

Rianka Rijnhout \*

## 1. Inleiding

In 1995 besteedde de LSA aandacht aan het thema ‘Bijzonder letsel, Aansprakelijkheid voor psychisch letsel en psychosomatische gevolgen van letsel’. Inmiddels zijn wij 25 jaar verder en kunnen wij constateren dat er veel is veranderd ten aanzien van causaliteit in de vestigingsfase, bijvoorbeeld door de aanvaarding van proportionele aansprakelijkheid. De gedachte dat de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm ook de toerekening aan de gedaagde van de gevolgen buiten de lijn der verwachting rechtvaardigt, geldt echter onverkort.<sup>1)</sup> Over deze thema’s sprak Kolder tijdens het LSA Congres en blijven dus hier onbehandeld. Een thema dat nog onbesproken, maar wel doorontwikkeld is, is de vergoeding voor geestelijk letsel, de persoonsaantasting op andere wijze en de doorwerking van fundamentele (persoonlijkheids)rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

\* Dr. R. Rijnhout is als universitair hoofddocent verbonden aan de onderzoeksgroep Ucall en aan het onderzoekscloster Empirical Legal Research into Institutions for Conflict Resolution (ERI), Universiteit Utrecht. De bijdrage is afgesloten in april 2020.

1. HR 25 november 2005, NJ 2007/141 (*Skeelerongeval*); HR 11 juni 2010, NJ 2010/332 (*Sulman/Reaal*). Over toerekening krachten art. 6:98 BW zijn verschillende arresten gewezen in de tussentijdse periode, waarvan de arresten HR 21 februari 1997, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*), HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), HR 25 april 2008, NJ 2008/262 (*Boekema/ouders*) en HR 3 oktober 2014, NJ 2014/429 (*Swinckels/Saint-Gobain*) niet onvermeld mogen blijven.
2. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenberg, r.o. 4.2.2.
3. Zie hierover uitgebreid en recentelijk S.D. Lindenberg, *Psychische schade*, Den Haag: BJu 2019.
4. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*).
5. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.3.
6. HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken. Een kernpublicatie voorafgaand aan dit arrest betrof die van Lindenberg, S.D. Lindenberg, ‘Psychische schade door schrik’, *Trema* 2002, p. 338. Lindenberg betoogde dat de ernst van de normschending en de directheid van de confrontatie communicerende vaten zijn.
7. HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt.

Het doel van deze bijdrage is om te laten zien hoe de discussie is verschoven van vergoeding voor bijzonder letsel naar bijzondere normschendingen. Ook deel ik mijn gedachten over de horizon die voor ons ligt, waarbij ik met name stilsta bij de doorwerking van mensenrechten (met een nadruk op rechten voortvloeiend uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)) in de Nederlandse rechtsorde en de betekenis daarvan voor de personenschadeschadepraktijk. De concrete aanleiding voor deze bijdrage is het belangwekkende *EBI*-arrest, waarin is overwogen dat van een persoonsaantasting op andere wijze ‘niet reeds sprake [is] bij enkele schending van een fundamenteel recht.’<sup>2)</sup> De bijdrage kijkt dus terug en vooruit, waarbij her en der gewisseld wordt van thematiek: de ene keer gaat het over de norm(schending) en dan weer over schadevergoeding.

De structuur van deze bijdrage is als volgt. Gestart wordt met een korte omschrijving van de (gevestigde) plek van geestelijk letsel in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (paragraaf 2). Paragraaf 3 gaat over de ontstane discussie over de bijzondere normschending, in de zin van de schending van het fundamentele persoonlijkheidsrecht, en de plaats daarvan in de context van vergoeding van immateriële schade. Vanaf para-

graaf 4 wordt de stap gezet naar de doorwerking van het EVRM en welke relevantie die doorwerking heeft voor de Nederlandse personenschadepraktijk.

## 2. Bijzonder letsel: (zuiver) geestelijk letsel in het aansprakelijkheidsrecht

Het leerstuk ten aanzien van **aansprakelijkheid** voor zuiver geestelijk letsel – dus gevallen waarin niet ook fysieke, letselschade wordt geleden – is tot wasdom gekomen.<sup>3)</sup> Niet alleen moet in deze context worden gewezen op rechtspraak van de Hoge Raad, waarin hij psychisch letsel even beschermingswaardig achtte als lichamelijk letsel, maar ook op de rechtspraak over shockschade. Een belangwekkend arrest in dit verband is het arrest *Taxibus*<sup>4)</sup>, waarin de Hoge Raad onder strikte voorwaarden de toewijzing van een shockschadevordering toelaat.<sup>5)</sup> In rechtspraak is getracht de reikwijdte van de shockschadevordering uit te breiden, maar – op het niveau van de Hoge Raad – waren die pogingen tevergeefs.<sup>6)</sup>

Voor de toewijzing van een vergoeding voor **immateriële schade** wegens geestelijk letsel

# naar bijzondere en *beyond*

was onder het oude recht nodig dat aangetoond werd dat sprake was van psychisch oftewel geestelijk letsel. Een min of meer psychisch onbehagen was onvoldoende.<sup>7)</sup> Onder het huidige recht geldt dat de gedupeerden voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren 'waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel kan worden vastgesteld'.<sup>8)</sup> Dat een vergoeding voor immateriële schade moet worden geboden in geval van een onrechtmatige daad waaruit geestelijk letsel voortvloeit, staat eigenlijk niet meer ter discussie. Hoewel, onduidelijk is nog onder welke omstandigheden precies een vergoeding voor angstschade moet worden geboden (moet de angst bijvoorbeeld reëel zijn geweest?).<sup>9)</sup> Ook wordt kritiek geuit op het gebruik van de DSM voor de vaststelling van het letsel.<sup>10)</sup> Ook is onlangs vergoeding toegewezen wegens secundaire victimisatie veroorzaakt door het proces van afwikkeling van een vordering.<sup>11)</sup> Onduidelijk is voornamelijk of dit vaste rechtspraak gaat worden.

Helder wordt wel dat psychische schade zowel binnen het aansprakelijkheidsrecht als het schadevergoedingsrecht duidelijk een – met de woorden van Lindenbergh – 'ge-empiceerde' plek heeft verworven.<sup>12)</sup> De vraag is echter in hoeverre de bijzondere normschending dat ook heeft of zal gaan krijgen.

## 3. Bijzondere normschending: de opkomst en teloorgang (?) van handhaving van rechtsschendingen via het smartengeldartikel

### 3.1. Inleiding

In de afgelopen decennia betoogden verschillende auteurs dat het aansprakelijkheidsrecht 'meer rechtshandvend' zou mogen zijn.<sup>13)</sup> Ik doel hiermee op de gedachte dat rechten geen lege huls zouden moeten mogen zijn en dat handhaving van normschendingen gewenst is, ook als bijvoorbeeld op het eerste gezicht geen sprake lijkt van 'schade'.<sup>14)</sup> Het idee van (rechts)

handhaving kwam ook steeds duidelijker op de voorgrond in rechtspraak van de Hoge Raad, waaronder die over smartengeld voor de schending van persoonlijkheidsrechten,<sup>15)</sup> of ten minste (ten aanzien van die thematiek): zo leek.

### 3.2. Rechtspraak over smartengeld en schending van fundamentele persoonlijkheidsrechten<sup>16)</sup>

#### 3.2.1. Rechtspraak Hoge Raad voor EBI

Het *Groningse oudejaarsrellen*-arrest is belangrijk geweest voor de gedachtevorming over de vergoeding van immateriële schade vanwege de schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht.<sup>17)</sup> De politie schoot bewoners wier woning werd belaagd laat te hulp, waardoor zij zich angstig, onveilig en onzeker hebben gevoeld met betrekking tot hun lijf en goed. De Hoge Raad liet het vonnis van de rechtbank in stand, waarin zij oordeelde dat sprake was van een 'zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning'.<sup>18)</sup> In dat geval is sprake van een persoonsaantasting op andere wijze, ook als geen sprake is van geestelijk letsel.

Het tweede arrest is het *Baby Kelly*-arrest, waarin de Hoge Raad de vergoeding voor immateriële schade toeliet bij de ernstige schending van het (medische) zelfbeschikkingsrecht.<sup>19)</sup> Het draaide in die zaak om een moeder en een vader die door een fout van de verloskundige niet de keuze hebben kunnen maken om de geboorte van hun zwaar gehandicapte kind te voorkomen. De Hoge Raad overwoog dat in deze situatie een inbreuk is gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder en vader, en dat:

'(...) een zo ingrijpende aantasting als in dit geval aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 [sub b] BW zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.'<sup>20)</sup>

In verband met de smartengeldvordering van de vader merkte de Hoge Raad nog op dat voor zover de vordering van de vader:

'(...) erop berust dat het (gezins)leven van de vader aanmerkelijk en langdurig wordt over-

- C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*); HR 1 november 1996, NJ 1997/134 (*Kraaiende hanen*); HR 2 mei 1997, NJ 1997/662, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kip en Sloetjes*); HR 23 januari 1998, NJ 1998/366; HR 9 augustus 2002, NJ 2010/61, m.nt. M.H. Wissink (*Wrongful birth II*); HR 19 december 2003, NJ 2004/348. Ontleend aan S.D. Lindenbergh, *Smartengeld 10 jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 32-33.
- HR 9 mei 2003, NJ 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*Beliën/Provincie Noord-Brabant*); HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), HR 15 maart 2019, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*). Zie ook HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), waarin al werd gesproken over 'een in de psychiatrie erkend ziektebeeld'. Zie ook Lindenbergh 2008, p. 33.
  - A.M. Overheul, 'Angst als juridisch relevante schade', AV&S 2017, afl. 5, p. 176-185; A.M. Overheul, 'Angst als juridisch relevante schade: de angstschadevordering naar Frans recht', AV&S 2018, afl. 6, p. 160-168; A.J. Verheij, 'Vergoedbaarheid van angstschade', NTBR 2018, afl. 1, p. 12-22.
  - Overheul 2018, p. 167.
  - Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10759. Hierover o.a. N. van Tiggele-van der Velde, 'Terug op de agenda: het verlangen de verzekerder te "straffen" voor het verloop van de schadeafhandeling', AV&S 2019, afl. 3, p. 77-82; J.L. Smeehuijzen, 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldig afwikkeling van letselschadevorderingen', NTBR 2009, nr. 44.
  - Lindenbergh 2019, p. 207.
  - Zie bijvoorbeeld: A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (dissertatie Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi 2002; S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 60-65. Zie in de context van het EVRM en de invloed daarvan op het schadevergoedingsrecht, C.C. van Dam, 'Het aansprakelijkheidsrecht 25 jaar later', VR 2015, afl. 6, p. 223-226; T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', AV&S 2008, 34. Zie ook Conclusie A-G Hartlief voor HR 15 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2018:1295, nr. 4.2. Expliciet over het belang van het EVRM voor het smartengeldartikel o.a. M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van mensenrechten revisited', VR 2016, afl. 1, p. 6-12.
  - De term 'lege huls' is ontleend aan het werk van Verheij 2002. Zie ook S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen?', NTBR 2019, afl. 6, p. 129.
  - Hierover bijv. Ti Hanh Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel', NJB 2009, 1409, afl. 28. In de literatuur wordt ook wel een onderscheid gemaakt tussen de right-based en damage-based benadering, zie bijv. A.J. Verheij, 'Twee benaderingen van vergoeding van immateriële schade', VR 2013/94, afl. 7/8.
  - Zie ook Conclusie A-G Hartlief voor HR 15 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2018:1295, nr. 4.15-4.25.
  - HR 9 juli 2004, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken.
  - HR 9 juli 2004, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.10.
  - HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*).
  - HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.8-4.9.

schaduw door de problematiek die een ernstig gehandicapt kind met zich brengt, is zij hem terecht door het hof ontzegd omdat voor die toewijzing van de vordering ook in zoverre, geestelijk letsel van de vader als gevolg van de gemaakte fout zou zijn vereist.<sup>21)</sup>

De Hoge Raad koos in 2005 in dit arrest dus heel duidelijk voor de benadering van de vergoeding vanwege de ingrijpendheid van de schending van een 'zo' fundamenteel recht. De gevolgen van die schending – het overschaduw van het gezinsleven – werden in die beoordeling niet meegenomen. Sterker nog, als ik de Hoge Raad goed begrijp, zou een beroep daarop ervoor zorgen dat geestelijk letsel een vereiste zou zijn.<sup>22)</sup>

