

Het EVRM en de aanspraken van private partijen*

*Prof. mr. C.C. van Dam ***

164



* Eerder verschenen in A. Dijkstra, B.F. Keulen en G. Knigge (red.), *Het Roer Recht. Liber Amicorum Wim Vellinga en Feikje Vellinga-Schootstra* (Zutphen: Uitgeverij Paris, 2013), p. 67-79.

** Honorair Hoogleraar Universiteit Utrecht, Visiting Professor King's College London, oud-hoofdredacteur van *Verkeersrecht*.

ansprakelijkheid van

1. Inleiding

De verhouding tussen EVRM en aansprakelijkheid heeft al veel pennen in beweging gebracht.¹⁾ In deze bijdrage staat de invloed van het EVRM op verhoudingen tussen particulieren centraal. Dit onderwerp heeft ook een breder belang, nu bedrijven in toenemende mate ter verantwoording worden geroepen voor betrokkenheid bij schending van mensenrechten.²⁾ Op grond van het internationale recht kunnen bedrijven hiervoor niet worden aangesproken, omdat op hen geen afdwingbare mensenrechtelijke verplichtingen rusten, ook al zijn ze tegenwoordig soms machtiger dan de Staten op wie deze verplichtingen wel rusten.³⁾ Het privaatrecht biedt *wel* de mogelijkheid om bedrijven aansprakelijk te houden voor betrokkenheid bij schending van mensenrechten.⁴⁾ Deze bijdrage raakt daarmee ook aan het bredere perspectief van de verhouding tussen internationaal publiekrecht en nationaal aansprakelijkheidsrecht.

Bij de verhouding tussen het EVRM en het aansprakelijkheidsrecht tussen private partijen gaat het in de eerste plaats om de vraag hoe de *rechten* die in het EVRM worden beschermd zich verhouden tot de rechten die in het aansprakelijkheidsrecht worden beschermd. Zijn deze rechten principieel verschillend of dekken ze dezelfde lading?

In de tweede plaats is het de vraag hoe de *verplichtingen* van Staten op grond van het EVRM zich verhouden tot de verplichtingen van particulieren in het aansprakelijkheidsrecht om geen inbreuk te maken op andermans recht.

Ter beantwoording van deze vragen behandel ik in par. 2 de aard van de rechten en verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien en in par. 3 de aard van de rechten en verplichtingen die uit het aansprakelijkheidsrecht voortvloeien. In par. 4 volgt een synthese.

2. Aard van rechten en verplichtingen in het EVRM

Dezelfde rechten, andere verplichtingen

Het EVRM en de daarbij behorende Protocolen bevatten een scala van rechten en vrijheden. In het bijzonder zijn dat rechten met betrekking tot de persoon (leven, waardigheid, privéleven, familieleden, woning en huwelijk) en rechtsstatelijke rech-

ten (eerlijk proces, vrijheid van vergadering en vrijheid van meningsuiting). In deze bijdrage gaat het met name om de art. 2 (recht op leven), 3 (recht op menselijke waardigheid) en 8 (recht op privéleven). Volgens art. 1 verzekeren de Verdragspartijen deze rechten en vrijheden aan 'een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht'. Ieder rechtssubject (inclusief tot op zekere hoogte rechtspersonen) is dus in het genot van deze rechten.

“ ”
Wat is de invloed van het EVRM op verhoudingen tussen particulieren?
 “ ”

1. Zie G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht (Deventer: Kluwer, 2011) met verdere verwijzingen.
2. Zie voor een overzicht mijn artikel 'Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms', *2 Journal of European Tort Law* (2011), p. 232 e.v.
3. Dit is wel onderwerp van discussie: zie bijvoorbeeld Philip Alston (red.), *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford: OUP, 2005) en Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford: OUP, 2006).
4. Zie hierover Cees van Dam, *Onderneming en mensenrechten* (Den Haag: Boom, 2008); Liesbeth Enneking, *Foreign Direct Liability and Beyond*, diss. Utrecht (Den Haag: Eleven, 2012). Belangrijke obstakels zijn de rechtsmacht van de nationale rechter over gedragingen die in het buitenland hebben plaatsgevonden en de toepasselijkheid van buitenlands recht. Hiermee hangt samen de vraag naar de aansprakelijkheid van een moedervennootschap voor haar dochters. Zie hierover ook de Shell Nigeria zaken: Rb. Den Haag 30 januari 2013, BY9845, BY9850 en BY9854.

