

## EVRM en Privaatrecht

Een bespreking van de preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht<sup>2</sup>

70

Deze bijdrage behelst een voorbespreking van de preadviezen van Gerrit van Maanen en Siewert Lindenbergh uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht en gewijd aan fundamenteel privaatrecht. Het preadvies van Van Maanen laat het belang zien van het EVRM voor het algemene privaatrecht, dat van Lindenbergh toont de inzetbaarheid van vermogensrechtelijke remedies bij de handhaving van fundamentele rechten. Deze bespreking schetst de hoofdlijnen van beide preadviezen alsook de bredere context van de besproken thema's. Zijdelings wordt een voorzichtige aanzet gegeven voor een discussie tijdens de Jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht 7 december 2011 aanstaande te Den Haag.

### 1. Inleiding

EVRMering van privaatrecht leeft. Het familie- en procesrecht ademen reeds decennia de geest van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (verder: EVRM), terwijl de laatste jaren ook aan het licht komt dat dit verdrag een onuitwisbare betekenis heeft voor het vermogensrecht.<sup>3</sup> Het is die invloed van het EVRM op het privaatrecht die wij 'EVRMering van privaatrecht' noemen.<sup>4</sup>

EVRMering staat niet op eigen benen, maar is onderdeel van een meeromvattend proces van interacties tussen verscheidene rechtsordes. Dat proces van het over en weer elkaar beïnvloeden door en van rechtsordes is overigens vanzelfsprekend geen noviteit, zo maakt het privaatrecht

zelf gemakkelijk duidelijk. Het privaatrecht interacteert reeds lang met de verschillende (interne) ordes van het strafrecht, staatsrecht en bestuursrecht. EVRMering verschilt hiervan in die zin, dat een supranationale orde communiceert met onze (en andere) nationale rechtsorde(s). Deze interactie overschrijdt dus grenzen, maar ook dat interacteren is niet nieuw.

De nieuwigheid schuilt wat ons betreft in het feit dat die grensoverschrijdende ordes steeds vaker en dwingender optreden, en de rechtsorde er niet alleen één is op papier, maar daaraan ook organen zijn toegevoegd die toezien op de naleving van het overeengekomene. Zo is het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (verder: EHRM of Hof) ingesteld om klachten te behandelen over vermeende schendingen van het EVRM. Zoals ook in het proces van Europeanisering in brede zin, is rechtspraak een noodzakelijke pijler in het proces naar een gemeenschappelijk minimum respect voor fundamentele rechten, naast de pijlers van regelgeving en rechtswetenschap.<sup>5</sup> Die dynamiek maakt dat we verder komen, dat we *EVRMeren*.

De vraag van de Vereniging voor Burgerlijk Recht aan de preadviseurs om voor de najaarsvergadering van 2011 hun licht te laten schijnen over 'fundamenteel privaatrecht' en de keuze van de auteurs om zich toe te spitsen op de EVRMering van het burgerlijk recht illustreren meer dan de actualiteit van het thema; hieruit blijkt ook dat de verwezenlijking van de fundamentele rechten in en door de privaatrechtorde nog geen uitgemaakte zaak is. De beide preadviseurs hebben met het voeren van de pen zichtbaar enthousiast bijgedragen aan de EVRMering van het privaatrecht.

Terwijl het preadvies van Gerrit van Maanen zich laat lezen als een verslag van een ontdekkingsstocht, gaat Siewert Lindenbergh een stap verder en beziet hij hoe het privaatrecht zijns inziens zou kunnen en moeten worden ingezet bij de handhaving — een ander *hot topic* in het privaatrecht — van de fundamentele rechten. Wij vangen aan met een bespreking van het preadvies van Van Maanen.

### 2. Van Maanen: Een grote ver-van-mijn-bedshow?<sup>6</sup>

#### 2.1. Verslag van een ontdekkingsstocht

Van Maanen is voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht op 'ontdekkingsstocht' gegaan in een wereld die hij 'tot voor

1 Prof. mr. A.L.M. Keirse is hoogleraar burgerlijk recht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht (A.L.M.Keirse@uu.nl). J.M. Emaus LL.M. is promovenda aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht (J.M.Emaus@uu.nl). J.M. Emaus verricht, onder begeleiding van A.L.M. Keirse, promotieonderzoek naar hoe EVRMering (limitering van) aansprakelijkheid beïnvloedt.