Een andere belangrijke ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad betreft die over smartengeld en het recht op een eerlijk proces en tijdige besluitvorming door de rechter. Deze ontwikkeling is sterk beïnvloed door rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM). Artikel 6 lid 1 EVRM brengt met zich dat de gerechtelijke procedures binnen een 'redelijke termijn' dienen te worden afgedaan.<sup>23)</sup> De civiele kamer van de Hoge Raad oordeelde in 2014 dat een smartengeldbedrag moet worden geboden bij schending van artikel 6 EVRM vanwege de overschrijding van de redelijke termijn door de rechter.<sup>24)</sup> De maatstaf aan de hand waarvan moet worden bepaald dat sprake is van een schending van art. 6 EVRM, is direct ontleend aan rechtspraak van het EHRM.<sup>25)</sup>

Het laatste arrest dat hier wordt besproken is het *Blauwe Oog*-arrest. Een ogenschijnlijk weinig relevant arrest, omdat de Hoge Raad de zaak in beginsel afdeed op een motiveringsklacht. Aan het slot van zijn arrest wijdde hij een korte overweging aan de persoonsaantasting op andere wijze. Achteraf gezien zette hij daarmee koers richting een herinterpretatie van de persoonsaantasting op andere wijze buiten gevallen van geestelijk letsel. Hij overwoog:

**'Voor de toewijsbaarheid van een hierop gerichte vordering is uitgangspunt dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer (...).'**<sup>26)</sup>

Naar aanleiding van het *Baby Kelly*-arrest, het *Oudejaarsrellen Groningen*-arrest en het *Blauwe Oog*-arrest vroeg Verheij zich af of er drie typen persoonsaantastingen op andere wijze zouden bestaan: geestelijk letsel, fundamentele persoonsaantasting en ernstige normschending met ernstige gevolgen voor de gedupeerde.<sup>27)</sup> Uit het *EBI*-arrest blijkt dat de Hoge Raad ogenschijnlijk een andere categorisering voor ogen heeft gehad.

### 3.2.2. Het *EBI*-arrest

Het *EBI*-arrest draaide om een potentiële schending van artikel 3 en 5 lid 1 EVRM en de vergoe-

ding van immateriële schade van een gedetineerde. De centrale vraag was of iemand die 350 dagen ten onrechte heeft moeten doorbrengen op de Extra Beveiligde Inrichting van de Penitentiaire Inrichting Vught (EBI) recht heeft op vergoeding van immateriële schade.<sup>28)</sup> De gevangene had geen geestelijk letsel, en dus deed hij – in de Nederlandse context – een beroep op de schending van een persoonslijksheidsrecht in de zin van art. 6:106 sub b Burgerlijk Wetboek (BW), in het kader waarvan aansluiting is gezocht bij artikel 3 (het recht om niet onderworpen te worden aan foltering, onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen) en 5 lid 1 EVRM (onrechtmatige detentie). In het licht van de jurisprudentie die hierboven staat omschreven, is het niet opvallend dat de eisende partij via de lijn van de fundamentele persoonsaantasting redeneerde. Het hof stelde vast dat de staat zich inderdaad 'schuldig [heeft] gemaakt aan schending van de norm dat met de vrijheidsbeneming niet meer inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is'. Dat bracht echter, aldus het hof, niet met zich dat *daarom* een vergoeding voor immateriële schade direct een gegeven is; daarvoor zijn ook gevolgen van de schending relevant. Over de persoonlijke gevolgen van de schending voor de eiser was niets komen vast te staan, waardoor geen vergoeding is toegewezen.<sup>29)</sup> De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.

De Hoge Raad overwoog dat van een aantasting in de persoon 'in ieder geval sprake [is] indien de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen' en 'daarnaast kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde' leiden tot de gevolgtrekking dat sprake is van een persoonsaantasting op andere wijze. In dit geval had de eiser niet geconcretiseerd welk nadeel is geleden.<sup>30)</sup> In beginsel moet degene die stelt in zijn persoon te zijn aangetast dat beroep met concrete gegevens onderbouwen.<sup>31)</sup> Een uitzondering daarop is mogelijk, maar die uitzondering leek in dit geval niet op te gaan.<sup>32)</sup> De Hoge Raad overwoog ook dat van een persoonsaantasting op andere wijze 'niet reeds sprake [is] bij enkele schending van een fundamenteel recht.'<sup>33)</sup>

Deze tweede categorie in het *EBI*-arrest heeft dus betrekking op gevallen zoals die in het *Baby Kelly*- en *Oudejaarsrellen Groningen*-arrest.<sup>34)</sup> Naar aanleiding van die arresten werd echter verondersteld dat de vergoeding werd toegewezen vanwege de ernstige schending van het fundamentele recht. Achteraf zegt de Hoge Raad daarover dat de ernst en aard van de normschending uit deze arresten maken dat de gedupeerden de aantasting in hun persoon niet met concrete gegevens hebben hoeven te onderbouwen. Zeker gezien zijn overweging uit het *Baby Kelly*-arrest over de onderbouwing van de vordering van de vader is dat opvallend: als de vader de gevolgen van de normschending (schending keuzerecht) concreet zou hebben gemaakt (overschaduwden

21. HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.9.
22. In het licht van de uitspraak in het *Baby Kelly*-arrest is het niet verbazingwekkend dat is getracht ook een ander type schending van het medische zelfbeschikingsrecht, de schending van het recht op geïnformeerde toestemming, *an sich* vergoedenswaardig te laten zijn. Over deze thematiek is geprocedeerd, maar eenduidigheid is er nog niet. Over deze thematiek zie de bijdrage van Wijne tijdens het LSA-Congres (het betreffende artikel verschijnt in een volgende editie van *Verkeersrecht*, hoogstwaarschijnlijk die van september 2020; red. VR).
23. EHRM 29 maart 2006, ECLI:NL:XX:2006:AX7382 (*Riccardi Pizzati/Italië*).
24. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser. Algemene uitgangspunten voor overschrijding van de redelijke termijn in Nederlandse belastingzaken en bestuursrechtzaken konden al worden gevonden in een arrest van de Hoge Raad uit 2005. Hoewel belastingzaken buiten het bereik van art. 6 EVRM vallen, oordeelde de Hoge Raad dat het beginsel van een eerlijk proces binnen een redelijke termijn een beslissing te nemen ook bestaat in onze nationale rechtsorde, los van art. 6 EVRM. De Hoge Raad stelt immers dat in zowel belastingzaken en bestuursrechtzaken art. 8:73 Awb van toepassing is. HR 10 juni 2011, BNB 2011, 233, r.o. 3.3.2-3.3.3; HR 10 juni 2011, BNB 2011, 232, r.o. 3.3.1.
25. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, r.o. 3.16.4.
26. HR 29 juni 2012, NJ 2012/410 (*Blauwe Oog*), r.o. 3.5.
27. A.J. Verheij, 'Vergoedbaarheid van angstschade', *NTBR* 2018, afl. 1, p. 17-18.
28. HR 15 maart 2019, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh. De benadeelde had al een standaard-tegemoetkoming ontvangen van RJS omdat hij ten onrechte was gedetineerd, en vorderde bij de civiele rechter een vergoeding van zijn immateriële schade.
29. Hofuitspraak zoals weergegeven in HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, r.o. 3.2.2.
30. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 4.3.2.
31. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 4.2.1.
32. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 4.2.1.
33. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 4.2.2.



gezinsleven), dan zou hij geestelijk letsel hebben moeten aantonen, aldus de Hoge Raad toen. Wat daarvan ook zij, de uitgangspunten uit het *EBI*-arrest zijn door de Hoge Raad in 2019 verschillende malen herhaald.<sup>35</sup>

### 3.3. Wat is de relevantie van mensenrechten voor de personenschadepraktijk?

Het *EBI*-arrest roept vragen op over de relevantie van persoonlijkheidsrechten – die tevens mensenrechten voortvloeiend uit het EVRM kunnen behelzen – in ons **schadevergoedingsrecht**. Lindenbergh overtuigt mij door te stellen dat in het ene geval de nadruk zal liggen op de gevolgen en in het andere geval op de norm.<sup>36</sup> Met name interessant om te zien is in hoeverre de extra overweging over de schending van fundamentele rechten in de toekomst een 'beperking' gaat opleveren in de handhaving daarvan via het smartengeldartikel.<sup>37</sup> Ook interessant is of en hoe de doorwerking van fundamentele rechten in de personenschadepraktijk tot wasdom zal komen. Een tweede thema is namelijk – net als die in het geval van geestelijk letsel, zoals in paragraaf 2 werd besproken – wat de betekenis is van mensenrechten in de context van de aansprakelijkheidsstelling. Dat thema levert ook hoofdbreken op.

Om die reden wordt in de volgende paragraaf geanalyseerd wat de relevantie is van het EVRM voor de personenschadepraktijk. Gestart wordt met een korte omschrijving van de wijze van doorwerking in de nationale rechtsorde.

## 4. Beyond: de schending van rechten onder het EVRM

### 4.1. De doorwerking van het EVRM in de nationale rechtsorde

Het EVRM werkt rechtstreeks door in onze nationale rechtsorde. Ook kan het EVRM ertoe dwingen nationale bepalingen buiten toepassing te laten, als die in strijd zijn met het EVRM (art. 93 en 94 Gw). In de literatuur wordt aangenomen dat het EVRM directe werking heeft in de relatie tussen overheid en burger. Bij plaatsing van die werking in de context van het onrechtmatigedaadsrecht wordt duidelijk dat de schending van een recht onder het EVRM een schending van een wettelijke bepaling oplevert. Een schadevergoeding moet worden betaald zodra ook aan de andere vereisten van de onrechtmatige daad is voldaan. In horizontale gevallen (relaties tussen burgers) heeft het EVRM geen directe werking, maar kan het verdrag wel indirecte horizontale werking hebben, zij het dat die werking niet is geregeld door de Grondwet.<sup>38</sup> In deze paragraaf over 'beyond' zal ik met name ingaan op de betekenis en toepassing van het EVRM in de context van personenschade.

### 4.2. De indirecte doorwerking in horizontale gevallen

In de literatuur worden verschillende vormen van indirecte horizontale doorwerking van mensenrechten onderscheiden. De eerste situatie is die waarin de staat optreedt als (ware) private partij, bijvoorbeeld bij het sluiten van overeenkomsten of als werkgever.<sup>39</sup> Ten tweede is de Nederlandse rechter verplicht om het EVRM correct toe te passen en te interpreteren, ook in horizontale gevallen.<sup>40</sup> Mocht de Nederlandse rechter een andere betekenis toekennen aan het EVRM dan is bedoeld, dan bestaat de mogelijkheid om beroep in te stellen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Het EHRM toetst dan – zij het met terughoudendheid – of de nationale rechter een kennelijk arbitraire of willekeurige beslissing heeft genomen in het licht van de rechten onder het EVRM.<sup>41</sup> Ten derde kunnen positieve verplichtingen van de staat betekenen dat in horizontale gevallen door de staat een bepaalde bescherming moet worden gegarandeerd en ten behoeve daarvan maatregelen moeten worden genomen.<sup>42</sup> Als die positieve verplichting niet wordt nagekomen, dan kan dat betekenen dat de staat aansprakelijk is onder het mensenrechtenverdrag. Ik kom hierop terug in de volgende paragraaf. Tot slot is mogelijk dat mensenrechten betekenisvol zijn voor de invulling van open begrippen in het privaatrecht.<sup>43</sup> Denk hierbij aan de invulling van de zorgplicht, zorgvuldigheidsnorm of persoonsaantasting. Van Dam spreekt in dat verband ook wel van mensenrechten en aansprakelijkheidsrecht als 'brothers in arms'.<sup>44</sup> De belangen die het aansprakelijkheidsrecht beoogt te beschermen, overlappen goeddeels met de belangen die het EVRM beschermt. Ook hierop kom ik terug. Eerst ga ik dieper in op de positieve verplichting, waarbij de nadruk ligt op de norm(schending) en niet op immateriële schade.