5. Zie onder meer T. Barkhuysen, A.W. Bos en F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht', *NTBR* 2011/76, p. 479-491.
6. Zie bijvoorbeeld HR 10 november 1989, *NJ* 1990/628. Een uitzondering wordt aangenomen met betrekking tot de art. 6 en 13 EVRM als het gaat om de uitbreiding van de rechtsmacht van de rechter: HR 18 februari 1986, *NJ* 1987/62; HR 30 januari 1996, *NJ* 1996/28.
7. Zie voor een overzicht van de verschillende benaderingen J.M. Smits, *Constitutie-analyse van het vermogensrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (Deventer: Kluwer, 2003), nr. 4-11.
8. Zie bijvoorbeeld HR 15 april 1994, *NJ* 1994/576 en HR 6 januari 1995, *NJ* 1995/422. Kritisch over het verschijnsel horizontale werking is B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*, diss. Leiden (Maklu: Apeldoorn, 2010).
9. Zie reeds de *Lüth*-beslissing van het Duitse Bundesverfassungsgericht van 15 januari 1958, BVerfGE 7, 198: 'Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.'
10. Zie Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford: Hart, 2004).
11. Deze verplichting hangt nauw samen met en overlapt deels art. 6 EVRM (recht op een eerlijk proces) en art. 13 EVRM (recht op een effectief rechtsmiddel bij schending van een verdragsrecht).
12. EHRM 3 november 2011, App. 28096/04 (*Antonov/Oekraïne*), § 45 met verwijzing naar EHRM 2 december 2008, Appl. 42994/05 (*Furdik/Slowakije*); EHRM 2 september 2010, Appl. 17185/02 (*Fedina/Oekraïne*), § 66; EHRM 9 november 2010, Appl. 25732/05 (*Krivova/Oekraïne*), § 50; EHRM 24 mei 2011, Appl. 23302/03 (*Anna Todorova/Bulgarije*), §§ 79-80; EHRM 14 juni 2011, Appl. 19776/04 (*Ciecho ska/Polen*), § 77.
13. EHRM 7 juli 2009, Appl. 58447/00 (*Zavoloka/Letland*), § 36-40. Zie hierover terecht kritisch onder meer C.P.J. Wijnaker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *VR* 2010, p. 313 e.v.
14. Zie bijvoorbeeld EHRM 3 november 2011, App. 28096/04 (*Antonov/Oekraïne*), § 52.
15. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998/853 (*Jeffrey*); *VR* 2000/37.
16. Buiten het verband van art. 2 overwoog de Hoge Raad in HR 19 maart 2010, *NJ* 2010/172 (*Chipshol/Staat*) dat ook als iemand geen schade lijdt, hij toch voldoende belang kan hebben in de zin van art. 3:303 om een uitspraak te verkrijgen inzake de schending van zijn recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Hoewel het hier niet om art. 2 ging, is dit een belangrijke aanwijzing dat Jeffrey thans niet meer in dezelfde zin zou worden genomen. Zie ook D. Haas, 'Een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening. Heeft de Hoge Raad de deur opengezet?', *MvV* 2010, p. 158-162 en G.E. van Maanen, 'Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey? Genoegdoening als voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW, *NTBR* 2010, p. 189-195.

Andere mensenrechtelijke instrumenten, zoals het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, en het Handvest van de Grondrechten van de EU (verder: EU Handvest) beschermen deels dezelfde maar deels ook andere rechten.⁵⁾ Zo beschermt art. 3 EU Handvest ook het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit. Het EVRM doet dit slechts indirect, namelijk in art. 2 (als tevens sprake is van levensgevaar), art. 3 (als tevens sprake is van een onmenselijke of vernederende behandeling) en art. 8 (als tevens sprake is van verontreiniging van de woonomgeving die de gezondheid aantast).

De rechten in het EVRM gelden dus voor iedereen maar de hier tegenover staande verplichtingen rusten alleen op de Staat. Ook dit volgt uit art. 1 EVRM: het zijn de Verdragsstaten die de rechten verzekeren. In de meeste landen kunnen individuen deze verplichtingen rechtstreeks jegens de Staat inroepen; in Nederland kan dit op grond van de art. 93 en 94 Grondwet. Dit betekent onder meer dat de aansprakelijkheid van de overheid mede wordt bepaald door de verplichtingen die zij op grond van het EVRM heeft. Deze rechtstreekse verticale werking geldt niet alleen voor de bepalingen van het EVRM maar ook voor uitspraken van het EHRM.⁶⁾

In horizontale verhoudingen, tussen private partijen, hebben de bepalingen van het EVRM geen rechtstreekse werking. Dat laat echter onverlet dat het EVRM wel van invloed is op deze horizontale verhouding.⁷⁾ Veelal wordt aangenomen dat sprake is van indirecte horizontale werking. Uitgangspunt hierbij is dat iemand een vordering jegens een andere private partij niet kan baseren op het EVRM maar alleen op het nationale recht, bijvoorbeeld art. 6:162 BW. Het is dan aan de rechter om deze nationale bepaling aldus toe te passen dat de EVRM-rechten van eiser adequaat worden beschermd. Doet hij dit niet dan schendt hij, als orgaan van de Staat, het EVRM.⁸⁾ In Duitsland is deze verhouding tussen fundamentele rechten en burgerlijk recht al lange tijd gemeengoed.⁹⁾

Omdat de Staat de EVRM-rechten van individuen ook jegens andere private partijen (individueel, bedrijven) moet garanderen, dient hij aan die andere partijen zodanige verplichtingen op te leggen dat dit beschermingsniveau wordt gerealiseerd. De grondslag van de verplichting van private partijen om andermans mensenrechten te respecteren is dus niet het EVRM maar het EVRM-proof gemaakte nationale (aansprakelijkheids)recht.

In deze bijdrage kijk ik naar enkele EHRM-zaken die in de kern een conflict tussen private partijen behelzen en waarbij de vraag aan de orde is of de Staat de EVRM-rechten van eiser in zijn conflict met de andere private partij adequaat heeft beschermd.

Artikel 2: recht op leven

Art. 2 beschermt het recht op leven. Het EHRM heeft uit deze bepaling niet alleen negatieve verplichtingen afgeleid ('niemand opzettelijk van het leven beroven') maar ook positieve verplichtin-

gen.¹⁰⁾ Eén van de positieve verplichtingen die van belang zijn in horizontale verhoudingen, is dat het nationale recht moet voorzien in een passend civielrechtelijk rechtsmiddel voor het vaststellen van aansprakelijkheid en het verkrijgen van schadevergoeding als het recht op leven is geschon- den.¹¹⁾ Deze processuele verplichting geldt ongeacht of het recht op leven is geschonden door publieke of private activiteiten en ongeacht of het om een misdrijf of een ongeval gaat, aldus het EHRM in 2011: 'where an accident has been caused by pure negligence without aggravating circumstances, the Court may be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, enabling any liability of the parties concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages to be obtained.'¹²⁾

