

Beste lezer,

Deze bijdrage is de elfde en tevens laatste in de serie waarvoor onze in 2013 overleden hoofdredacteur prof. mr. Niels Frenk begin 2013 het initiatief nam. De bedoeling van deze dissertatiereeks is om auteurs de gelegenheid te geven hun proefschrift nog eens onder de loep te nemen en te reflecteren op de veranderingen in de rechtsontwikkeling en (mogelijk) in de eigen gedachten. Vanzelfsprekend gaan alle dissertaties over een onderwerp op het gebied van verkeersrecht, aansprakelijkheid, schade of verzekering.

In deze laatste aflevering blikt Michiel van Emmerik terug op zijn proefschrift *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraak onder het EVRM vergeleken met die in Nederland* (Leiden: Stichting NJCM-Boekerij, 1997) dat hij op 5 juni 1997 aan de Rijksuniversiteit Leiden verdedigde. Zijn promotors waren prof. mr. E.A. Alkema en prof. mr. J. Hijma.

De redactie wenst u veel leesplezier.

2 Schadevergoeding bij schending van mensenrechten *revisited*

Mr. dr. M.L. van Emmerik *

Inleiding

Enige tijd geleden benaderde de redactie van dit tijdschrift mij om een bijdrage over mijn proefschrift te schrijven voor deze rubriek, waar u inmiddels vertrouwd mee bent. Dit verzoek werd als volgt nader gemotiveerd: “Omdat jouw proefschrift het eerste Nederlandse luikje is naar de relevantie van mensenrechten voor het aansprakelijkheidsrecht, zou de redactie zo’n terugblik van jou zeer op prijs stellen”. Graag ga ik hierbij in op dit verzoek, zij het dat het mij in die zin wel voor problemen stelt dat ik mij al enige tijd in het dagelijkse onderzoek in de kern niet meer bezig houd met het object van mijn promotieonderzoek.

Wat ik in deze bijdrage wil doen, is terugkijken naar mijn bevindingen van destijds en in enkele grove pennenstreken enige belangrijke ontwikkelingen proberen te schetsen op het terrein van schadevergoeding bij schending van mensenrechten. Hierbij geldt het volgende voorbehoud. Ik pretendeer niet alle ontwikkelingen volledig in kaart te brengen maar probeer slechts enkele tendensen te signaleren die ongetwijfeld gekleurd zijn door mijn persoonlijke (onderzoeks)bril die de afgelopen jaren een bijzondere focus heeft gehad op de doorwerking van het EVRM en andere mensenrechtennormen in het publiekrecht, zij het met een enkele keer uitstapjes naar het privaatrecht. Aan het eind van deze terugblik zal blijken dat **privaat- en publiekrecht, in het bijzonder op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht, steeds meer met elkaar verweven zijn geraakt, mede onder invloed van Europese mensenrechten (EVRM en EU-grondrechtenhandvest).**

* Universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de afdeling bestuursrecht van de rechtbank Midden-Nederland.

Kort over de inhoud

Mijn proefschrift, waarop ik op 5 juni 1997 in Leiden promoveerde bij Evert Alkema en Jaap Hijma, heeft als titel *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraak onder het EVRM vergeleken met die in Nederland*.¹⁾ In mijn onderzoek heb ik de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) op grond van het toenmalige artikel 50 (thans 41) EVRM in kaart gebracht en geanalyseerd. Op grond van dit verdragsartikel kan het Straatsburgse Hof schadevergoeding toekennen nadat het een schending van een van de verdragsrechten heeft geconstateerd. Vervolgens heb ik bekeken wat deze rechtspraak betekent voor de Nederlandse rechtspraak op het terrein van schending van mensenrechten, met de nadruk op de vergoeding van immateriële schade. Het voert te ver om de resultaten van het onderzoek van destijds in extenso weer te geven. Hierna geef ik graag de aanbevelingen waar mijn promotieonderzoek in uitmondde integraal weer om vervolgens kort te reflecteren op de vraag wat er van die aanbevelingen terecht is gekomen. Daarbij zal de nadruk liggen op de aanbevelingen voor de Nederlandse rechtspraak ten aanzien van vergoeding van immateriële schade bij schending van mensenrechten. Op de “Straatsburgse” aanbevelingen zal slechts kort worden ingegaan.

“I STRAATSBURG

1. Het Hof dient meer lijn te brengen in zijn schadevergoedingsbeslissingen op grond van art. 50 EVRM. Het Hof zou in vergelijkbare zaken vergelijkbare beslissingen moeten nemen, bijvoorbeeld inzake de vergoeding van ‘loss of opportunities’. In het bijzonder dient het Hof te motiveren waarom het een schadeclaim afwijst of waarom het volstaat met de constatering van een verdragsschending als voldoende billijke genoegdoening in de zin van art. 50. Op deze manier kan de procedure onder art. 50 uitgroeien tot een volwaardige schadevergoedingsprocedure, waarin de vereisten van art. 6 EVRM in acht worden genomen.

2. Het Hof zou ten minste aanbevelingen moeten doen over de door de aansprakelijke staat te nemen herstelmaatregelen. Op deze manier kan *restitutio in integrum* zoveel mogelijk worden benaderd en kunnen verdragsschendingen in de toekomst worden voorkomen. In dit verband kan de praktijk van het Mensenrechtencomité van de VN en het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens als voorbeeld dienen.

II NEDERLAND

1. In de lijn van de Straatsburgse jurisprudentie dient de Nederlandse rechtspraak terzake van vergoeding van immateriële schade te worden verruimd. Een en ander kan worden gerealiseerd via een ruime uitleg van de zinsned ‘of op andere wijze in de persoon is aangetast’ uit art. 6:106 BW. Hierbij valt in het bijzonder te denken aan schending van procedurele mensenrechten, zoals vastgelegd in art. 6 EVRM.

2. In het Nederlandse recht dient een herzieningsmogelijkheid in het leven te worden geroepen naar aanleiding van een veroordelend vonnis van het EHRM. Indien dit Hof van oordeel is dat in een nationale procedure de vereisten van het EVRM niet in acht zijn genomen, dient de in Straatsburg in het gelijk gestelde klager om heropening van deze nationale procedure te kunnen vragen. Op deze wijze kan hij een resultaat bereiken dat dicht in de buurt komt van een *restitutio in integrum*, bijvoorbeeld vernietiging van zijn strafrechtelijke veroordeling. Deze herzieningsmogelijkheid dient open te staan in alle strafzaken. Voor civiele en bestuursrechtelijke procedures geldt de beperking dat er geen belangen van derden bij betrokken zijn.