### 4.3. De positieve verplichting onder artikel 2, 3 en 8: aansprakelijkheid van de staat

#### 4.3.1. Twee typen verplichtingen

Het recht op leven (art. 2 EVRM), het recht om niet onderworpen te worden aan foltering, onmenselijke of vernederende behandelingen of straffingen (art. 3 EVRM) en het recht op privéleven en familielevens (art. 8 EVRM) zijn met name relevant voor de personenschadepraktijk. Onder andere onder die artikelen heeft een burger niet alleen het recht dat de staat zich onthoudt van inbreuken, maar ook dat hij preventieve maatregelen neemt om individuen actief te beschermen tegen inbreuken. Die positieve verplichting van de staat kan ook betekenisvol zijn in horizontale relaties.<sup>45</sup> Lidstaten van het EVRM kunnen de verplichting hebben om horizontale inbreuken op EVRM-rechten te bestrijden, voorkomen of sanctioneren. Als de staat nalaat om die verplichting na te komen, kan de staat daarop worden aangesproken door de benadeelde partij jegens wie die schending heeft plaatsgehad. En met name die situatie, waarin een geschil tussen private partijen verandert in een geschil jegens de staat, is relevant voor de



## Wat is de betekenis van mensenrechten in de context van de aansprakelijkheidsstelling?



34. In zijn analyse naar aanleiding van dit arrest betoogt Lindenbergh dat de Hoge Raad met dit criterium 'common ground' heeft gevonden en dat de bestaande jurisprudentie goed inpasbaar is in het *EBI*-criterium, Lindenbergh 2019, p. 122-130. Zie ook E.F.D. Engelhard, 'Immateriële schade als gevolg van data-inbreuken: het ondergeschoven kindje van de AVG', *NTBR* 2019, afl. 9/10, p. 192-200. Zie echter ook A.J. Verheij, 'EBI-arrest: een nieuwe koers', *NJB* 2020, afl. 12, p. 824-831 die zeer kritisch is over dit arrest.
35. HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 'Eisers/Maatschap Groningen, NAM en Staat'; HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1465.
36. Lindenbergh 2019, p. 129.
37. Verheij spreekt in dit verband ook wel over een door de Hoge Raad opgeworpen potentiële drempel voor vergoeding van immateriële schade, Verheij 2020.
38. Asser/Hartkamp 3-I 2015/226.
39. J. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011, p. 263. Staat als werkgever: EHRM 24 juli 2014, nr. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat en anderen t. Malta*).
40. Asser/Hartkamp 3-I 2015/221; Gerards 2011, p. 263, 281-286.
41. Hierover Gerards 2011, p. 283-286.
42. Asser/Hartkamp 3-I 2015/221; Gerards 2011, p. 263, 264-277.
43. Asser/Hartkamp 3-I 2015/225.
44. C.C. van Dam, 'Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms. On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights', *JETL* 2011 (2), p. 221 e.v.
45. Zie hierover ook J.M. Emaus, 'Geen actie, reactie?', *L&S* 2011, vol. 1, p. 28-40.



## Bij medische schade heeft een staat beleidsvrijheid en hoeft niet te kiezen voor het civiele aansprakelijkheidsrecht.



46. De analyse is voor een groot deel ontleend aan de analyse gemaakt door EHRM, *Thematic Report, Health related issues in the case-law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe/European Court of Human Rights 2011, te vinden via [www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_health.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf) (hierna: *Thematic Report Health 2011*).
47. A.M. Overheul, 'Vergoeding van integrale schade mede gezien vanuit een mensenrechtelijk perspectief', *TVP* 2016, afl. 1, p. 1-9.
48. *Thematic Report Health 2011*, p. 6-13.
49. EHRM 17 maart 2016, nr. 23796/10 (*Vasileva t. Bulgarije*), nr. 63. Zie ook EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96 (*Calvelli en Ciglio t. Italië*), nr. 49; EHRM nr. 75725/01, ECHR 2006-XIV (*Trocellier t. Frankrijk*); EHRM 27 juni 2006, nr. 11562/05 (*Byrzykowski t. Polen*), nr. 104; EHRM 9 april 2009, nr. 71463/01 (*Silig t. Slovenië*) (GC), nr. 192; EHRM 27 juni 2006, nr. 11562/05 (*Byrzykowski t. Polen*), nr. 104; EHRM 15 januari 2013, nr. 8759/05 (*Csoma t. Roemenië*), nr. 41; EHRM 2 mei 2017, nr. 30376/13 (*Jurica t. Kroatië*), nr. 84.
50. EHRM 27 juni 2006, nr. 11562/05 (*Byrzykowski t. Polen*), nr. 104.
51. EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96 (*Calvelli en Ciglio t. Italië*), nr. 52; EHRM 27 juni 2006, nr. 11562/05 (*Byrzykowski t. Polen*), nr. 105.
52. EHRM 17 maart 2016, nr. 23796/10 (*Vasileva t. Bulgarije*), nr. 15.
53. EHRM 27 juni 2006, nr. 11562/05 (*Byrzykowski t. Polen*), nr. 105; EHRM nr. 75725/01, ECHR 2006-XIV (*Trocellier t. Frankrijk*); EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96 (*Calvelli en Ciglio t. Italië*), nr. 51; EHRM 17 maart 2016, nr. 23796/10 (*Vasileva t. Bulgarije*), nr. 64.
54. EHRM 2 mei 2017, nr. 30376/13 (*Jurica t. Kroatië*), nr. 88.
55. EHRM 17 maart 2016, nr. 23796/10 (*Vasileva t. Bulgarije*), nr. 70; EHRM 2 mei 2017, nr. 30376/13 (*Jurica t. Kroatië*), nr. 85.
56. EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96 (*Calvelli en Ciglio t. Italië*), nr. 54-55.
57. EHRM 17 maart 2016, nr. 23796/10 (*Vasileva t. Bulgarije*), nr. 65.
58. EHRM 27 juni 2006, nr. 11562/05 (*Byrzykowski t. Polen*), nr. 117; EHRM 9 april 2009, nr. 71463/01 (*Silig t. Slovenië*), nr. 195.
59. EHRM 27 juni 2006, nr. 11562/05 (*Byrzykowski t. Polen*).
60. EHRM 9 april 2009, nr. 71463/01 (*Silig t. Slovenië*).
61. EHRM 17 maart 2016, nr. 23796/10 (*Vasileva t. Bulgarije*), nr. 66; EHRM 2 mei 2017, nr. 30376/13 (*Jurica t. Kroatië*), nr. 86.

personenschadepraktijk. In het onderstaande volgt een illustratie waarom dit zo is.<sup>46)</sup> In het onderstaande wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan medische schade, schade geleden in de uitoefening van de werkzaamheden en gezondheidsschade (of het risico daarop) of overlast vanwege milieuschade.

### 4.3.2. Medische schade

In de Nederlandse literatuur is eerder al door Overheul aandacht gevraagd voor de relevantie van EHRM-rechtspraak over de schending van het recht op geïnformeerde toestemming voor de invulling van de persoonsaantasting op andere wijze (artikel 6:106 sub b BW).<sup>47)</sup> De rechtspraak van het EHRM over medische schade beperkt zich daartoe niet<sup>48)</sup> en is ook relevant voor potentiële normschendingen. De staat heeft namelijk onder artikel 2 EVRM (recht op leven) en artikel 8 EVRM verschillende positieve verplichtingen, ook ten aanzien van zorg verschaft in private ziekenhuizen:

**'It is now well established that although the right to health is not as such among the rights guaranteed under the Convention or its Protocols (...), the High Contracting Parties have, parallel to their positive obligation under Article 2 of the Convention, a positive obligation under its Article 8, firstly, to have in place regulations compelling both public and private hospitals to adopt appropriate measures for the protection of their patients' physical integrity and, secondly, to provide victims of medical negligence access to proceedings in which they could, in appropriate cases, obtain compensation for damages.'**<sup>49)</sup> (cursivering RR)

De staat moet er dus ten eerste voor zorgen dat er regulering bestaat die publieke en private ziekenhuizen ertoe aanzet om passende maatregelen te nemen ter bescherming van het leven van hun patiënten. Ten tweede heeft de staat de verplichting om een procedure te institutionaliseren waarmee slachtoffers van medische aansprakelijkheid hun schade kunnen verhalen. Eerder werden ook wel de woorden 'effective independent judicial system' gebruikt.<sup>50)</sup> Als het niet-opzettelijk veroorzaakte schade betreft, is in het algemeen aangenomen dat het voldoende is dat er een civielrechtelijk compensatiesysteem bestaat; niet nodig is dat er handhaving plaatsvindt via het strafrecht.<sup>51)</sup> Overigens heeft de staat op dit punt beleidsvrijheid, de staat hoeft niet te kiezen voor het civiele aansprakelijkheidsrecht. Juridische systemen die uitgaan van een no-faultsysteem voor compensatie zijn ook mogelijk,<sup>52)</sup> zolang de procedure maar niet alleen in theorie bestaat, maar ook in de praktijk.<sup>53)</sup> Overigens betekent dat niet dat de gedupeerde bij schade ontstaan in het medisch circuit ook altijd vergoeding moet ontvangen:

**'(...) the mere fact that proceedings concerning medical negligence have ended unfavorable for the person concerned does not in itself mean**

**that the respondent State has failed in its positive obligation under Article 8 of the Convention.'**<sup>54)</sup>

In een recente uitspraak noemde het EHRM het meta-argument van 'defensive medicine': staten moeten oog hebben voor het feit dat artsen in hun professionele beroepsuitoefening belemmerd kunnen worden vanwege de blootstelling aan de mogelijkheid van medische aansprakelijkheid.<sup>55)</sup> Als iemand vrijwillig schikt met het ziekenhuis, dan verliest hij het recht op toegang tot de civiele procedure.<sup>56)</sup>

Het feit dat het juridische systeem effectief moet zijn in de praktijk, betekent ook dat de procedure bij de rechter moet zijn afgerond binnen een redelijke tijd.<sup>57)</sup> In de rechtspraak over artikel 2 EVRM, waarin personen zijn overleden gedurende hun verblijf in het ziekenhuis, wordt ook wel de term 'promptness' gebruikt.<sup>58)</sup> Daarvoor worden twee rechtvaardigingen genoemd. Ten eerste het belang om potentiële onvolkomenheden in de medische dienstverlening weg te nemen. Ten tweede om daarmee vergelijkbare fouten te voorkomen en dus bij te dragen aan de kwaliteit van zorg voor de ontvangers daarvan in het algemeen. Als geen sprake is van afronding van de gerechtelijke procedure binnen een redelijke termijn, is een procedurele positieve verplichting geschonden. In het verleden zijn schendingen aangenomen door het EHRM wanneer de rechter nog geen beslissing in de civiele zaak heeft genomen (beoordeling van de medische aansprakelijkheid voor de dood van patiënt) na meer dan zeven jaar<sup>59)</sup> en dertien jaar<sup>60)</sup>, zonder een duidelijke rechtvaardiging voor het tijdsverloop.

Recentelijk zijn twee zaken gewezen over de onafhankelijkheid van medisch deskundigen in een gerechtelijk proces. Het EHRM formuleert de volgende positieve verplichting:

**'It [de positieve verplichting, RR] also entails, like in the case of the parallel positive obligation under Article 2 of the Convention, the possibility to obtain effective medical expert examination of the relevant issues. For instance, the authorities must take sufficient care to ensure the independence, both formal and de facto, of the experts involved in the proceedings and the objectivity of their findings since these are likely to carry crucial weight in the ensuing legal assessment of the highly complex issue of medical negligence.'**<sup>61)</sup>

De positieve verplichting van de staat om ervoor zorg te dragen dat medisch deskundigen hun werk onafhankelijk (kunnen) verrichten en de objectiviteit van hun bevindingen moeten (kunnen) bewaren, houdt tevens in dat deskundigen hun beoordeling zorgvuldig opstellen door relevante punten te benoemen en hun conclusie gedetailleerd onderbouwen. Het is dan aan de rechter om zorgvuldig met die conclusies om te gaan en om een beoordeling en een weging te maken. Met andere woorden, er mag niet auto-

matisch en enkel worden afgegaan op de medische conclusies door een rechter.<sup>62</sup> Dat kan betekenen dat in zaken verschillende deskundigen worden gevraagd om advies uit te brengen. Als de rechter zich niet aan deze verplichting houdt, kan de staat daarvoor worden aangesproken. Onduidelijk is in hoeverre deze verplichting ook relevantie heeft indien de zaak niet bij de rechter ligt of zal komen, wat het gros van de zaken betreft in de praktijk.