2 G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (preadviezen VBR 2011), Deventer: Kluwer 2011.

3 Themanummer EVRM *Letsel & Schade* 2011/1, zie in het bijzonder: A.L.M. Keirse, 'EVRMering van (letselschade)recht', p. 5-8; T. Barkhuyzen, 'Letselschade en het EVRM', in: W. Tonkens-Gerkema, *Letselschade in een breed perspectief* (LSA 22), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011; A.C. Hendriks, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *TvGR* 2010, 7; C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law* (diss. Amsterdam), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008; O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht), München: Sellier 2007. Eén van de eersten die zich (meer toegespitst) met het onderwerp hebben bezig gehouden is overigens preadviseur Lindenbergh in: S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1665-1707. En ook: J.H. Nieuwenhuis, 'De Constitutie van het burgerlijk recht', *RMThemis* 2000, p. 203-211.

4 Keirse 2011, p. 5.

5 A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in: A.L.M. Keirse & P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht* (preadviezen VBR 2010), Deventer: Kluwer 2010, p. 107.

6 G.E. van Maanen, 'De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en Privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (preadviezen VBR 2011), Deventer: Kluwer 2011.

kort nog maar nauwelijks kende' en heeft zichzelf als missie gesteld U, zijn lezer, 'te overtuigen van de grote betekenis die de rechtspraak van het EHRM – in potentie – heeft, en dus moet hebben voor de beoefening van het "Nederlandse" privaatrecht.'<sup>7</sup> Hij sluit uit dat zijn betoog een kritische beschouwing wordt en neemt zich voor uitsluitend het positieve recht te beschrijven.<sup>8</sup> Fundamenteel privaatrecht omvat weliswaar veel meer dan het EVRM, maar dat meerdere laat Van Maanen buiten beschouwing. Hij lijkt dat te doen in de overtuiging dat de EVRM-orde een bijzondere is: 'Immers daar gaat het om de verdragsrechtelijke verplichting (art. 1 EVRM) van de nationale staat om er voor zorg te dragen dat in de nationale rechtsorde de fundamentele rechten zoals verwoord in het EVRM, gewaarborgd zijn.'<sup>9</sup> Het bijzondere gaat onzes inziens meer schuil in het feit dat bij vermeende schendingen daadwerkelijk kan worden, of liever wordt geklaagd, immers: 'The facts are stronger than constitutions.'<sup>10</sup>

Van Maanen geeft zijn lezerspubliek tevoren een globale kaart mee en laat zijn tocht voorafgaan met een opsomming van de meest relevante bepalingen uit het EVRM waartoe hij in ieder geval rekent art. 2, 6, 8, 13, 41 EVRM en art. 1 Eerste Protocol EVRM. Het betreft (te) kort gezegd respectievelijk het recht op leven, een eerlijk proces, respect voor familie- en privéleven, een effectief rechtsmiddel, billijke genoegdoening en ongestoord genot van eigendom. Wij kunnen met deze selectie instemmen. Het zijn immers juist deze bepalingen die beogen bescherming te bieden aan de belangen die in het privaatrecht een belangrijke rol spelen, namelijk het belang van ongestoord genot van eigendom, van behoud van lijf en leden, van een toegang tot de rechter, van bescherming van de persoonlijke levenssfeer, van effectieve rechtsmiddelen en het belang bij billijke genoegdoening als een schending is geconstateerd.

## 2.2. Van Turkije en Portugal...

Van Maanen vangt zijn tocht aan in Turkije en Portugal en leidt zijn lezers langs een tweetal zaken die zijns inziens het belang illustreren van art. 1 Eerste Protocol EVRM (het recht op ongestoord genot van eigendom) voor het privaatrecht. Eerst passeert de nog altijd veel besproken zaak van *Öneryildiz tegen Turkije* de revue.<sup>11</sup> Öneryildiz en twaalf familieleden waren in een sloppenwijk in Istanbul woonachtig toen in de zeer nabije omgeving een methaanexplosie op een vuilnisbelt plaatsvond. Negen familieleden van Öneryildiz zijn daarbij om het leven gekomen en Öneryildiz' huis is vernietigd.<sup>12</sup> Naar achteraf blijkt waren verschillende over-