3. Zolang de Straatsburgse schadevergoedingsprocedure niet met voldoende waarborgen is omkleed (zie I), dient voor het slachtoffer na een succesvolle procedure in Straatsburg de weg naar de burgerlijke rechter met een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) open te staan.”

Ad I 1. Meer lijn in de Straatsburgse schadevergoedingsjurisprudentie?

In het kader van deze bijdrage is het voor mij onmogelijk om het Straatsburgse “schadevergoedingscorpus” van een kleine twintig jaar uit te pluizen. Uit de grote hoeveelheid jurisprudentie op basis van artikel 41 EVRM²⁾ en de diverse vaak omvangrijke publicaties daarover lijkt er nog steeds wel iets af te dingen op de consistentie van deze schadevergoedingspraktijk, met name ook als het gaat om de vergoeding van immateriële schade. Zo karakteriseren Haeck en De Meyst ‘het Straatsburgse schadevergoedingsconten-tieux als sterk casuïstisch en weinig transparant’.³⁾ Een vuistdikke, breed opgezette Weense studie van het Institute for European Tort Law en het European Centre of Tort and Insurance Law belicht vele facetten van de Straatsburgse schadevergoedingsjurisprudentie.⁴⁾ Somers heeft in zijn recente dissertatie over het Straatsburgse schadevergoedingsrecht en het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht deze artikel 41 EVRM jurisprudentie uitvoerig in kaart gebracht en van commentaar voorzien.⁵⁾ Hij lijkt wel enige lijn te zien in de praktijk van het EHRM om in de omstandigheden van het geval te volstaan met de constatering van een verdragsschending als voldoende billijke genoegdoening,⁶⁾ waar anderen die lijn echter nog niet kunnen ontwarren.⁷⁾ Vanzelfsprekend geldt bij immateriële schade dat deze zich niet precies op geld laat waarderen en zich bij uitstek leent om in de omstandigheden van het geval op basis van billijkheid te worden begroot. Dit brengt (oud-)rechter Costa in 2002 tot de conclusie dat er daarmee onvermijdelijk sprake is van een zekere willekeur in de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof.⁸⁾ In de zojuist genoemde Weense studie wordt de moeilijkheid van de precieze begroting van immateriële schade ook erkend maar tegelijkertijd opgeroepen tot meer consistentie in de rechtspraak om voor vergelijkbare schendingen vergelijkbare bedragen toe te kennen. Daarbij kunnen factoren als de ernst van de schending, de ernst en duur van het letsel, c.q. de schade, de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer (bijvoorbeeld leeftijd,

1. M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraak onder het EVRM vergeleken met die in Nederland* (dissertatie Leiden), Stichting NICM-Boekerij: Leiden 1997.

2. Artikel 41 EVRM luidt in de Nederlandse vertaling: “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”. In de authentieke verdragstalen Engels en Frans wordt gesproken van “just satisfaction” en “satisfaction équitable”.

3. Y. Haeck & D. de Meyst, ‘Commentaar op artikel 41 EVRM’, in: *Sdu Commentaar EVRM, Deel II – Procedurele rechten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 279.

4. Attila Fenyves, Ernst Karner, Helmut Koziol, Elisabeth Steiner (eds), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlin/Boston: De Gruyter 2011. Vgl. ook J.-F. Flauss & E. Lambert Abdelgawad (eds.), *La pratique d’indemnisation par la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruylant: Bruxelles 2011.

5. S. Somers, *Mensenrechten en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde*, dissertatie Vrije Universiteit Brussel: Brussel 2015.

6. Somers 2015 en S. Somers, “Declaratory judgments and the right to compensation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Does art. 41 ECHR grants human right victims a right to financial compensation?”, *European Journal of Human Rights*, te verschijnen in 2016.

7. Zie bijvoorbeeld de eerder genoemde Weense studie.

8. J.-P. Costa, *The provision of compensation under article 41 of the European Convention of Human Rights*, in: D. Fairgrieve, M. Andenas & J. Bell, *Tort liability of public authorities in comparative perspective*, The British Institute of International and Comparative Law: London 2002, p. 3-16.

gezondheidstoestand), de levensstandaard in het betreffende land en het gedrag van het slachtoffer een rol spelen.⁹ Het standaard nalopen van dergelijke factoren kan er ook toe leiden dat meer consistentie ontstaat in de praktijk om geregeld te volstaan met de constatering van een verdragschending als voldoende billijke genoegdoening in de zin van artikel 41 EVRM. Zo kan er voor de rechtzoekenden iets meer rechtszekerheid worden geboden, waarbij er vanzelfsprekend ruimte moet blijven voor een op het individuele geval toegesneden schadevergoeding.

Ad I 2. Aanbevelingen van het Straatsburgse Hof

Het Hof is ontegenzeggelijk meer werk gaan maken van het doen van aanbevelingen, of zelfs het geven van aanwijzingen ten aanzien van de door de aansprakelijke staat te nemen herstelmaatregelen met name in het kader van artikel 46 EVRM.¹⁰ Het eerste lid van deze bepaling verplicht alle verdragsstaten zich te houden aan de einduitspraken van het EHRM in zaken waarbij zij partij zijn. Deze arresten zijn declaratoir van aard, dat wil zeggen dat het Hof slechts vaststelt of de verdragspartij in kwestie al dan niet zijn EVRM-verplichtingen heeft geschonden. Het Hof heeft niet de bevoegdheid nationale (rechterlijke) uitspraken te vernietigen of (wettelijke) maatregelen terzijde te schuiven. De uitspraken van het EHRM zijn op grond van artikel 46 EVRM slechts bindend voor de partijen in het voorliggende geval. In de eerste plaats volgt hieruit dat de staat de op grond van artikel 41 EVRM toegekende schadevergoeding dient te betalen. Verder volgt uit artikel 46 de verplichting om de klager een *restitutio in integrum* (herstel van de oude toestand) te verschaffen¹¹ en maatregelen te treffen teneinde schendingen in de toekomst te voorkomen. Het is nog steeds