Tot slot brengt de positieve verplichting onder artikel 8 mee dat de staat een verplichting heeft om regulering te introduceren die medici ertoe verplicht om de patiënt op voorhand te informeren over voorzienbare risico's van een geplande medische ingreep die ingrijpt op de fysieke integriteit van hun patiënt, op zo'n wijze dat zij in staat zijn om geïnformeerde toestemming te geven.<sup>63</sup> In de zaak *Csoma t. Roemenië* gaat het EHRM ogenschijnlijk verder in de formulering van de positieve verplichting; er zou niet alleen een verplichting bestaan om effectieve regulering te introduceren, maar ook dat er toegang moet bestaan tot een civiele procedure die tot schadevergoeding kan leiden.<sup>64</sup> Dat roept een belangrijke vraag op in zaken waarin wel onvoldoende is geïnformeerd maar geen letsel is veroorzaakt. Omdat de Nederlandse rechter heeft geoordeeld dat de enkele schending van een fundamenteel recht – zonder letsel als gevolg – nog geen persoonsaantasting is, lijkt de vordering voor integriteitsschade lastig te worden. Maar betekent dit dat het *EBI*-arrest niet EVRM-proof is? Omdat in de zaken die bij het EHRM hebben voorgelegen de risico's wel zijn verwezenlijkt (letsel/overlijden), en dus hoe dan ook op een vergoeding kunnen rekenen naar nationaal recht, valt die vraag nog niet te beantwoorden.

Een situatie die zich niet kan voordoen in Nederland, maar wel vermeldingswaardig is, is de situatie waarin onvoldoende wordt geïnformeerd over de risico's van een behandeling door een medicus die in dienst is bij een publiek ziekenhuis. In die gevallen is de staat direct aansprakelijkheid onder artikel 8 EVRM vanwege dat nalaten.<sup>65</sup> Er geldt dus – redenerend vanuit het EVRM – een extra verplichting van de staat in geval van publieke ziekenhuizen: niet alleen het introduceren van effectieve regelgeving op dit punt, maar ook de directe verantwoordelijkheid van de staat als een zorgverlener niet voldoende informeert.

#### 4.3.3. Schade geleden in de uitoefening van de werkzaamheden

Ook zaken die gaan over letselsschade veroorzaakt in de uitoefening van de werkzaamheden, hebben voorgelegen bij het EHRM.<sup>66</sup> De staat is in zijn rol als werkgever direct gebonden aan de rechten onder het EVRM, en als zodanig in het verleden ook aansprakelijk gehouden wegens schending van artikel 2 en 8 EVRM (asbest).<sup>67</sup> Vertaald naar het Nederlandse aansprakelijk-

heidsrecht betekent dit dat de staat – via artikel 6:162 BW – verplicht is de schade veroorzaakt door de werkzaamheden te vergoeden.

Bij het EHRM lag echter ook een zaak over de potentiële verantwoordelijkheid van de staat voor schade veroorzaakt door werkzaamheden bij een private werkgever. In die zaak is getracht de staat aansprakelijk te houden via zijn regulerende, toezichthoudende en informerende rol in private verhoudingen: *Vilnes en anderen t. Noorwegen*.<sup>68</sup> In de jaren zeventig startte een Noors mijnbouwbedrijf met *off shore* diepzeeduiken, waarbij niet altijd de veiligheidsregels zijn gevolgd. De informatie daarover is weggehouden bij de toezichthouder (arbeidsinspectie). Later bleek dat vele diepzeeduikers ernstige lichamelijke en geestelijke klachten hebben overgehouden aan hun werkzaamheden, onder andere omdat zij lijden aan decompressieziekte. De staat heeft geen aansprakelijkheid erkend, maar deed wel een eenmalige lumpsum-uitkering. De gedupeerden houden de staat verantwoordelijk op grond van, onder andere, de schending van de positieve verplichting van artikel 2 en 8 EVRM.

In geval van levens- en gezondheidsbedreigende (industriële) activiteiten (art. 2 EVRM) heeft de staat de verplichting te zorgen voor een wetgevings- en bestuurlijk kader dat effectief en preventief het recht op leven beschermt, ook als die activiteiten plaatsvinden in privaatrechtelijke verhoudingen.<sup>69</sup> Het EHRM geeft in *Vilnes en anderen t. Noorwegen* een uitgebreide overweging waarin hij de uitgevaardigde regelgeving en veiligheidsvoorschriften, de wijze van toezicht houden en de kennis over de mogelijke gevolgen beoordeelt. Op die punten stelt het EHRM geen schending vast. Er was een voldoende wettelijk en bestuurlijk kader aanwezig. Ook was er een mogelijkheid voor de gedupeerden om hun schade vergoed te krijgen, namelijk het civiele aansprakelijkheidsrecht. Wat dat betreft is dus ook geen sprake van een schending.

De klacht onder artikel 8 EVRM wegens het niet-informeren door de overheid over de mogelijke risico's van het gebruik van decompressietafels voor de gezondheid wordt wel gegrond bevonden. Op de staat rust ook de positieve verplichting om toegang te geven tot essentiële informatie die het mogelijk maakt voor individuen om een inschatting te maken van het risico waaraan zij worden blootgesteld. Het EHRM leidt uit deze verplichting ook de 'duty to provide such information' af, ook in gevallen van beroepsrisico's in private verhoudingen.<sup>70</sup> In deze zaak bestonden er gezondheidsrisico's als de decompressietafels onjuist werden gebruikt en voor dat risico heeft de staat niet gewaarschuwd. Om die reden is sprake van de schending van de positieve verplichting onder artikel 8 EVRM door de staat en is hij dus verantwoordelijk voor schade veroorzaakt in een horizontale verhouding.

In deze context is de Nederlandse uitspraak van het Hof Den Bosch van 10 maart 2020 bespre-



**Een staat moet regulering introduceren inzake informed consent.**



62. EHRM 17 maart 2016, nr. 23796/10 (*Vasileva t. Bulgarije*), nr. 66; EHRM 2 mei 2017, nr. 30376/13 (*Jurica t. Kroatië*), nr. 86.
63. EHRM nr. 75725/01, ECHR 2006-XIV (*Trocellier t. Frankrijk*); EHRM 15 januari 2013, nr. 8759/05 (*Csoma t. Roemenië*), nr. 42; EHRM 17 maart 2016, nr. 23796/10 (*Vasileva t. Bulgarije*), nr. 69. Deze verplichting bestaat ook onder art. 3 EVRM: EHRM 8 november 2011, nr. 18968/07 (*V.C. t. Slowakije*).
64. EHRM 15 januari 2013, nr. 8759/05 (*Csoma t. Roemenië*), nr. 43.
65. Hierover Overheul 2016.
66. Thematic Report Health 2011, p. 26-27.
67. EHRM 24 juli 2014, nr. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat en anderen t. Malta*).
68. EHRM 5 december 2013, nr. 52806/09 en 22703/10 (*Vilnes en anderen t. Noorwegen*).
69. EHRM 5 december 2013, nr. 52806/09 en 22703/10 (*Vilnes en anderen t. Noorwegen*), nr. 220. Zie ook EHRM 24 juli 2014, nr. 608908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat t. Malta*), nr. 101.
70. EHRM 5 december 2013, nr. 52806/09 en 22703/10 (*Vilnes en anderen t. Noorwegen*), nr. 235-236.





## Bij (risico op) overlijden, gezondheidsschade of flinke overlast door industriële activiteiten kan beroep worden gedaan op art. 2 of 8 EVRM.



kingswaardig. Het betreft de zaak van Stichting Gedupeerden Gevaarlijke Stoffen NL POMS Z.N. en vier gedupeerden die met Chroom 6 hebben gewerkt bij Defensie tegen de Staat der Nederlanden.<sup>71</sup> De staat wordt als werkgever aangesproken. In de context van de discussie over de vergoeding van immateriële schade wordt een beroep gedaan op art. 2 en 8 EVRM en de informatieplicht van de staat (zoals hierboven besproken) die in die context geldt. De onderbouwing van de eis is echter velerlei: gevorderd wordt een smartengeldbedrag van (uiteindelijk) 9000 Euro per persoon, maar de rechtvaardiging daarvoor wordt gevonden in (voor nu relevant) de schending van de informatieplicht onder art. 8 EVRM (zoals hierboven omschreven) én angstschade (zie paragraaf 2 van deze bijdrage, geestelijk letsel). Het Hof Den Bosch wijst het beroep op het EVRM af. De gedupeerden in de rechtspraak van het EHRM, waarop door de eisers een beroep wordt gedaan, hebben van het EHRM een vergoeding van immateriële schade ontvangen op grond van artikel 41 EVRM. Aan dat artikel (zoals in paragraaf 4.5 nader wordt uitgelegd) kan een gedupeerde binnen de nationale rechtsorde in beginsel geen rechtstreeks recht ontlenen op schadevergoeding, aldus het hof.<sup>72</sup> De gedupeerden hebben (daarom?) getracht deze schending in de context van artikel 6:106 BW (de persoonsaantasting op andere wijze) te plaatsen. Citaatwaardig is de redenering van de gedupeerden die het hof ook aanhaalt:

‘De normschending door Defensie is de meest ernstig denkbare. Defensie wist vanaf minimaal 1973 dat chroom-6 uiterst kankerverwekkend is. Desalniettemin kiest Defensie ervoor haar werknemers vanaf 1984 tot 2006 willens en wetens onbeschermd bloot te stellen aan chroom-6. Dit gegeven maakt de **inbreuk op de informatieplicht [onder art. 8 EVRM, RR] des te ernstiger. De gevolgen voor de werknemers zijn enorm.** Iedereen die op één van de POMS-sites heeft gewerkt leeft in angst. Veel werknemers zijn ziek of inmiddels overleden. De groep die nog niet ziek is, vreest iedere dag ervoor ernstig ziek te worden.’<sup>73</sup> (vette tekst RR)

Het hof vervolgt de uitspraak door uit dit citaat af te leiden dat het beroep op de schending van de informatieplicht onder het EVRM enkel ziet op ‘angstschade’. Bij de beoordeling van de vordering op basis van angstschade, ziet het hof echter niet hoe het niet-informereren over de blootstelling aan chroom-6 leidt tot angst: ‘Het is immers juist de wetenschap dat men daaraan is blootgesteld welke tot angstgevoelens kan leiden’, aldus het hof.<sup>74</sup> De vordering wordt afgewezen.

Ik heb mijn twijfels bij de uitkomst en (met name) de redenering van het hof in deze zaak. Ten eerste doen de gedupeerden duidelijk een beroep op de schending van een positieve verplichting onder artikel 8 EVRM door de staat als werkgever: het niet-informereren over risico’s voor de gezondheid die samenhangen met de beroepsuitoefening. Als die schending wordt

vastgesteld, dan rijst de vraag of *daarvoor* een smartengeldbedrag moet worden geboden naar Nederlands recht. Door dat deel van de vordering af te wijzen omdat artikel 41 EVRM geen rechtstreeks recht oplevert voor gedupeerden, is inhoudelijk niet sterk. De gedupeerden kleden hun vordering – terecht – in op basis van het *Blauw Oog*-arrest (thans: *EBI*), omdat dat de route is naar Nederlands recht voor verkrijgen van een vergoeding van immateriële schade als letselschade ontbreekt (en niet art. 41 EVRM). Zij concretiseren daarom ook terecht wat de aard en de ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor de gedupeerden. Daarover had het hof een beslissing moeten nemen. Maar het hof legt direct de link met angstschade en wijst de vordering uit dien hoofde af. Naar mijn mening is dat opvallend. Toegegeven, de eisers doen óók een beroep op angstschade, maar dat betekent niet dat door het benoemen van de gevolgen van de schending van de informatieplicht onder artikel 8 EVRM de gedupeerden hun vordering hebben beperkt tot een vergoeding voor angstschade. Volgens mij had het hof in deze zaak inhoudelijk moeten beslissen over de schending van artikel 8 EVRM en de vraag of in het licht van de aard en ernst van die schending en de gevolgen daarvan voor de gedupeerden (wat ook angst kan zijn) een vergoeding van immateriële schade rechtvaardigt naar Nederlands recht. Dat doet het hof nu niet.

### 4.3.4. Gezondheidsschade (of risico daarop) of overlast vanwege milieuschade

Als industriële activiteiten, of gevolgen die daaraan gerelateerd zijn, iemands overlijden, een risico op overlijden, gezondheidsschade of behoorlijke overlast voor de leefomgeving veroorzaken, dan bestaat de mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 2 en/of 8 EVRM.<sup>75</sup> De verplichtingen die in dat verband gelden, zijn ook positieve, en kunnen verschillende vormen aannemen. De verplichtingen voor de staat kunnen ook gelden als private ondernemingen schade veroorzaken bij burgers.

