

# 60 Het aansprakelijkheidsrecht 25 jaar later

## Hoe het EVRM het perspectief op het aansprakelijkheidsrecht verandert

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

Beste lezer,

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

In deze zesde aflevering blikt oud-(hoofd)redacteur van Verkeersrecht Cees van Dam terug op zijn proefschrift *Zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade* (Deventer: Kluwer 1989) dat hij op 25 oktober 1989 in Utrecht verdedigde. Zijn promotor was prof. mr. Ewoud Hondius.

De redactie wenst u veel leesplezier.

Deze maand verschijnt het eerste deel van de tweede druk van mijn boek *Aansprakelijkheidsrecht* (verder: *Aansprakelijkheidsrecht 2015*).<sup>1</sup> In deze bijdrage bespreek ik enkele centrale gedachten die aan dit nieuwe boek ten grondslag liggen en reflecteer ik op mijn proefschrift *Zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid*, dat ik in 1989 verdedigde.<sup>2</sup> Hoe anders is de wereld van het aansprakelijkheidsrecht van nu, vergeleken met die van 1989? En wat zijn de vooruitzichten? Ik ga met name in op Europese harmonisatie, op de invloed van het EU-recht en van het EVRM op het aansprakelijkheidsrecht, en op de betekenis van de rechtsinbreuk.

Het meest opmerkelijke verschil is dat de invloed van het EVRM op het aansprakelijkheidsrecht in 1989 nog geheel afwezig was, terwijl die in *Aansprakelijkheidsrecht 2015* een fundamentele rol speelt. Het gevolg hiervan is een perspectiefwisseling in het aansprakelijkheidsrecht. Centraal staat niet het vergoeden van schade maar het adequaat herstellen van een geschonden recht of belang. Voor dit herstel zijn toegang tot de rechter, een eerlijke procedure en een adequate remedie cruciale voorwaarden. Deze remedie bestaat veelal uit het vergoeden van de geleden schade maar dit zal niet altijd voldoende zijn voor een adequaat rechtsherstel. Excuses, erkenning en mediation kunnen daarom een belangrijke aanvullende rol spelen.

\* Bijzonder hoogleraar European Tort Law, Universiteit Maastricht, Visiting Professor King's College London, oud-hoofdredacteur van Verkeersrecht.

1. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, 2e druk, Deel I: Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel (Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2015).
2. C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid - een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade*, diss. Utrecht (Deventer: Kluwer, 1989). Promotor: prof. mr. E.H. Hondius. *Recensies*: G.E. van Maanen, *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1991, p. 21-24; A.R. Bloembergen, *WPNR* 5994 (1991), p. 128-132; H.M. Voetelink, *RM Themis* 1991, p. 157-158; A.J.O. baron van Wassenauer van Catwijck, *VR* 1991, p. 261-262; J. Spier, *TMA* 1991, p. 98-101; C.J.H. Brunner, *NJB* 1991, p. 1624-1627; Maurice Adams, *RW* 1991-1992, p. 1101-1103.

## 1. Rechtsvergelijking en harmonisatie

Geïnspireerd door mijn promotor prof. mr. Ewoud Hondius schreef ik een rechtsvergelijkend proefschrift onder de titel 'Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade.' Europa speelde in dit onderzoek in die zin een rol dat ik verwachtte dat het formuleren van Europese aansprakelijkheidsregels in de nabije toekomst een nieuwe uitdaging zou gaan vormen: 'Dat behoeft niet noodzakelijkerwijze te geschieden door middel van unificatie of harmonisatie van het aansprakelijkheidsrecht. Buiten deze formele wegen zijn er immers ook meer informele mogelijkheden om de eenheid van het recht van de Lid-Staten te bevorderen.'<sup>3)</sup>

Ik doelde hiermee op het Amerikaanse fenomeen van het *Restatement* dat mijns inziens ook in Europa navolging verdiende. Daarom beoogde ik met mijn onderzoek een bijdrage te leveren '... aan de voorbereiding van een Europees Restatement op het gebied van de persoonlijke aansprakelijkheid. Het gaat daarbij vooral om het vinden van een gemeenschappelijke noemer waarop de norm voor een Europese regel kan worden gegrondvest.'<sup>4)</sup>