heidsorganen reeds geruime tijd op de hoogte van het gevaar dat de vuilnisbelt voor zijn omgeving in zich droeg.<sup>13</sup> Voor Öneryildiz is die constatering reden om bij de *Ümraniye District Council, Istanbul City Council* en de *Ministries of the Interior and the Environment* om schadevergoeding te verzoeken.<sup>14</sup> Op zijn verzoeken wordt deels afwijzend, en deels niet gereageerd. Als dan de nationale rechtsgang evenmin tot genoegdoening bij Öneryildiz leidt, procedeert hij in Straatsburg verder. Öneryildiz betoogt daar dat sprake is van schending van art. 2, 6, 8 en 13 EVRM en art. 1 Eerste Protocol EVRM. Het EHRM komt kort gezegd tot de conclusie dat sprake is van een schending van art. 2 EVRM, art. 1 Eerste Protocol EVRM en art. 13 EVRM, zowel in samenhang met art. 2 EVRM als met art. 1 Eerste Protocol EVRM. De behandeling van de gestelde schending van art. 6 en 8 EVRM blijft ten slotte achterwege, nu die gezien de eerste vastgestelde schendingen niet meer noodzakelijk is.<sup>15</sup>

Een eerste conclusie die Van Maanen uit het arrest trekt, is dat 'eigendom' als in art. 1 Eerste Protocol EVRM veel meer in zich bergt dan ons eigen privaatrechtelijke eigendomsbegrip. Bovendien verdient deze eigendom actief bescherming door de overheid. De overheid kan niet volstaan met het zich onthouden van inmenging in de eigendom, maar moet zich zo nodig ook inspannen om de eigendom te beschermen. Van Maanen merkt ook op dat, nog verdergaand, in het geval van de bescherming van het recht op leven laatstgenoemde beschermingsverplichting zich ook uitstrekt over de grens tussen de publieke en private sferen heen. De overheid heeft er voor zorg te dragen dat het recht op leven óók in de private sfeer wordt gerespecteerd.<sup>16</sup>

De tweede, meer recente zaak die Van Maanen voor het voetlicht brengt, is die van de familie *Perdigão tegen Portugal* waarin het EHRM een nieuwe dimensie aan het eigendomsrecht heeft toegevoegd.<sup>17</sup> De familie Perdigão kon met de overheid geen overeenstemming bereiken over de hoogte van de compensatie die zij zou ontvangen voor de onteigening van haar land. De familie is daarop in beroep gegaan tegen de vervolgens door een arbitragecommissie getaxeerde waarde van € 177 987,17. De familie meende dat de werkelijke waarde van het te onteigenen stuk land de door de commissie voorgestelde vergoeding vele malen te boven ging, nu de grond geschikt zou zijn voor mijnbouw en de met de mijnbouw te genereren opbrengsten van de exploitatie van een mijn in de berekening van de vergoeding hadden moeten worden betrokken. De rechter kan zich niet vinden in deze redenering (en overigens ook niet in de door de belanghebbende bij de onteigening bepleite veel lagere waarde) en stelt de te betalen compensatie vast

7 Van Maanen 2011, p. 22-23.

8 Van Maanen 2011, p. 23.

9 Van Maanen 2011, p. 57.

10 Citaat van de Fransman Léon Duguit, gekend uit: C. Turpin & A. Tomkins, *British government and the Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 3-4.

11 EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, *NJ* 2005/210 (*Öneryildiz v. Turkije*).

12 EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, *NJ* 2005/210, par. 9-18 (*Öneryildiz v. Turkije*).

13 EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, *NJ* 2005/210, par. 13-17 (*Öneryildiz v. Turkije*).

14 EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, *NJ* 2005/210, par. 37 (*Öneryildiz v. Turkije*).

15 EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, *NJ* 2005/210, par. 160 (*Öneryildiz v. Turkije*).

16 Zie over dergelijke verplichtingen: J.M. Emaus, 'Geen actie, reactie? Over de handhaving van positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM', *L&S* 2011/1, p. 28-40.