Het EHRM heeft herhaaldelijk geoordeeld dat de positieve verplichting onder artikel 2 EVRM ook behelst dat een staat passende maatregelen neemt om te voorkomen dat (industriële) activiteiten (gezondheids)risico’s opleveren voor iemands leven. Om een beroep te doen op dit artikel hoeft iemand niet per se te zijn overleden; ook indien iemand duidelijk heeft moeten vrezen voor zijn leven, kan hij bescherming ontlenen aan artikel 2 EVRM.<sup>76</sup> Voorbeelden van casuïstiek die in de context van gevaarlijke activiteiten heeft voorgelegen, zijn: uitstoot van giftige stoffen, overstrooming van woonwijken en ontploffing op een vuilnisbelt waarop bewoning werd gedoogd. Deze verplichting geldt niet alleen als sprake is van een staatsbedrijf, maar ook indien het activiteiten van private ondernemingen betreft.<sup>77</sup> De primaire verplichting van een verdragsstaat is om een wettelijk en bestuurlijk kader te intro-

71. Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:871.

72. Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:871, r.o. 7.2.7.

73. Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:871, r.o. 7.2.8.

74. Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:871, r.o. 7.2.8.

75. Thematic Report Health 2011, p. 22-26.

76. Zie bijvoorbeeld EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, 20534/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko t. Rusland*); EHRM 24 juli 2014, nr. 608908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat t. Malta*), nr. 82.

77. EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Onerjildiz t. Turkije*), nr. 71; EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, 20534/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko t. Rusland*), nr. 158; EHRM 24 juli 2014, nr. 608908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat t. Malta*), nr. 79.

duceren dat het mogelijk maakt om inbreuken op het recht op leven effectief te voorkomen. Een van de belangrijkste arresten daarover is *Öneryildiz e.a. t. Turkije*, waarin de volgende uitgangspunten worden genoemd:

**'This obligation indisputably applies in the particular context of dangerous activities, where, in addition, special emphases must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives.'**<sup>78)</sup>

Met andere woorden, de kaders moeten zijn toegesneden op het risico. De verplichting tot het creëren van wettelijke en bestuurlijke kaders heeft betrekking op de vergunningverlening, het proces van opzetten en uitvoeren, de vereiste veiligheid en het toezicht op ondernemingen door de staat.<sup>79)</sup> Het hebben van kaders is niet voldoende. Belangrijk is dat de kaders effectief zijn, bijvoorbeeld doordat risico's effectief kunnen worden ingeschat en meegenomen in de besluitvorming, er een coherent toezichthoudend systeem is, of zelfs dat er een adequaat intern waarschuwingssysteem bestaat voor het geval dat zich een concreet gevaar (bijv. overstromingsgevaar) voordoet.<sup>80)</sup> Zelfs het ontbreken van daadwerkelijke handhaving kan een schending van artikel 2 EVRM opleveren, zo blijkt uit – in een andere context gewezen arrest – *Brincat t. Malta*.<sup>81)</sup> Duidelijk wordt hoe belangrijk daadwerkelijke en effectieve bescherming is onder het EVRM, en met name onder artikel 2 (en 3) EVRM als meest beschermingswaardige recht van het verdrag. Hoe de invulling van de kaders (de *means*<sup>82)</sup>) precies moet plaatsvinden, is aan de staat. Er mag ook geen onmogelijke of disproportionele last aan de staat worden opgelegd.

De rechtspraak van het EHRM noemt wel twee belangrijke punten voor invulling. Ten eerste moeten de personen wier leven wordt bedreigd door de activiteit informatie ontvangen over het risico waaraan zij worden blootgesteld.<sup>83)</sup> Met andere woorden, zij hebben recht op (toegang tot) informatie over het risico onder artikel 2 EVRM. Wordt die informatie niet of onvoldoende gegeven, dan kan sprake zijn van een schending van de staat. Ook is van belang dat het nationale recht voorziet in passende procedures om een eventuele tekortkoming van de ingevoerde procedures of fouten gemaakt door verantwoordelijke autoriteiten aan de orde te stellen.<sup>84)</sup>

Afgezien van de verplichting tot de introductie van wettelijke en bestuurlijke kaders heeft de staat onder bepaalde omstandigheden de verplichting om feitelijk preventieve maatregelen te treffen. Het criterium dat in het arrest *Osman* is gecreëerd, is doorgetrokken naar deze casuïstiek in het arrest *Öneryildiz t. Turkije*.<sup>85)</sup> Als de staat weet of had moeten weten dat er een reëel en onmiddellijk risico op aantasting van het

leven of de gezondheid van één of meer personen bestaat, dan moet de staat alle redelijke maatregelen treffen (die vallen binnen zijn bevoegdheidsfeer) die het intreden van het risico kunnen voorkomen, voor zover die geen onmogelijke of disproportionele last op de staat leggen. Dat kan betekenen dat de staat feitelijk maatregelen moet nemen ter voorkoming van bijvoorbeeld een ontploffing of een overstroming.<sup>86)</sup>

Een andere verplichting die de staat in deze (en ook in andere) context heeft, is de procedurele verplichting om vermeende schendingen van het recht op leven adequaat te onderzoeken. Zeker als de overheid op de hoogte was van het risico voor het leven en dat risico treedt in, moet hij zelfstandig een onderzoek starten.<sup>87)</sup>

Onder artikel 8 EVRM kan de staat de positieve verplichting hebben om inwoners te beschermen tegen omstandigheden die het privéleven, familielevens of de eigen leefomgeving (vervuiling, stank, geluidsoverlast) negatief beïnvloeden, ook als dat het gevolg is van industriële activiteiten uitgeoefend door een private onderneming.<sup>88)</sup> Het gaat hier uitdrukkelijk niet over levensbedreigende situaties, maar om activiteiten die wel duidelijk iemands familielevens of privélevens beïnvloeden.<sup>89)</sup> Dat betekent dat in deze zaken allereerst de vraag voorligt of de overlast een bepaald minimumniveau haalt. In *Fadeyeva t. Rusland* oordeelde het EHRM dat het feit dat er milieuschade is, nog niet betekent dat er sprake is van een aantasting.<sup>90)</sup> Het minimumniveau van bijvoorbeeld milieuverontreiniging wordt beoordeeld in het licht van de intensiteit en lengte van de overlast en de fysieke en mentale gevolgen daarvan. Volgens het EHRM bestaat er geen *arguable claim* onder artikel 8 EVRM als de omvang van de overlast waarover wordt geklaagd verwaarloosbaar groter is in vergelijking met de omvang die inherent is aan het leven in de moderne stad.<sup>91)</sup> Het hoeft echter niet zo te zijn dat er een gezondheidsrisico bestaat ten gevolge van de overlast, een aantasting van de levenskwaliteit (van een bepaald minimumniveau) kan ook voldoende zijn. Als het minimumniveau van overlast is gehaald, volgt ter beoordeling van de eventuele schending veelal een *fair balance*-test.<sup>92)</sup> Voor de beoordeling van de schending moet een weging worden gemaakt tussen het (economische) belang van de staat bij de betreffende industriële activiteit en het individuele belang van de gedupeerde. Zo kan het zijn dat mensen moeten worden geïnformeerd<sup>93)</sup> over het (gezondheids)risico waaraan een individu of gezin wordt blootgesteld, of moeten worden geholpen om te verhuizen.<sup>94)</sup> Als dat niet gebeurt en er is geen *fair balance* tussen de activiteit en het belang van de gedupeerde, dan is de staat aansprakelijk onder het EVRM, ook als het private industrie betreft. Het feit dat er wetenschappelijke onzekerheden bestaan over de schadelijkheid en de gevolgen van een bepaalde blootstelling, betekent niet dat de staat vrijblijvend kan stilzitten. In dat geval kan de

78. EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneryildiz t. Turkije*), nr. 90. Herhaald in EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, 20534/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko t. Rusland*), nr. 157.
79. EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneryildiz t. Turkije*), nr. 90. Herhaald in EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, 20534/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko t. Rusland*), nr. 158. Zie ook EHRM 24 juli 2014, nr. 608908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat t. Malta*), nr. 101.
80. EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, 20534/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko t. Rusland*), nr. 185.
81. EHRM 24 juli 2014, nr. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat t. Malta*).
82. EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, 20534/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko t. Rusland*), nr. 159.
83. EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneryildiz t. Turkije*), nr. 90; Herhaald in EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, 20534/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko t. Rusland*), nr. 159. Zie ook EHRM 24 juli 2014, nr. 608908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat t. Malta*), nr. 101. Als wordt voldaan aan deze verplichting betekent dat niet dat daarmee geen sprake kan zijn van een schending van art. 2 EVRM op andere gronden.
84. EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneryildiz t. Turkije*), nr. 90; EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, 20534/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko t. Rusland*), nr. 159. Zie ook EHRM 24 juli 2014, nr. 608908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat t. Malta*), nr. 101.
85. EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneryildiz t. Turkije*), nr. 101. Zie eerder EHRM 28 oktober 1998, nr. 87/1997/871/1083 (*Osman*), nr. 116.
86. De Hoge Raad oordeelde op grond van deze verplichting dat de Staat der Nederlanden verplicht is in 2020 te komen tot een reductie van de uitstoot van broeikasgassen van 25% in vergelijking met de uitstoot in 1990, HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*). In Curaçao ligt een zaak voor over het niet-voorkomen van gezondheidsschadelijke luchtverontreiniging, Gerecht in Eerste Aanleg Curaçao 14 januari 2019, ECLI:NL:OGAEC:2019-17.
87. EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneryildiz t. Turkije*), nr. 93; EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, 20534/05, 23263/05, 24283/05 en 35673/05 (*Kolyadenko t. Rusland*), nr. 188 e.v. Zie ook Emaus 2011, p. 32-33.
88. EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90 (*López t. Spanje*); EHRM 24 juli 2014, nr. 608908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat t. Malta*); EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00 (*Fadeyeva t. Rusland*), nr. 132.
89. Zie bijv. EHRM 24 juli 2014, nr. 608908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat t. Malta*), nr. 85.
90. EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00 (*Fadeyeva t. Rusland*), nr. 68-70.
91. EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00 (*Fadeyeva t. Rusland*), nr. 69.
92. Zie bijv. EHRM 9 december 1994, nr. 16798/90 (*López t. Spanje*); EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00 (*Fadeyeva t. Rusland*).
93. Thematic Report Health 2011, p. 24. EHRM 19 februari 1998, nr. 116/1996/735/932 (*Guerra t. Italië*), nr. 58. Uit deze zaak blijkt ook dat voor dit niet-informerend het EHRM zelf een vergoeding voor immateriële schade toewijst (art. 41 EVRM), zonder dat causaliteitsvragen worden gesteld.



