijn, zoals het winsttoegmerk en het perspectief van preventie, die tot een aanzienlijke verhoging van de vergoeding kunnen leiden. Met betrekking tot de aansprakelijkheid voor letsel als gevolg van verkeersongevallen worden deze factoren niet beslissend geacht. Ook het onderscheid met gevallen van lichamelijk letsel acht het Bundesverfassungsgericht niet ongrondwettelijk.⁷²

De Duitse rechter zoekt dus een rechtvaardiging voor het onderscheid in een principieel andere grondslag van de sanctie. Dat die buiten het privaatrecht, en wel in de Grondwet, wordt gezocht, hangt samen met de in Duitsland gekozen constitutionele verhoudingen. In Nederland kan mijns inziens binnen art. 6:106 BW worden erkend dat de ene persoonsaantasting de andere niet is en dat verschillende aantastingen daarom verschillende sancties kunnen rechtvaardigen.⁷³ Ook het Engelse (privaat)recht laat bijvoorbeeld zien dat de verschillende

allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt es sich im eigentlichen Sinn nicht um ein Schmerzensgeld nach par. 847 BGB, sondern um einen Rechtsbehelf, der auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 21 GG zurückgeht (...). Die Zubilligung einer Geldentschädigung beruht auf dem Gedanken, dass ohne einen solchen Anspruch Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde.”

⁷¹ Vgl. PG Boek 6, p. 377 waar wordt benadrukt dat de rechter met alle omstandigheden van het geval rekening moet houden, waaronder ook (niet-schadebepalende factoren als) de mate van schuld en de vermogenspositie van partijen.

⁷² BverfG 8 maart 2000, *VersR* 2000, 897.

⁷³ Zie over de verschillende functies en over accentverschillen in uiteenlopende gevallen Lindenberg 2008, hoofdstuk 2.

‘torts’ een eigen sanctieregiem kennen, waarbij sommige torts ‘actionable per se’ zijn, dat wil zeggen aanleiding geven tot schadevergoeding zonder bewijs van schade, en dat het hierbij kan gaan om (zeer) substantiële vergoedingen.⁷⁴

Niettemin geldt ook hier dat de structuur van het ‘huis’ van de vergoedingen voor immateriële schade niet geheel uit het oog mag worden verloren. Zolang het gaat om relatief bescheiden vergoedingen lijkt die vrees evenwel niet gerechtvaardigd.⁷⁵ Voorts is denkbaar dat op dit punt wordt gekozen voor een zekere standaardisering in die zin dat bij schending van bepaalde typen rechten van vaste vergoedingsbedragen of staffels wordt uitgegaan.⁷⁶ Daarvoor is in deze gevallen meer aanleiding dan bij bijvoorbeeld letsel, omdat hier niet zozeer de feitelijke gevolgen maar vooral de aard van het geschonden recht betekenis heeft.

Resumerend kan worden gezegd dat de erkenning van schending van een fundamenteel recht als persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW in bepaalde opzichten van betekenis is voor de omvang van de vergoeding in dergelijke gevallen, maar dat de billijkheid van art. 6:106 BW daartoe voldoende ruimte biedt.

Het voorgaande brengt mij tot de volgende stelling:

Vaststelling van de omvang van de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade wegens schending van een fundamenteel recht vergt een andere oriëntatie dan in gevallen van letsel; de in art. 6:106 BW genoemde billijkheid biedt daartoe voldoende ruimte.

74 Tettenborn (*The Law of damages*, London 2010, p. 98) spreekt van ‘torts where damage is of the gist of the action’.

75 Er zou ook aanleiding in kunnen worden gevonden de vergoedingen in de traditionele categorieën (letsel, belediging) op te hogen. Zie over het relatief bescheiden niveau en de stagnatie in ontwikkeling daarvan Lindenbergh 2009, p. 147 e.v.

76 Vgl. de rechtspraak inzake schending van de redelijke termijn.

4 Een dossier: schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn

4.1 Algemeen

In het voorgaande is onderzocht hoe schending van fundamentele rechten met vermogensrechtelijke remedies tegemoet kan worden getreden. In de praktijk van het civiele recht bestaan daarvan ook wel voorbeelden, maar in die van het bestuursrecht nog meer. In het bijzonder kan worden gedacht aan de problematiek van de schending van het recht op beoordeling van een geschil binnen een redelijke termijn, die zich intussen tot een heus leerstuk heeft ontwikkeld.¹ Bij deze problematiek spelen uiteenlopende kwesties, waarvan sommige ook het vermogensrecht raken. In het navolgende zal de nadruk op die laatste liggen.

De aansprakelijkheid van de overheid (het gaat in beginsel om verticale verhoudingen²) voor de te lange duur van een rechterlijke (of bestuurlijke) procedure ter vaststelling van rechten en plichten van burgers ten opzichte van de overheid berust in essentie op art. 6 EVRM dat een ‘eerlijk proces’ voorschrijft. Daaronder wordt begrepen dat dit proces ook binnen een redelijke termijn plaatsvindt. De sanctionering wegens schending van art. 6 EVRM vindt zijn grondslag in art. 13 EVRM, dat in dit kader volgens het EHRM voorschrijft dat de nationale rechtsorde voorziet in een ‘effectief rechtsmiddel’.³ Dat middel kan bestaan uit een feitelijke ‘versneller’ van de procedure, waarvoor het EHRM een voorkeur heeft, of uit een vergoeding in geld, die – kennelijk – ook volstaat.⁴

In dit kader zijn in de rechtspraak inmiddels uiteenlopende kwesties aan de orde gesteld en – deels – ook beslecht, zoals de vraag welk type geschillen door art. 6 EVRM wordt bestreken, of voor niet door art. 6 EVRM bestreken geschillen binnen het Nederlandse recht niet een vergelijkbaar regiem moet gelden, de

¹ Zie (zonder aanspraak te maken op volledigheid) Barkhuysen & Jansen 2002; Barkhuysen & Van Ettekoven 2009; Jansen 2009; Dijkshoorn 2010; De Poorter & Pahladsingh 2010; Van Suilen 2010 en Ten Veen & Collignon 2011.