In 2009 ging het om de aansprakelijkheid voor een dodelijk verkeersongeval, en derhalve om een conflict tussen private partijen. Een moeder had bij het ongeval haar dochter verloren en claimde vergoeding van de door haar geleden immateriële schade. Letland geeft hierop geen recht en de moeder betoogde dat het land aldus het EVRM schond. Het EHRM overwoog echter dat, gezien de grote verschillen tussen de diverse rechtsstelsels op dit gebied, uit het EVRM geen algemene verplichting tot het vergoeden van affectieschade kan worden afgeleid.¹³⁾ Blijkbaar vindt het EHRM dus dat de Staat ook op andere wijze aan zijn positieve verplichting kan voldoen dan door een recht op vergoeding van affectieschade. Voor het EHRM zal daarbij het totaalbeeld van de reactie van de Staat op het ongeval beslissend zijn.¹⁴⁾ De formulering van het EHRM in zijn arrest uit 2011 lijkt echter aan te geven dat de tendens gaat in de richting van een recht op schadevergoeding.

Het gevolg van deze rechtspraak is dat gevallen die voorheen buiten het aansprakelijkheidsrecht bleven omdat de nabestaanden geen vergoedbare schade hadden geleden of geen belang hadden bij hun vordering, nu wel in rechte aan de orde dienen te komen. Civielrechtelijke zorgvuldigheidsnormen gaan daarmee als gevolg van de doorwerking van het EVRM ook voor dit soort gevallen gelden. Dat geldt bijvoorbeeld voor situaties zoals in het Jeffrey-arrest, waarin de Hoge Raad aannam dat een emotioneel belang geen voldoende belang is waarvoor in rechte kan worden opgekomen (art. 3:303 BW).¹⁵⁾ Daarmee ontzegde de Hoge Raad de nabestaanden een daadwerkelijk rechtsmiddel om aansprakelijkheid te doen vaststellen en een gepaste genoegdoening te verkrijgen. Die mogelijkheid was er weliswaar niet in het vergoeden van affectieschade, maar wel in de vorm van een verklaring voor recht dat onrechtmatig was gehandeld. Door de ouders ook die mogelijkheid te ontnemen, handelde de Hoge Raad (in elk geval naar huidig inzicht) in strijd met de processuele positieve verplichting van art. 2.¹⁶⁾

Artikel 3: recht op menselijke waardigheid

Art. 3 beschermt tegen folter en tegen onmenselijke of vernederende behandelingen. Positief geformuleerd beschermt deze bepaling het recht op mense-

lijke waardigheid en in zoverre ook het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit. De meeste zaken van het EHRM inzake art. 3 betreffen verticale verhoudingen, in het bijzonder het gedrag van gevangenen, politie en kindbescherming jegens individuen. Maar er zijn ook enkele zaken waaraan een conflict tussen particulieren ten grondslag lag.

De eerste zaak ging over een 7-jarige jongen die op een particuliere Engelse kostschool werd onderworpen aan lijfstraffen. Het Verenigd Koninkrijk erkende dat het deze vorm van vernederende behandeling had moeten voorkomen.¹⁷⁾ In een andere Britse zaak werd een jonge jongen door zijn stiefvader geslagen met een rotting. Hier overwoog het EHRM dat Staten maatregelen moeten nemen 'to ensure that individuals within their jurisdiction are not subject to degrading treatment or punishment including such ill-treatment administered by private individuals.'¹⁸⁾

Deze overweging illustreert dat een particulier EVRM-rechten van een ander kan schenden. Dit betekent niet dat op die particulier EVRM-verplichtingen rusten, maar wel dat het nationale recht het recht op menselijke waardigheid ook moet beschermen als de inbreuk is gepleegd door een particulier. Het gevolg hiervan is dat gevallen die voorheen buiten het aansprakelijkheidsrecht vielen, nu wel in rechte aan de orde kunnen komen.

Artikel 8: recht op privéleven

Een derde voorbeeld betreft art. 8 dat naast het gezinsleven en de woning de persoonlijke levenssfeer (privéleven, privacy) beschermt. Op dit gebied heeft een belangrijk aantal zaken betrekking op de bescherming van het privéleven tegenover de media, zoals TV, kranten en internet. Dit zijn bij uitstek conflicten tussen private partijen en het gaat dan om de afweging van het recht op privéleven tegen de vrijheid van meningsuiting van de media (art. 10 EVRM).

De Caroline von Hannover zaken over het recht op privacy van publieke figuren tegenover de media behoren tot de belangrijkste die het EHRM op dit terrein heeft gewezen. Sinds de jaren '90 had de prinses geprobeerd om publicatie te voorkomen van foto's over haar privéleven. Voor het EHRM ging het om foto's die waren genomen in de publieke ruimte. Het Duitse Bundesverfassungsgericht had geoordeeld dat Caroline, als een publieke figuur met een maatschappelijke rol, buiten haar woning alleen recht had op privéleven als zij zich in een plaats buiten de public eye bevond. Het EHRM dacht daar anders over: het vond dat de foto's geen bijdrage leverden aan een publiek debat en dat de Duitse rechter art. 8 daarom had geschonden. De Duitse rechter was daarom op grond van het EVRM gehouden het recht op privéleven volgens de door het EHRM aangereikte test uit te leggen.¹⁹⁾

Over het horizontale effect van art. 8 overwoog het EHRM uitdrukkelijk dat de positieve verplichtingen van de Staat 'may involve the adoption of measu-

res designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves'.²⁰⁾ Deze maatregelen hebben dan tot gevolg dat tussen particulieren (Caroline von Hannover en de media) een andere aansprakelijkheidsregel gaat gelden en dat het magazine dat de foto's publiceerde op die grond alsnog geacht kon worden het recht op privéleven van de prinses te hebben geschonden. In dit geval had Duitsland het recht van de prinses dus geschonden op grond van art. 8 EVRM en de media op grond van onrechtmatige daad.