- Over de verplichting om te informeren zie ook EHRM 19 oktober 2005, nr. 34555/96 (*Roche t. Groot-Brittannië*) (GC), nr. 162: er kan een verplichting bestaan om te informeren, maar ook om (middels een procedure) toegang te geven tot die informatie. Zie ook EHRM 24 juli 2014, nr. 608908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat t. Malta*), nr. 102.
94. EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00 (*Fadayeva t. Rusland*), nr. 132.
95. EHRM 27 januari 2009, nr. 67021/01 (*Tătar t. Roemenië*).
96. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (*Mothers of Srebrenica*).
97. EHRM 2 april 2001, nr. 27229/95 (*Keenan t. Groot-Brittannië*) (3thCh), r.o. 123; EHRM 10 mei 2001, nr. 29392/95 (*Z en anderen t. Groot-Brittannië*) (GC), r.o. 108; EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Önerjildiz t. Turkije*), nr. 145; EHRM 23 februari 2016, nr. 11138/10 (*Mozert t. Moldavië en Rusland*) (GC), nr. 207.
98. EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Önerjildiz t. Turkije*), nr. 145. Zie ook EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards t. Groot-Brittannië*), nr. 96; EHRM 17 juli 2014, nr. 47848/08 (*Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeau t. Roemenië*) (GC), nr. 148.
99. EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99 (*Bubins t. Groot-Brittannië*), nr. 170.
100. Zie bijv. duidelijk EHRM 23 februari 2016, nr. 11138/10 (*Mozert t. Moldavië en Rusland*) (GC), nr. 208, waar het EHRM het niet nodig vindt om te oordelen over de mate waarin de klacht onder art. 2 EVRM 'arguable' was, omdat de klachten onder art. 3, 8 en 9 EVRM al gegrond bevonden waren en dus 'arguable'.
101. EHRM 2 april 2001, nr. 27229/95 (*Keenan t. Groot-Brittannië*), nr. 123; EHRM 10 mei 2001, nr. 29392/95 (*Z en anderen t. Groot-Brittannië*) (GC), nr. 108; EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards t. Groot-Brittannië*), nr. 96; EHRM 17 juli 2014, nr. 47848/08 (*Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeau t. Roemenië*) (GC), nr. 148.
102. EHRM 17 juli 2014, nr. 47848/08 (*Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeau t. Roemenië*) (GC), nr. 149.
103. EHRM 2 april 2001, nr. 27229/95 (*Keenan t. Groot-Brittannië*), nr. 130-131; EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards t. Groot-Brittannië*), nr. 101; EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Önerjildiz t. Turkije*), nr. 147; EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99 (*Bubins t. Groot-Brittannië*), nr. 171; EHRM 17 juli 2014, nr. 47848/08 (*Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeau t. Roemenië*), nr. 149.
104. EHRM 2 april 2001, nr. 27229/95 (*Keenan t. Groot-Brittannië*), nr. 123; EHRM 10 mei 2001, nr. 29392/95 (*Z en anderen t. Groot-Brittannië*), nr. 109; EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Önerjildiz t. Turkije*), nr. 149.
105. EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Önerjildiz t. Turkije*), nr. 148. Een procedure op nationaal niveau die enkel de feiten van een bepaalde casus onderzoekt – waarin mogelijkerwijs ook een aansprakelijkheid van de staat op het spel staat, maar die niet wordt beoordeeld – en die ook vaststelt, is onvoldoende om een effectieve remedie te zijn, aldus het EHRM in EHRM 2 april 2001, nr. 27229/95 (*Keenan t. Groot-Brittannië*), nr. 128. Zie ook EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards t. Groot-Brittannië*), r.o. 97. Het hoeft echter niet per se de rechter te zijn die de aansprakelijkheid vaststelt, EHRM 17 juli 2014, nr. 47848/08 (*Centre for legal resources on behalf of*

verplichting bestaan om onderzoek te doen naar de risico's en om passende maatregelen te treffen om iemands recht op een gezonde en veilige leefomgeving te beschermen.<sup>95)</sup>

#### 4.3.5. Kortom

Wat duidelijk moge zijn, is dat de staat en zijn organen (bijv. de rechter) tot op zekere hoogte verplicht zijn om mensenrechten ook in horizontale verhoudingen actief te beschermen. Die verplichting kan verschillende vormen aannemen: de introductie van een effectief wetgevings- en/of beleidskader, waaronder verplichtingen tot het geven van informatie en de introductie van een effectief compensatiesysteem kunnen vallen en het nemen van feitelijke maatregelen. Een geschil tussen private partijen kan op die manier een geschil tussen de gedupeerde en de staat worden. De vraag is echter – als die normschending is vastgesteld – in hoeverre naar Nederlands recht een recht op vergoeding (immateriële) schade bestaat, omdat ons rechtssysteem aanvullende vereisten kent (bijvoorbeeld causaliteit en schade). Een goed voorbeeld hiervan is de uitkomst in de zaak *Mothers of Srebrenica*, waarin wel een mensenrechtenschending werd vastgesteld maar het csqn niet vaststond. Via de leer van verlies van een kans kwam de Hoge Raad tot een gedeeltelijke aansprakelijkheid van de staat (10%).<sup>96)</sup> In dat verband is nog één recht onder het EVRM relevant: het recht op een *effective remedy*.

#### 4.4. De schending van het recht op *effective remedy*: aansprakelijkheid van de staat

Artikel 13 EVRM beschermt het recht op een *effective remedy*. Dit artikel kan niet worden losgezien van de andere EVRM-rechten. Lidstaten zijn onder artikel 13 EVRM verplicht om in hun nationale rechtsorde remedies te bieden die de handhaving van andere rechten en verplichtingen onder het verdrag mogelijk maken. Gesproken wordt ook wel over 'a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms'.<sup>97)</sup> Het doel is:

'(...) to provide a means whereby individuals can obtain appropriate relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint for the Court.'<sup>98)</sup>

Het resultaat van dit recht is dat in geval van een 'arguable complaint' onder het verdrag er binnen de nationale rechtsorde een remedie moet bestaan om de klacht inhoudelijk te laten beoordelen en dat er een vooruitzicht bestaat op passende maatregelen. Is dat niet het geval, dan is sprake van een **schending**. Een klacht hoeft niet gegrond bevonden te zijn door het EHRM om 'arguable' te zijn in de zin van artikel 13 EVRM.<sup>99)</sup> Desalniettemin leidt het EHRM uit de gegrondbevinding wel af dat de klacht 'arguable' is.<sup>100)</sup>

De verplichting van een effectieve remedie houdt verband met het effectiviteitsbeginsel: een reme-

die moet effectief zijn 'in practise as well as in law',<sup>101)</sup> waarmee wordt beoogd de effectiviteit van de bescherming/handhaving van mensenrechtenschendingen te borgen. Zie bijvoorbeeld het EHRM in *Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeau t. Roemenië* (GC):

'The Court has held that judicial remedies furnish strong guarantees of independence, access for the victim and family, and enforceability of awards in compliance with the requirements of Article 13.'<sup>102)</sup>

De interpretatie van dit recht door het EHRM maakt aldus duidelijk dat artikel 13 EVRM eisen kan stellen aan zowel de procedure als de **sancctie** (schadevergoeding) waarop vooruitzicht bestaat naar nationaal recht. De vereisten en de reikwijdte van artikel 13 EVRM variëren wel naar gelang het type rechtsschending dat op het spel staat. Ook bestaat er beleidsvrijheid, doch in sommige gevallen is het EHRM expliciet over wat het als een *effective remedy* beschouwt. Als bijvoorbeeld het recht op leven (art. 2 EVRM) of – in sommige gevallen – het recht om beschermd te worden tegen marteling of inhumane denigrerende behandeling (art. 3 EVRM) op het spel staat, verlangt het recht op *effective remedy* niet alleen dat er vooruitzicht bestaat op compensatie van materiële en immateriële schade (ook voor nabestaanden),<sup>103)</sup> maar ook dat er effectief onderzoek wordt gedaan naar de aanleiding van iemands overlijden en dat er toegang bestaat tot de informatie die dat oplevert aan de zijde van degene die de klacht indient, om daarmee de mogelijkheid te creëren dat gebruik wordt gemaakt van een remedie.<sup>104)</sup> Ook kan artikel 13 EVRM eisen dat er een juridische procedure bestaat waarin een bindende beslissing kan worden genomen over de aansprakelijkheid voor of voorkoming van een mogelijke rechtsschending door de staat.<sup>105)</sup> Als die remedies niet worden geboden, is sprake van een **schending** en kan het EHRM overgaan tot billijke genoegdoening (art. 41 EVRM). Het ontbreken van een vooruitzicht op een bepaalde schadevergoeding kan dus betekenen dat sprake is van een mensenrechtelijke schending, ook als uiteindelijk geen sprake is van de schending van bijvoorbeeld het recht op leven. Overigens betekent het feit dat er een remedie moet bestaan niet dat die remedie ook succesvol moet zijn voor de gedupeerde.<sup>106)</sup>

Om nader in te zoomen op de verplichting op een vooruitzicht op een bepaalde vergoedingsmogelijkheid in geval van (vermeende) schending van artikel 2 en 3 EVRM: telkens weer blijkt dat dan vooruitzicht moet bestaan op een vergoeding van immateriële schade die dusdanig is dat er een prikkel bestaat om rechtsbijstand toe te wijzen en een procedure te starten jegens de staat.<sup>107)</sup> De reden daarvoor is dat artikel 2 en 3 EVRM de meest fundamentele rechten van het verdrag betreffen. Met andere woorden, het vooruitzicht op schadevergoeding moet dusdanig zijn dat een kosten-batenanalyse van de

gedupeerde leidt tot het starten van een procedure om de vermeende rechtsschending door de staat te kunnen laten beoordelen door bijvoorbeeld een rechter.<sup>108</sup> Die verplichting is niet alleen aangenomen in geval van vermeende schending van artikel 2 en 3 EVRM, maar ook bij de schending van artikel 8 EVRM.<sup>109</sup> Alleen dan is er een *effectieve* remedie beschikbaar en kan de (vermeende) schending van het onderliggende mensenrecht in de praktijk daadwerkelijk aan de orde worden gesteld. In die gevallen moet dat vooruitzicht bestaan voor zowel de gedupeerde (als die nog leeft) als zijn nabestaanden:

**‘The Court considers that, in the case of a breach of article 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as a part of the range of possible remedies. (...) In this case, the Court concludes that the applicant should have been able to apply for compensation for her non-pecuniary damage and that suffered by her son before his death.’<sup>110</sup>**

Bij schending van artikel 13 EVRM in deze context legt het EHRM zelf, ongeacht of sprake is van (ook) een schending van het onderliggende recht op leven of behoorlijke behandeling, een verplichting op aan de staat om vergoeding te bieden voor immateriële schade (art. 41 EVRM, waarover later meer).<sup>111</sup> Denkend vanuit de idee dat een remedie effectief moet zijn, is het niet verwonderlijk dat het EHRM relatief eenvoudig de stap neemt naar de vergoeding van de immateriële schade van nabestaanden (wat ‘wij’ noemen: ‘affectieschade’). Er bestaat een algemeen belang om mensenrechten te waarborgen en een instrumentarium daartoe te creëren, zodat kan worden opgekomen jegens de staat, ook als de gedupeerde is overleden.<sup>112</sup> In *Paul and Audrey Edwards t. Groot-Brittannië* noemde het EHRM deze vergoeding zelfs een ‘*essential element*’ van de remedie die aan nabestaanden moet toekomen in geval van schending van artikel 2 en 3 EVRM.<sup>113</sup> In geval van andere vermeende rechtsschendingen, bijvoorbeeld artikel 5 en 6 EVRM, is het EHRM overigens terughoudender met het aannemen van een recht op een vooruitzicht op vergoeding voor immateriële schade voor nabestaanden in de nationale rechtsorde.<sup>114</sup> Gezien deze systematiek is nog maar de vraag of de uitkomst in de zaak *Mothers of Srebrenica*, waarin wel een schending van artikel 2 EVRM werd vastgesteld, maar naar Nederlands recht slechts sprake was van een proportionele aansprakelijkheid van 10% van de staat een voldoende *effective remedy* oplevert in de zin van art. 13 EVRM.<sup>115</sup> Daar waar ‘de Nederlandse’ proportionele aansprakelijkheid het überhaupt mogelijk maakte om een vergoeding te bieden, zij het gedeeltelijk (vanwege het gebrek aan een aantoonbaar *condicio sine qua non*-verband), is het nog maar de vraag of die gedeeltelijke vergoeding afdoende is in het licht

van het vereiste van een *effective remedy* in de zin van art. 13 EVRM.