In mijn Verantwoording had ik de algemene zorgvuldigheidsnorm als volgt geformuleerd: 'Iemand is persoonlijk aansprakelijk indien hij aan een ander schade toebrengt door een gedraging die in strijd is met de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid ten aanzien van de rechten en gerechtvaardigde belangen van de ander.'<sup>5)</sup> Na een uitvoerige vergelijking met Duits, Frans en Engels recht kwam ik tot de conclusie dat deze zorgvuldigheidsnorm ook vanuit Europees oogpunt verantwoord was en in een eventueel Europees Restatement zou kunnen fungeren als algemene regel voor de persoonlijke aansprakelijkheid. Ik vond het niet gewenst '... om de beperking van het toepassingsgebied in een formeel vereiste vast te leggen, zoals dat geschiedt in het Engelse ('duty of care') en het Duitse ('Tatbestand') recht. Afzien van dergelijke formele vereisten zou niet alleen de flexibiliteit van de regel ten goede komen maar bovendien voorkomen dat de rechter zich voor rechtspolitieke beslissingen verschuilt achter formele begrippen.'<sup>6)</sup>

Het ongebreidelde optimisme dat uit deze conclusie sprak over de bereidheid van Engeland en Duitsland om ten behoeve van Europese harmonisatie hun aansprakelijkheidsrechtstelsel aan te passen, valt in redelijkheid toe te rekenen aan mijn jeugdige leeftijd en aan de Europese eenheidseuforie die eind jaren tachtig het continent overspoelde.

Twee weken na de verdediging van mijn proefschrift viel de Berlijnse muur en veranderde de

wereld voorgoed. Dat gold echter niet voor het Duitse aansprakelijkheidsrecht want het *Tatbestand* is hiervan nog altijd een onwrikbaar onderdeel. En in het Engelse recht is de *duty of care* springlevend, ondanks enkele kritische noten in de literatuur.<sup>7)</sup>

Mijn verblijf in de culturele smeltkroes van Londen en de kennismaking met het werk van Geert Hofstede<sup>8)</sup> deden mij beseffen hoezeer het recht, en dus ook het aansprakelijkheidsrecht, is verweven met de cultuur van een land. Hoewel Hofstede's werk al veel ouder is, werd het door civilisten eerst ruim na de millenniumwisseling ontdekt. Pas toen was de tijd rijp om enige vraagtekens te zetten bij de harmonisatieregelie zonder meteen voor een Pierre Legrand te worden uitgemaakt.<sup>9)</sup> In 2006 presenteerde ik op een conferentie in Helsinki een paper over Hofstede en het privaatrecht. Op dezelfde conferentie presenteerden collega's Jan Smits en Thomas Wilhelmsson een paper over hetzelfde onderwerp, zonder dat we dit van te voren van elkaar wisten.<sup>10)</sup> Een teken des tijds. Mijn Helsinki paper heb ik later verder uitgewerkt en ook verwerkt in *European Tort Law* (verder: *European Tort Law 2013*)<sup>11)</sup>

Een belangrijke ervaring was ook een congres in Sheffield in 2004, waar een jonge Engelse promovenda een paper presenteerde over risicoaansprakelijkheid in het Engelse recht. Zij betoogde met zoveel overtuiging dat risicoaansprakelijkheid niet in de tradities van het Engelse recht en die van Engeland paste, dat haar stem brak en zij door emoties werd overmand. Voor een continentale jurist een interessante ervaring in het land van de *stiff upper lip* maar ook een illustratie hoezeer emoties en diepe gevoelens van rechtvaardigheid ons beeld van het (aansprakelijkheids)recht kleuren en hoezeer die gevoelens zijn geworteld in de nationale cultuur.

Rechtsvergelijking dient daarom naar mijn mening niet om te streven naar harmonisatie maar allereerst om te begrijpen waarom rechtstelsels van elkaar verschillen en aldus het internationaal juridisch discours te voeden. Niet alleen op academisch niveau maar ook op rechterlijk niveau waar tegenwoordig veel internationale uitwisseling van informatie plaatsvindt. Ook de Europese Commissie kan niet meer zonder een rechtsvergelijkende onderbouwing van zijn voorstellen tot wetgeving, terwijl nationale wetgevers rechtsvergelijking gebruiken als hun dat van pas komt. En natuurlijk komen ook praktijkjuristen steeds meer met rechtsvergelijking in aanraking, bijvoorbeeld bij vliegcrashes waarbij passagiers dan wel hun nabestaanden voor hetzelfde lot aan zeer verschillende rechtssystemen onderworpen kunnen zijn. Dit kan voor wetgevers weer aanleiding zijn om kritisch naar hun eigen regels te kijken, niet zozeer om te harmoniseren maar om de rechtsbescherming van hun burgers te verbeteren.

Aldus is het doel van het internationale rechts-



### Europees

### Restatement.



3. *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (1989), nr. 9.

4. *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (1989), nr. 9.

5. *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (1989), nr. 3.

6. *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (1989), nr. 74.

7. Zie met name D.P. Nolan, 'Deconstructing the Duty of Care' (2013) 129 *Law Quarterly Review* 559, met verdere verwijzingen.