vaste jurisprudentie van het Hof dat een staat de vrijheid heeft om de middelen te kiezen waarmee zal worden voldaan aan deze uit artikel 46 EVRM voortvloeiende verplichtingen.¹² Anders dan in het verleden, doet het Hof tegenwoordig als gezegd wel vaker aanbevelingen of geeft het zelfs aanwijzingen ten aanzien van de door de veroordeelde verdragspartij te nemen herstelmaatregelen. In het bijzonder speelt dit bij klassieke ontegeningszaken waarin het Hof als eerste aangeeft dat het betreffende stuk land moet worden teruggegeven.¹³ Gebeurt dit niet binnen zes maanden na de uitspraak van het Hof, dan dient alsnog een financiële compensatie te worden betaald.¹⁴ Daarnaast kan het bijvoorbeeld ook gaan om de heropening van een nationale strafprocedure¹⁵, of het in zijn ambt herstellen van de klager in het Oekraïense Hooggerechtshof (waaruit hij als rechter in strijd met de eisen van een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM was ontslagen) op het eerst mogelijke moment.¹⁶ Een enkele keer geeft het Hof aan dat de vrijheid om de verdragschending te herstellen zeer beperkt is, aangezien er in casu daadwerkelijk maar één manier bestaat om de gevolgen van de schending te herstellen.¹⁷ Al met al bestaat er een inmiddels gevarieerd beeld in de artikel 46-jurisprudentie met uiteenlopende voorbeelden van aanbevolen herstelmaatregelen tot meer dwingende aanwijzingen tot herstel.¹⁸ Hiermee lijkt het Straatsburgse Hof een voorbeeld te nemen aan de op dit punt al langer veel meer gevarieerde herstelpraktijk van zijn Inter-Amerikaanse collega en het VN-Mensenrechtencomité.¹⁹ Daarnaast geeft het Hof ook directere vingerwijzingen aan de aansprakelijke verdragsstaat ten aanzien van de wijze waarop deze staat structurele problemen in het nationale rechtsstelsel ten aanzien van de EVRM-conformiteit het beste kan repareren. In dergelijke gevallen maakt het Hof

gebruik van zogenaamde 'pilot'-uitspraken.²⁰ Op deze wijze kunnen identieke klachten die op behandeling door het EHRM wachten, nog afgezien van de vele klachten die over dezelfde kwestie kunnen worden ingediend, op effectieve wijze worden afgedaan.

Ad II 1. Vergoeding van immateriële schade bij schending van (procedurele) mensenrechten

Opvallend is dat de vergoeding van immateriële schade wegens overschrijding van de redelijke termijn, zoals beschermd door artikel 6 EVRM, een hoge vlucht heeft genomen. Naar aanleiding van Straatsburgse jurisprudentie²¹ is aanvankelijk vooral de Nederlandse bestuursrechter in het gat gesprongen (de wetgever heeft nog steeds geen regeling getroffen) om in lijn met deze rechtspraak van het EHRM een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie, zoals vereist door artikel 13 EVRM, te bieden.²² Dit betekent dat bij overschrijding van de redelijke termijn ervan uit wordt gegaan dat de rechtzoekende immateriële schade bestaande in frustratie en onzekerheid over de uitkomst van de procedure heeft geleden die voor vergoeding in aanmerking komt. Het is dan aan de overheid om aan te tonen dat deze immateriële schade dermate gering of non-existent is dat zij niet voor vergoeding in aanmerking komt. De bestuursrechter heeft een heel bouwwerk van termijnen en tarieven ontwikkeld, dat er grosso modo op neer komt dat de betrokkene per half jaar van overschrijding standaard een vergoeding van € 500 krijgt voor de immateriële schade.²³ De bestuursrechter heeft deze lijn ook doorgetrokken naar geschillen die strikt genomen niet door artikel 6 EVRM worden beschermd maar daarin aangeknoot bij het mede aan artikel 6 EVRM ten grondslag liggende ongeschreven beginsel van rechtszekerheid.²⁴ De

9. Zie de genoemde Weense studie, p. 626-634.

10. Zie uitgebreid met vele verwijzingen L.R. Glas, 'Commentaar op artikel 46 EVRM', in: *Sdu Commentaar EVRM, Deel II – Procedurele rechten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p.347-396. Vgl. ook M.L. van Emmerik, *Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EVRM*, in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten* (preadvies staatsrechtconferentie 2007), Wolff Legal Publishers: Nijmegen 2008, p. 129-160, waaraan delen van deze passages zijn ontleend.

11. Zie bijv. EHRM 13 juli 2000, Scozzari & Giunta t. Italië, par. 249.

12. Zie bijv. EHRM 6 oktober 2005, Hirst (No. 2) t. Verenigd Koninkrijk, EHRC 2005/115, m.nt. J.L.W. Broeksteeg.

13. Zie bijv. EHRM 30 mei 2000, Belvedere Alberghiera S.r.l. t. Italië, EHRC 2000, 59, m.nt. H.L. Janssen.

14. Zie bijv. EHRM 23 januari 2001, Brumarescu t. Roemenië (art. 41 beslissing) en eerder al EHRM 31 oktober 1995, Papamichalopoulos e.a. t. Griekenland (art. 50 beslissing).

15. EHRM 2 juni 2005, Claes e.a. t. België. Vgl. ook EHRM 24 maart 2005, Stoichkov t. Bulgarije (de meest geëigende vorm van herstel terzake van de schending van art. 5 lid 1 sub a EVRM is de heropening van de nationale procedure); EHRM 12 mei 2005, Öcalan t. Turkije, EHRC 2005, 61 (her-

opening van de oude strafzaak of een nieuwe strafprocedure is een gepaste reactie op de geconstateerde schending van het onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsvereiste van art. 6 EVRM).

16. EHRM 9 januari 2013, Oleksandr Volkov t. Oekraïne, EHRC 2013/80, m.nt. J.J.J. Sillen.

17. EHRM 8 april 2004, Assanidze t. Georgië, EHRC 2004/52, m.nt. J. van der Velde (de schending van art. 5 EVRM laat de staat volgens het Hof geen andere keuze dan de vrijlating van de klager); EHRM 16 juni 2005, Sisojeva e.a. t. Letland, EHRC 2005/89, m.nt. J. van der Velde (de schending van art. 8 EVRM laat de staat geen andere keuze dan het verstrekken van een permanente vergunning tot verblijf).

18. Zie nader Glas 2014, p. 360-374 met verschillende voorbeelden van individuele en algemene herstelmaatregelen.

19. Zie nader I. Boerefijn, *Billijker genoegdoening, NJCM-Bulletin* 2004, p. 920-923.

20. Zie uitgebreid Glas 2014, p. 374-386.

21. Zie met name EHRM 26 oktober 2000, Kudla t. Polen, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 71 e.v., *USZ* 2001/37, beide m.nt. T. Barkhuysen, EHRC 2000/89, m.nt. J. van der Velde, AB 2001/275 m.nt. L.F.M. Verhey, *NJ* 2001/594 m.nt. E.A. Alkema en EHRM 29 maart 2006, Scordino t. Italië (no. 1), AB 2006/294, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

22. Zie onder meer T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel?*, *NJB* 2008, p. 1579-1582; T. Barkhuysen & B.J. van Etekoven, *De compensatie voor schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door de bestuursrechter*, *NTB* 2009, p. 129-141; S.D. Lindenbergh, *Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten*, in: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 71-122, op 101-107 en M.F. Sterkenburg, *Smartengeld wegens schending van de redelijke termijn: de rechterlijke macht heeft zijn best gedaan, nu is de wetgever aan zet*, in: S.D. Lindenbergh & I. Tillema, *Fundamentele rechten en vermogensrechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 137-158, alle met vele nadere verwijzingen.

23. ABRvS 29 januari 2014, AB 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

24. ABRvS 17 april 2009, *JV* 2009/240 (verblijfsrechtelijk geschil) en HR 10 juni 2011, AB 2011/184 (niet-punitief belastinggeschil) m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

benadering van de verschillende bestuursrechtlers is inmiddels in grote lijnen overgenomen door de civiele rechter.²⁵⁾

Ook ten aanzien van andere schendingen van fundamentele rechten kennen de bestuursrechtlers wel vergoedingen toe van immateriële schade. In dit verband wordt aangeknoopt bij het civiele schadevergoedingsrecht, in het bijzonder ook bij artikel 6:106 BW. Zo overweegt de Centrale Raad van Beroep standaard:

“Volgens vaste rechtspraak van de Raad dient in het kader van het bestuursrecht voor de beantwoording van de vraag of er voldoende aanleiding bestaat om schadevergoeding toe te kennen, zoveel mogelijk aansluiting te worden gezocht bij het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht. Voor naadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft een benadeelde overeenkomstig artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, van het BW recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. De wetgever heeft bij de laatste categorie het oog gehad op ernstige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer alsook op persoonlijkheidsrechten van de betrokkene (CRvB 5 januari 2010, LJN BL0342). In het licht hiervan is voor vergoeding van immateriële schade onvoldoende dat sprake is van een meer of minder sterk psychisch onbehagen en van een zich gekwetst voelen door het onrechtmatig gebleken besluit (CRvB 27 augustus 2008, LJN BF1067). De Raad heeft in zijn rechtspraak overwogen dat ook een ingrijpende aan-

tasting van een fundamenteel recht kan worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, van het BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld (CRvB 5 juni 2012, LJN BW7531). De vraag of sprake is van feitelijk letsel is daarbij niet van belang (CRvB 8 juni 2010, LJN BM8044, onder verwijzing naar de arresten van de Hoge Raad van 9 juli 2004, LJN AO7721 en 18 maart 2005, LJN AR5213).²⁶⁾

Zo zijn er in de jurisprudentie voorbeelden te vinden van vergoedingen van immateriële schade wegens onrechtmatige huisbezoeken in de sociale zekerheid²⁷⁾ en onrechtmatige besluiten of handelingen in het ambtenarenrecht.²⁸⁾ Een grove blik op de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechtlers leert echter dat gestelde aantasting van de persoon doorgaans niet of onvoldoende aannemelijk is gemaakt.²⁹⁾ Zo overweegt de CRvB geregeld dat de ten onrechte niet toegekende dan wel ingetrokken bijstand betrokkene weliswaar enig ongerief kan hebben bezorgd maar niet zodanig dat er van een voldoende ernstige aantasting van de persoon kan worden gesproken die een toekenning van een vergoeding van immateriële schade zou rechtvaardigen.³⁰⁾ De Afdeling knoopt in dit verband ook aan bij het civiele schadevergoedingsrecht en is net als de Centrale Raad terughoudend. Zij kent bijvoorbeeld geen vergoeding van immateriële schade toe bij een onrechtmatige gebiedsontzegging³¹⁾ en onrechtmatige besluiten van de belastingdienst inzake voorschotten kinderopvangtoeslag.³²⁾ In geval van een onrechtmatig huisverbod heeft de Afdeling wel een bedrag van € 500 toegekend (tien dagen à € 50).³³⁾ Wat opvalt, is dat de praktijk terzake wei-

nig consistent is. Waar er bij overschrijding van de redelijke termijn een weerlegbaar vermoeden van immateriële schade bestaat en standaard wordt overgegaan tot vergoeding van immateriële schade, is dit bij schending van andere (procedurele) mensenrechten niet het geval. Barkhuysen vroeg in 2011 al aandacht voor dit probleem en het lijkt er op dat er nog steeds geen sprake is van een consistente jurisprudentie van de verschillende bestuursrechtlers ten aanzien van de vergoeding van smartengeld bij schending van (procedurele) mensenrechten.³⁴⁾ Een belangrijke vraag hierbij is ook hoe een en ander zich verhoudt tot de ontwikkelingen in het civiele schadevergoedingsrecht, waarin er zeker een tendens zichtbaar is van een groeiende praktijk van vergoeding van smartengeld (afgezien van de hoogte ervan³⁵⁾) bij schending van persoonlijkheidsrechten en andere fundamentele rechten. Naast talrijke zaken van vergoedingen in rechtszaken tussen burgers onderling, zijn er ook voorbeelden van onrechtmatig overheidshandelen dat heeft geleid tot vergoedingen van smartengeld. Een bekende zaak vormt de uitspraak van de Hoge Raad uit 2004 inzake de Oosterparkrellen. In deze zaak hadden de bewoners van een door een groep jongeren belaagde woning door het uitblijven – ondanks herhaalde verzoeken daartoe – van de (tijdige) hulp door de politie een ernstige inbreuk op hun persoonlijke integriteit en de veiligheid van hun woning ondergaan. Dit levert volgens de rechtbank Groningen een aantasting van de persoon op ‘andere wijze’ in de zin van artikel 6:106, eerste lid onder b BW op die een vergoeding van immateriële schade rechtvaardigt, een oordeel dat volgens de Hoge Raad niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.³⁶⁾ En recenter heeft de kantonrechter uit de rechtbank Midden-

25. HR 28 maart 2014, AB 2014/190, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik; *Ars Aequi* 2014, p. 636-642, m.nt. S.D. Lindenbergh; *JB* 2014/102; *NJ* 2014/525, met noten P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser; *JBPR* 2014/48, m.nt. M.O.J. de Folter; *O&A* 2014/53, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans. Vgl. eerder ook HR 11 januari 2013, AB 2013/149, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

26. Zie bijv. CRvB 26 oktober 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY3169, r.o. 4.1. Vgl. CRvB 27 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3733 waarin de Centrale Raad in een zaak betreffende het niet tijdig betaalbaar stellen van een bijstandsuitkering aanknoopt bij art. 6:119, eerste lid BW, de wettelijke rente verschuldigd bij het niet tijdig betaalbaar stellen van een geldsom.

27. CRvB 8 juni 2010, AB 2011/45, m.nt. H.E. Bröring; *USZ* 2010/234, m.nt. A. Moesker; de Centrale Raad acht voldoende aannemelijk dat het zonder redelijke grond afgelegde huisbezoek appellanten immateriële schade (bestaande in de nodige onrust, spanning en frustratie) heeft berokkend en kent aan ieder een vergoeding van € 200 toe, een en ander in lijn met het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 12 januari 2010, ECLI:NL:GHAMS:BL0984, in een vergelijkbare (civiele) zaak. Zie voor toekenning van € 500 smartengeld voor onrechtmatig buurtonderzoek: Rb. Amsterdam 2 november 2010,

ECLI:NL:RBAMS:2010:BO6456.

28. Zie voor vergoedingen van smartengeld in het ambtenarenrecht bijvoorbeeld CRvB 7 augustus 2003, *TAR* 2003/189 en *TAR* 2004/181, m.nt. P.J. Schaap en M.C.J. van den Brekel, Vast tarief voor psychisch leed in het ambtenarenrecht?, *TVP* 2005, p. 86-88. Zie meer recent CRvB:NL:CRVB:2012:BW480 (€ 2.500 smartengeld vanwege letsel door foute ingreep militaire arts).

29. Zie bijv. CRvB 5 juni 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW7531 inzake discriminatoire selectie (op basis van ras) van bijstandsgerechtigden. In de uitvoering van het onderzoek zelf is er volgens de Centrale Raad geen sprake geweest van discriminerende gedragingen jegens appellant en daarmee is de aantasting van het fundamenteel recht van appellant van beperkt ingrijpende aard.

30. Zie bijv. CRvB 14 oktober 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3348 en eerder CRvB 26 oktober 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY3191: bij deze uitspraak vernietigt de CRvB een spraakmakende uitspraak van de rechtbank Haarlem die betrokkene nog een vergoeding van € 500 ter vergoeding van immateriële schade geleden door de onrechtmatige tijdelijke intrekking van zijn bijstandsuitkering had toegekend, Rb. Haarlem 13 augustus 2010, ECLI:NL:RBHAM:BN4040.

31. ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4952; AB 2010/337, m.nt. A.C. Rop.

32. ABRvS 23 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2722.

33. ABRvS 16 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW5975.

34. T. Barkhuysen, Smartengeld bij schending van mensenrechten, *NJB* 2011/566.

35. Die bedragen blijven in vergelijking met omringende landen nog steeds relatief laag, zij het dat de (strafrechter in de) rechtbank Gelderland recent een vergoeding van € 200.000 smartengeld heeft toegekend aan de benadeelde partij wegens ernstig lichamelijk letsel ten gevolge van een poging tot moord en opzettelijke brandstichting: Rb. Gelderland 11 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6970, het hoogste bedrag tot nu toe in de Nederlandse rechtspraak. Zie ook recent bericht dat UMC Utrecht na medische misser een bedrag van € 350.000 aan het slachtoffer, dat hierdoor naar verwachting nog slechts kort te leven heeft, betaalt <http://nos.nl/artikel/2070212-umc-betaalt-35-ton-smartengeld-na-medische-misser.html>.

36. HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken; AB 2005/391, m.nt. G.A. van der Veen; JA 2004/3, m.nt. J.A.F. Peters & J.M. Menge.

Nederland een vergoeding van € 4.000 toegekend aan een veroordeelde zeden-delinquent die zijn straf had uitgezeten. De gemeente Amersfoort had namelijk op onrechtmatige wijze het nieuwe woon-adres van deze persoon wereldkundig gemaakt, waardoor een (ernstige) inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer was gemaakt.³⁷⁾

In de rechtspraak van de burgerlijke rechter is van belang, mede ook onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, of de betreffende aantasting van de persoon op andere wijze een voldoende mate van ernst heeft. Doorgaans wordt hiervoor vereist dat dan sprake is van geestelijk letsel, maar er zijn ook gevallen bekend waarin de civiele rechter deze drempel niet stelt en tot vergoeding van immateriële schade overgaat bij de schending van persoonlijkheidsrechten, zoals het recht op privacy.³⁸⁾ Meer in het algemeen kan hierbij de vraag worden gesteld of het bij de vergoeding van immateriële schade slechts nog gaat om herstel en/of compensatie, twee traditionele doelen van het schadevergoedingsrecht, ofwel dat het hier meer gaat om een soort 'recht zetten' van een rechtsinbreuk,³⁹⁾ dan wel het vervullen van een rechtshandhavingsfunctie.⁴⁰⁾ Het is hoe dan ook duidelijk dat het "luikje" van artikel 6:106, eerste lid, aanhef onder b BW ("aantasting van de persoon op andere wijze") steeds verder wordt opengezet waardoor het privaatrecht en het publiekrecht naar elkaar toe groeien als het gaat om de bescherming van fundamentele rechten. Belangrijk vraagpunt blijft daarbij in hoeverre de schending van een fundamenteel recht (nog los van het antwoord op de vraag wat fundamentele rechten zijn) automatisch leidt tot immateriële schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Daarbij is ook interessant de hiervoor reeds genoemde praktijk van het Straatsburgse Hof om bij de schadevergoedingsbeslissing op grond van artikel 41 EVRM geregeld te volstaan met de constatering van een verdrags-schending als voldoende billijke genoegdoening voor de (mogelijk) door deze schending geleden immateriële schade.