17 EHRM 16 november 2010, nr. 24768/06, *EHRC* 2011/11 (*Perdigão v. Portugal*).

op € 197 236,25.<sup>18</sup> De som wordt in hoger beroep bevestigd, terwijl zowel het beroep bij het *Supremo Tribunal* als bij het *Tribunal Constitucional* niet-ontvankelijk worden verklaard.<sup>19</sup> Als de familie kort na de uitspraak van het *Tribunal Constitucional* de rekening van de griffierechten ontvangt, wordt zij onaangenaam verrast: de griffiegelden (te weten: € 489 188,42) gaan de te ontvangen compensatie v er te boven. Uiteindelijk wordt besloten dat de griffierechten de te betalen vergoeding met niet meer dan € 15 000 mogen overstijgen. De familie betaalt de € 15 000 en stap naar het Hof in Straatsburg.<sup>20</sup>

Voor het EHRM komen ter sprake zowel de onteigening, en de daarbij toegekende compensatie van iets minder dan twee ton, als de als gevolg van de gevoerde procedure te betalen griffierechten; twee (los van elkaar staande) verbin-tenissen waaraan verschillende juridische acties ten grondslag liggen. Het Hof beslist uiteindelijk dat, hoewel het gedrag van eisers weliswaar heeft bijgedragen aan de uitgebreide rechtsgang, inderdaad sprake was van een 'excessive burden' en inbreuk op art. 1 Eerste Protocol EVRM.<sup>21</sup>

Van Maanen hecht veel belang aan de overweging van het EHRM dat 'the difference in legal nature between the obligation for the State to pay compensation for expropriation and the obligation of litigants to pay court fees does not constitute an obstacle to the overall examination of the proportionality of the impugned interference.'<sup>22</sup> Van Maanen schrijft over deze benadering dat het Straatsburgse Hof hier verder kijkt dan de techniek van bepaalde regelingen en juist ook de daadwerkelijke uitkomst in zijn totaliteit beziet. Dat het Hof daar in *Perdigão tegen Portugal* alle redenen toe had, ligt echter onzes inziens in de aard van de onderliggende rechtsverhouding besloten. Een belangrijke factor is hier naar onze mening – het Hof schrijft dat kort voor de door Van Maanen vetgedrukte overweging – dat eisers partij waren in een geding tegen de Staat over de vaststelling van de hoogte van de door eisers te ontvangen compensatie bij onteigening, uitgevoerd d oor de Staat. Het Hof laat op die overweging volgen: 'The Court considers that *this case is to be distinguished*, when examining the question of proportionality, from those where the court fees are charged in private-law disputes [cursivering AK&JE].'<sup>23</sup> Juist het feit dat de overheid aan twee kanten is betrokken, noopt tot de – wat van Maanen noemt – 'totaalafweging': 'In the particular circumstances of the case it might appear paradoxical that the State should take away with one hand – in court fees – more than is awarded with the other.'<sup>24</sup> Met name het feit dat Van Maanen daarna overweegt dat deze benadering van

het EHRM vergaande consequenties kan hebben voor de Nederlandse praktijk, ook in geschillen tussen private partijen, gaat ons een brug te ver. Dat ook in geschillen tussen private partijen de hoogte van de griffierechten een obstakel kan vormen voor de toegang tot de rechter, is weliswaar ook onzes inziens voorstelbaar, maar is een gevolgtrekking van Van Maanen die volgens ons niet door dit arrest kan worden gedragen. Wij menen anders gezegd, dat de les die Van Maanen hier leert, niet volledig kan steunen op het door het Hof overwogene.