Evaluatie

Vanuit de positie van de benadeelde maakt het niet uit of zijn recht wordt geschonden door een individu, een bedrijf of een overheidsinstantie. Steeds wordt inbreuk gemaakt op hetzelfde (mensen) recht. De rechtspraak van het EHRM laat zien dat de EVRM-rechten zowel door de Staat als door particulieren kunnen worden geschonden. Dat laat onverlet dat de *verplichting* om het recht van een ander niet te schenden, alleen voor de overheid op het EVRM kan worden gebaseerd. Voor particulieren ligt die grondslag in het nationale recht zelf.

Hoewel het EVRM alleen verplichtingen voor de Staat bevat, illustreren de hierboven genoemde voorbeelden dat hieruit niettemin gevolgen kunnen voortvloeien voor de aansprakelijkheidsverplichtingen van particulieren. De Staat kan namelijk gehouden zijn om wetgeving of rechtspraak aan te passen aan het door het EVRM vereiste rechtsbeschermingsniveau voor individuen in conflicten met andere private partijen. Deze ontwikkeling geeft aan dat het EVRM en het aansprakelijkheidsrecht steeds meer met elkaar verweven raken.

De genoemde beslissingen van het EVRM inzake art. 2 en 3 leiden tot een wijziging in het aansprakelijkheidsrecht, in die zin dat het een rechtsmiddel moet bieden als een recht is geschonden, ook als daar geen concrete financiële schade uit is voortgevloeid. Bij het recht op leven en het recht op menselijke waardigheid corrigeert het EVRM het aansprakelijkheidsrecht voor zijn focus op schadevergoeding in plaats van op rechtsbescherming (par. 3). Het ontbreken van financiële schade betekent voor het aansprakelijkheidsrecht niet 'einde oefening': het moet ook een rechtsmiddel bieden als in horizontale verhoudingen een fundamenteel recht is geschonden zonder dat sprake is van (financiële) schade. Die enkele schending is voldoende om een daadwerkelijk rechtsmiddel te kunnen verlangen.

De genoemde beslissingen inzake de bescherming van het privéleven tegen inbreuken door de media laten zien dat het EHRM voorschrijft hoe de afweging tussen de art. 8 en 10 dient plaats te vinden. Hier gaat het, anders dan bij de art. 2 en 3, niet om een minimum norm (waar Staten in hun nationale rechtsbescherming bovenuit kunnen gaan) maar om een maximum norm die voorschrijft hoe de nationale rechter de EVRM rechten in horizontale gevallen moet toepassen. Hier is het onderscheid tussen verticale en horizontale verplichtingen flinterdun geworden.



Het onderscheid tussen verticale en horizontale verplichtingen is flinterdun geworden.



17. EHRM 25 maart 1993, Appl. 13134/87 (*Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk*).
18. EHRM 23 september 1998, Appl. 25599/94 (*A/Verenigd Koninkrijk*), paras. 21-22.
19. EHRM 24 juni 2004, Appl. 59320/00 (*Caroline von Hannover/Duitsland I*). In EHRM 7 februari 2012, Appl. 40660/08 and 60641/08 (*Caroline von Hannover/Duitsland II*) werd beslist dat 'bijdrage aan een publiek debat' ruim dient te worden uitgelegd.
20. EHRM 24 juni 2004, Appl. 59320/00 (*Caroline von Hannover/Duitsland I*), § 57.

3. Aard van rechten en verplichtingen in het aansprakelijkheidsrecht

Rechten in het aansprakelijkheidsrecht

In het aansprakelijkheidsrecht komt de term ‘recht’ veelal slechts sporadisch of impliciet aan de orde. Traditioneel is het aansprakelijkheidsrecht gericht op de vergoeding van schade en richt het zich op concepten als personenschade, zaakschade en financiële schade. Of die schade het gevolg is van de schending van een recht, was doorgaans geen punt van overweging. Deze focus op schade in plaats van op het geschonden recht is niet langer houdbaar. Zoals hiervoor werd uiteengezet (par. 2), corrigeert het EHRM ook voor horizontale verhoudingen het nationale aansprakelijkheidsrecht als het de deur dicht houdt voor gevallen waarin geen financiële schade is geleden maar wel een recht is geschonden.

De rol die het begrip ‘recht’ in het aansprakelijkheidsrecht speelt, verschilt sterk per rechtsstelsel. In het Franse en Engelse recht speelt het nauwelijks een expliciete rol, in Nederland een bescheiden rol en in Duitsland een centrale rol. Inmiddels is deze traditionele benadering in veel opzichten aan het veranderen. Een impressionistisch overzicht in vogelvlucht.

Frankrijk

Art. 1382 Code civil bepaalt dat iemand die door zijn *faute* schade veroorzaakt, deze moet vergoeden. Schade (*dommage*) is het centrale begrip. Het is ook een open begrip: waar het om gaat is of iemand schade heeft geleden, niet of de schade in verband staat met de schending van een recht. In de praktijk wordt het verband tussen de rechten van de benadeelde en art. 1382 slechts bij uitzondering gelegd.

Kenmerkend voor het Franse aansprakelijkheidsrecht is het grote aantal regels van risicoaansprakelijkheid. Wie letsel of zaakschade lijdt, zal voor zijn recht op schadevergoeding daarom veelal geen beroep doen op de foutaansprakelijkheid van art. 1382 maar op een regel van risicoaansprakelijkheid. Niet alleen op bijzondere regels, zoals de risicoaansprakelijkheid van ouders voor kinderen of voor dieren, maar ook op algemene regels zoals de risicoaansprakelijkheden voor personen en voor zaken.²¹ Deze regels worden doorgaans in verband gebracht met een hoog niveau van slachtofferbescherming maar men kan evengoed zeggen dat sprake is van een hoge mate van rechtsbescherming. Dit laatste blijft echter meestal onuitgesproken.