8. Geert Hofstede, *Cultures Consequences* (Beverly Hills: Sage, 1980). Zie inmiddels ook Geert Hofstede, Gert Jan Hofstede, Michael Minkov, *Cultures and Organizations: Software of the Mind*, 3e druk (New York: McGraw-Hill, 2010).

9. Pierre Legrand, een Canadese hoogleraar die aan de Parijse Sorbonne doceert, stond lange tijd vrijwel alleen in zijn oppositie tegen het streven naar harmonisatie. Hij beschouwt de verschillen tussen *common law* en *civil law* als onoverbrugbaar; zie bijvoorbeeld Pierre Legrand, 'European Legal Systems are Not Converging', *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), 63-64: '... if one forgoes a surface examination at the level of rules and concepts to conduct a deep examination in terms of legal mentalities, one must come to the conclusion that legal systems, despite their adjacency within the European Community, have not been converging, are not converging and will not be converging'.

10. In: Thomas Wilhelmsson, Elina Paunio and Annika Pohjolainen (eds.), *Private Law and the Many Cultures of Europe* (The Hague: Kluwer Law International, 2007): Thomas Wilhelmsson, 'Introduction: Harmonization and National Cultures', p. 3-20; Cees van Dam, 'European Tort Law and the Many Cultures of Europe', p. 57-80; Jan M. Smits, 'Legal Culture as Mental Software, or: How to Overcome National Legal Culture?', p. 141-151.

11. *European Tort Law* (2013), nr. 610. Zie ook Cees van Dam, 'Who is Afraid of Diversity? Cultural Diversity, European Co-operation and European Tort Law', *King's Law Journal* 2009, p. 281-308.

vergelijkende discourse niet om een bijdrage te leveren aan rechtsharmonisatie maar, complexer, om een bijdrage te leveren aan het voortdurende leerproces van wetgevers, rechters, praktijkjuristen en academici omtrent het gewenste niveau van rechtsbescherming.

## 2. Europese Unie

Het Unierecht heeft op het aansprakelijkheidsrecht vooral invloed in de vorm van zorgplichten en risicoaansprakelijkheid. De remedie-kant is vanouds een terrein dat aan de Lidstaten is overgelaten: die moeten zorgen voor effectieve sancties om het nuttig effect van de EU-regels te verzekeren.<sup>12</sup> Daarom wordt in het eerste deel van de tweede druk minder aandacht besteed aan Unierecht dan in de delen II en III.

In mijn proefschrift verwees ik uiteraard naar de net geïmplementeerde Richtlijn Productenaansprakelijkheid maar er was geen enkele verwijzing naar een uitspraak van het Europese Hof van Justitie in Luxemburg. In die tijd speelde de rechtspraak van het Hof in het aansprakelijkheidsrecht nauwelijks een rol. Pas door het baanbrekende Francovich-arrest uit 1991 en de daarop volgende rechtspraak barstte de discussie los over de rol van het Hof bij het harmoniseren van de nationale rechtssystemen met betrekking tot aansprakelijkheid. In eerste druk van *Aansprakelijkheidsrecht 2000* en vooral in *European Tort Law 2013* besteedde ik aandacht aan deze rechtspraak en aan de mogelijke impact hiervan op het aansprakelijkheidsrecht.<sup>13</sup>

De Francovich-rechtspraak heeft geresulteerd in de ontwikkeling van een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor schending van EU recht. Hoewel dit beginsel inmiddels redelijk is uitgewerkt, is de impact hiervan vooralsnog beperkt, omdat in de praktijk aansprakelijkheid vaak op feitelijke gronden wordt afgewezen.<sup>14</sup> Het beginsel blaft dus hard maar bijt slechts voorzichtig.<sup>15</sup>

Hoewel de ontwikkelingen in de EU wellicht een minder spectaculaire impact hadden op het aansprakelijkheidsrecht dan we in de jaren negentig verwachtten, blijft het Unierecht van bijzonder belang voor het aansprakelijkheidsrecht. Dit geldt niet alleen voor direct werkende Verdragsbepalingen en Verordeningen maar ook voor de doorwerking van Richtlijnen in verticale en horizontale verhoudingen.<sup>16</sup> En *last but not least* is het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie een potentieel rijke bron voor de doorwerking van grondrechten, ook in horizontale verhoudingen, bij de toepassing van Unierecht.<sup>17</sup>