In het licht van het bovenstaande is het niet opvallend dat in de context van de discussie over affectieschade in de Nederlandse literatuur herhaaldelijk aandacht is gevraagd voor artikel 13 EVRM.<sup>116</sup> Hierbij moet worden benadrukt dat een beroep op artikel 13 EVRM altijd gebeurt in geval van een vermeende schending van een *ander* mensenrecht, zoals een mogelijke schending van het recht op leven (art. 2 EVRM) door de staat. Het betreft dus altijd verticale verhoudingen. Maar let op: het kan ook zaken betreffen waarin het de facto gaat om horizontale gevallen (bijv. verwaarlozing van kinderen door ouders), maar waarin de staat een positieve verplichting heeft geschonden wegens het nalaten van het nemen van beschermende maatregelen. Geprobeerd is om nog een stap verder te nemen: getracht is het EHRM te ‘verleiden’ tot het aannemen van een positieve verplichting voor de staat om een effectieve remedie te creëren in de vorm van een vergoeding voor – wat wij noemen – ‘affectieschade’ ontstaan in zuiver horizontale gevallen; dus die waarin de staat geen enkel ander mogelijk verwijt treft, behalve eventueel het niet creëren van een remedie. Dat is niet gelukt. Het EHRM oordeelde in *Zavaloka t. Letland* dat de staat niet de verplichting heeft om affectieschade vergoedbaar te maken in horizontale verhoudingen.<sup>117</sup> De keuze van de lidstaten om affectieschade vergoedbaar te maken zou nog te ver uiteenlopen.<sup>118</sup> Dat het EHRM deze verplichting niet in het leven roept, betekent niet dat artikel 13 EVRM niet betekenisvol kan zijn voor nabestaanden. Als de schending plaatsvindt in verticale verhoudingen, en betrekking heeft op bijvoorbeeld het recht op leven (art. 2 EVRM), ligt een vergoeding van immateriële schade in de rede (ook in Nederland als verdragsstaat). Wordt die vergoeding niet geboden door de nationale rechter, zoals het Hof Den Haag onlangs niet deed,<sup>119</sup> dan ontstaat er een onwenselijke situatie. Het Hof Den Haag oordeelde wel dat sprake was van een schending van art. 2 jo. 13 EVRM jegens de nabestaanden, maar hield het bij de enkele vaststelling van de schending en bood geen vergoeding voor immateriële schade. Sprake is dan van een patstelling: het EVRM vereist een specifieke remedie (vergoeding van immateriële schade), maar de nationale rechter houdt het bij de vaststelling en biedt de vereiste vergoeding niet, waardoor goed betoogd kan worden dat sprake is van een schending van het recht op *effective remedy* door de staat. Als deze uitspraak standhoudt bij de Hoge Raad, zien de nabestaanden zich gedwongen om te procederen tot aan het EHRM om de vergoeding te ontvangen.

Artikel 13 EVRM is niet alleen relevant voor de vordering van nabestaanden. In *Z en anderen t. Groot-Brittannië* wordt een schending van artikel 13 EVRM jegens kinderen aangenomen, omdat het nationale recht geen compensatiemogelijkheid biedt nadat de staat hen onvoldoende had beschermd tegen onmenselijke en denigrerende

- Valentin Câmpeanu t. Roemenië*), nr. 149. Hierover ook W. Berka, ‘Human rights and tort law’, in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 237.
106. EHRM 8 november 2011, nr. 18968/07 (V.C. t. Slowakije), nr. 165; EHRM 24 juli 2014, nr. 608908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 en 62338/11 (*Brincat t. Malta*), nr. 137.
107. EHRM 2 april 2001, nr. 27229/95 (*Keenan t. Groot-Brittannië*), nr. 129-131; EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99 (*Bubbins t. Groot-Brittannië*), nr. 171; EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards t. Groot-Brittannië*), nr. 99.
108. Expliciet: EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards t. Groot-Brittannië*), nr. 99.
109. Hierover Berka 2011, p. 263.
110. EHRM 2 april 2001, nr. 27229/95 (*Keenan t. Groot-Brittannië*), nr. 130-131 (art. 2 EVRM nabestaanden). Zie ook EHRM 10 mei 2001, nr. 29392/95 (*Z en anderen t. Groot-Brittannië*), nr. 109 (art. 3 EVRM gekwetsten); EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneriyildiz t. Turkije*), nr. 152; EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99 (*Bubbins t. Groot-Brittannië*), nr. 171; EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00 (*Zavaloka t. Letland*), nr. 25; EHRM 17 juli 2014, nr. 47848/08 (*Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeanu t. Roemenië*), nr. 149.
111. EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99 (*Bubbins t. Groot-Brittannië*).
112. Zie bijv. EHRM 17 juli 2014, nr. 47848/08 (*Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeanu t. Roemenië*), nr. 98. De kring van gerechtigden is echter niet beperkt. In datzelfde arrest noemt het EHRM het voorbeeld van een schoonzus van een overledene die niet gerechtigd zou zijn. Over dit onderwerp Kissling en Kelliher 2011, p. 617.
113. EHRM 14 maart 2002, nr. 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards t. Groot-Brittannië*), nr. 101.
114. Kissling en Kelliher 2011, p. 617.
115. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (*Mothers of Srebrenica*).
116. C.J.P. Wijnacker, ‘Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederlands mogelijk’, VR 2010, nr. 11, p. 313-315; R. Rijnhout en J.M. Emaus, ‘Damages in Wrongful Death Cases in the Light of European Human Rights Law: Towards a Rights-Based Approach to the Law of Damages’, *Utrecht Law Review* 2014 (3), vol. 10, p. 91-106.
117. EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00 (*Zavaloka t. Letland*). Hierover Wijnacker 2010, p. 314; Rijnhout en Emaus 2014, p. 96-97. In zekere zin oordeelde de Hoge Raad reeds in dezelfde zin in HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*) en in HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387 (*Vilt*), m.nt. J.B.M. Vranken door te oordelen dat art. 8 EVRM niet dwingt tot het bieden van een vergoeding van affectieschade.
118. EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00 (*Zavaloka t. Letland*), nr. 40.
119. Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929.



## Het EHRM kan zelf 'just satisfaction' bieden aan gedupeerden.



behandeling door hun ouders. En in *Öneriyildiz t. Turkije* was sprake van de schending van het recht op een *effective remedy*, omdat weliswaar een vergoeding voor immateriële schade van de nabestaande was toegewezen onder het nationale recht, doch die vergoeding nog niet was uitbetaald door de staat (schending art. 2 jo. 13 EVRM).<sup>120</sup> Tijdig uitbetalen van de vergoeding is ook een element dat meeweegt in de beoordeling van de *effective remedy*, aldus het EHRM.

### 4.5. De mogelijkheid voor het EHRM om 'just satisfaction' te bieden: schadevergoeding

Een laatste belangrijk onderwerp is dat in geval van schending van een recht onder het EVRM het EHRM zelf de mogelijkheid heeft om 'just satisfaction' te bieden aan de gedupeerden (art. 41 EVRM).<sup>121</sup> Deze mogelijkheid is door de opstellers gecreëerd om daadwerkelijke handhaving van mensenrechten door het EHRM mogelijk te maken. Zoals Steiner laat zien, heeft artikel 41 EVRM – van oudsher – een subsidiair karakter. Anders dan het recht op een effectieve remedie is het bieden van 'just satisfaction' geen recht op zich.<sup>122</sup> Als een lidstaat een recht schendt onder het EVRM, is het in eerste instantie aan die staat om de schending te beëindigen en recht te zetten. Als de aard van de rechtsschending daartoe aanleiding biedt, kan dat betekenen dat een staat volledige vergoeding van materiële en immateriële schade (*restitutio in integrum*) moet geven.<sup>123</sup> Als een staat die volledige vergoeding niet biedt of de schade slechts gedeeltelijk vergoedt, dan biedt artikel 41 EVRM het EHRM de mogelijkheid om die 'satisfaction' te bieden. Ook die bevoegdheid hangt weer samen met het effectiviteitsbeginsel.<sup>124</sup>

De vraag of 'just satisfaction' in de rede ligt, wordt beantwoord op basis van 'equity', het moet 'necessary' zijn, wat in de terminologie van het hof betekent dat het redelijk moet zijn om een vergoeding toe te wijzen.<sup>125</sup> *Just satisfaction* kan echter verschillende uitingsvormen hebben.<sup>126</sup> Ten eerste kan het hof beslissen dat de enkele vaststelling van de schending *just satisfaction* behelst. Ten tweede heeft het hof de mogelijkheid om een schadevergoedingsverplichting op te leggen aan de lidstaat. In het recent gewezen arrest *Georgia v. Russia (I)* legde het hof uit hoe hij het onderscheid daartussen maakt. Het EHRM ziet een onderscheid tussen enerzijds situaties waarin de gedupeerde als gevolg van de mensenrechtenschending:

'(...) suffered evident trauma, whether physical or psychological, pain and suffering, distress, anxiety, frustration, feelings of injustice or humiliation, prolonged uncertainty, disruption to life, or real loss of opportunity.'<sup>127</sup>

En anderzijds die waarin:

'(...) the public vindication of the wrong suffered by the applicant, in a judgement binding on the Contracting State, is an appropriate form of

redress in itself. In some situations, where a law, procedure or practice has been found to fall short of Convention standards this is enough to put matters right.'<sup>128</sup>

In alle andere situaties (zie het eerste citaat) moet worden verondersteld dat ('*may be regarded*'<sup>129</sup>) de rechtsschending van een dusdanige aard en zwaarte is dat het welzijn van de gedupeerde is aangetast, en dus dat meer is vereist dan de enkele vaststelling van de schending.<sup>130</sup> Een vergoeding van immateriële schade wordt in ieder geval geboden in geval van schending van artikel 2 en 3 EVRM, vanwege hun (meest) fundamentele karakter.<sup>131</sup> Uit de analyse van Kissling en Kelliher blijkt echter dat ook bij andere rechtsschendingen (art. 5 lid 1 EVRM – onrechtmatige lengte detentie –, art. 6 EVRM – redelijke termijn – en art. 8 EVRM – grove schending van privéleven –) een vergoeding voor immateriële schade wordt geboden.<sup>132</sup> Het grootste deel van de zaken waarin het EHRM volstaat met een enkele vaststelling van de schending, is die waarin sprake is van de schending van het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM, anders dan de redelijke termijn), aldus Józson.<sup>133</sup> Andere rechtsschendingen die zij in haar analyse met name tegenkwam, zijn de schending van het eigendomsrecht onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM, de schending van het recht om in geval van detentie zo spoedig mogelijk te worden voorgeleid (art. 5 lid 3 EVRM) en het recht om de rechtmatigheid van detentie aan te vechten (art. 5 lid 4 EVRM).<sup>134</sup>

Als dit onderscheid wordt geplaatst in het licht van ons eigen schadevergoedingsrecht, dan valt op dat ook het EHRM wel degelijk de gevolgen van een rechtsschending meeneemt in de beslissing of ofwel schadevergoeding ofwel vaststelling van de schending het geijkte middel is voor 'just satisfaction'. Net als in Nederland is voor toewijzing van een vergoeding van immateriële schade niet vereist dat lichamelijk of geestelijk letsel wordt geleden; in het licht van de gevolgen (relevant zijn: 'distress, anxiety, frustration, feelings of injustice or humiliation, prolonged uncertainty, disruption to life, or real loss of opportunity') kan een vergoeding gerechtvaardigd zijn. Een gelijkstelling is echter lastig, omdat, hoewel het EHRM wel kan overgaan tot volledige vergoeding van materiële en immateriële schade, het EHRM zelf oordeelt dat het geen nationaal aansprakelijkheidsrechter beoogt te zijn:

'Such elements do not lend themselves to a process of calculation or precise quantification. Nor is it the Court's role to function akin to a domestic tort mechanism court in apportioning fault and compensatory damages between civil parties.'<sup>135</sup>

Het basisprincipe is 'equity', wat flexibiliteit en ruimte geeft om vanuit een objectief perspectief te beslissen wat 'just, fair and reasonable' is in de gegeven omstandigheden van de zaak, aldus

120. EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneriyildiz t. Turkije*).
121. Zie hierover in de Nederlandse literatuur Lindenberg 2011, p. 58-59.
122. E. Steiner, 'Just satisfaction under art. 41 ECHR: A compromise in 1950 – problematic now', in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 12; Berka 2011, p. 246; J. Ne Varuhas, *Damages and human rights*, Orford/Portland: Hart Publishing 2016, p. 252 e.v.
123. Steiner 2011, p. 10.
124. W. Karl, 'Just satisfaction' in art. 41 ECHR and public international law – Issues of interpretation and review of international materials', in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 355.
125. Andere vereisten voor het bieden van 'just satisfaction' zijn: (1) er moet een benadeelde partij zijn, (2) causaliteit tussen de schade en de schending, en (3) een eis tot 'just satisfaction'. De causaliteits eis wordt in sommige zaken aangewend om de vergoeding van bepaalde schade af te wijzen, maar omdat de onderbouwing daarvan ontbreekt, is niet altijd duidelijk waarom causaliteit ontbreekt.
126. Steiner 2011, p. 6-8.
127. EHRM 31 januari 2019, nr. 13255/07, Grote Kamer (*Georgia v. Russia (I)*), nr. 73.
128. EHRM 31 januari 2019, nr. 13255/07, Grote Kamer (*Georgia v. Russia (I)*), nr. 73.
129. Het is onwaarschijnlijk dat het EHRM hier doelt op een bewijsvermoeden of een tot uitgangspunt nemen, omdat dat niet de systematiek is waarmee het EHRM werkt in zijn uitspraken.
130. EHRM 31 januari 2019, nr. 13255/07, Grote Kamer (*Georgia v. Russia (I)*), nr. 73.
131. C. Kissling en D. Kelliher, 'Compensation for pecuniary and non-pecuniary loss', in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 627.
132. Kissling en Kelliher 2011, p. 635-679. Voor art. 8 EVRM zie bijv. EHRM 23 maart 2010, nr. 45901/05 en 40146/06 (*M.A.K. en R.K. t. Groot-Brittannië*).
133. M. Józson, 'Satisfaction by finding a violation', in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 743.
134. Józson 2011, p. 743.