² Zie evenwel voor geschillen tussen overheden ABRvS 14 juli 2010, *LJN BN1146*, behalve wanneer het gaat om bestuursorganen die deel uitmaken van dezelfde rechtspersoon, aldus ABRvS 12 mei 2010, *JB 2010/213*.

³ EHRM 26 oktober 2000 (*Kudla/Polen*), *NJ 2001/594*, m.nt. E.A. Alkema, en specifiek voor Nederland EHRM 3 oktober 2002 (*Göçer/Nederland*), *AB 2003/110*, m.nt. F.P.

⁴ EHRM 11 september 2002 (*Mifsud/Frankrijk*), *EHRC 2002/92*, m.nt. Jansen.

vraag wanneer de termijn in kwestie gaat lopen, wanneer de redelijkheid is overschreden, welke vergoeding of andersoortige remedie dan geïndiceerd is, en de vraag hoe de procedure ter verkrijging van een remedie kan worden ingepast en op de voorgaande punten consistentie kan worden bewerkstelligd in rechtspraak van bestuursrechter, strafrechter en de civiele rechter.

Voor het onderwerp van dit preadvies – vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten – is met name van belang hoe sanctionering van schending van de redelijke termijn met schadevergoeding zich verhoudt tot het vermogensrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Ook de kwestie van handhaving door mogelijkheden om een concrete procedure daadwerkelijk te versnellen is natuurlijk interessant, maar betreft veeleer de procesrechtelijke en rechterlijke organisatie en niet zozeer vermogensrechtelijke vragen (Kan met succes in kort geding van de staat worden gevorderd dat deze een rechterlijk college aanzet tot spoed?). Ik laat haar daarom rusten, hoewel dit aspect vanuit een oogpunt van ‘effective remedy’ natuurlijk prioriteit zou moeten hebben boven een vergoeding na schending.⁵

4.2 Grondslag voor aansprakelijkheid

Wanneer het gaat om toepassing van civielrechtelijke remedies zal eerst de grondslag voor hun toepassing helder moeten zijn. Het EHRM vindt die grondslag in schending van art. 6 (en 13) EVRM. Naar Nederlands vermogensrecht zou dat moeten worden gezien als een onrechtmatige (overheids)daad (art. 6:162 BW). Die vertaalslag maakt het mogelijk om ook wanneer het EVRM daartoe niet verplicht binnen de nationale rechtsorde toch voor sanctionering te kiezen: in die gevallen kan over de band van schending van het beginsel van rechtszekerheid een onrechtmatige daad worden geconstrueerd die tot schadevergoeding verplicht.⁶ Het gaat hier om een onderdeel van overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijk handelen (nalaten), een gebied waarop de Nederlandse rechter notoir terughoudend is,⁷ maar waar de rechtspraak van het EHRM op het punt van de schending

5 Zie uitdrukkelijk in deze zin EHRM 29 maart 2006 (*Scordino/Italië*), AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, r.o. 183. In het wetsvoorstel Schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn wordt zonder toelichting enkel voor vergoeding van (enkel) immateriële schade gekozen. Zie daarover kritisch (onder meer) Barkhuysen & Van Ettehoven 2009, p. 141, en Ten Veen & Collignon 2011, p. 116 e.v. In afwijking van andere wetgeving, waarin steevast wordt gesproken van ‘ander nadeel dan vermogensschade’, spreekt het wetsvoorstel overigens van ‘immateriële schade’.

6 Vgl. voor het rechtszekerheidsbeginsel als grondslag voor schadevergoeding na schending van de redelijke termijn onder meer ABRvS 3 december 2008, AB 2009/70. Denkbaar is overigens dat via art. 47 van het Handvest van de Grondrechten van de EU een meer algemene bescherming dan die van art. 6 EVRM nodig is. Vgl. reeds T. Barkhuysen in zijn noot onder EHRM 12 juli 2001, AB 2004/400, sub 7. Zie over schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn door de Europese Commissie HvJ EU 16 juli 2009, AB 2010/119, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

7 Vgl. HR 3 december 1971, NJ 1972/137, m.nt. G.J. Scholten (*Hotel Jan Luyken*). Zie evenwel ook HR 4 december 2009, NJ 2011/131 m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenworld/NAI*).

van de redelijke termijn in ieder geval een ‘voet tussen de deur’ heeft gekregen. En door die deur komt dus intussen niet alleen lucht wanneer het EVRM daartoe verplicht. Een en ander valt overigens in die zin met de terughoudendheid van overheidsaansprakelijkheid voor rechterlijke oordelen te verenigen, dat schending van de redelijke termijn niet de inhoud en de zorgvuldigheid van totstandkoming van de rechterlijke beslissing betreft. Eerder kan zorgvuldigheid met een langere duur van de procedure gebaat zijn.

Overigens brengt het feit dat de staat aansprakelijk is wel mee dat ook de staat, en niet het rechterlijk college dat de termijn overschrijdt, moet worden aangesproken.⁸ In het bestuursrecht is niettemin de mogelijkheid geschapen dat het rechterlijk college dat over de zaak oordeelt tevens beslist over de vergoeding ter zake van schending van de redelijke termijn.⁹ In civielrechtelijke geschillen zijn tot nu toe bij mijn weten alleen vergoedingen toegewezen in gevallen waarin de staat reeds partij was. Een mogelijke verklaring daarvoor is de kostbaarheid van het inzetten van een afzonderlijke civiele procedure.

De gedachte dat niet beslissen binnen een redelijke termijn onrechtmatig is, brengt mee dat de schade die daarvan het gevolg is voor vergoeding in aanmerking komt. Dat geldt voor de vermogensschade (art. 6:95 en 96 BW), en – binnen de grenzen van de wet (art. 6:95 BW) – ook voor ander nadeel dan vermogensschade (art. 6:106 BW), waarover hierna nader.

Wel kan zich nog de complicatie voordoen dat de ‘onderliggende norm’, dat wil zeggen de norm waarop de aanspraak in de procedure waarin de redelijke termijn werd geschonden betrekking had, niet strekt tot bescherming tegen de schade waarvan vergoeding werd gevorderd.¹⁰ In dat geval is door de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat schending van de redelijke termijn niet meebrengt dat de bewuste vermogensschade wel voor vergoeding in aanmerking komt.¹¹ Vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade wordt dan door de relativiteitseis evenwel niet geblokkeerd.¹² Juridisch-technisch is dat mogelijk doordat kan worden aangenomen dat naast schending van een norm die niet strekt tot bescherming van een bepaald belang (schending van normen inzake toelating als vreemdeling strekken niet tot bescherming van het belang inkomen

⁸ Van deze problematiek moet worden onderscheiden de situatie dat een private (weder)partij de voortgang van een procedure op onrechtmatige wijze belemmert. Zie daarover bijv. Smeehuijzen 2009 en Van Boom 2011.

⁹ Zie daarover Barkhuysen & Van Ettehoven 2009, p. 136.

¹⁰ Vgl. HR 13 april 2007, NJ 2008/576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Staat/Yazdanzlativ*): normen inzake toelating als vluchteling strekken niet tot bescherming van het belang om inkomen te verwerven.

¹¹ ABRvS 3 december 2008, AB 2008/65, m.nt. T. Barkhuysen en L. di Bella. Zie overigens voor een, op de rechtszekerheid gebaseerde, beduidend ruimhartiger interpretatie van de relativiteitseis door de bestuursrechter ABRvS 24 december 2004, AB 2009/213, m.nt. B.P.M. van Ravels en A.M.L. Jansen (*benzinestation Ameland*).

¹² Vgl. mijn noot bij HR 13 april 2007, AA 2007, p. 783 en uitdrukkelijk in deze zin ABRvS 3 december 2008, AB 2008/65, m.nt. T. Barkhuysen en L. di Bella.

te verwerven) een norm is geschonden die wel strekt tot bescherming van een ander belang (schending van de redelijke termijn strekt wel tot bescherming tegen immateriële schade). Het is ook in die zin logisch, dat men door schending van de redelijke termijn niet méér kan vorderen dan zonder die schending mogelijk was geweest, behoudens voor zover dat meerdere enkel het gevolg is van de termijnoverschrijding.

Men leide uit deze rechtspraak dus niet af dat de norm dat binnen redelijke termijn recht moet worden gesproken in het algemeen niet strekt tot bescherming van vermogensbelangen en (dus) tegen vermogensschade.¹³ Voorbeelden van vergoeding van vermogensschade (enkel) wegens schending van de redelijke termijn zijn overigens (vooralsnog²) uiterst schaars. Dat kan mogelijk worden verklaard doordat in een bestuursrechtelijke procedure de uiteindelijke verdragingschade toch al voor rekening komt van het in het ongelijk gestelde bestuursorgaan. Dan komt hooguit de vraag aan de orde of dit orgaan verhaal zou kunnen nemen op de staat wegens schending van de redelijke termijn. In civielrechtelijke procedures vormt het feit dat de staat afzonderlijk moet worden gedagvaard kennelijk feitelijk een belemmering.

4.3 Ander nadeel

In de rechtspraak is het inmiddels vast gebruik om een schending van de redelijke termijn te remediëren met een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, dit in navolging van het EHRM dat in dergelijke gevallen vanwege de enkele te lange duur een zekere mate van ‘distress and frustration’ veronderstelt.¹⁴ Ook de civiele rechter doet daar intussen aan mee.¹⁵

In de literatuur is niettemin de vraag opgeworpen of de vergoeding van met name ander nadeel dan vermogensschade bij schending van de redelijke termijn wel past binnen art. 6:106 BW.¹⁶ De kwestie zou in het bijzonder een rol spelen in gevallen waarin het EVRM niet dwingt tot het aannemen van een schadevergoeding, maar daarvoor door de nationale rechter niettemin wordt gekozen. In dat verband worden zelfs constitutionele bedenkingen geopperd.¹⁷

¹³ Vgl. EHRM 10 november 2004 (*Riccardi Pizzati/Italië*), JB 2005/1, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 25, waar wordt gesproken van ‘the loss actually suffered as a result of the alleged violation’. In het wetsvoorstel (art. 8:96a) is gekozen enkel de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade te regelen, niet omdat er voor vergoeding van vermogensschade geen grond zou zijn, maar omdat de vaststelling van de omvang daarvan complexer zou zijn.

¹⁴ Vgl. EHRM 26 oktober 2000 (*Kudla/Polen*), NJ 2001/594, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 165.

¹⁵ Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, LJN BH3856, BH4212, BH4214 en Hof 's-Gravenhage 19 april 2011, LJN BQ4373, AB 2011/181, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

¹⁶ Vgl. met name W. Dijkshoorn, NJB 2010, p. 1348; T. Barkhuysen, NJB 2011/556, p. 667 en T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, AB 2011/182.

¹⁷ Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik, AB 2011/181, onder 4.