Rechten spelen wel een rol in de eerste titel van de Code civil, die gewijd is aan de *droits civils* en die in art. 8 bepaalt dat alle Fransen in het genot zijn van de burgerlijke rechten. Dit geldt bijvoorbeeld voor het recht op privéleven, dat reeds in de rechtspraak werd beschermd en in 1970 in art. 9 werd gecodificeerd met een algemene formulering waar de Franse wetgever patent op heeft: ‘Chacun a droit

au respect de sa vie privée.’ In 1994 gaf de wetgever ook expliciete bescherming aan een aantal andere persoonlijkheidsrechten: menselijke waardigheid en respect voor de persoon vanaf zijn geboorte (art. 16), de onschendbaarheid van het menselijk lichaam (art. 16-1) en de integriteit van het menselijk lichaam met betrekking tot medische ingrepen (art. 16-3). Op deze manier begint het denken in termen van ‘rechten’ een grotere rol te spelen.

In dit kader past ook de uitspraak van de *Cour de cassation* uit 2010, waarin het smartengeld toe-kende voor de loutere schending van de informatieplicht door een arts. In veel gevallen levert de schending van deze plicht geen aansprakelijkheid op, omdat causaal verband ontbreekt: ook als de patiënt wel tijdig en juist zou zijn geïnformeerd, zou hij of zij dezelfde beslissing hebben genomen. Dat maakt de informatieplicht in veel gevallen tot een lege huls. In zijn arrest maakte de *Cour de cassation* duidelijk dat de enkele schending van de informatieplicht voor de patiënt een schadepost is, die moet worden gecompenseerd.²² Deze uitspraak illustreert dat het recht op zelfbeschikking in medische gevallen door het aansprakelijkheidsrecht als een zelfstandig recht wordt gehandhaafd, ook al lijdt de patiënt geen financiële schade.

Engeland

In het Engelse aansprakelijkheidsrecht staat niet iemands recht maar de remedy centraal. Volgens Samuels kunnen eisers in het Engelse rechtstelsel ‘assert that they have in such or such a situation an action against some public or private body – and they can probably assert that they have a ‘legitimate interest’ or ‘expectation’. What they cannot claim is a right to the actual substance, or object, of the action itself – they cannot claim a right, as a citizen, to succeed.’²³

Samuels’ analyse is nog steeds actueel, hoewel het denken in termen van rechten in de afgelopen jaren wel enige betekenis heeft gekregen. Te denken valt aan rechterlijke uitspraken over het toekennen van een *lump sum* aan ouders in geval van *wrongful birth* en aan een patiënt in geval van gebrekkige informatie voorafgaand aan een operatie.²⁴ Deze gevallen kunnen worden gezien als de erkenning van het recht op gezinsleven en het recht op zelfbeschikking. Ook in de literatuur is het concept ‘recht’ inmiddels onderwerp van discussie.²⁵

Vanouds beschermen de ‘trespass torts’ de persoon (*trespass to the person*), zijn zaken (*trespass to goods*) en zijn land (*trespass to land*) tegen aantasting door anderen. Een voorbeeld uit de eerste categorie is *battery*: hiervan is sprake wanneer iemand een andere persoon aanraakt, slaat of verwondt.²⁶ Deze *tort* wordt nog altijd gebruikt bij medische aansprakelijkheid: een arts pleegt een *battery*, tenzij hij kan aantonen dat er sprake was van *informed consent* door de patiënt. Voor het overige is het toepassingsgebied van deze *tort* beperkt, omdat de gedraging opzettelijk of gewild moet zijn (de gevolgen hoeven niet te zijn beoogd). Om deze reden worden ongevallen niet afgewikkeld op basis van

“ .. .
In de Engelse literatuur is het concept ‘recht’ inmiddels ook onderwerp van discussie.

21. Cees van Dam, *European Tort Law*, 2e druk (Oxford: OUP, 2013), nr. 303-306.
22. Civ. 1re 3 juni 2010, JCP 2010, p. 1453, note S. Porchy-Simon.
23. Geoffrey Samuel, ‘“Le droit subjectif” and English Law’, *Cam LJ* (1987), p. 264, 286.
24. Zie respectievelijk *Rees v Darlington Memorial Hospital* [2003] UKHL 52 en *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41.
25. Robert Stevens, *Torts and Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2007). Zie ook Allan Beaver, *Rediscovering the Law of Negligence* (Oxford: Hart, 2007); Donal Nolan and Andrew Robertson (eds.), *Rights and Private Law* (Oxford: Hart, 2011).
26. Om de Londense Tube niet tot stilstand te laten komen, wordt lichamelijk contact als gevolg van het gedrang in treinen en op perrons niet als *battery* beschouwd: *Collins v Wilcock* [1984] WLR 1172, 1177.

battery maar op basis van de *tort of negligence*, waarmee het zwaartepunt is verschoven van de bescherming van de eiser naar de *duty* van de veroorzaker. Dat neemt niet weg dat in de *tort of negligence* de aard van de schade een belangrijke rol speelt: zo neemt de rechtspraak bij personen en zaakschade sneller een *duty* van de veroorzaker aan dan bij zuiver economische schade. Dit geeft aan dat de bescherming van lijf en goed ook in Engeland een bijzondere plaats heeft, al wordt dit veelal niet in verband gebracht met de bescherming van rechten en evenmin met slachtofferbescherming zoals in Frankrijk, maar met het streven naar *fairness*. Anders dan op het continent impliceert dit begrip in Engeland meer begrip voor potentiële veroorzakers van ongevallen. Om deze reden kent het Engelse recht weinig regels van risicoaansprakelijkheid.²⁷⁾

Duitsland

Anders dan in Frankrijk en Engeland spelen rechten in het Duitse aansprakelijkheidsrecht een cruciale rol. Het BGB van 1900 bevat in § 823 een kleine catalogus van beschermde rechten: 'Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.' Het Duitse aansprakelijkheidsrecht beschermt hiermee uitdrukkelijk de rechten op leven, lichaam, gezondheid, vrijheid, eigendom en andere rechten jegens andere individuen en rechtspersonen.²⁸⁾

De bedoeling van deze opsomming was primair om grenzen te stellen aan de algemene onrechtmatige daadregel, zoals die in art. 1382 van de Franse Code civil was opgenomen. Zij beperkte het toepassingsgebied van de algemene regel van § 823 BGB tot gevallen waarin een van de genoemde rechten was geschonden. Aldus bleef de bepaling voor de rechter hanteerbaar.²⁹⁾ Toch is het veelzeggend voor de Duitse rechtscultuur dat in § 823 gebruik werd gemaakt van het concept 'recht' en niet van een type schade. De bepaling zou immers ook hebben kunnen luiden: 'wie opzettelijk of door nalatigheid dood, lichamelijk letsel of zaakschade veroorzaakt...'

Hoewel het begrip 'recht' aanvankelijk meer te maken had met het begrip 'subjectief recht' dan met het hedendaagse concept 'mensenrecht' of 'fundamenteel recht' werd dat na de Tweede Wereldoorlog al snel anders toen het BGH de verbinding maakte tussen grondrechten en het aansprakelijkheidsrecht. Dit gebeurde in 1954 door met een beroep op het in de Duitse Grondwet van 1949 erkende recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid en het recht op menselijke waardigheid het algemene persoonlijkheidsrecht te erkennen.³⁰⁾

Diezelfde rechten waren voor het BGH in 1992 de grondslag voor het toekennen van een hoog bedrag aan smartengeld aan bewusteloze slachtoffers.³¹⁾ Tot dit arrest was het BGH van oordeel geweest dat smartengeld in deze gevallen slechts

kon dienen als een vorm van symbolische verzoening. De bedragen lagen doorgaans rond de 20.000 DM (€ 10.000). In 1992 wijzigde het BGH zijn koers fundamenteel door te overwegen dat bewusteloosheid in feite een vernietiging van de persoonlijkheid betekent en dat deze zwaarste vorm van gezondheidsschade door middel van smartengeld volledig dient te worden vergoed. Het BGH verwees hiervoor naar de in de grondwet verankerde rechten op menselijke waardigheid en op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid.

Deze voorbeelden illustreren het grote belang van grondrechten voor de ontwikkeling van het Duitse aansprakelijkheidsrecht. In het bijzonder wanneer het gaat om het recht op menselijke waardigheid, heeft het Duitse grondrecht een aanzienlijk grotere impact op horizontale verhoudingen dan art. 3 EVRM (par. 2).³²⁾

Nederland

Net als Duitsland kent Nederland een aparte onrechtmatigheidscategorie 'inbreuk op een recht' (art. 6:162 lid 2 BW). Deze categorie heeft vooral de discussie gegenereerd of de 'enkele' rechtsinbreuk onrechtmatig kan zijn. Sommige schrijvers achten dit onder bepaalde voorwaarden inderdaad mogelijk, terwijl anderen betogen dat een rechtsinbreuk slechts onrechtmatig is als het gedrag tevens maatschappelijk onzorgvuldig is.³³⁾

Anders dan in Duitsland is de categorie rechtsinbreuk niet gebruikt als een kapstok voor het verbinden van het aansprakelijkheidsrecht met fundamentele rechten. Een reden hiervoor is de ondergeschikte rol die de Grondwet door het toetsingsverbod in het Nederlandse recht speelt. Vanzelfsprekend belet dit de Hoge Raad niet om een recht op schadevergoeding te rechtvaardigen met een beroep op fundamentele rechten. De kapstok hiervoor is dan art. 6:106 lid 2 sub b dat recht geeft op vergoeding van immateriële schade indien de benadeelde 'op andere wijze' in zijn persoon is aangetast.³⁴⁾ Aantasting in de persoon was bijvoorbeeld een grond voor toewijzing van schadevergoeding toen mensen tijdens ernstige rellen in hun woning werden bedreigd en politieoptreden achterwege bleef.³⁵⁾ Een ander voorbeeld is het *wrongful life* arrest, waarin werd aangenomen dat door het onthouden van een keuzerecht aan de moeder haar recht op zelfbeschikking was geschonden.³⁶⁾

Maar de benadering van de rol van fundamentele rechten is fragmentarisch en terughoudend. Zo heeft de Hoge Raad weliswaar erkend dat de informatieplicht van de arts zijn grond vindt in fundamentele rechten maar, anders dan in Frankrijk, is dit geen zelfstandige grond voor schadevergoeding: die grond is er alleen als de patiënt kan aantonen dat hij een andere beslissing zou hebben genomen.³⁷⁾ Ook bij smartengeld voor bewustelozen heeft de Hoge Raad, ruim nadat het BGH was omgegaan, zich op de vlakte gehouden. Hij overwoog bijvoorbeeld dat de consequentie van bewusteloosheid is dat de benadeelde niet de mogelijkheid heeft gehad van zijn leven te genie-



De benadering van de rol van fundamentele rechten is fragmentarisch en terughoudend.



27. Cees van Dam, *European Tort Law* (Oxford: OUP, 2013), nr. 606-610.
28. Voor schade die een burger of bedrijf lijdt door doen of nalaten van de overheid geldt § 839 dat geen beperkingen bevat omtrent een recht dat geschonden is.
29. Cees van Dam, *European Tort Law* (Oxford: OUP, 2013), nr. 401-402.
30. BGH 25 May 1954, BGHZ 13, 334 = *NJW* 1954/1404 = *JZ* 1954/698 (*Dr. Schacht*).
31. BGH 13 oktober 1992, *NJW* 1993/781; zie ook BGH 16 februari 1993, *NJW* 1993/1531.
32. Zie ook Josse Klijnsma, *Harmonisatie van menselijke waardigheid in het Europees privaatrecht*, *NJB* 2011, p. 1870-1876.
33. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* (Kluwer: Deventer, 2011), nr. 46-48; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* (Boom: Den Haag, 2000), nr. 832-838.
34. Zie hierover vanuit het perspectief van rechtsbescherming: A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU-Amsterdam (Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2002).
35. Zie met name HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oosterparkrellen*).
36. HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*), *VR* 2005/47.
37. HR 23 november 2001, *NJ* 2002/386 en 387, m.nt. J.B.M. Vranken, *VR* 2002/176 en *VR* 2003/114.

11

De interpretatie van fundamentele rechten is geen eenvoudige zaak.

22

ten.³⁸⁾ Hoewel dit niet onjuist is, raakt dit niet aan het wezenlijke element van de aantasting van fundamentele rechten.

De enigszins fragmentarische houding van de Hoge Raad leidt ook tot zekere inconsequenties, zoals met betrekking tot de toepassing van het recht op gezinsleven in het *Taxibus*-arrest en het *wrongful life*-arrest. In *Taxibus*, waarin het ging om de aansprakelijkheid voor het verlies van een kind, wees de Hoge Raad een beroep op art. 8 ('family life') af door te overwegen dat het veroorzaken van het verkeersongeval als zodanig niet een inbreuk op het recht op gezinsleven van de moeder vormde. Art. 8 noopt er niet toe 'dat in de wetgeving wordt voorzien in een recht op (immateriële) schadevergoeding aan de ouder die een kind verliest als gevolg van het onrechtmatig handelen of nalaten van een ander.'³⁹⁾ Het toekennen van schadevergoeding kan weliswaar mede worden gezien als een erkenning van en genoegdoening voor het verdriet wegens de dood van een kind, maar kan niet ertoe bijdragen dat in het onderhavige geval de moeder van het kind (...) in staat wordt gesteld overeenkomstig de strekking van art. 8 EVRM een normaal gezinsleven te leiden.⁴⁰⁾

In *Wrongful life* kwam het recht op gezinsleven opnieuw aan de orde, nu in het kader van de vraag of het ziekenhuis niet alleen jegens de moeder maar ook jegens de vader onrechtmatig had gehandeld door geen erfelijkheidstest aan te bieden. Hier vond de Hoge Raad dat wel sprake was van een schending van het recht op gezinsleven: 'Door de geboorte van een kind ontstaat immers een familierechtelijke betrekking tot zijn ouders (art. 1:197 BW) – en (...) tevens 'family life' in de zin van art. 8 EVRM tussen de ouders en het kind – alsmede een verplichting voor de ouders het kind levensonderhoud te verstrekken (...), terwijl de ouders tevens in meer algemene zin de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van het kind dragen en daartoe het gezag over hem uitoefenen. Reeds op deze gronden – en nog daargelaten dat de verhoudingen binnen een gezin door de geboorte van een ernstig gehandicapt kind diepgaand worden beïnvloed en beproefd – is de fout van de verloskundige tegenover de moeder tevens strijdig met hetgeen de verloskundige volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens de vader betaamde'.⁴¹⁾

Het komt er dus op neer dat een onrechtmatige daad als gevolg waarvan een kind komt te overlijden niet leidt tot aantasting van het recht op gezinsleven van de ouders, maar wel als de onrechtmatige daad leidt tot de geboorte van een gehandicapt kind. De redeneringen van de Hoge Raad zijn in samenhang beschouwd niet overtuigend.⁴²⁾ Het illustreert dat de interpretatie van fundamentele rechten geen eenvoudige zaak is.

4. Evaluatie

In het aansprakelijkheidsrecht van de meeste rechtsstelsels is de focus vanouds op de vergoeding van schade; de 'rechten' van een individu spelen veelal slechts een impliciete of indirecte rol. Alleen in Duitsland hebben rechten vanouds een belangrijke plaats ingenomen, vooral dankzij de opsomming in § 823 BGB, de centrale bepaling in het aansprakelijkheidsrecht.⁴³⁾

Deze traditionele focus op schadevergoeding ondergaat sinds het einde van de vorige eeuw de invloed van het groeiende mensenrechtendebat. In alle rechtsstelsels beginnen fundamentele rechten een rol te spelen in het aansprakelijkheidsrecht. Aldus is een mensenrechtendialogoog tussen nationale en supranationale rechters ontstaan, die het aansprakelijkheidsrecht en het EVRM wederzijds beïnvloedt; een dialoog die naar verwachting verder zal intensiveren en dynamiseren met het EU Handvest voor de Grondrechten.

De invloed van mensenrechten op het aansprakelijkheidsrecht is ook zichtbaar tussen private partijen. Deze invloed manifesteert zich op twee manieren. In de eerste plaats kan het EVRM de Staat verplichten om het aansprakelijkheidsrecht ook voor conflicten tussen particulieren zodanig vorm te geven dat de EVRM-rechten van individuen adequaat worden beschermd (par. 2).

Ten tweede ontwikkelen nationale rechters de inhoud van fundamentele rechten zelfstandig, ook als het EVRM daartoe niet noopt. Dit werd in par. 3 geïllustreerd aan de hand van het recht op menselijke waardigheid, op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, op gezinsleven en op zelfbeschikking. De mate waarin de nationale rechter de bescherming van fundamentele rechten jegens andere particulieren vorm geeft, verschilt sterk per land. De ontwikkeling is het sterkste in Duitsland waar de grondrechten het nationale recht doordeemen.