## 3. Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

### 3.1. Perspectiefwijziging onder invloed van het EVRM

Anders dan we in de jaren tachtig en negentig dachten, komt de grootste invloed van Europa op het aansprakelijkheidsrecht niet uit Brussel en Luxemburg maar uit Straatsburg. Mijn proefschrift uit 1989 vermeldde geen enkele uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). In *Aansprakelijkheidsrecht 2000* besprak ik alleen het Osman-arrest van het EHRM, over de aansprakelijkheid van de politie bij het opsporen van delicten en de toegang tot de rechter in het Engelse aansprakelijkheidsrecht.<sup>18</sup> Deze uitspraak was een wolkje, als eens mans hand, dat opsteeg boven Straatsburg maar inmiddels is sprake van een niet ophoudende regen van EHRM beslissingen met een direct of indirect van belang voor het aansprakelijkheidsrecht. In *Aansprakelijkheidsrecht 2015* citeer ik er 142. Dit illustreert hoezeer de invloed van het EVRM op het aansprakelijkheidsrecht sinds de millenniumwisseling in een stroomversnelling is geraakt.

Deze invloed doet zich op diverse niveaus gelden. In de eerste plaats zijn er de positieve verplichtingen die het EHRM heeft ontwikkeld ter bescherming van het leven, de gezondheid en de persoonlijke levenssfeer van burgers (art. 2, 3 en 8 EVRM). Deze positieve verplichtingen voor de Staat zijn van directe invloed op de nationale overheidsaansprakelijkheid.

Ten tweede heeft het EVRM invloed op horizontale verhoudingen tussen burgers en tussen burgers en bedrijven, omdat de Staat verplicht is de bescherming van EVRM-rechten ook in deze verhoudingen te waarborgen. Dit gebeurt voor een belangrijk deel door de nationale rechter, die in het aansprakelijkheidsrecht zorgplichten aldus dient vorm te geven dat de fundamentele rechten van de benadeelde adequaat worden beschermd. Doet de rechter dit niet, dan schendt hij als orgaan van de Staat het EVRM. De verplichting van een private partij om andermans mensenrechten te respecteren is dan dus niet gebaseerd op het EVRM maar op het EVRM-proof gemaakte nationale aansprakelijkheidsrecht.<sup>19</sup>

In de derde plaats trekt het EHRM langzaam de touwtjes aan als het gaat om het voorzien in een effectief rechtsmiddel in horizontale verhoudingen. Dit heeft nog niet geleid tot ingrijpende beslissingen maar het lijkt een kwestie van tijd voordat dit gebeurt. Concreet kan dit betekenen dat het EHRM gaat vereisen dat in geval van iemands overlijden rechtsherstel uit meer dient te bestaan dan een vergoeding van de kosten van de uitvaart.<sup>20</sup>

Wellicht de meest fundamentele ontwikkeling is dat de invloed van EVRM en EHRM zorgen voor

⑦ ●●●●●●●●

*Harmoniseren  
van de nationale  
rechtssystemen met  
betrekking tot  
aansprakelijkheid.*

●●●●●●●●⑧

12. *European Tort Law* (2013), nr. 1209. Zie inmiddels ook Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014, betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, Pb 5.12.2014, L 349/1. De implementatie-deadline is 27 december 2016.
13. *Aansprakelijkheidsrecht* (2000), nr. 606-607; *European Tort Law* (2013), nr. 205 en 610-5.
14. *European Tort Law* (2013), nr. 1805.
15. *European Tort Law* (2013), nr. 205-206.
16. *European Tort Law* (2013), nr. 204 en 1209.
17. *European Tort Law* (2013), nr. 203-1.
18. *Aansprakelijkheidsrecht* (2000), nr. 608.
19. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 106 en meer uitvoerig C.C. van Dam, 'Het EVRM en de aansprakelijkheid van private partijen', VR 2014/164 (afl. 11), p. 410-417.
20. *Ibid.*



## Herstel van de schending van het recht.



een perspectiefwijziging van het aansprakelijkheidsrecht. In veel gevallen staat niet meer zozeer de vergoeding van schade centraal als wel het herstel van de schending van een recht: de rechtsinbreuk. Vanzelfsprekend manifesteert een rechtsinbreuk zich veelal in financiële schade maar zij is daaraan niet gelijk noch gaat zij hierin op: de waarde van een recht of belang is veelal groter dan de optelsom van de schadeposten.

Bovendien kan een rechtsinbreuk ook plaatsvinden zonder dat sprake is van concrete schade. Werden deze gevallen voorheen gezien als ongepast of irrelevant voor het aansprakelijkheidsrecht, thans is het besef doorgedrongen dat het recht hierop moet reageren. Vorderingen die vroeger zouden zijn afgewezen, omdat eiser geen (rechtens relevante) schade had geleden, worden nu wel in behandeling genomen. Te denken valt aan het recht op bescherming van de geestelijke integriteit,<sup>21</sup> het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer,<sup>22</sup> het recht op menselijke waardigheid<sup>23</sup> en het recht op zelfbeschikking.<sup>24</sup> De invoering van art. 6:106 BW heeft hiervoor ruimte geboden zonder dat het nodig was om het adagium op te geven dat zonder schade geen sprake kan zijn van een aanspraak.

Een laatste aspect van de invloed van EVRM en EHRM is dat, omdat een rechtsinbreuk niet identiek is met de geleden schade, een rechtsinbreuk vaak evenmin adequaat en volledig kan worden hersteld door middel van schadevergoeding. Excuses, erkenning en *mediation* kunnen in dit opzicht een belangrijke aanvullende rol spelen.<sup>25</sup>

### 3.2. Toegang tot de rechter, eerlijke procedure en adequaat rechtsherstel

In het NJB schreef Brunner een recensie van mijn proefschrift onder de titel 'De zorgvuldigheidsnorm op de troon'.<sup>26</sup> Die titel raakte mijn betoog in de kern. Het kwam er kort gezegd op neer dat van de drie onrechtmatigheidscategorieën in art. 6:162 BW (rechtsinbreuk, strijd met een wettelijke plicht, strijd met de zorgvuldigheidsnorm) mijn liefde onvoorwaardelijk uitging naar de zorgvuldigheidsnorm. De rechtsinbreuk beschouwde ik als een betrekkelijk nutteloos fenomeen en de wettelijke plicht kon een aanwijzing vormen voor onrechtmatigheid maar het was in mijn ogen de zorgvuldigheidsnorm die uiteindelijk de onrechtmatigheid bepaalde. Korte tijd deed het (onjuiste) gerucht de ronde dat de titel van mijn proefschrift zou gaan luiden: 'Weg met de rechtsinbreuk, om te beginnen uit Nederland'.

Over mijn centrale stelling had Brunner zo zijn twijfels. Maar ondanks deze Brunneriaanse oppositie bleef mijn liefde voor de zorgvuldigheidsnorm in de afgelopen kwart eeuw ongebroken. Toch ben ik, mede onder invloed van de rol van het EVRM, in de loop der tijd meer sympathie gaan koesteren voor de rechtsinbreuk. Niet

als onrechtmatigheidscategorie maar als onrechtmatigheidsconclusie. Door mijn focus op het pleidooi dat een rechtsinbreuk alleen onrechtmatig is als tevens maatschappelijk onzorgvuldig is gehandeld, had ik in mijn proefschrift te weinig aandacht voor de rechtsinbreuk als conclusie. En die conclusie doet er toe. Want als iemand maatschappelijk onzorgvuldig heeft gehandeld (dan wel een regel van risicoaansprakelijkheid toe passend is), heeft hij doorgaans inbreuk gemaakt op een door het aansprakelijkheidsrecht en vaak ook door het EVRM beschermd recht.

In 1989 waren mensenrechten in het aansprakelijkheidsrecht hooguit een randverschijnsel. Thans wordt op allerlei terreinen de osmose tussen deze twee rechtsgebieden steeds duidelijker zichtbaar. Daarom is de rechtsinbreuk toe aan herijking en een herwaardering.<sup>27</sup> Want wat de rechtsinbreuk is in het aansprakelijkheidsrecht, is de schending van een verdragsrecht in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Beide systemen beogen aan te geven hoever rechtsbescherming gaat door verplichtingen vast te stellen waaraan derden (in het kader van het EVRM: de Staat) zich dienen te houden. In het aansprakelijkheidsrecht gebeurt dit door middel van fout- en risicoaansprakelijkheid. Aldus bepaalt de gewenste vrijheid van handelen de beschermingsomvang van een recht.<sup>28</sup>

Het is hier dat ook de betekenis en invloed van art. 6 en 13 EVRM en de daarbij behorende rechtspraak van het EHRM op het aansprakelijkheidsrecht aan de orde komen: toegang tot de rechter, een eerlijke procedure en een effectief rechtsmiddel. Juist op deze gebieden heeft ook de Hoge Raad in de afgelopen jaren belangrijke arresten gewezen. Dit betekent dat allereerst moet worden gewaarborgd dat een rechtsinbreuk kan worden vastgesteld voor een onafhankelijke rechter (*access to justice*).<sup>29</sup> Daarnaast dient te worden gezorgd voor een eerlijke procedure (*fair trial*).<sup>30</sup> En ten slotte moet worden gegarandeerd dat, indien een rechtsinbreuk wordt vastgesteld, adequate remedies beschikbaar zijn om het geschonden recht, de rechtsinbreuk, te herstellen.<sup>31</sup> Deze vereisten vormen een onlosmakelijk onderdeel van het aansprakelijkheidsrecht en in *Aansprakelijkheidsrecht 2015* worden ze daarom geïntegreerd behandeld.

Het belang van toegang tot de rechter en een effectief rechtsmiddel kan moeilijk worden overschat. Degene wiens recht is geschonden, staat hiermee immers op achterstand, omdat in het aansprakelijkheidsrecht de vrijheid van handelen het uitgangspunt (de *default*-situatie) is en rechtsbescherming de uitzondering. De vrijheid kan dus achterover leunen en wachten tot de benadeelde in actie komt. Als dat gebeurt, hoeft de vrijheid slechts te verdedigen en de bal rond te spelen, de rechtsbescherming moet aanvallen en scoren. En als de benadeelde de procedure uiteindelijk wint, is het eindresultaat vrijwel nooit meer dan een gelijkspel.

21. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 404.

22. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 405 en 415-418.

23. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 406-407 en 414.

24. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 409.

25. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 222-224.

26. C.J.H. Brunner, 'De zorgvuldigheidsnorm op de troon', *NJB* 1991, p. 1624-1627.

27. Zie over de discussie inzake de rechtsinbreuk *Aansprakelijkheidsrecht* (2000), nr. 832-838, waaraan toe te voegen C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, diss. Groningen (Deventer: Kluwer, 2000), en mijn recensie in *VR* 2001, p. 71-74.

28. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 102-103.

29. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 202-217.

30. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 218-221.

31. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 222-226.

Waar in het verleden bij de rechtsbescherming de nadruk lag op het ontwikkelen van fout- en risicoaansprakelijkheid en de laatste jaren de effectieve remedie meer aandacht begint te krijgen, is door de bezuinigingen op de rechtshulp en de verhoging van de griffierechten de toegang tot de rechter onder druk komen te staan. Dat is uitermate zorgelijk, omdat de kracht en de effectiviteit van het aansprakelijkheidsrecht worden bepaald door de zwakste schakel. Een evenwichtig stelsel van fout- en risicoaansprakelijkheid en de beschikbaarheid van adequate remedies is van generlei waarde als de toegang tot de rechter feitelijk wordt gedwarsboomd.

### 3.3. Aansprakelijkheidsrecht en rechtsstaat

Net als in het EVRM is het de functie van het aansprakelijkheidsrecht te bepalen welke rechten en belangen behoren te worden beschermd, welke effectieve rechtsmiddelen ter beschikking moeten staan om de rechtsbescherming effectief te kunnen bepleiten en welke remedies beschikbaar moeten zijn om aangedaan onrecht (de rechtsinbreuk) te herstellen.

Deze rechtsbescherming is het gemeenschappelijke doel van het aansprakelijkheidsrecht en het EVRM. Het aansprakelijkheidsrecht beschermt rechten en belangen van individuen jegens andere individuen, jegens bedrijven en jegens de Staat. Het is daarmee een onmisbaar onderdeel van het constitutionele weefsel van de rechtsstaat en daarmee van de *rule of law* in verticale en horizontale verhoudingen.

Fundamentele rechten in het aansprakelijkheidsrecht werden aanvankelijk gezien als *Fremdkörper* die leken te zijn ontsnapt uit het constitutionele safaripark en vervolgens waren verdwaald in de groene weiden van het burgerlijk recht. Het gaat bij EVRM-rechten echter niet om andere rechten dan in het aansprakelijkheidsrecht.<sup>32</sup> In Duitsland, waar de grondwet een geïntegreerd onderdeel van de rechtsorde is, hebben fundamentele rechten na de Tweede Wereldoorlog een belangrijke plaats veroverd in het aansprakelijkheidsrecht. Grondrechten zoals 'menselijke waardigheid' en 'ontplooiing van de persoonlijkheid' bepalen mede de rechterlijke beslissingen in het Duitse aansprakelijkheidsrecht, zoals bij het ontwikkelen van het algemene persoonlijkheidsrecht en het recht op smartengeld.<sup>33</sup>

Het is voorts van belang om op te merken dat het EVRM veelal slechts in minimumnormen voorziet en dat Staten meestal een ruime *margin of appreciation* hebben. Dat is begrijpelijk, omdat het EVRM 47 landen bestrijkt met meer dan 800 miljoen inwoners en met grote culturele, sociale, politieke en economische verschillen. Art. 53 EVRM bepaalt dan ook dat de nationale rechter verder kan gaan met het beschermen van de in het verdrag vermelde rechten.<sup>34</sup> Een verdergaande rechtsbescherming op nationaal niveau

kan vervolgens voor het EHRM aanleiding zijn om de minimumeisen voor rechtsbescherming aan te scherpen. De taak van de nationale rechter gaat dus verder dan het volgen van de minimumeisen die het EVRM en het EHRM stellen: hij is een zelfstandige rechtsbeschermer binnen het discours van nationale rechters die op hun beurt het EHRM informeren over de te volgen koers.<sup>35</sup> Dat is de kern van het EVRM als levend instrument ter bescherming van fundamentele rechten.

## 4. Rechten en belangen

Het aansprakelijkheidsrecht beschermt niet alleen rechten maar ook rechtens erkende belangen. Voor wat betreft het laatste ligt de drempel besloten in art. 3:303 BW: er moet sprake zijn van een *voldoende* belang.<sup>36</sup>

Het onderscheid tussen een recht en een rechtens erkend belang is vloeiend en dynamisch. Het loopt in belangrijke mate parallel met het onderscheid tussen personen- en zaakschade enerzijds en zuivere vermogensschade anderzijds.<sup>37</sup> Vanouds komen personen- en zaakschade eerder voor vergoeding in aanmerking en gelden hiervoor strenge zorgplichten of regels van risicoaansprakelijkheid. Ook gaat het veelal om fundamentele rechten, terwijl dit bij zuivere vermogensschade niet, of althans in mindere mate, het geval is. Bij deze digitale benadering vallen de nodige vraagtekens te zetten, omdat zij miskent dat het onderscheid tussen recht en belang dynamisch is: een belang kan zich in de loop der tijd ontwikkelen en promoveren tot een recht. Vaak ligt achter een schijnbaar puur financieel belang een (fundamenteel) recht. Enkele voorbeelden kunnen dit illustreren.

Het eigendomsrecht is traditioneel gerelateerd aan tastbare objecten (art. 5:1 BW) maar beschermwaardig vermogen bestaat tegenwoordig voor een belangrijk deel uit vorderingsrechten, zoals pensioenen, beleggingen, polissen of vorderingen tot schadevergoeding. Art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM erkent dit en hanteert een bredere betekenis van eigendom. Daarmee wordt het onderscheid in bescherming tussen zaakschade en zuivere vermogensschade sterk gerelativeerd en kan ook in het laatste geval sprake zijn van aantasting van het recht op eigendom in brede zin.<sup>38</sup>

In het economisch verkeer gaat het veelal om zuivere vermogensschade maar het Duitse Reichsgericht erkende al in 1904 het recht op de onderneming als een te beschermen recht in de zin van § 823 BGB. Bij dit recht gaat het stevast om zuivere vermogensschade maar het Duitse recht beschouwt de integriteit van de onderneming als zodanig als een beschermwaardig recht.<sup>39</sup>

Rechten uit een huurovereenkomst of een pacht-overeenkomst worden gezien als subjectieve



*Constitutioneel safaripark.*



32. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 106.

33. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 425-426.

34. De Nederlandse rechter neemt ten onrechte nogal eens een minimalistisch standpunt in: *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 106.

35. Alleen bij botsende verdragsrechten, zoals tussen art. 8 (bescherming persoonlijke levenssfeer) en art. 10 (vrijheid van meningsuiting), kan de nationale rechter niet verder gaan, omdat hij dan hetzij art. 8, hetzij art. 10 schendt: *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 417-418.

36. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 210.

37. *Aansprakelijkheidsrecht* (2000), nr. 804.

38. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 107 en 226.

39. *Aansprakelijkheidsrecht* (2015), nr. 107.

rechten met derdenwerking. Naar huidige inzichten kan de sterkere status van deze rechten worden verklaard uit het verband met de bescherming van het recht op woning (art. 8 EVRM) en op eigendom (art. 1 Eerste Protocol EVRM).<sup>40)</sup>

Nog niet zo lang geleden zag de Hoge Raad in het Jeffrey-arrest iemands overlijden niet als een voldoende belang om een vordering ter zake in rechte te ontvangen. Een emotioneel belang werd gezien als een onvoldoende belang in de zin van art. 3:303 BW. Thans zou hierover anders kunnen worden geoordeeld omdat, ook bij de Hoge Raad, het besef is doorgedrongen dat een effectief rechtsmiddel beschikbaar moet zijn bij de schending van een fundamenteel recht.<sup>41)</sup>

Vroeger had een patiënt hier geen rechtens te beschermen belang bij het verkrijgen van informatie over een medische ingreep of behandeling, omdat de arts in al zijn wijsheid besliste over het al dan niet ingrijpen. Tegenwoordig wordt voldoende informatie essentieel geacht voor het uitoefenen door de patiënt van zijn recht op zelfbeschikking. Aldus is een niet beschermwaardig belang uitgroeid tot een beschermwaardig recht.<sup>42)</sup>

Kortom: zuivere vermogensschade impliceert niet automatisch dat er sprake is van een lage beschermingsstatus. In een belangrijk deel van deze gevallen gaat het om meer dan financiële schade, omdat er een nauwe band bestaat met de schending van meer of minder fundamentele rechten.

## 5. Conclusie en vooruitzicht

In een kwart eeuw is het gezicht van het aansprakelijkheidsrecht sterk veranderd. In de jaren tachtig werd de internationalisering ingezet door middel van rechtsvergelijkend onderzoek terwijl supranationaal recht nog vrijwel afwezig was. Sinds de jaren negentig is de rol van de Europese Unie geleidelijk aan toegenomen in het aansprakelijkheidsrecht. Minstens zo belangrijk is echter het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens dat sinds de millenniumwisseling steeds meer in de aansprakelijkheidsmelk te brokkelen heeft.

In de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw was Europese harmonisatie het voornaamste doel van rechtsvergelijkend onderzoek. Van dat ideaal is, parallel aan het licht verbleekte Europese project, niet veel over. Rechtsvergelijking heeft hiermee echter niet aan belang ingeboet, want de discussie over de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht wordt al lang niet meer louter nationaal bepaald maar tevens internationaal en supranationaal. Het doel van rechtsvergelijking verschuift hiermee naar het beter begrijpen en duiden van de verschillen tussen landen. Alleen door het onderkennen en begrijpen van de diversiteit van nationale

rechtsstelsels kan een bijdrage worden geleverd aan het aansprakelijkheidsrecht in Europa als discursieve en gevarieerde grootheid, en aan het voortdurende leerproces van wetgevers, rechters, praktijkjuristen en academici omtrent het gewenste niveau van rechtsbescherming. Op die manier zal de rechtsvergelijkende discussie ook meer kunnen gaan over de inhoud dan over de grootste gemene deler (par. 1).

Toen ik mijn proefschrift schreef, nam de euforie over de Europese eenwording toe en leek de Europese Gemeenschap een belangrijke aanjager van het aansprakelijkheidsrecht te gaan worden. Die verwachting is niet uitgekomen. Niettemin blijft de rol van de Europese Unie op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht van belang door de directe werking van Verdragsbepalingen en Verordeningen en door de doorwerking van Richtlijnen in verticale en horizontale verhoudingen. Deze doorwerking zal echter vooral fragmentarisch van aard blijven. Van meer structurele betekenis kan het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie worden, althans voor zover het gaat om toepassing van Unierecht (par. 2).

Anders dan ik in 1989 kon vermoeden, blijkt het aansprakelijkheidsrecht vandaag vooral te worden beïnvloed door het EVRM. Deze invloed komt allereerst tot uitdrukking in de door het EHRM ontwikkelde verplichtingen van de overheid en, in mindere mate, van burgers en bedrijven jegens elkaar. Voorts noopt de rechtspraak van het EHRM te zorgen voor toegang tot de rechter, voor een eerlijke procedure en een adequaat rechtsherstel; op dit gebied heeft ook de Hoge Raad recent belangrijke arresten gewezen. Aangenomen mag worden dat deze procedurele rechten, die ook in het aansprakelijkheidsrecht van cruciaal belang zijn, in de nabije toekomst verder zullen worden ontwikkeld.

Het EVRM en de rechtspraak van het EHRM veranderen tevens het perspectief op het aansprakelijkheidsrecht: ook in het aansprakelijkheidsrecht is immers niet de geleden schade essentieel maar het geschonden recht of belang en daarmee het herstel van deze rechtsschending. Voor het herstel van een geschonden recht of belang is schadevergoeding een middel, geen doel. Dit veranderde perspectief komt ook tot uitdrukking in het feit dat nu vrij algemeen wordt aanvaard dat een rechtsinbreuk kan plaatsvinden zonder dat sprake is van concrete schade. Deze ontwikkeling maakt duidelijk dat een rechtsinbreuk meer is dan de optelsom van schadeposten van de benadeelde. En omdat de rechtsinbreuk meer is dan de optelsom van schadeposten, is het vergoeden van deze schade alleen vaak niet voldoende voor een adequaat en volledig rechtsherstel. Het is daarom geen toeval dat de laatste jaren meer aandacht is gekomen voor aanvullende (niet-financiële) middelen tot rechtsherstel, zoals excuses, erkenning en *mediation*. Het is aannemelijk dat deze zoektocht naar aanvullende middelen tot rechtsherstel zich in de komende jaren zal voortzetten (par. 3 en 4).

“ .....  
**Schadevergoeding  
is een middel,  
geen doel.**  
.....”

40. Aansprakelijkheidsrecht (2015), nr. 106.

41. Aansprakelijkheidsrecht (2015), nr. 210.

42. Aansprakelijkheidsrecht (2015), nr. 409.