Zoals ik hiervoor uiteen heb gezet, biedt art. 6:106 lid 1 onder b BW interpretatieruimte in het begrip aantasting van de persoon ('op andere wijze') en blijkt de civiele rechter die ruimte ook te benutten in gevallen waarin het gaat om ernstige schendingen van fundamentele rechten. Er is het nodige voor te zeggen om, wanneer het EHRM of het HvJ EU daartoe aanmaant, het Nederlandse schadevergoedingsrecht conform uit te leggen en de daarin geboden ruimte voor rechtsontwikkeling te benutten. Zo is hiervoor bepleit om, als het EVRM tot schadevergoeding verplicht, niet te snel te oordelen dat in die gevallen geen gebondenheid aan de grenzen van art. 6:106 BW bestaat, maar veeleer te trachten de interpretatie van die bepaling daarmee in overeenstemming te brengen. Dat hoeft, zoals hiervoor is uiteengezet, de interpretatie van het begrip persoonsaantasting in andere gevallen niet te schaden; het kan veeleer ook daarbij een bron van inspiratie bieden. Een dergelijke aanpak heeft het voordeel dat, in gevallen waarin het EVRM niet tot schadevergoeding verplicht maar een dergelijke benadering vanuit coherentie van het nationale stelsel niettemin verkieslijk wordt geacht, een recht op schadevergoeding naadloos in het bestaande recht kan worden ingepast.

De wijze waarop de bestuursrechter¹⁸ en in navolging daarvan de civiele rechter¹⁹ en – inmiddels ook op het niveau van de Hoge Raad – de belastingrechter dat doet, is elegant: hoewel het EVRM in bepaalde gevallen van schending van de redelijke termijn niet tot schadevergoeding verplicht, zoals bij vreemdelingenrechtelijke en belastingrechtelijke geschillen die geen 'criminal charge' of 'determination of civil rights' betreffen,²⁰ wordt uit het nationale recht een zelfstandige verplichting daartoe gedestilleerd. De belastingkamer van de Hoge Raad neemt daarbij de formulering van de bestuursrechter over:

“Vooropgesteld moet worden dat geschillen over een belastingaanslag, een betaling van belasting op aangifte of inhouding van belasting (hierna: belastinggeschillen) volgens vaste rechtspraak van het EHRM buiten het bereik vallen van artikel 6 EVRM (vgl. onder meer EHRM 12 juli 2001, nr. 44759/98, Ferrazzini tegen Italie, NJ 2004/435, BNB 2005/222).

Voor zover het geschil in beroep en in hoger beroep betrekking had op de naheffingsaanslag kan een recht van belanghebbende op schadevergoeding niet op deze verdragsbepaling worden gebaseerd. De rechtszekerheid als algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat aan artikel 6 EVRM mede ten grondslag ligt, geldt echter evenzeer binnen de nationale rechtsorde en evenzeer los van de genoemde bepaling. Dit beginsel noopt ertoe dat belastinggeschillen binnen een redelijke termijn worden beslecht, in voorkomend geval na behandeling door een

18 Onder meer ABRvS 17 april 2009, LJN BI2283 en CBB 8 september 2010, LJN BN6785, AB 2010/264, m.nt. Sewandono.

19 Hof 's-Gravenhage 24 februari 2009, LJN BH4213 en 19 april 2011, LJN BQ4373, AB 2011/181, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

20 Vgl. bijv. EHRM 5 oktober 2000 (Maaouia/Frankrijk), NJ 2002/424 en EHRM 12 juli 2001 (Ferrazzini/Italie), NJ 2004/435.

onafhankelijke en onpartijdig gerecht. Aangezien dit vereiste berust op een rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan artikel 6 van het EVRM, wordt aansluiting gezocht bij de jurisprudentie over dat artikel van het EHRM (onder meer het arrest van 29 maart 2006, nr. 62361/00, Riccardi Pizzati tegen Italië, JB 2006/134). Uit die jurisprudentie volgt dat bij overschrijding van de redelijke termijn, behoudens bijzondere omstandigheden, spanning en frustratie als grond voor vergoeding van immateriële schade worden verondersteld. Met overeenkomstige toepassing van artikel 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht (...) kan de inspecteur tot vergoeding van die schade worden veroordeeld (...).²¹

Deze methode van rechtsvinding vertoont opvallende gelijkenis met die in het *Valkenhorst*-arrest: bij wijze van ‘importvehikel’ wordt in de nationale rechtsorde een beginsel ‘gevonden’ (in *Valkenhorst*: bescherming van de persoonlijke levenssfeer, hier: het beginsel van rechtszekerheid) dat (zelfs) aan de verdragsbepaling ten grondslag ligt, en dat vervolgens fungeert als bron van een concrete verplichting (in *Valkenhorst*: de verplichting tot openbaarmaking van afstammingsgegevens, hier: schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn). In de onderhavige sfeer wordt deze denkwijze vooral geïnspireerd door de wens tot coördinatie van verschillende rechtsgebieden. Voor zover het daarbij gaat om interpretatie van art. 6:106 BW zie ik daarvoor geen belemmering, laat staan een constitutionele bedenking, integendeel: coördinatie van interpretatie valt hier wat mij betreft toe te juichen. Het zou overigens ook wel ongelukkig zijn als het civiele recht ten aanzien van het zorgvuldig geconstrueerde huis van vergoedingen wegens schending van de redelijke termijn in de ‘eigen sfeer’ ineens ‘dogmatisch roet’ in het eten zou gooien.

Natuurlijk zijn er wel inpassings- en afbakeningskwesties. Los van de procedurele, die ik hier onbesproken laat,²² roept de rechtspraak de vraag op in welke andere gevallen art. 6:106 lid 1 onder b BW dienst kan doen als ‘burgerwacht’ tegen schending van fundamentele rechten. Die vraag is niet in haar algemeenheid te beantwoorden en vergt een geleidelijk aftasten van de verschillende rechten, maar ook van de behoefte aan handhaving daarvan via privaatrechtelijke weg. Op dat punt kunnen de inzichten overigens veranderen.²³

Ook de omvang van de in dergelijke gevallen toe te wijzen vergoedingen in verhouding tot in andere gevallen toegewezen vergoedingen voor ander nadeel dan vermogensschade vraagt de aandacht. Het EHRM heeft daarvoor overigens begrip en gunt de nationale rechter op dit punt een zekere beleidsvrijheid:

²¹ HR 10 juni 2011, *LJN* BO5087, r.o. 3.3.1 en 3.3.2.

²² Denk onder meer aan de vraag wie moet worden gedagvaard en of de civiele rechter bevoegd moet blijven.

²³ Vgl. bijv. Hartlief 2008, p. 245 e.v., die ook de wijzigende houding ten aanzien van punitieve damages aanstipt.

“Where a State has made a significant move by introducing a compensatory remedy, the Court must leave a wider margin of appreciation to the State to allow it to organise the remedy in a manner consistent with its own legal system and traditions and consonant with the standard of living in the country concerned. It will, in particular, be easier for the domestic courts to refer to the amounts awarded at domestic level for other types of damage – personal injury, damage relating to a relative’s death or damage in defamation cases for example – and rely on their innermost conviction, even if that results in awards of amounts that are lower than those fixed by the Court in similar cases.”²⁴

Ten slotte zijn ook nog andere inhoudelijke afbakeningskwesties denkbaar. Is bijvoorbeeld in geval van een succesvolle procedure in het kader van belastingheffing de vergoeding voor vertraging reeds gecompenseerd met de wettelijke rente of brengt de behoefte aan specifieke handhaving van de redelijke termijn mee dat het wettelijke fixatiestelsel²⁵ hier te knellend is?²⁶

Het voorgaande brengt mij tot de volgende stelling:

Het dossier van schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn laat zien dat schadevergoeding een bruikbaar middel is om schendingen van de redelijke termijn te redresseren.

Maar men kan het ook anders stellen:

Schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn is een zwakgebod: feitelijke naleving zou moeten kunnen worden afgedwongen.

²⁴ EHRM 29 maart 2006 (*Scordino/Italië*), AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, r.o. 189.

²⁵ Zie voor het krachtige karakter van de fixatie HR 12 januari 2005, NJ 2007/482, m.nt. Jac. Hijma onder nr. 481. Zie over de vraag of dit stelsel niet ook in ander verband vanuit een oogpunt van handhaving te knellend is Van Tiggele-van der Velde 2009 alsmede Van Boom 2011.

²⁶ Zie voorts over samenloop van toepassing van de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen en de vergoeding wegens schending van de redelijke termijn Barkhuysen & Van Ettehoven 2009, p. 130 (voetnoot 12) en De Poorter & Pahladsingh 2010, p. 98 (die allen verrekening afwijzen vanwege het verschillende karakter van de regelingen).

5 Kosten

Een belangrijk obstakel voor de handhaving van fundamentele rechten via een civielrechtelijke procedure wordt gevormd door de daaraan verbonden kosten, ook in het geval van een succesvolle actie.¹ Art. 236 Rv kent weliswaar als hoofdregel dat de in het ongelijk gestelde partij wordt veroordeeld in de proceskosten, maar de kosten van juridische bijstand plegen te worden vastgesteld volgens het liquidatietarief en dekken daardoor vaak bij lange na niet de werkelijk gemaakte kosten.

Nu ligt vergoeding van proceskosten volgens het liquidatietarief meer in het algemeen onder vuur,² maar zijn er bovendien in ander verband recentelijk uitzonderingen op dit model aanvaard. Ik doel op art. 1019h Rv, dat afwijking van art. 237 e.v. Rv voorschrijft, althans mogelijk maakt, in geval van schending van een intellectueel eigendomsrecht, zodat de kosten op een (meer) reëel niveau worden vergoed. Het gaat hier om een uit de zogenaamde Handhavingsrichtlijn³ voortvloeiende maatregel die is ingegeven door de wens om voor wat betreft de kosten ter zake van handhaving van intellectuele eigendomsrechten in Europa een 'level playing field' te creëren, maar ook om bescherming te bieden tegen inbreuken op deze rechten.⁴ Voorts denk ik aan art. 1019aa Rv dat in geval van een deelgeschil over letsel- of overlijdensschade voorschrijft dat de proceskosten op basis van art. 6:96 lid 2 BW inzake buitengerechtelijke kosten worden begroot. Deze voorbeelden laten zien dat de wetgever soms, al dan niet daartoe aangespoord door 'Brussel', kiest voor een afwijkend proceskostenregiem om bepaalde rechten te handhaven, althans om de drempel tot toegang tot de rechter te verlagen.

Dat roept de vraag op of ook in gevallen van schending van (andere) fundamentele rechten niet vaker zou moeten worden gekozen voor een vergoeding van de reële proceskosten. In het bijzonder in gevallen waarin de financiële 'opbrengst' van een handhavingsactie voor de eiser gering zijn, zullen de te verwachten

¹ Vgl. voor een verkenning Verzijl 2011.

² Zie onder meer Huydecoper, Van der Veen & Falkena 2007.

³ Richtlijn 2004/48/EG, art. 14.

⁴ Zie over de doelen van de richtlijn Van Vlooten 2010, p. 235 e.v.

kosten van een procedure vaak prohibitief zijn. Dat geldt al helemaal wanneer de rechter de eiser uiteindelijk weliswaar in het gelijk stelt, maar oordeelt dat met een verklaring dat een fundamenteel recht is geschonden genoeg is gedaan. Ook in gevallen waarin betrekkelijk bescheiden schadevergoedingen in het verschiet liggen, zullen, mede gelet op de onzekerheid van de uitkomst, de kosten van een procedure veelal een sterk remmend effect op handhaving langs deze weg hebben.⁵

Dat brengt mij tot de volgende stelling:

In geval van schending van een fundamenteel recht is er eerder plaats voor een reële proceskostenvergoeding, en bij uitstek wanneer het financiële belang gering is.

5 Zie over het kostenaspect als belemmering voor procedures over persuitingen Van Harinxma thoe Slooten 2006, p. 103 e.v., alsmede Boukema 2008.

6 Evaluatie

Hiervoor is onderzocht welke rol vermogensrechtelijke remedies kunnen vervullen als het gaat om handhaving – ex ante en ex post – van fundamentele rechten.

Preventieve acties (verbod en bevel) zijn over het algemeen problematisch gebleken omdat het toetsingskader daarvoor, mede vanwege veelal ook door de aangesprokene in te roepen fundamentele rechten, te complex is om helder en adequaat te zijn.

Redresserende acties zijn weliswaar naar hun aard minder effectief en worden van origine in het privaatrecht gehinderd door gebondenheid aan het begrip schade, maar de voorgaande inventarisatie laat zien dat – met enige massage van juridische kaders¹ – toch wel heel wat mogelijk is. Zo kan soms de verklaring voor recht enige genoegdoening bieden, kunnen soms forse vergoedingen van vermogensschade plaatsvinden en biedt de wettelijke regeling inzake ander nadeel dan vermogensschade voldoende ruimte voor een fundamentele rechten-vriendelijke interpretatie. Die hoeft bovendien de interpretatie in andere categorieën van gevallen geen geweld aan te doen.

Van een andere orde is de vraag naar de wenselijkheid van een meer ‘handhavende’ aanwending van het vermogensrecht. Die kwestie kan zich de laatste jaren in een toenemende belangstelling verheugen, niet alleen van wetenschappers, maar ook van rechters, zowel op Europees (EHRM en HvJ EU) niveau, als op nationaal niveau. Zo laat de problematiek inzake schending van de redelijke termijn zien dat de rechter bereid is het schadevergoedingsrecht handhavend in te zetten, ook als het EVRM daartoe niet verplicht (zoals in geval van vreemdelingenrecht of belastingrecht), maar worden ook daarbuiten steeds vaker schadevergoedingen toegewezen in gevallen van schending van fundamentele rechten.

Deze ontwikkeling kan worden geduid als ‘punitief’ wanneer men de blik vooral richt op de aangesprokene. Dan gaan bij privatisten vaak, zij het tegenwoordig

¹ Vrij naar Hijma, *NJ* 2008/55, noot sub 4.

toch in mindere mate dan een aantal jaren geleden, ‘de stekels overeind’. Men kan de blik evenwel ook, meer ‘klassiek’ richten op de benadeelde, die met een dergelijke vergoeding ondanks schending van zijn (fundamentele) recht toch nog enigszins ‘het zijne’ krijgt.

Het gaat bij de vraag of handhaving met schadevergoeding opportuun is natuurlijk om meer dan de vraag of het vermogensrecht dat vermag. Daarbij valt te denken aan de verwachte effectiviteit van handhaving ten aanzien van bijsturing van gedrag en aan perceptie van de noodzaak daartoe. Dat zijn van origine weinig ‘privaatrechtelijke’ gezichtspunten. Niettemin biedt het privaatrecht er ook wel ruimte toe. En waarom zou het privaatrecht niet een steentje aan handhaving bijdragen, zeker wanneer concrete en fundamentele belangen van private partijen in het geding zijn? Het privaatrecht zou hun – en daarmee ook zichzelf – tekort doen, wanneer daarbij onnadenkend aan oude dogma’s wordt vastgeklampt.

7 Slot

Op een gebouw aan de Rotterdamse Blaak prijkt de bekende zin uit een gedicht van Lucebert: “Alles van waarde is weerloos”.¹ Het voorgaande laat zien dat fundamentele rechten inderdaad betrekkelijk weerloos zijn als het gaat om preventieve handhaving met vermogensrechtelijke remedies.

Naast het gebouw aan de Blaak stond op enig moment een kraakpand met de tekst: ‘Poen is puin’. Deze – overigens weinig Rotterdamse – tekst brengt treffend tot uitdrukking dat geld slechts een zeer betrekkelijk surrogaat is. Mensenrechten mogen dan tegenwoordig worden geassocieerd met ‘linkse hobby’s’,² juist hun gebrek aan weerbaarheid rechtvaardigt niettemin dat (ook) in het vermogensrecht wordt gezocht naar mogelijkheden om fundamentele rechten recht te doen.

Dat zijn zware woorden. Intussen past hier ook wel een relativerende opmerking. Afgemeten aan de hoeveelheid – met name bestuursrechtelijke – rechtspraak en literatuur, vormt schending van de redelijke termijn om tot een rechterlijke uitspraak te komen in Nederland thans ‘met stip’ de belangrijkste mensenrechtelijke zonde, en dat terwijl het hier niet gaat om *Italiaanse toestanden* (de duur

¹ J.L. Swaanswijk (pseudoniem Lucebert), (*Verzamelde gedichten* 1974), De zeer oude zingt:

“er is niet meer bij weinig
noch is er minder
nog is onzeker wat er was
wat wordt wordt willoos
eerst als het is is het ernst
het herinnert zich heilloos
en blijft ijlings
alles van waarde is weerloos
wordt van aanraakbaarheid rijk
en aan alles gelijk
als het hart van de tijd
als het hart van de tijd”

² Vgl. het Redactioneel, ‘Mensenrechten in discussie: linkse hobby, rechts liberaal gedachtengoed, of van ons allemaal?’, *NJCM-Bulletin* 2011/1, p. 24 e.v.

van de procedure in de *Pizatti*-zaak bedroeg in één instantie ruim 26 jaar).³ Zo bezien is het mooi dat ook het vermogensrecht over handhavingskwaliteiten beschikt, maar stemt het ook wel gerust dat zij vooralsnog slechts beperkt hoeven te worden ingezet.

Fromberg/Rotterdam, september 2011

3 Uit de inventarisatie van Ten Veen & Collignon 2011, p. 112 komt voor Nederland een weinig verontrustend beeld naar voren.

Literatuur

Adriaanse e.a. 2008

P.C. Adriaanse e.a., 'Het EVRM-kader voor invoering van *punitive damages* in mededingingszaken, Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *NTBR* 2008/7, 37.

Banakas 2005

E.K. Banakas, 'The constitutionalisation of private law in the UK: is there an emperor inside the new clothes?', in: Barkhuysen & Lindenberg (red.), *Constitutionalisation of private Law*, Leiden 2005, p. 83-96.

Barkhuysen 2006

T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veelzijdige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer 2006.

Barkhuysen & Bos 2011

T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JB Plus* 2011, p. 3-34.

Barkhuysen & Van Emmerik 2006

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-Bulletin* 2006, p. 39-64.

Barkhuysen, Van Emmerik & Ploeger 2005

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht', *Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer 2005.

Barkhuysen & Van Ettekoven 2009

T. Barkhuysen & B.J. van Ettekoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009/19.

Barkhuysen & Jansen 2002

T. Barkhuysen & A.M.L. Jansen, 'Rechtsmiddelen tegen rechterlijke en bestuurlijke traagheid: Het EVRM noopt tot aanpassing van het Nederlandse recht', *NJB* 2002, p. 841-848.

Biesheuvel 1986

M.B.W. Biesheuvel, 'Burgerlijk recht en grondrechten', *Preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad 1986.

Bloembergen 2002

A.R. Bloembergen, 'Een halve eeuw schadevergoeding', in: J. Spier & W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding, een eeuw later, bundel opstellen aangeboden aan mr. A.R. Bloembergen*, Deventer 2002, p. 5-35.

Van Boom 2006

W.H. van Boom, *Efficacious enforcement in contract and tort* (oratie EUR), Den Haag: BJu 2006.

Van Boom 2007

W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007/826.

Van Boom 2010

W.H. van Boom, 'Comparative notes on wrongful risk-taking', *Maastricht Journal of Comparative Law* 2010, Vol. 17, nr. 1, p. 10-31.

Van Boom 2011

W.H. van Boom, 'Do insurers have to pay for bad behaviour in settling claims?', *European Journal of Tort Law* 2011, Vol. II, nr. 1, p. 77-102.

Boukema 2008

H.J. Boukema, 'Rodel, schuld en boete', *NJB* 2008, p. 1464-1470.

Brügge-meier 2010

G. Brügge-meier e.a. (red.), *Personality rights in European tort law*, Cambridge 2010.

Castermans 2009

A.G. Castermans, *De burger in het burgerlijk recht* (oratie Leiden), Den Haag 2009.

Castermans & Van der Weide 2009

A.G. Castermans & J.A. van der Weide, *De juridische verantwoordelijkheid van Nederlandse moederbedrijven voor de betrokkenheid van dochters bij schendingen van fundamentele, internationaal erkende rechten*, Leiden 2009.

Cherednychenko 2007

O. Cherednychenko, *Fundamental rights, contract law and the protection of the weaker party* (diss. Utrecht), Utrecht 2007.

Colombi Ciacchi 2010

A. Colombi Ciacchi, 'Party autonomy as a fundmantal right in the European Union', *ERCL* 2010/3, p. 303-318.

Van Dam 2008

C.C. van Dam, *Onderneming en mensenrechten* (oratie Utrecht), Den Haag 2008.

Van Dam 2011

D.B. van Dam, 'Mensenrechten en uitleg van overeenkomsten: het Nederlandse uitlegstelsel en de normen van het EVRM', in: S.D. Lindenbergh & I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag 2011, hoofdstuk 2.

Dijkshoorn 2010

W. Dijkshoorn, 'Overschrijding van de redelijke termijn: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?', *NJB* 2010/1063.

Drion 1969

H. Drion, 'Civielrechtelijke werking van de grondrechten', *NJB* 1969, p. 585-594.

Elders 1986

J.L.M. Elders, 'Burgerlijk recht en grondrechten: "een integratieve benadering"', *Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht* 1985, Lelystad 1986.

Van Emmerik 1997

M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Leiden 1997.

Van Emmerik 2010

M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaat- en publiekrecht', *O&A* 2010/32.

Engelhard e.a. 2009

E.F.D. Engelhard e.a., *Handhaven van en door het privaatrecht*, Den Haag 2009.

Engelhard 2010

E.F.D. Engelhard, '(Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het "grijze" gebied, in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman, *De aangesproken staat*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 11-51.

Enneking e.a. 2011

L.F.H. Enneking e.a., 'Privaatrechtelijke handhaving in reactie op mensenrechtenschendingen door internationaal opererende ondernemingen', *NJCM-Bulletin* 2011/5, p. 541-560.