Opmerkelijk is dat de toenemende rol van fundamentele rechten in het nationale aansprakelijkheidsrecht het personenschaderecht, als klassiek kernonderdeel van het aansprakelijkheidsrecht, nauwelijks lijkt te raken. De reden hiervoor is vermoedelijk dat het hierbij naast het recht op leven vooral gaat om het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit. Hoewel dit recht zonder twijfel als een fundamenteel recht kan worden gekwalificeerd, wordt het in het EVRM niet expliciet genoemd en wordt het alleen onder bepaalde omstandigheden via andere rechten beschermd (art. 2, 3 en 8).

De invoering van het EU Handvest voor de Grondrechten kan hierin verandering brengen, omdat dit in art. 3 het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit als fundamenteel recht beschermt.⁴⁴⁾ Hoewel niet valt te verwachten dat uitspraken van het Hof van Justitie over deze bepaling tot materiele aardverschuivingen in horizontale verhoudingen zullen gaan leiden, kan de bepaling wel bijdragen aan een bewustwordingsproces dat het ook om

38. HR 20 september 2002, NJ 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (*Comateuze timmerman*), VR 2003/93.

39. Formeel is dit juist, omdat het EHRM dit soort gevallen tot nu toe op grond van art. 2 en niet op grond van art. 8 beoordeelt. Overigens vereist het EHRM in het kader van art. 2 wel een effectief rechtsmiddel dat een recht op vergoeding van affectieschade zou kunnen zijn; zie par. 2.

40. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 6.3., VR 2002/91.

41. HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*), r.o. 4.2., VR 2005/47.

42. Aldus ook S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (Kluwer: Deventer, 2010), p. 93-94.

43. Hoewel de materiële ontwikkelingen in Nederland en Frankrijk niet veel verschillen van die in Duitsland, vindt de discussie hier meer plaats in termen van slachtofferbescherming dan rechtsbescherming. Cultureel zou dit kunnen worden verklaard door de minder masculiene cultuur in Frankrijk en Nederland in vergelijking met Duitsland. Zie hierover Cees van Dam, 'Who is Afraid of Diversity? Cultural Diversity, European Co-operation, and European Tort Law', (2009) 20 *King's Law Journal*, p. 281-308.

44. Zie ook art. 11 van de Nederlandse Grondwet: 'Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.'

fundamentele rechten gaat als iemand door een ongeval gewond is geraakt. Daarmee kan ook het terrein van de personenschade meer in een mensenrechtelijk kader worden geplaatst.

Rechten in het aansprakelijkheidsrecht zijn net zo fundamenteel als de mensenrechten die zijn opgenomen in internationale verdragen. Een recht wordt niet meer waard omdat het door de overheid en niet door een private partij is geschonden. In beide gevallen gaat het om de aantasting van een fundamenteel deel van de persoonlijkheid van een menselijk wezen. Verschillen doen zich niettemin in twee opzichten voor.

In de eerste plaats kan de nationale rechter de grenzen van het fundamentele recht ruimer trekken dan op grond van mensenrechtenverdragen vereist is. De omvang van het beschermingsbereik van een recht kan dus per land verschillen. Een voorbeeld is het recht op menselijke waardigheid dat in art. 3 EVRM wordt beschermd, maar ook in de Duitse Grondwet en daar in een bredere context wordt toegepast (par. 3). Dit komt omdat mensenrechtenverdragen slechts voorzien in minimum normen; het staat landen vrij om een groter deel van de persoonlijkheid van hun burgers te beschermen.⁴⁵⁾

Ten tweede kan niet alleen de omvang van het beschermingsbereik van een recht verschillen, dat geldt ook voor de gedragingen van anderen waartegen iemands recht wordt beschermd. In het aansprakelijkheidsrecht worden fundamentele rechten in horizontale verhoudingen beter beschermd dan in verticale verhoudingen, omdat voor private partijen veelal strengere zorgplichten gelden dan voor de overheid. Bovendien zijn in de meeste rechtsstelsels vormen van risicoaansprakelijkheid van toepassing. Dit betekent dat voor iemand wiens recht op leven, op lichamelijke en geestelijke integriteit, of op gezondheid is geschonden, het aansprakelijkheidsrecht doorgaans een betrekkelijk laagdrempelig daadwerkelijk rechtsmiddel ter beschikking stelt.

Enerzijds worden mensenrechten in horizontale verhoudingen in het nationale aansprakelijkheidsrecht beschermd als het EVRM daartoe noopt (*top down*): als voorbeelden werden hier genoemd een daadwerkelijk rechtsmiddel bij dodelijke ongevallen (in feite het afschaffen van een feitelijke aansprakelijkheidsimmunitet), een verbod op lijfstraffen en een aansprakelijkheidstest voor media activiteiten. Anderzijds worden mensenrechten breder beschermd door de nationale rechter, omdat die niet alleen de grenzen ruimer kan trekken maar veelal ook van een hoger beschermingsniveau kan voorzien (*bottom up*). Deze ontwikkeling, waarvan deze bijdrage slechts enkele aspecten heeft kunnen laten zien, markeert het groeiende effect van mensenrechten op de verhouding tussen particulieren.



De omvang van het beschermingsbereik van een recht kan per land verschillen.



45. Dit is slechts anders als het gaat om het afwegen van twee fundamentele rechten, zoals die van art. 8 (recht op privéleven) en art. 10 (vrijheid van meningsuiting). In die gevallen is de norm die het EHRM ontwikkelt voor nationale rechters bindend. Zie par. 2.