het EHRM. Het smartengeldbedrag beoogt, volgens het EHRM, om een erkenning te bieden dat als een gevolg van de mensenrechtenschending immateriële schade is geleden.<sup>136)</sup>

Het is niet vreemd dat het EHRM zichzelf niet ziet als rechter die beslist over een aansprakelijkheidsvordering. Het EHRM heeft een subsidiaire rol en artikel 41 EVRM roept enkel de bevoegdheid van het EHRM in het leven om een schadevergoedingsverplichting op te leggen. Het roept geen verplichting in het leven voor nationale rechters om de rechtspraak van het EHRM op dit punt te volgen.<sup>137)</sup> Een verklaring hiervoor is te vinden in het werk van Varuhas: het EHRM biedt als supranationale en toezicht houdende rechter geen ‘passend’ model voor nationale rechters, die primair verantwoordelijk zijn om te zorgen voor hun eigen effectieve remedies binnen (de tradities van) de nationale rechtsorde.<sup>138)</sup> De nationale rechter moet die remedies wel vormgeven binnen de bandbreedte die het EHRM biedt via artikel 13 EVRM (minimumvereisten *effective remedy*).<sup>139)</sup> Artikel 41 EVRM op zich verplicht, met andere woorden, de nationale rechter *niet* om ook hetzelfde te doen als het EHRM.<sup>140)</sup>

Dat de nationale rechter niet verplicht is om hetzelfde te doen, betekent wellicht niet dat de gedupeerde geen argument kan ontleen aan de toewijzing van een vergoeding voor immateriële schade als mensenrechten in verticale verhoudingen op het spel staan. Varuhas noemde het eerder opvallend als een nationale rechter een lagere of geen vergoeding toewijst, als het EHRM dat wel doet. Afgezien van het feit dat die keuze een schending van artikel 13 EVRM op zich kan opleveren, is de consequentie ook dat de nationale rechter dan een minder verregaande bescherming biedt dan hun ‘toezicht houdende rechter’: het EHRM.<sup>141)</sup>

Voor de Nederlandse context is de uitspraak in *Vilnes en anderen t. Noorwegen* in ieder geval interessant.<sup>142)</sup> Dit betrof de zaak waarin de gedupeerden onvoldoende geïnformeerd zijn door de staat over de risico's die samenhangen met de uitoefening van hun beroep (schending art. 8 EVRM). De gedupeerden hadden al een vergoeding ontvangen van de staat Noorwegen op basis van een gestandaardiseerd systeem, maar zonder erkenning van aansprakelijkheid. De staat betoogde dan ook dat een extra vergoeding niet in de rede ligt en dat het kon blijven bij de enkele vaststelling van een schending. Ook stelde de staat dat de gedupeerden de gevolgen niet hebben geconcretiseerd. De gedupeerden:

‘had not furnished the Court with any documentary evidence that they had suffered feelings of frustration, uncertainty and anxiety as a result of any breach of the Convention by the Norwegian authorities.’<sup>143)</sup>

Het EHRM ging hierin – in zijn oordeelsvorming onder art. 41 EVRM – niet mee. Ten eerste over-

woog het hof dat de gedupeerden psychologische problemen hebben moeten gehad vanwege de angst en stress als gevolg van de schending door de staat. De enkele vaststelling van de schending door het hof is dan onvoldoende. Met andere woorden, een smartengeldbedrag toekennen is redelijk in dit geval. Hier wordt duidelijk dat het EHRM weliswaar de gevolgen relevant acht, maar niet de concretisering nodig acht die de Hoge Raad in Nederland wel lijkt te suggereren. Ook overweegt het hof het volgende:

‘The Court notes that an amount of NOK 200,000 (approximately EUR 26,000) had already been granted to each of the applicants in *ex gratia* compensation for non-pecuniary damage by Parliament or the Special Compensation Board (...). Deciding on an equitable basis, it awards each applicant EUR 8,000 under this heading, plus any tax that may be chargeable on that amount.’<sup>144)</sup>

Onduidelijk is wat het EHRM hier precies lijkt te zeggen, maar het kan zo zijn dat het toekennen van tegemoetkomingen – zonder erkenning van aansprakelijkheid – niet betekent dat er voldoende *just satisfaction* is geboden in de zin van artikel 41 EVRM. Meer onderzoek moet uitwijzen of dit een vaste lijn van rechtspraak is van het EHRM. Maar als dat zo is, dan is die lijn relevant voor zaken waarin gedupeerden letsel oplopen dat op een bepaalde manier kan worden toegerekend aan de staat, maar waarin de staat slechts een gestandaardiseerde tegemoetkoming biedt zonder erkenning van aansprakelijkheid. Ik denk dan aan Q-koorts, (wellicht) de aardbevingen in Groningen en – meer voor de hand liggend – Chroom6. Nogmaals, art. 41 EVRM is geen ‘recht’, maar dat betekent niet dat er geen argument aan kan worden ontleend.

## 5. Conclusie

Het doel van deze bijdrage was om te laten zien dat de aandacht is verschoven van bijzonder letsel naar bijzondere normschendingen, waarbij afwisselend aandacht is besteed aan het aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht. Daarbij is met name ingegaan op de verschuiving die is ingezet in het *Blauwe Oog*-arrest en voortgezet in het *EBI*-arrest wat betreft de interpretatie van de persoonsaantasting op andere wijze: geestelijk letsel als rechtvaardiging voor een smartengeldbedrag staat naast de mogelijkheid om een vergoeding toe te kennen in het licht van de ernst en aard van de normschending en de mogelijke gevolgen daarvan voor de benadeelde. In dat laatste arrest overwoog de Hoge Raad echter ook dat de enkele schending van een fundamenteel recht nog niet betekent dat sprake is van een persoonsaantasting op andere wijze. Dat roept vragen op over de doorwerking en betekenis van fundamentele persoonlijkheidsrechten in onze nationale rechtsorde.



**Het EHRM heeft een subsidiaire rol en kan alleen een schadevergoedingsverplichting opleggen.**



135. EHRM 31 januari 2019, nr. 13255/07, Grote Kamer (*Georgia v. Russia (I)*), nr. 73.

136. EHRM 31 januari 2019, nr. 13255/07, Grote Kamer (*Georgia v. Russia (I)*), nr. 73.

137. Varuhas 2016, p. 252.

138. Varuhas 2016, p. 238.

139. Varuhas 2016, p. 252-253.

140. Varuhas 2016, p. 253.

141. Varuhas 2016, p. 266.

142. EHRM 5 december 2013, nr. 52806/09 en 22703/10 (*Vilnis en anderen t. Noorwegen*).

143. EHRM 5 december 2013, nr. 52806/09 en 22703/10 (*Vilnis en anderen t. Noorwegen*), nr. 272.

144. EHRM 5 december 2013, nr. 52806/09 en



## Effectieve en daadwerkelijke bescherming van mensenrechten staat centraal in het (hogere) rechtssysteem.



Getracht is inzichtelijk te maken hoe het EVRM betekenisvol kan zijn voor gedupeerden in persoonschadezaken, waarbij aandacht is uitgegaan naar de positieve verplichting van de staat om schendingen van mensenrechten, ook in horizontale verhoudingen, te bestrijden, voorkomen of sanctioneren. Ook is stilgestaan bij de verplichting tot het bieden van een effectieve remedie (art. 13 EVRM) en de mogelijkheid van het EHRM om *just satisfaction* te bieden (art. 41 EVRM).

Wat helder wordt uit deze analyse, is dat met name de effectieve en daadwerkelijke bescherming van mensenrechten (onder het EVRM) centraal staat in dat (hogere) rechtssysteem. Omdat die mensenrechten rechtstreeks doorwerken in onze rechtsorde (en dus ook de effectiviteitsgedachte die daaraan ten grondslag ligt), is het opvallend dat de Hoge Raad in het *EBI*-arrest de suggestie wekt – hoewel niet duidelijk is of dat ook zo is bedoeld – dat schendingen van fundamentele rechten niet per se gehandhaafd hoeven te worden met een vergoeding van immateriële schade. Nadere bestudering van het mensenrechtelijke kader was nodig om goed te begrijpen waarom die beslissing precies opvallend is.

Ten eerste is die korte zinsnede van de Hoge Raad opvallend omdat het EHRM voor sommige gevallen van potentiële/vermeende mensenrechtenschendingen *vereist* dat vooruitzicht bestaat op een vergoeding voor immateriële schade, ook als de klager (zelf) geen letsel heeft. Denk hierbij aan het recht op leven (art. 2 EVRM) en het recht om beschermd te worden tegen marteling of inhumane denigrerende behandeling (art. 3 EVRM). Als dat vooruitzicht vervolgens niet bestaat, is sprake van de schending van het recht op effectieve remedie door de staat (art. 13 EVRM). Het alsnog niet bieden van die specifieke vergoeding dwingt gedupeerden (of hun nabestaanden) om zich te wenden tot het EHRM, wat mijns inziens onwenselijk is. Op dit punt verdient het *EBI*-arrest nuancering.

Ten tweede heeft het EHRM de eigen bevoegdheid om een vergoeding voor immateriële schade toe te kennen als 'toezichthoudende' rechter op basis van artikel 41 EVRM. Op basis van redelijkheid beslist het hof of een vergoeding *just, fair and reasonable* is, en daarmee of erkenning middels een vergoeding voor immateriële schade geboden is. Toegegeven, het EHRM let daarbij op de impact die een rechtsinbreuk heeft gehad op de gedupeerde, maar een concretisering van de gevolgen zoals het *EBI*-arrest lijkt te impliceren, lijkt niet nodig. Artikel 41 EVRM is geen regel van schadevergoedingsrecht naar Nederlands recht, omdat dit artikel slechts een bevoegdheid van het EHRM in het leven roept. Betekent dit dat de Nederlandse burger bij de civiele rechter daaraan geen argument kan ontnemen in gevallen waarin sprake is van de schending van een door het EVRM beschermd recht door de Nederlandse staat? Wat dat betreft volg ik Varuhas: het zou opvallend zijn als de nationale rechter minder verhaal zou bieden dan zijn toezichthouder, in

ieder geval in verticale gevallen. Op dit punt verdient het *EBI*-arrest uitleg.

Afgezien van de analyse van het *EBI*-arrest en de rol van het EVRM in die context, heb ik laten zien dat het EVRM ook positieve verplichtingen voor de staat in het leven roept die ook betrekking hebben op letsel veroorzaakt in horizontale verhoudingen. Het EVRM is in ieder geval relevant voor medische schade, werkgeversaansprakelijkheid en schade veroorzaakt in en door de leefomgeving. De staat heeft verschillende positieve verplichtingen, ook in horizontale verhoudingen, maar de vraag is – in geval schending daarvan – óf en welke schadevergoeding wordt toegekend. Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht kan daarvoor 'barrières' opwerpen. Illustratief daarvoor zijn de uitkomst in de zaak *Mothers of Srebrenica* (causaliteit) en de *Chroom6*-zaak (schadebegrip). Beide zaken laten zien hoe ingewikkeld het kan zijn om mensenrechtenschendingen te handhaven via het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Op beide zaken is ook kritiek mogelijk vanuit mensenrechtelijk perspectief, waardoor ik verwacht dat dit punt belangrijk wordt in voor ons liggende decennia.

Ik spreek de hoop uit dat een beschrijving van dit alles volgt in een bijdrage van een LSA-bundel in 2045. En wellicht kunnen we dan ook vaststellen – met de woorden van Van Dam – dat de mensenrechten en het schadevergoedingsrecht '*brothers is arms*' zijn geworden, niet alleen bij schendingen in verticale verhoudingen, maar ook in (zuiver) horizontale verhoudingen. Die ontwikkeling zal dan echter niet uitsluitend zijn ingegeven door het mensenrechtelijke kader, maar door de vorming van nationaal recht.<sup>145)</sup>

22703/10 (*Vilnis en anderen t. Noorwegen*), nr. 273.

145. Zie voor een uitgebreide analyse hierover J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss.