

EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?

Een verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht d.d. 7 december 2011 (verschenen in NTBR 2012 afl. 9)

I. van der Zalm & S.S. Zoeteman¹

Samenvatting

Op 7 december 2011 vond de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht plaats met als onderwerp: 'EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?'. Centraal stonden de preadviezen van prof. mr. G.E. van Maanen, over het belang van het EVRM voor het algemene privaatrecht, en van prof. mr. S.D. Lindenbergh, over de inzetbaarheid van vermogensrechtelijke remedies bij (dreigende) schending van fundamentele rechten.

Inleiding

Op 7 december 2011 vond de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht plaats met als onderwerp: 'EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?'. Centraal stonden de preadviezen van prof. mr. G.E. van Maanen (Universiteit Maastricht), over het belang van het EVRM voor het algemene privaatrecht, en van prof. mr. S.D. Lindenbergh (Erasmus Universiteit Rotterdam), over de inzetbaarheid van vermogensrechtelijke remedies bij (dreigende) schending van fundamentele rechten. Op deze plaats doen wij verslag van deze vergadering, die werd voorgezeten door prof. mr. W.H. van Boom (Erasmus Universiteit Rotterdam). De preadviezen zijn reeds eerder op deze plaats besproken.² Hieronder volgt eerst verslag van de korte toelichting op de preadviezen, zoals gegeven door de preadviseurs Van Maanen en Lindenbergh, daarna het verslag van de bijdragen van de interveniënten en de inbreng vanuit de zaal.

Toelichting op de preadviezen

I. De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bed-show?

Als eerste gaf Van Maanen een korte toelichting op zijn preadvies over de impact van het EVRM op het privaatrecht. Van Maanen gaf hierbij aan dat zijn interesse in het EVRM de laatste jaren is gegroeid; zo'n tien jaar terug had een privatist genoeg aan alleen het 'harde' privaatrecht. Voor dit preadvies is hij uiteindelijk helemaal het EVRM ingedoken. Het schrijven van het preadvies was een spannende ontdekkingsreis, die er uiteindelijk toe heeft geleid dat Van Maanen onder meer met dit preadvies eenieder zou willen laten zien dat het EVRM (ook) voor het privaatrecht van groot belang is.

Allereerst besprak Van Maanen zijn zienswijze met betrekking tot de weerstand tegen het EVRM. Deze weerstand herleidt Van Maanen naar het open karakter van de normen die in het EVRM zijn vervat. Het EVRM kan volgens hem worden gezien als een soort van gepositieerd natuurrecht. Het is een set principes die als het ware boven het nationale recht

¹ De auteurs zijn verbonden aan de sectie Burgerlijk Recht, Erasmus Universiteit Rotterdam, respectievelijk als wetenschappelijk docent en student-assistent.

² J.M. Emaus en A.L.M. Keirse, 'EVRM en Privaatrecht. Een bespreking van de preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht', *NTBR* 2011/9, nr. 70, p. 497-504.

zweeft en er tegelijkertijd onderdeel van uitmaakt door de rechtstreekse toepassing via de artikelen 93 en 94 Grondwet, maar die bepalingen bevat die niet zo specifiek zijn als de bepalingen in nationale wetgeving, zoals het Burgerlijk Wetboek. Het betreft open rechten waar vanalles uitgehaald kan worden. De weerstand begrijpt Van Maanen daarom wel, het EVRM-recht is weinig specifiek en juist heel open. Daarbij is de toepassing van het recht door de rechters in Straatsburg niet altijd even voorspelbaar. Deze 'open' regels en de onvoorspelbaarheid zorgen voor een complexe opdracht aan de Nederlandse rechter. In dit verband is het begrip van Barkhuysen, 'de veellagige rechtsorde', veelzeggend: het EVRM, de rechtspraak van het EHRM en wetgeving van de Europese Unie zweven als het ware boven onze rechtsorde en maken er tegelijkertijd onderdeel van uit; er dient altijd rekening mee te worden gehouden. De toepassing van het Burgerlijk Wetboek houdt zodoende niet op bij het Burgerlijk Wetboek, maar dient tevens te worden gezocht in het kader van het EVRM en de EHRM-rechtspraak.

Wat betreft de ambtshalve toepassing van het EVRM stelde Van Maanen dat partijen de rechter niet zouden moeten vertellen waar hij het recht moet vinden, maar dat de rechter uit eigener beweging het EVRM toe mag passen in uitzonderlijke gevallen waarin de openbare orde in het geding is. In de overige gevallen, waarin partijen voldoende gronden voor hun vorderingen naar voren brengen, moet de rechter alle rechtspraak met betrekking tot en het EVRM als zodanig toepassen, zo stelt Van Maanen.

De volgende stelling die Van Maanen betrok, betreft de weergave van het belang van het EVRM in studieboeken. Van Maanen gaf weer dat de leerboeken op dit punt achterlopen en ook in het onderwijs wordt veelal niet naar het EVRM verwezen. Volgens Van Maanen kan dit beter door het EVRM te integreren in het onderwijs.

Daarnaast stipte Van Maanen nog een praktisch probleem aan. Om de rechtspraak van het EHRM voor iedereen goed toegankelijk te maken, dient er een vertaalslag plaats te vinden voor de 'gewone jurist in de praktijk'. Door de veelheid en de taal waarin de rechtspraak van het EHRM wordt gepubliceerd, is het nu veelal onmogelijk om de rechtspraak bij te houden. Juristen zullen nu niet elke week op de site van het EHRM kijken (het merendeel van de gepubliceerde rechtspraak is bovendien niet interessant voor het vakgebied van een individuele jurist). Na deze opmerking sloot Van Maanen zijn inleiding af met het benadrukken van het belang van het EVRM: we kunnen er niet omheen!

II. Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten

Lindenbergh gaf aan dat hij bewust voor een nationaal perspectief heeft gekozen in zijn preadvies; hij heeft gekeken hoe het EVRM te ontvangen en hoe ermee om te gaan in het Nederlandse nationale stelsel. Uitgangspunt in zijn preadvies is het recipiëren van het EVRM vanuit een privaatrechtelijk perspectief. Subjectieve rechten nemen in deze een prominente plaats in; daar passen ook fundamentele rechten in. Een voorbeeld hiervan en een mooie manier van privaatrechtelijke (acrobatische) rechtsvinding is het arrest *Valkenhorst*,³ aldus Lindenbergh. Hij vraagt zich af of dit niet anders kan, zonder 'acrobatische' rechtsvinding, bijvoorbeeld door fundamentele rechten rechtstreeks te laten 'landen' in nationaal recht. Er wordt thans snel teruggevallen op open normen (bijvoorbeeld art. 6:162, 6:2, 6:248 en 6:233 BW). Via deze open normen zien we het meest terug van de fundamentele rechten zoals die (ook) in het EVRM zijn vervat.

Lindenbergh heeft in zijn preadvies in de eerste plaats ingezoomd op handhaving als de exportfunctie van het privaatrecht. Met andere woorden: kan het Nederlandse privaatrecht ingezet worden om elders fundamentele rechten te handhaven? Zonder de bedoeling een nieuwe term in het leven te roepen, noemt Lindenbergh, in het verlengde van de

³ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, m.nt. W. Hammerstein-Schoonerwoerd (*De R./Stichting Valkenhorst*).

problematiek van het maatschappelijke verantwoord ondernemen, dat er ook gedacht kan worden aan 'maatschappelijk verantwoord recht doen'.

De tweede invalshoek die Lindenbergh bespreekt, betreft de wijze van handhaving van fundamentele rechten met privaatrechtelijke middelen. Lindenbergh onderscheidt op dat punt twee groepen van gevallen: enerzijds de rechtsvolgende acties (acties waarmee recht wordt verkregen, veelal preventief) en anderzijds redresserende acties (wat te doen als het kwaad al is geschied?). Met betrekking tot de rechtsvolgende acties kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een verbod of bevel. Het toetsingskader is in de praktijk vrijwel altijd artikel 6:162 BW, hoewel dat breder zou kunnen zijn, zo merkt Lindenbergh op. Lindenbergh vermoedt dat er weinig met preventieve acties ten aanzien van subjectieve rechten gedaan wordt doordat niet alleen de eisende partij een fundamenteel recht aandraagt, maar de verwerende partij eveneens een beroep op een fundamenteel recht doet. In dergelijke situaties gaat het dus om een belangenafweging, waarbij geen recht prioriteit of voorrang heeft. Zo'n ingewikkelde afweging omtrent de onrechtmatigheid van een bepaalde gedraging is ex ante moeilijker te maken dan ex post, veronderstelt Lindenbergh, en wordt dan ook gekenmerkt door terughoudendheid. Wat Lindenbergh betreft zou hier best met wat meer creativiteit te werk mogen worden gegaan.

In het kader van de redresserende acties merkt Lindenbergh op dat het EHRM veelvuldig gebruik maakt van artikel 41 EVRM: 'just satisfaction' als genoegdoening voor schending van fundamentele rechten. Lindenbergh betrok in deze de stelling dat wie schending van een fundamenteel recht stelt, ongeacht het motief, voldoende belang heeft. Een vraag die gesteld kan worden is of schending van fundamentele rechten een toepassing van het schadevergoedingsrecht met 'pit' rechtvaardigt: een 'pittig schadevergoedingsrecht' dus, pittiger dan we gewend zijn, aldus Lindenbergh. Het EHRM aanvaardt een discretionaire bevoegdheid als het gaat om de beantwoording van de vraag of schadevergoeding moet worden toegewezen of niet. Ten aanzien van de vermogensschade kan men zich nog afvragen of er een relativiteitsvraag speelt. Ook aanvaardt het EHRM ander nadeel dan vermogensschade; dit schadebegrip is tot op zekere hoogte elastisch, evenals het vergoedingsbegrip, dus daar zou wat mee gedaan kunnen worden om het schadevergoedingsrecht meer pit te geven, zo opperde Lindenbergh. Daarbij spelen verschillende vragen. Onder andere de vraag of schending van een fundamenteel recht gekwalificeerd kan worden als een persoonsaantasting en, zo ja, wanneer dit dan zo is. De Hoge Raad heeft in 1996 aanvaard dat waar het gaat om een schending van een door het EVRM beschermd recht, de Nederlandse rechter niet gebonden is aan de grenzen van art. 6:106 BW. Een andere vraag is of er bij een schending ook altijd sprake is van schade. Dat een rechtsschending een geschokt rechtsgevoel veroorzaakt, mag volgens rechtspraak als element worden meegenomen bij het bepalen van de vergoeding voor immateriële schade (*coma*-arrest).⁴ Ten aanzien hiervan heeft Lindenbergh twee stellingen ingenomen. Hij stelde dat het begrip persoonsaantasting in artikel 6:106 BW voldoende ruimte biedt voor vergoeding als het EVRM of EHRM dat vergt. Tevens stelde hij dat de enkele schending van een fundamenteel recht voldoende kan zijn om als persoonsaantasting te worden aangemerkt.

Dat roept volgens Lindenbergh vervolgens de vraag op wat op dat gebied te doen met de omvang van de schadevergoeding: ingevolge artikel 6:106 BW dient die omvang naar billijkheid vastgesteld te worden. Dient de signaalfunctie van vergoeding bij schending van een fundamenteel recht ook geëxpliciteerd te worden in de vergoeding en, zo ja, hoe dat te doen? De vraag hierbij is of het gaat om vergoeden van geleden schade, of dat er iets anders wordt gedaan. In dit kader noemde Lindenbergh vergoeding bij schending van het recht op beoordeling van een geschil binnen een redelijke termijn.⁵ Hij stelde daarbij de vraag of er bij meerdere eisers een vermenigvuldiging van het toe te wijzen bedrag plaats

⁴ HR 20 september 2002, NJ 2002, 112, m.nt. J.B.M. Vranken (*Coma*).

⁵ Zie hierover hoofdstuk 4 van het preadvies van Lindenbergh.

zou moeten vinden, of wordt eenzelfde signaal ook afgegeven wanneer het bedrag onder de eisers wordt verdeeld? Zoals gesuggereerd in de discriminatie-rechtspraak van het EHRM, zou onderscheid kunnen worden gemaakt tussen schade door rechtsschending en schade door gevolgschade. Lindenbergh stelde daarbij de vraag of in dit verband de conclusie getrokken zou moeten worden dat andere bedragen gehanteerd dienen te worden wanneer het schadevergoedingsrecht met een andere, namelijk een signaalfunctie, wordt aangewend. In het verlengde daarvan betrok hij de stelling dat een andere functie een andere oriëntatie vergt; het rekbare begrip 'billijkheid' laat dat toe.

Vervolgens lichtte Lindenbergh een door hem in het preadvies opgenomen casestudy toe over schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn en nam hij in het verlengde hiervan twee stellingen in. Ten eerste dat schadevergoeding een bruikbaar middel is om een schending van de redelijke termijn en schendingen van fundamentele rechten in het algemeen te redresseren. Tegelijkertijd stelde Lindenbergh dat schadevergoeding een zwakgebod is. Een vraag die hier in de praktijk doorheen speelt: het is wel mooi allemaal, maar gaat het om weerloze rechten en moet de rechtszoeker dat allemaal zelf betalen? Of zou je moeten zeggen, zo vroeg Lindenbergh zich in zijn slotstelling af, dat in geval van schending van een fundamenteel recht eerder plaats is voor een reële proceskostenvergoeding, en bij uitstek wanneer het belang gering is? Moet er, om handhaving serieuzer te nemen, ook wat worden gedaan aan betaling?

Discussie: de interveniënten

Prof. mr. J.H. Gerards

De eerste interveniënt was mevrouw Gerards, hoogleraar fundamentele rechten te Nijmegen. Gerards heeft het preadvies van Van Maanen aanvankelijk met lichte verbazing gelezen; zij was ervan overtuigd dat het EVRM al geruime tijd van belang was voor het privaatrecht en dat de betekenis al geruime tijd bekend was. Zo zijn er al sinds de jaren '70 talrijke zaken over smaad en over afstammingsrecht en familierecht die een privaatrechtelijk karakter hebben en waarover het EHRM zich heeft uitgesproken. Wel gaf zij aan dat men zich pas in de jaren '00 echt heeft gerealiseerd wat de betekenis van het EVRM voor het nationale privaatrecht zou kunnen zijn. Met de uitspraak van het Hof in *Pla en Puncernau*,⁶ een Andorrese erfrechtzaak uit 2004, werd voor veel privatisten plotseling duidelijk dat het EHRM werkelijk invloed heeft op de toepassing van het nationale privaatrecht en dat ook de Nederlandse civiele rechter zich binnen het EVRM moet bewegen. Het EHRM bleek zich te kunnen 'bemoeien' met het privaatrecht en dit zorgde aanvankelijk voor de nodige controverse. Gerards gaf aan dit opmerkelijk te vinden: in haar ogen was er voor deze uitspraak al veel duidelijk en helder, maar als er dan een opvallende uitspraak komt, wordt men plotseling wakker, ook als er in de uitspraak in feite niet veel nieuws staat. Om de belangstelling van Van Maanen voor de doorwerking van het EVRM te kunnen verklaren, nam Gerards de vergadering mee langs een reconstructie van de receptie van het EVRM. In de reacties op het EVRM en de rechtspraak van het EHRM ontwaarde zij een bepaalde ontwikkeling. De eerste fase, zojuist beschreven, is volgens Gerards te kenschetsen als warmlooperperiode. In die periode tot de jaren '00 deed het EHRM weliswaar allerlei belangwekkende uitspraken, maar die werden die nog niet als zodanig herkend. De impact van het EVRM was vooral voor bepaalde deelgebieden zichtbaar, zoals het personen- en familierecht. Fase twee is hiervan te onderscheiden door heftige reacties op uitspraken van het EHRM. Gerards noemde in dit verband de zaken *Pla* en *Öneryildiz*.⁷ Deze uitspraken maakten afhoudende en kritische reacties los; veel commentatoren wilden de

⁶ EHRM 13 juli 2004 (nr. 69498/01), NJ 2005, 508 (*Pla*).

⁷ EHRM 13 juli 2004 (nr. 69498/01), NJ 2005, 508 (*Pla*) en EHRM 30 november 2004, NJ 2005, 210 (*Öneryildiz*).

uitspraken van het Hof eng uitleggen en toonden zich kritisch ten aanzien van de invloed van het EHRM op het nationale civiele recht. Daarna volgde een periode van relatieve rust en stilte, die volgens Gerards wellicht ook als ontwikkelingsperiode is te duiden. Maar in ieder geval neemt Gerards nu een derde fase waar, een fase van acceptatie en instrumentalisering.

Privaatrechtjuristen zijn kennelijk gewend geraakt aan de aanwezigheid van het EVRM en de bemoeienis van het EHRM en zien dat het EVRM een interessant instrument kan vormen dat toegevoegde waarde kan hebben. Het preadvies van Van Maanen laat dat duidelijk zien. Opvallend vindt Gerards dat uitspraken nu soms juist extensief worden geïnterpreteerd, vooral wanneer dit goed uitkomt in een debat dat al nationaal wordt gevoerd: het gaat hierbij om een soort instrumentalistische benadering. Van Maanens preadvies getuigt volgens Gerards van zo'n instrumentalistische benadering. Hij leidt uit Straatsburgse rechtspraak zelfs zo vergaande verplichtingen en regels af, dat Gerards zich afvraagt of de rechtspraak wel echt zo kan worden gelezen. Of er uit een bijzondere feitelijke context van bepaalde zaken verplichtingen voor Nederland kunnen worden afgeleid, weet zij nog niet zo zeker. Een dergelijke ruime interpretatie van EHRM-uitspraken is evenwel niet verkeerd als dat op een goede manier bijdraagt aan de nationale rechtsontwikkeling. Bovendien, zo is Gerards het met Van Maanen eens, kan inspiratie door het EHRM een verfrissend perspectief bieden, wat de rechtsbescherming ten goede kan komen. Gerards merkt daarbij op dat het wel belangrijk is om daarbij te zien dat dit instrumentalisme niet door het Hof wordt opgelegd, zoals sommige critici nog steeds lijken te denken, maar dat het voortkomt uit nationaal enthousiasme en bereidheid om een bepaald vervolg te geven aan de EHRM-uitspraken. Een harde binding, in de zin van vergaande verplichtingen die rechtstreeks voortvloeien uit EVRM en EHRM-uitspraken, is er volgens Gerards vaak helemaal niet. De EHRM-uitspraken zijn vaak sterk zaakgericht en moeten in hun eigen context worden gezien – weliswaar kunnen er soms algemene lijnen en richtsnoeren voor interpretatie uit worden afgeleid, maar nationale rechters en regelgevers hebben veel ruimte om daaraan een eigen invulling te geven. De neiging om vergaande verplichtingen rechtstreeks af te leiden uit de uitspraken van het EHRM en het opleggen van deze verplichtingen daadwerkelijk aan het Straatsburgse Hof toe te schrijven, is naar het idee van Gerards zelfs riskant. Bekend is immers dat het EHRM onder vuur ligt, juist omdat het beeld bestaat dat het zulke vergaande verplichtingen oplegt en zich op deze manier sterk bemoeit met het nationale recht en het nationale beleid. Het lijkt er volgens Gerards op dat deze kritiek leidt tot een tegengestelde reactie bij het EHRM: het Straatsburgse Hof wordt steeds voorzichtiger en is minder snel geneigd een interpretatieve voorbeeldfunctie te vervullen. In dit kader betoogt Gerards dat het tijd is voor een nieuwe, vierde fase. Nieuwe interpretaties van het Nederlandse privaatrecht moeten ingebed worden in het nationale privaatrecht, liever dan dat zij worden toegeschreven aan de rechtspraak van het EHRM. Mechanismen zoals door Lindenbergh geschetst, lenen zich er uitstekend voor om een eigen, Nederlands acquis van grondrechtenbescherming in het privaatrecht te ontwikkelen. Dat acquis wordt mogelijk gedeeltelijk bepaald door EHRM-rechtspraak, maar duidelijk moet zijn dat privaatrechtbeoefenaren zelf de hand hebben in het stellen van grenzen en het invullen van de relevante regelgeving. Zo kan er volgens Gerards, met het inpassen van het acquis in de nationale systematiek, een stap worden gezet in een effectieve grondrechtenbescherming in het Nederlandse privaatrecht. Met een verbeterde toegankelijkheid van EHRM-uitspraken en een inbedding van het EVRM-recht in handboeken, kan volgens Gerards een vervolgstap worden gezet van vertaling van dat EVRM-recht naar het nationale recht. Daarin is grote meerwaarde gelegen, zo sloot Gerards haar interventie af.

Na de reconstructie van de receptie van het EVRM in het privaatrecht en een blik vooruit van Gerards, was het woord aan de tweede referent, de heer Barkhuysen, hoogleraar staats- en bestuursrecht te Leiden en advocaat bij Stibbe te Amsterdam. In tegenstelling tot de volgens Barkhuysen wat meer antropologische inslag van Gerards, gaf hij aan zelf een meer positiefrechtelijke invalshoek te kiezen. Het EVRM mag dan nog wel wat ver van ons bed lijken, maar dit is ook volgens Barkhuysen heden ten dage al een stuk minder. Hij vraagt zich net als Gerards af of we nu niet te enthousiast omgaan met het EVRM en te veel in uitspraken van het EHRM willen lezen. Naar de rechtspraak van het EHRM kijkend, is het EVRM eigenlijk een soort 'meta redelijkheid- of evenredigheidstoets'. Naast deze toets vindt Barkhuysen een tweede punt van belang, namelijk dat het EHRM het te druk heeft en mede daarom zaken teruggeeft aan de nationale rechter, zodat de nationale rechter een zorgvuldige procedure kan volgen. Het Hof stelt, met andere woorden, serieuze procedurele eisen aan de nationale rechtsgang. Kijkend naar deze twee parameters, de meta redelijkheid- en evenredigheidstoets en de eis van een zorgvuldige nationale procedure, gaf Barkhuysen aan te denken dat op grond van het EVRM niet zo veel te vrezen is. De interne rechtsvergelijking in beide preadviezen spreekt Barkhuysen zeer aan. Een integrale benadering van het EVRM en het Nederlandse privaatrecht in handboeken, een idee van onder meer Van Maanen, spreekt hem ook aan. Een dergelijke integrale benadering is reeds in het bestuursrecht gemeengoed; hier ligt nog belangrijk werk voor privaatrechtjuristen. Na deze inleiding van Barkhuysen maakte hij nadere kanttekeningen bij beide preadviezen, te beginnen met het preadvies van Van Maanen. Barkhuysen vroeg zich af of de door Van Maanen aangehaalde *Pla*-uitspraak van het EHRM wel zo verstandig is geweest, of het privaatrecht wel over de band van het EVRM naar Straatsburg moet worden getrokken. Zeker bij de *Schotelantennezaak*⁸ heeft Barkhuysen zijn twijfels. Het EHRM stelde in die zaak het recht op informatie van de huurder boven het in het huurcontract bedongen recht van de verhuurder om schotelantennes van de gevel te weren. Barkhuysen vraagt zich af of het EVRM-recht wel zo binnengehaald moet worden en of het EHRM wel voldoende aandacht heeft besteed aan het feit dat in de *Schotelantennezaak* afstand van recht een rol zou kunnen spelen. De vraag is volgens Barkhuysen of het EHRM dit wel willen en of het daarmee de Rechtbank Den Bosch dit moet dwingen toe te passen (*LJN BU2938*). In dit verband noemt Barkhuysen de dissenting opinions van EHRM-rechters die zich ook (kunnen) afvragen of het EVRM wel zo moet worden binnengehaald, hij refereert aan een dergelijke dissenting opinion in de zaak *Pla*.

Het tweede punt van Barkhuysen had betrekking op de ambtshalve toepassing van het EVRM. Ten onrechte is volgens Barkhuysen de indruk gewekt dat hij heeft gesuggereerd dat het EVRM niet ambtshalve mag worden toegepast. Hij heeft bedoeld dat het EVRM niet ambtshalve getoetst zou moeten worden; waar partijen niet zelf met een grondslag gebaseerd op het EVRM komen, zou de rechter buiten partijen om niet het EVRM erbij moeten betrekken. De rechter moet indien nodig, een grondslag vertalen naar een EVRM-grondslag, maar zelf geen andere grondslag(en) in het EVRM gaan zoeken indien wat partijen hebben aangedragen daar geen aanleiding toe geeft. Als slotsom wat dit punt betreft merkte Barkhuysen op dat, onder meer naar aanleiding van rechtspraak, geconcludeerd kan worden dat niet ambtshalve aan het EVRM getoetst dient te worden, maar dat rechtsgronden wel ambtshalve aangevuld dienen te worden.

Barkhuysen voorspelt verder dat de rechtspraktijk eerder de route zal gaan kiezen om met het EU-Handvest in de hand een prejudiciële vraag te stellen lopende de procedure, dan eerst nationaal uit te procederen en dan naar Straatsburg te gaan. Daarmee zou het EHRM vanwege de lange looptijden minder prominent worden.

Vervolgens kwam Barkhuysen tot een bespreking van het preadvies van Lindenbergh. Lindenberghs conclusie is dat het privaatrecht de nodige remedies biedt om het EVRM-recht

⁸ EHRM 16 december 2008, *LJN BH1809*, *EHRC* 2009/17, *AB* 2009, 508, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Mustafa en Tarzibachi/Zweden*).

toe te passen in het Nederlandse privaatrecht, ook wat betreft schending van de redelijke termijn. Barkhuysen vraagt zich op dit punt af hoe de civiele kamer van de Hoge Raad zal oordelen. Gaat de Hoge Raad mee met het Hof Den Haag? En hoe gaat het de civiele rechter dan om met een dergelijke schending in een zaak tussen louter particuliere partijen? Barkhuysen stelde dat dwingen om opnieuw de Staat te gaan dagvaarden geen effectieve remedie kan zijn. Hij vraagt zich af of het dan goed is om de Staat in deze zaken tussen particulieren te betrekken, of dat het beter is om te kiezen voor een wetswijziging. Indien dit laatste het geval is, gaf Barkhuysen aan dat dan misschien ook nagedacht zou kunnen worden over maatregelen om een en ander te versnellen.

Mr. dr. M.L. Van Emmerik

De heer Van Emmerik, universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht te Leiden en rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Amsterdam (sector bestuursrecht), begon zijn interventie met een bespreking van het preadvies van Van Maanen. Vooraf merkte hij op dat hij zich aansloot bij de voorgaande sprekers; het is ook volgens Van Emmerik de vraag of we niet doorslaan in enthousiasme. Hij maakte die gedachte concreet met het voorbeeld van *Perdigao/Portugal*,⁹ waar Van Maanen enthousiast over is en waarin wordt gekeken naar het geheel van een procedure, in die zin dat griffierechten die een schadevergoedingsbedrag overtreffen niet gerechtvaardigd worden geacht. Het is zeer de vraag of op grond van deze bijzondere zaak in algemene zin kan worden geconcludeerd dat justitiabelen op grond van het door artikel 1 Eerste Protocol gegarandeerde eigendomsrecht extra (in vergelijking met de waarborgen van het in artikel 6 EVRM verankerde recht op toegang tot de rechter) beschermd worden tegen al te hoge griffierechten. Van Emmerik was geïntrigeerd door de link die Van Maanen legde met de *Enschede-zaak*.¹⁰ Van Emmerik deelt de opvatting dat ook op nationaal niveau (ook door de Hoge Raad) serieuzer omgegaan kan worden met de eis zoals vervat in artikel 2 EVRM, in het bijzonder ten aanzien van de mogelijkheid de overheid aansprakelijk te stellen voor de dood van burgers, waar zij heeft nagelaten voldoende inspanningen te leveren om te voorkomen dat een dergelijk levensgevaar zich zou realiseren.

Het 'probleem' dat Van Emmerik met Lindenberghs preadvies had, was dat hij het op elk punt volstrekt met hem eens was. Toch stelde Van Emmerik hem de vraag, die ook reeds door Gerards was gesteld, naar de grens tussen een fundamenteel recht en een gewoon recht. Daaraan vastknopend merkte Van Emmerik op dat Lindenbergh een onderscheid maakt tussen de verschillende functies van schadevergoeding en dat er ook onderscheid zou kunnen worden gemaakt naar de diverse oorsprongen van schade.

Discussie: de repliek van de preadviseurs

Van Maanen reageerde eerst op de suggestie dat hij wellicht te ver door is geschoten en te enthousiast geraakt is over het EVRM en de rechtspraak van het EHRM. Ondanks dat Van Maanen zelf zegt dat hij inderdaad wat ver is gegaan, omdat hij als nieuwe bekeerling zijn overtuiging wilde verkopen, merkte hij op dat het merendeel van wat hij heeft gezegd overeind blijft. De interveniënten redeneerden volgens Van Maanen wat politiek, maar een en ander moet gewoon aan de orde gesteld worden, aldus Van Maanen. Vanzelfsprekend is het een Nederlandse discussie; ergens een uitspraak van het EHRM bij halen is een sterker argument dan wanneer er alleen maar gezegd wordt dat iets onredelijk is.

⁹ EHRM 16 november 2010, Application no. 24768/06, AB 2011, 221, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Perdigao/Portugal*).

¹⁰ Zie hierover hoofdstuk 8 van het preadvies van Van Maanen.

EHRM-uitspraken zijn nooit één op één toepasbaar in andere gevallen, net als de jurisprudentie van de Hoge Raad. Er dient te worden gekeken naar de kern en de onderliggende redengeving. Wat Van Maanen aanspreekt is bijvoorbeeld de manier van rechtsvinding in de zaak *Perdigao/Portugal*.¹¹ Hierbij gaat het niet om het juridisch technische, maar om het maatschappelijk effect van twee regelingen (onteigening/griffierechten). In dit kader merkte Van Maanen op dat in er de zaak *Enschede* in zijn ogen geen goede afweging is gemaakt, er zou namelijk naar het gehele plaatje gekeken moeten worden en niet zoals thans gebeurt naar losse stukken. Verder gaf Van Maanen als antwoord op de vraag of de uitspraken *Pla* en *Schotelantenne* wel verstandig zijn geweest, dat hij denkt dat dit het geval is; het recht op vrije nieuwsgaring is een fundamenteel recht, ook in Nederland. Tot slot gaf hij aan te denken dat eenieder het eens is met de eerder gemaakte opmerking over de ambtshalve aanvulling: er moeten wel feiten aanwezig zijn vooraleer de nationale rechter het EVRM toepast.

Ook Lindenbergh ging in op hetgeen door de interveniënten is besproken. Hij gaf aan dat de vraag wat een fundamenteel recht is, een fundamentele vraag blijft. Gesteld kan worden dat dit alles is wat wij in het Nederlands privaatrecht fundamenteel vinden, waarbij hij aangaf dat dit dus eigenlijk een cirkelredenering is. De invulling van het begrip fundamenteel recht zou dus opengelaten moeten worden. Subjectieve rechten zijn bijvoorbeeld ook lastig te specificeren. Wanneer hiertoe een poging wordt ondernomen, ontardt dat in een lange discussie. Lindenbergh stelde wel een aantal fundamentele rechten te kunnen noemen, maar dit verder open te willen laten.

Daarnaast gaf hij aan dat het leerstuk van schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn nog niet zo makkelijk in de sfeer van het EVRM is op te lossen. Althans, Lindenbergh zou dat in het civiele proces nog niet zien gebeuren. Zo is een lastig aspect dat de Staat geen partij bij het EVRM is. Lindenbergh gaf aan niet te weten wat hier de beste oplossing voor is. Het civiele recht loopt op dit punt misschien ook wel tegen beperkingen aan, aldus Lindenbergh. Een interessante vraag is of en, zo ja, hoe dit eventueel valt te repareren met wetgeving. Lindenbergh gaf aan dat deze vraag natuurlijk zal gaan spelen en deels reeds speelt, en zeker ook bij de Hoge Raad terecht zal komen.

Discussie: opmerkingen uit de zaal

De eerste opmerking uit de zaal kwam van de heer Giesen, hoogleraar Privaatrecht te Utrecht. Hij merkte op dat Van Maanen stelt dat er overeenstemming is over wanneer ambtshalve te toetsen en/of aan te vullen, maar toch zou Giesen hier graag wat meer over horen, mede omdat hij zelf ook niet altijd precies kan aangeven waar de grens ligt: wat noem je nog toetsing en wat al aanvulling? Hoeveel moet een rechter in het dossier hebben om te kunnen zeggen: 'O, u bedoelt artikel 6 EVRM, dan ga ik dat gebruiken'. Dus: waar ligt de grens?

Daarnaast ging Giesen in op het onderwerp onrechtmatige rechtspraak. Hij zei te denken dat met het arrest *Greenworld*¹² in elk geval impliciet wordt teruggekomen op het arrest *Hotel Jan Luyken* van de Hoge Raad uit 1971.¹³ De Hoge Raad kaart namelijk zelf het thema van de overheidsrechtspraak aan in een zaak over arbiters. Giesen vermoedt dat de Hoge Raad dit heeft overwogen omdat weinig wordt geprocedeerd over onrechtmatige rechtspraak, omdat advocaten dat hun cliënten – terecht – ontraden. Toen de Hoge Raad ergens ruimte zag om de deur open te zetten, is dat gedaan en Giesen roept naar aanleiding daarvan de advocatuur op om die deur verder te openen.

¹¹ EHRM 16 november 2010 (*Perdigao/Portugal*), Application no. 24768/06.

¹² HR 4 december 2009, NJ 2011, 131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenworld/NAI*).

¹³ HR 3 december 1971, NJ 1972, 137, m.nt. G.J. Scholten (*Hotel Jan Luyken*).

In reactie op Giesen stelde Van Maanen dat de vraag waar de grens tussen toetsing en aanvulling ligt, niet in abstracto te beantwoorden is; in iedere zaak zou dit anders zijn. Volgens Van Maanen zouden er voldoende feiten gesteld moeten worden om de rechter ertoe te brengen bepaalde dingen zelf naar voren te brengen. Wanneer Van Maanen terug gaat naar zaak waar hij zijn preadvies mee begon, de zaak *Bemoti*, dan is daar de kern van de procedure dat de vordering van het slachtoffer was verjaard voor zij meerderjarig was en zelf de vordering kon instellen.¹⁴ Dat zou onder het huidige recht geen probleem zijn geweest, maar onder oud recht gold de termijn van vijf jaar zonder enige nuancering, zonder rekening te houden met het feit dat het slachtoffer minderjarig was ten tijde van het ongeval. Daarbij stelde Van Maanen de vraag of de rechtbank, het hof of de advocaten zelf op het idee zouden moeten komen om artikel 6 EVRM toe te passen. Hij is zelf van mening dat ze dit hadden moeten doen. Het ging hier om toegang tot de rechter, effectieve rechtsbescherming. Ook de Hoge Raad of Advocaat-Generaal had dit naar voren moeten brengen of moeten onderzoeken. Van Maanen merkte daarbij wel op dat dit in veel zaken in cassatie wel keurig onderzocht of opgemerkt wordt.

Vervolgens maakte de heer Valk, vice-president van het Gerechtshof Arnhem, opmerkingen vanuit het perspectief van de rechtspraak. Hij stelde dat de lijdelijkheid de burgerlijke rechter in de weg zit. De begrenzing van ambtshalve toetsing en aanvulling moet in EVRM-perspectief worden bekeken. In de praktijk heerst op dit terrein onzekerheid. Valk constateerde dat nog onbesproken was gebleven het feit dat de Hoge Raad in cassatie gebonden is aan de middelen. Voor de rechtsstrijd in hoger beroep geldt op vergelijkbare wijze dat een hof gebonden is aan de grieven. De lijdelijkheid van de appelrechter wordt nog versterkt door de zogenaamde tweeconclusieregel. Volgens Valk is te overwegen om de effectiviteit van de bescherming van fundamentele rechten in de civielrechtelijke rechtspraak te versterken door vast te stellen dat de burgerlijke rechter, waaronder de appelrechter, het EVRM ambtshalve aan de orde mag (en eigenlijk: moet) stellen als er aanleiding is te vermoeden dat het EVRM in het geding is. Dat zou de Hoge Raad zo kunnen beslissen door uitleg van het begrip openbare orde, als uitzondering op het grievenstelsel, en uiteraard zou in plaats daarvan ook de wetgever het zo kunnen bepalen. Een rechter mag thans niet zeggen dat in een bepaalde zaak bijvoorbeeld het recht op leven in het geding is; hier dient door partijen een beroep op te worden gedaan. Er zou volgens Valk ruimte ontstaan wanneer de burgerlijke rechter het debat zou mogen verbreden door de betekenis van fundamentele rechten aan de orde te stellen.

Barkhuysen merkte vervolgens op het met Van Maanen eens te zijn dat het ingewikkeld is te bepalen wanneer sprake is van ambtshalve toetsen en wanneer het gaat om het aanvullen van rechtsgronden. In het EVRM staat dit ook niet met zoveel woorden. Wanneer er *in substance*, in materiële zin, een beroep op gedaan is, zou dit moeten worden vertaald naar een EVRM-grond. Wanneer geen beroep *in substance* is gedaan, dan kan worden verweten dat de nationale rechtsmiddelen niet zijn uitgeput. Als het enigszins mogelijk is, zouden de aangevoerde gronden vertaald moeten worden naar een grond uit het EVRM. Wel dient hier voorzichtiger mee om te worden gegaan als het om twee particuliere partijen gaat, aldus Barkhuysen.

In reactie op Barkhuysen stelde Giesen dat het lastig is te bepalen wanneer je dit nu wel en wanneer je dit nu niet zou moeten doen. Als voorbeeld noemt hij verjaring. Het wordt een complex verhaal wanneer de ene partij stelt dat de vordering niet verjaard is (terwijl duidelijk is dat er wel sprake is van verjaring) en daarnaast stelt dat 'voor zover de vordering is verjaard, dit in strijd met de billijkheid is'. Als een Nederlandse rechter dat zou willen, zouden

¹⁴ HR 3 december 2010, LJN BN6241, RvdW 2010/1449 (X/*Bemoti* + *Vadestru*).

de artikelen 6:2 en 6:248 BW ruim uitgelegd kunnen worden en zou daarmee dan ook het EVRM binnengehaald kunnen worden. Dan komt artikel 6 EVRM dus in beeld en zou de rechter zogezegd 'los' kunnen gaan. Er zijn dan echter weinig zaken waarbij er geen ambtshalve aanvulling zou kunnen worden toegepast. In een situatie waarbij twee particulieren betrokken zijn, kan dit voor de ene partij goed uitpakken en is dat mooi, maar voor de andere partij kan het betekenen dat gebroken wordt met de rechtszekerheid, waar Barkhuysen volgens Giesen terecht aan refereert. Er is dan geen enkele zaak meer waarin het EVRM er niet bij gehaald zou mogen worden, aldus Giesen. Hij vroeg zich vervolgens af of het 'noemen' van een recht de grens niet zou moeten zijn. Volgens Giesen moet er in elk geval enig aanknopingspunt zijn om iets in het kader van het EVRM te kunnen plaatsen. Van Maanen en Valk merkten hierbij op dat er feiten moeten zijn die aanleiding geven om het EVRM erbij te halen.

Mevrouw Bakels, cassatieadvocaat bij Stibbe, gaf aan dat de rechter de feitelijke grondslag niet zomaar mag aanvullen. Er dienen daartoe niet alleen feiten gesteld te zijn, maar deze feiten moeten ook in de goede context worden aangevoerd. Volgens Bakels is het aan de feitenrechter om de afweging te maken of er een aanknopingspunt is om in de stellingen van partijen een beroep op het EVRM te lezen. Als een partij geen beroep op het EVRM heeft gedaan, maar het wel voor de hand ligt dat hij dat zou willen doen, heeft de rechter op grond van het arrest *Regiopolitie/Hovax*¹⁵ de ruimte om ambtshalve de vraag aan de orde te stellen of sprake is van een schending van het EVRM. De rechter zal vooral aanleiding kunnen zien om een dergelijke vraag ambtshalve aan de orde te stellen, als hij anders een uitspraak zou moeten doen die mogelijk niet rechtvaardig zou zijn.

Ten aanzien van de tweede opmerking van Giesen, met betrekking tot onrechtmatige rechtspraak, liet Lindenbergh weten hier kort over te kunnen zijn. Hij zou *Greenworld* niet durven uit te leggen en al helemaal niet vanaf de stoel van een raadsheer in de Hoge Raad. Hij gaf aan dat het wellicht een mooi thema zou kunnen zijn voor een volgend preadvies. Geconcludeerd zou volgens Lindenbergh kunnen worden dat op het punt van schending van de redelijke termijn iets moet gebeuren en dat dit op een manier in het systeem moet worden ingepast. Dat kan redelijk goed, omdat dit niet de rechtsmiddelenproblematiek raakt. De kwestie betreft namelijk 'slechts' de duur van de procedure: het heeft te lang geduurd en daar moet voor worden betaald. Dat staat los van een mogelijk 'extra rechtsmiddel tegen onzorgvuldigheid', aldus Lindenbergh.

Barkhuysen stelde hierop dat de vraag of een extra rechtsmiddel aan de orde zou zijn, naar voren komt wanneer gekeken wordt naar de coherentie van het rechtsmiddelensysteem. Er zijn volgens Barkhuysen veel ernstiger schendingen van het EVRM door de rechter denkbaar dan de redelijke termijn. Zou het systeem moeten worden verruimd, alleen voor het herstellen van een procedureel foutje (door Barkhuysen als 'mineure' schending aangeduid), maar niet voor inhoudelijke fouten? Bij het creëren van een rechtsmiddel dat inzetbaar is bij de schending van de redelijke termijn, wordt volgens Barkhuysen zodoende een vervolgvraag opgeroepen: dient deze lijn ook te worden doorgetrokken naar andere fouten, ook indien het hierbij gaat om fouten van inhoudelijke aard?

Lindenbergh gaf aan dit een ingewikkelde vraag te vinden. Het uitwerken hiervan zou het opzetten van een vierde instantie kunnen betekenen. Hij stelde dit een ander debat te vinden dan het debat over de vraag in welke gevallen artikel 6 EVRM ertoe zou kunnen leiden dat actie ondernomen kan worden.

¹⁵ HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460.

Na het debat over onrechtmatige rechtspraak, stelde Van Boom tot slot aan de orde wat een fundamenteel recht is. Vanuit de zaal kwam een reactie van de heer Nieuwenhuis, emeritus hoogleraar, Universiteit Leiden. Hij stelde dat gezegd kan worden dat iets in elk geval fundamenteel is wanneer het recht een ander recht fundeert, wanneer het de menselijke waardigheid betreft en wanneer het een algemeen persoonlijkheidsrecht is, maar daarmee ben je er nog niet. Er is één ding wat een fundamenteel recht niet is: een *onaantastbaar* recht. Van Maanen heeft een aantal keer als voorbeeld het recht op vrije nieuwsgaring gebruikt, zo haalde Nieuwenhuis aan. Dit is een belangrijk recht, maar dat wil volgens Nieuwenhuis niet zeggen dat het onaantastbaar is. Er kan niet gezegd worden dat bij elke inbreuk op het recht van vrije nieuwsgaring een contract de prullenbak in mag (Nieuwenhuis verwees hiermee naar de eerder aangehaalde *Schotelantenne*-zaak). Als voorbeeld nam Nieuwenhuis een student die een tentamen aan het maken is. Er is met de universiteit afgesproken dat er geen mobiele telefoon gebruikt mag worden tijdens tentamens. Maar: vrije nieuwsgaring is een recht! Stel dat deze student tijdens het tentamen zijn mobiele telefoon pakt en zegt dat dit juist een belangrijk moment is voor vrije nieuwsgaring... Nieuwenhuis' vraag aan Van Maanen is hiermee: hoe fundamenteel is fundamenteel?

Van Maanen gaf als reactie op Nieuwenhuis aan dat fundamentele rechten een kader vormen waarbinnen afgewogen moet worden. Het gaat hierbij om een afweging van verschillende fundamentele rechten. Niet één van die rechten is absoluut.