In dit licht zou je kunnen zeggen dat het gaat om de bevrediging van het rechtsgevoel van betrokkene.⁴¹⁾ Lindenbergh ziet in zijn preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht uit 2011 zeker voldoende ruimte en elasticiteit in de woorden "op andere wijze in de persoon zijn aangetaast" uit artikel 6:106 BW voor vergoeding van immateriële schade in geval van schending van fundamentele rechten, in het bijzonder de rechten uit het EVRM. Daarbij hoeft volgens hem niet onverkort te worden vastgehouden aan de compensatiefunctie van het schadevergoedingsrecht, maar zouden er ook punitieve elementen in mogen zitten.⁴²⁾ Dit betekent niet, zo begrijp ik hem, dat de deur wagenwijd moet worden opengezet. Voor de vraag of sprake is van een dergelijke persoonsaantasting zijn volgens Lindenbergh verschillende gezichtspunten van belang, zoals 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 bijzondere eisen van EVRM en EU-recht in dit verband. Hierin kan ik mij zeker vinden, alhoewel het voor een deel lastig zal blijven een precies antwoord op de vraag te geven wat een meer of minder fundamenteel recht is. Wel kan met Barkhuysen vastgesteld worden dat de bestuursrechtspraak nog weinig consistent is op dit punt. De oproep van hem en Lindenbergh uit 2011 tot een nadere afstemming en doordenking van de Nederlandse rechtspraak (zowel in civilibus als in het bestuursrecht) terzake van vergoeding van immateriële schade bij schending van (procedurele) mensenrechten is nog steeds actueel. Deze praktijk vraagt nog steeds om nadere doordenking en analyse. Een belangrijke vraag hierbij is of er ook bij schending van andere (procedurele) mensenrechten standaard moet worden uitgegaan van immateriële schade die voor vergoeding in aanmerking komt, net als bij de redelijke termijn het geval is.

Ad II.2 Herzieningsmogelijkheden volgens nationaal recht

Het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft met enige regelmaat zijn lidstaten opgeroepen om herzieningsmogelijkheden in het nationale recht te introduceren. Deze oproep geldt zowel straf-, civiele als bestuursrechtelijke procedures. De Nederlandse wetgever heeft deze handschoen slechts ten dele opgepakt. Inmiddels bestaat er op grond van artikel 457 Sv een mogelijkheid een strafprocedure te heropenen na een veroordelend Straatsburgs arrest tegen Nederland.⁴³⁾ In het bestuursrecht (artikel 8:88 Awb) en het civiele recht (artikel 382 Wetboek van Rechtsvordering) is een veroordelende Straatsburgse uitspraak echter geen grond voor heropening. Voor wat betreft het civiele recht worden vooral bezwaren gezien vanwege belangen van derden. De oorspronkelijke wederpartij in de nationale procedure heeft immers geen *locus standi* gehad in de Straatsburgse procedure, die uiteindelijk heeft geleid tot een uitspraak van het EHRM waarin een gebrek in de nationale procedure wordt geconstateerd.⁴⁴⁾ In dergelijke gevallen zou een actie uit onrechtmatige overheidsdaad soelaas kunnen bieden. Voor het bestuursrecht gaat het argument van de bescherming van derden echter niet altijd op en het is dan ook teleurstellend te noemen dat er niet is voorzien in een herzieningsmogelijkheid.

De toenmalige minister Donner van Justitie was geen voorstander van verruiming van de mogelijkheden tot herziening van rechterlijke uitspraken in het bestuursrecht en het civiele recht naar aanleiding van Straatsburgse of Luxemburgse uitspraken. Volgens de minister kon worden volstaan met een ruime uitleg van artikel 4:6 Awb (nieuwe aanvraag primair besluit na nieuwe feiten) en de verruiming van de restrictieve jurisprudentie inzake de aansprakelijkheid van de staat uit onrechtmatige rechtspraak.⁴⁵⁾ De toenmalige minister van Justitie was dus van mening dat een procedure uit onrechtmatige rechtspraak voldoende soelaas moet (gaan) bieden en dat – waar het betreft het bestuursrecht – een nieuwe aanvraag

37. Rb. Midden-Nederland 8 april 2015, JA 2015/75, m.nt. F.I. van Dorsser.

38. Zie naast de net genoemde uitspraak inzake de Oosterparkrelen, bijvoorbeeld HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly) en HR 29 juni 2012, JA 2012/147, m.nt. S.D. Lindenbergh.

39. Zie S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 34-35. Vgl. ook J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht* (diss. Utrecht), Boom Juridische uitgever: Den Haag 2013.

40. Zie A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Ars Aequi: Nijmegen 2002. Vgl. recent G. van Dijk, Emotionele belan-

gen en het aansprakelijkheidsrecht. Over schade en herstel binnen de ontstane toestand in plaats van in de oude toestand, *NJB* 2015, p. 2530-2535 en T. Hartlief, Waar ligt de toekomst van het persoonschaderecht?, *NJB* 2015, p. 2791 met nadere verwijzingen.

41. Lindenbergh 2008, p. 35.

42. Lindenbergh 2011, p. 94-95.

43. Zie hierover uitgebreid met verwijzingen P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolff Legal Publishers 2002 en de verschillende bijdragen in T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The execution of Strasbourg and Geneva human rights decisions in the national legal order*, The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff 1999.

44. Zie bijv. EHRM 27 oktober 1993, *Dombo Beheer B.V. t. Nederland*, NJ 1994/534 met noten H.J. Snijders en E.J. Dommering, *NJCM-Bulletin* 1994, p. 695 e.v., m.nt. T. Sterk en nationaal vervolg Rechtbank Den Haag 18 september 1996, *JOR* 1996/106 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en *JB* 1996/251, m.nt. A.W. Heringa (Post-Dombo).