Faure & Van der Walt 2010

M. Faure & A. van der Walt (red.), *Globalization and private law*, Cheltenham UK 2010.

Van Gerven 2004

W. van Gerven, 'Remedies for infringements of fundamental rights', *European Public law*, Vol. 10/2, p. 261-284.

Giesen 2001

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag 2001.

Haas 2010

D. Haas, 'Een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening', *MvV* 2010, p. 158-162.

Van Harinxma thoe Slooten 2006

L.R. van Harinxma thoe Slooten, *Toegang tot het recht in perszaken* (diss. Tilburg), Den Haag 2006.

Hartlief 2008

T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008/34.

Hendrix & Akkermans 2007

L.G.J. Hendrix & A.J. Akkermans, 'Causaliteitsonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van Chester v. Afshar', *TvGR* 2007/7, p. 498-515.

Huydecoper, Van der Veen & Falkena 2007

J.R.L.A. Huydecoper, G.A. van der Veen & F.B. Falkena, *De prijs van het gelijk. Een (kritische) bespreking van het systeem van vergoeding van gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten*, Den Haag 2007.

Jansen 2009

A.M.L. Jansen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van de redelijke termijn', *O&A* 2009, p. 60 e.v.

Keirse 2009

A.L.M. Keirse, 'De schadevoorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard e.a (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag 2009, p. 95-104.

Keirse 2010

A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade!', in: S.D. Lindenberg (red.), *Een nieuwe aanpak!*, Den Haag 2010, p. 1-26.

Klijnsma 2011

J. Klijnsma, 'Harmonisatie van menselijke waardigheid in het Europees privaatrecht?', *NJB* 2011/1472.

Kortmann & Sieburgh 2009

J. Kortmann & C. Sieburgh, 'Handhaving door Nederlands privaatrecht', *Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag 2009.

Lindenberg 1999

S.D. Lindenberg, 'De positie en handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1665-1707.

Lindenberg 2005

S.D. Lindenberg, 'Schending en schade', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, BWKJ 21, Deventer 2005, p. 305-327.

Lindenberg 2008

S.D. Lindenberg, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer 2008.

Lindenberg 2009

S.D. Lindenberg, 'Tranen met duiten', in: T. Hartlief & S.D. Lindenberg (red.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag 2009, p. 147-156.

Van Maanen 2010

G.E. van Maanen, 'Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey? Genoegdoening als voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW?', *NTBR* 2010/24.

Mak 2008

C. Mak, *Fundamental rights in European contract law*, Kluwer Law International 2008.

Maris & Polak 1969

A.G. Maris & J.M. Polak, 'Dient de wet bijzondere regels te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van grondrechten, en, zo ja, welke?', *Preadvies NJV* 1969-I.

Nehmelman 2002

R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht* (diss. Utrecht), Deventer 2002.

Nguyen 2009

Ti Hahn Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009/1408.

Nieuwenhuis 2011

A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen 2011.

Van Nispen 1978

C.J.J.C. Van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer 1978.

Pinckaers 2011

J.C.S. Pinckaers, 'Ontwikkelingen op het gebied van ex parte verbod, bewijsbeslag en proceskostenveroordeling', *AMI* 2011/4, p. 114-123.

De Poorter & Pahladsingh 2010

J.C.A. de Poorter & A. Pahladsingh, 'Rechtsvorming rond de redelijke termijn', *JB Plus* 2010, p. 81-102.

Pronk 2011

D.A. Pronk, 'Is het Nederlandse schadevergoedingsrecht bij overlijden door een fout van de overheid verenigbaar met het EVRM?', in: Lindenbergh & Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag 2011, hoofdstuk 3.

Rigutto & Vegter 2010

A. Rigutto & J.H. Vegter, 'Fatsoen moet je doen', in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), *En na de crisis?*, Deventer 2010, p. 203-239.

Schuijt 2003

G. Schuijt, 'Smartengeld wegens aantasting van eer en goede naam of privacy', *Mediaforum* 2003, p. 50-51.

Shelton 2005

D. Shelton, *Remedies in international human rights law*, Oxford University press 2005.

Smeehuijzen 2009

J.L. Smeehuijzen, 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009/44.

Smits 2003

J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', *Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer 2003.

Smits 2005

J.M. Smits, 'Private law and fundamental rights: a sceptical view', in Barkhuysen & Lindenberg (eds.), *Constitutionalisation of private law*, Martinus Nijhoff: Leiden/Boston 2005, p. 9-22.

Van Suilen 2010

A.H.J. van Suilen, 'Het conceptwetsvoorstel schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn', *NTFR* 2010, p. 2552 e.v.

Van Tiggele-van der Velde 2009

M. van Tiggele-van der Velde, *Onverkwikkelijke afwikkeling van schade* (oratie Nijmegen), Nijmegen 2009.

Tjong Tjin Tai 2008

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De schade van het aroma', *AA* 2008, p. 334-335.

Ten Veen & Collignon 2011

A. ten Veen & A. Collignon, 'De talmende bestuursrechter; verleden, heden en toekomst', *O&A* 2011/63.

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting van de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen 2002.

Verhey 1992

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle 1992.

Verzijl 2011

H.J. Verzijl, 'Proceskostenvergoeding en fundamentele rechten – voor wie is de rekening?', in: S.D. Lindenberg & I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag 2011, hoofdstuk 9.

Van Vlooten 2010

R. van Vlooten, 'Implementatie van artikel 14 Handhavingsrichtlijn: lost in translation?', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Rake remedies*, Den Haag 2010, hoofdstuk 12.

LITERATUUR

De Vos 2010

B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten, Een kritiek* (diss. Leiden), Apeldoorn 2010.

Wijnakker 2010

C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook mogelijk in Nederland', *VR* 2010, p. 313 e.v.