45. Nog steeds maatgevend is HR 3 december 1971, NJ 1972/137, m.nt. G.J. Scholten.

om een EVRM-conform besluit en/of een verzoek om schadevergoeding in veel gevallen uitkomst zou moeten (gaan) bieden.⁴⁶⁾

Ad II.3 Nationale vervolgprocedure na Straatsburgse schadevergoedingsbeslissing⁴⁷⁾

Zolang de Straatsburgse schadevergoedingsprocedure nog niet met voldoende waarborgen is omkleed, dient een actie uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) open te staan. Deze stelling geldt nog steeds onverkort. Met de constatering van een schending van het EVRM is de onrechtmatigheid in de zin van art. 6:162 BW gegeven. Onder het criterium strijd met een wettelijke plicht vallen immers ook een ieder verbindende verdragsbepalingen in de zin van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. De rechter zal nog wel moeten toetsen of ook aan de overige vereisten van art. 6:162 BW is voldaan, te weten het bestaan van schade alsmede van een causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en deze schade. De toerekenbaarheid is in deze opvatting gegeven: in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake vernietigde beschikkingen en onrechtmatige wetgeving is er sprake van risicoaansprakelijkheid van de staat.⁴⁸⁾ Bij de actie uit onrechtmatige daad zou in de eerste plaats een schadevergoeding kunnen worden gevorderd. In de tweede plaats valt te denken aan het vragen van een maatregel, bijvoorbeeld een verbod tot tenuitvoerlegging van een straf. De Hoge Raad heeft inmiddels uitgemaakt dat in het kader van een onrechtmatige daad-actie tegen de staat de staking van de tenuitvoerlegging van een (onherroepelijke) vrijheidsstraf een passend en mogelijk vervolg is op een door het EHRM geconstateerde schending van art. 3 EVRM (vanwege de zeer frequente rectorale-fouilleerpraktijk in de Extra Beveiligde Inrichting te Vught), ondanks het

gesloten stelsel van rechtsmiddelen.⁴⁹⁾ Verder heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er in een zaak waarin het EHRM een zeer beperkte schadevergoeding onder art. 41 EVRM had toegekend vanwege schending van art. 6 lid 1 EVRM wegens het gebruik van anonieme getuigen, op nationaal niveau een aanvullende schadeclaim (wegens de onrechtmatige vrijheidsberoving na de nationale strafrechtelijke veroordeling die door het EHRM in strijd met art. 6 EVRM werd bevonden) kan worden gehonoreerd waarbij nationale standaarden gelden. Het enkele feit dat het EHRM reeds in het kader van art. 41 EVRM oordeelde over de schadevergoeding sluit nadere nationale compensatie op de voet van art. 6:162 BW dus niet uit.⁵⁰⁾

Slotbeschouwing

De ons helaas te vroeg ontvallen Hans Nieuwenhuis vroeg in zijn inmiddels klassieke vooraf in Themis getiteld *De constitutie van het burgerlijk recht* in 2000 reeds aandacht voor de constitutionalisering van het burgerlijk recht,⁵¹⁾ een thema dat zich sindsdien terecht in een constante en onafgebroken belangstelling van wetenschap en praktijk heeft mogen verheugen.⁵²⁾ Het was diezelfde Hans Nieuwenhuis die het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol “een geheid groeifonds noemde” als het ging om de mogelijke betekenis ervan voor het burgerlijk recht, en Tom Barkhuysen en mij vroeg over dit mooie thema te preadviseren voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht in 2005.⁵³⁾ In dat preadvies benadrukten wij de potentieel verstrekkende doorwerking van het EVRM (en in het bijzonder van artikel 1 EP EVRM) in het burgerlijk recht. In het bijzonder constateerden wij dat het EHRM staten ook kan veroordelen wegens EVRM-schendingen veroorzaakt door een uitspraak van de nationale rechter in zuiver private

geschillen. Zo acht het Hof in de zaak Pla en Puncernau tegen Andorra, de uitleg van een oud testament (dat onderscheid maakte tussen geadopteerde en andere (wettige) nakomelingen) door de nationale rechter in strijd met de artikelen 8 (familielevens) en 14 (verbod van discriminatie) EVRM. In deze zaak wordt de aansprakelijkheid voor de schending van het EVRM geconstrueerd via de nationale rechter, die volgens de meerderheid van het Hof het testament (een eenzijdige privaatrechtelijke rechtshandeling) EVRM-conform had moeten uitleggen.⁵⁴⁾ Op deze wijze wordt via het bekende Straatsburgse concept van de positieve verplichtingen in combinatie met het recht op een effectieve remedy voor een nationale instantie (art. 13 EVRM) een vergaande doorwerking van EVRM-rechten in privaatrechtelijke verhoudingen mogelijk gemaakt. Dit wordt nog verder geïllustreerd door de Zweedse schotelantennezaak, waarin zelfs een vrijwillig aangegane huurovereenkomst (met de voorwaarde geen schotelantennes aan te leggen) via Straatsburg en het EVRM (artikel 10: de vrijheid om informatie te ontvangen) doorbroken werd.⁵⁵⁾ Het is de vraag of het EHRM op de goede weg is met deze jurisprudentie en niet te veel de privaatrechtelijke relaties “binnensleept”. Hoe dit ook zij, feit blijft dat er op die manier een potentieel verstrekkende doorwerking van het EVRM in zuiver privaatrechtelijke verhoudingen bestaat.⁵⁶⁾

Wat echter wel vaststaat, is dat het EVRM en de Straatsburgse jurisprudentie niet meer weg te denken vallen bij de verdere ontwikkeling van het (overheids)aansprakelijkheidsrecht in Nederland, zoals ook Van Dam recent terecht heeft aangegeven. Hij wijst op de mogelijke betekenis van het recht op een effectieve remedy (art. 13 EVRM) dat ook kan doorwerken in aansprakelijkheidsgeschillen tussen particulieren onderling.⁵⁷⁾ Het (overheids)

46. Zie de brief van minister Donner van Justitie aan de Tweede Kamer van 12 augustus 2005, *Kamerstukken II 2004/05, 29 279*, nr. 28 en uitgebreider hierover T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 33-35 waaraan deze passage is ontleend.

47. Zie uitgebreid T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg*, in: T. Barkhuysen, M. Kuijter & R.A. Lawson (red.), *55 jaar EVRM*, Speciaalnummer *NJCM-Bulletin*, Leiden 2006, p. 39-64, waaraan de volgende passages zijn ontleend.

48. Vgl. HR 9 mei 1986, *NJ 1987/252*, m.nt. M. Scheltema en HR 26 september 1986, *NJ 1987/253*, m.nt. M. Scheltema.

49. HR 31 oktober 2003, *NJ 2005/196*, m.nt. E.A. Alkema (post-Lorsé).

50. HR 18 maart 2005, *NJ 2005/201*, m.nt. E.A. Alkema (post-Van Mechelen).

51. J.H. Nieuwenhuis, *De Constitutie van het burgerlijk recht*, *RM Themis* 2000, p. 203-211.

52. Zie onder heel veel meer S.D. Lindenberg, *Constitutionalisering van contractenrecht*, Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen, *WPNR* 2004, p. 977-986; J.M. Smits, *Constitutionalisering van het*

vermogensrecht, Preadvies NVVR, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163; T. Barkhuysen & S.D. Lindenberg (eds.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006 en C. Sieburgh, ‘De betekenis van grondrechten voor het algemene vermogensrecht’, in: J. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 444-447.

53. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2005.

54. EHRM 13 juli 2004, Pla & Puncernau t. Andorra, *NJ 2005/508*, m.nt. J. de Boer; *EHRM 2004/87*, m.nt. E. Brems. Zie nader over grondrechten en vermogensrecht ook *Asser/Hartkamp 3-1*, randnrns. 198-234.

55. EHRM 16 december 2008, Khurshid Mustafa en Tarzibachi t. Zweden, *EHRM 2009/17*, m.nt. J.H. Gerards, *AB 2009/286*, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

56. Vgl. ook Van Maanen in zijn VBR-preadvies 2011 waar hij een lans breekt voor de potentieel verstrekkende doorwerking van het EVRM in het privaatrecht waar hij zes jaar

daarvoor, zoals hij zelf ook aangeeft, in zijn interventie bij het genoemde preadvies van Barkhuysen en ondergetekende nog tamelijk sceptisch was over deze doorwerking, zie G.E. van Maanen, *De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?*, in: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 9-70, i.h.b. op 19-20. Nu lijkt hij op onderdelen soms wel weer heel veel af te leiden uit sommige Straatsburgse uitspraken, zie interventies Gerards, Barkhuysen en Van Emmerik ter vergadering VBR 2011, zoals opgenomen in het verslag van deze vergadering door I. van der Zalm & S.S. Zoeteman, in: *NTBR 2012/48*.

57. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Deel I. Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015 met uitgebreide beschouwingen over de betekenis van het EVRM en de Straatsburgse jurisprudentie voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Zie ook zijn sprekende bijdrage aan deze rubriek C.C. van Dam, *Het aansprakelijkheidsrecht 25 jaar later*, *VR 2015/61* en eerder van zijn hand *Het EVRM en de aansprakelijkheid van private partijen*, *VR 2014/164*.

aansprakelijkheidsrecht anno 2016 kan derhalve niet zonder het EVRM en in bredere zin de normen die vanuit de Europese en internationale rechtsorde rechtstreeks doorwerken in de nationale rechtsorde. De recente uitspraken inzake de Groningse aardbevingen en het Nederlandse klimaatbeleid (Urgenda) spreken boekdelen in dit verband.⁵⁸⁾ In het bijzonder vallen de komende jaren ook nadere ontwikkelingen en uitdagingen te verwachten van het EU-grondrechtshandvest, dat immers ook voor lidstaten verplichtingen in het leven roept bij de nationale tenuitvoerlegging van EU-recht.⁵⁹⁾ Bovendien zouden het EVRM en EU-recht nu al reden moeten zijn voor de Hoge Raad om zijn zeer restrictieve jurisprudentie uit 1991 terzake van onrechtmatige rechtspraak te versoepelen.⁶⁰⁾

Geconstateerd moet worden dat de grenzen tussen privaatrecht en publiekrecht steeds meer zijn vervaagd en dat deze rechtsgebieden onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Dit betekent dat de beoefenaren van beide takken van sport elkaar constant moeten weten te vinden en over hun eigen grenzen heen stappen. Over en weer kunnen we nog veel van elkaar leren.⁶¹⁾ Al met al kijk ik met veel plezier terug op mijn proefschrift en was het ook een genoegen deze bijdrage te schrijven. Ik ben blij als mijn onderzoek van destijds daadwerkelijk heeft kunnen fungeren als een “eerste Nederlandse luikje naar de relevantie voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht”. In dit verband kan inderdaad

worden geconstateerd dat het destijds voorzichtig op een kier gezette luikje van artikel 6:106 BW inmiddels wagenwijd openstaat als verbindende schakel tussen privaatrecht en publiekrecht waar het gaat om vergoeding van immateriële schade bij schending van fundamentele rechten. Het blijft hier wel nader zoeken naar consistentie van de vergoedingen op dit terrein in (en binnen) het bestuursrecht en het burgerlijk recht. Zo terugkijkend blijkt ongemerkt dat ik in mijn verdere onderzoek sinds mijn promotie de verbinding van het publiekrecht met het privaatrecht nooit geheel heb losgelaten.⁶²⁾ En dat doet mij deugd: privaatrecht en publiekrecht zijn en blijven immers onlosmakelijk met elkaar verbonden, niet in de minste plaats door de doorwerking van het EVRM en het EU-recht.⁶³⁾

58. Zie nader ook T. Hartlief, Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht?, *Ars Aequi* 2015, p. 914-926. Maar zie ook bijvoorbeeld de uitdrukkelijke erkenning door de Hoge Raad dat de strijd met een wettelijke plicht in art. 6:162 BW ook kan bestaan in strijd met een ieder verbindende verdragsbepaling in de zin van art. 94 Grondwet, zie HR 18 september 2015, *JB* 2015/181, m.nt. D.G.J. Sanderink.

59. Zie nader 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* 2011/10, p. 547-557.

60. Zie voor een recent pleidooi T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, Onrechtmatige rechtspraak na 100 jaar Noordwijkhout/Guldemond, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.) *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Wolters Kluwer: Deventer 2015, p. 179-199 en eerder T. Barkhuysen, M.L. van

Emmerik & R. van der Hulle, Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulanter compenseren?, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer: Deventer 2012, p. 235-253.

61. Zo valt het op dat we weinig geneigd zijn over en weer elkaars tijdschriften te raadplegen, laat staan te noemen. Gechargeerd gesteld zien we in privaatrechtelijke literatuur doorgaans geen verwijzingen naar de AB en in publiekrechtelijke geschriften geen verwijzingen naar Verkeersrecht, uitzonderingen vanzelfsprekend daargelaten. Deze vakgerelateerde 'bijiendheid' zouden zowel privatisten als publiekrechtjuristen zoveel mogelijk van zich moeten afwerpen, al realiseer ik mij dat de dagelijkse stapel leesvoer dan nog verder toeneemt.

62. Zie bijv. ook M.L. van Emmerik, *Overheidsaansprakelijkheid*

en EVRM: op het grensvlak van privaatrecht en publiekrecht, *O&A* 2010/32.

63. Zie bijv. ook het preadvies van Pim Huisman & Frank van Ommeren, *De bijzondere positie van de overheid in het Nederlandse privaatrecht*, in: Preadviezen 2015 van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2015, p. 83-142 en Ivo Giessen, J.M. Emaus & Liesbeth Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2014 en diverse andere publicaties van het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law.