### 2.3. ... naar Chipshol en bestuursrechtelijk Nederland...

Van de Straatsburgse lessen die uit de rechtspraak van het EHRM over art. 1 Eerste Protocol EVRM zijn te leren, keert Van Maanen even terug naar Nederland, nu hij vindt dat de Hoge Raad te kort wordt gedaan als niet een woord wordt gewijd aan die momenten waarop de Hoge Raad het EVRM duidelijk heeft betrokken in zijn oordeelsvorming. Van Maanen stelt aan de hand van de zaak-*Chipshol/Staat* dat de Hoge Raad onder invloed van art. 6 EVRM zijn rechtsopvatting verandert. De Hoge Raad houdt het in deze zaak voor mogelijk om een verklaring voor recht te vorderen als genoegdoening voor een schending van art. 6 EVRM (ook als er als gevolg van de schending geen rechtsrelevante schade is geleden).<sup>25</sup> Van Maanen leest hierin een (op art. 6 EVRM gebaseerde) breuk met *Jeffrey*, in welk arrest de Hoge Raad een zuiver emotioneel belang lijkt te diskwalificeren als een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW, althans voor een verklaring voor recht.<sup>26</sup> Maar schijn bedriegt, zo menen wij. Uit de overweging in de *Jeffrey*-zaak dat de Hoge Raad kan instemmen met 's Hof's uitleg dat 'voormeld zuiver emotioneel' belang niet aan te merken is als 'voldoende belang', mag onzes inziens niet de conclusie worden getrokken dat de Hoge Raad in *Jeffrey* (dus) heeft gemeend dat  enkel een vermogensrechtelijk belang een voldoende belang is in de zin van art. 3:303 BW.<sup>27</sup> Naar onze mening staat de civiele rechtspraak in Nederland open voor vaststellingen van civielrechtelijke normschendingen onafhankelijk van de vraag of de motivatie van de rechtszoekende van financiële, ideële of emotionele aard is.<sup>28</sup> Vereist is volgens ons slechts dat aan het rechtsmiddel enig rechtsgevolg kan worden verbonden. *Jeffrey* noch *Chipshol* hebben daar verandering in gebracht.

Het toeval wil echter dat de Hoge Raad recentelijk in een andere zaak in navolging van het EHRM expliciet heeft gebroken met zijn 'geen-belang' rechtspraak in zaken waar vrijheidsontneming speelt.<sup>29</sup> Het is vaste rechtspraak dat bij gewijzigde omstandigheden waardoor een vordering niet

18 EHRM 16 november 2010, nr. 24768/06, EHRC 2011/11, par. 18 (*Perdigão v. Portugal*).

19 EHRM 16 november 2010, nr. 24768/06, EHRC 2011/11, par. 21-22 (*Perdigão v. Portugal*).

20 EHRM 16 november 2010, nr. 24768/06, EHRC 2011/11, par. 34-35 (*Perdigão v. Portugal*).

21 EHRM 16 november 2010, nr. 24768/06, EHRC 2011/11, par. 78-79 (*Perdigão v. Portugal*).

22 EHRM 16 november 2010, nr. 24768/06, EHRC 2011/11, par. 72 (*Perdigão v. Portugal*).

23 Ibid.

24 Ibid.

25 Zie ook: G.E. van Maanen, 'Maakt Chipshol een einde aan Jeffrey?', *NTBR* 2010/24. Anders: A.L.M. Keirse, 'Een verklaring voor recht als mijlpaal. Over Jeffrey, Chipshol en het belang bij de civiele rechtspleging', *WPNR* 6903 (2011), p. 869-871.

26 Van Maanen 2011, p. 35-36. Zie ook Van Maanen 2010.

27 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998/853, r.o. 4.2 (*Jeffrey*).

28 Zie meer uitgebreid: A.L.M. Keirse, 'Een verklaring voor recht als mijlpaal. Over Jeffrey, Chipshol en het belang bij de civiele rechtspleging', *WPNR* 6903 (2011), p. 869-871.

29 HR 24 juni 2011, *NJ* 2011/390.

meer kan worden toegewezen het belang voor het aanwenden van een rechtsmiddel kan ontbreken. Zo werd ook als uitgangspunt genomen dat het belang ontbreekt aan een hoger beroep tegen een kinderbeschermingsmaatregel die ten tijde van de beslissing van de beroepsrechter al niet meer van kracht is omdat de periode waarvoor die maatregel is gegeven, reeds is verstreken. De uitspraak van het EHRM in de zaak-*S.T.S./Nederland* noopt er evenwel toe dit te heroverwegen.<sup>30</sup> Volgens het EHRM heeft een ieder wiens vrijheid door arrestatie of detentie is ontnomen een rechtens relevant belang om, ook nadat hij weer op vrije voeten is gesteld, de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbeneming te laten toetsen. Dit brengt de Hoge Raad ertoe met zoveel woorden te overwegen dat de uitspraak van het EHRM hem aanleiding geeft om van zijn 'geen-belang' rechtspraak terug te komen.<sup>31</sup> Het belang bij een rechtsmiddel tegen een (tijdelijke) maatregel die vrijheidsontneming als gevolg heeft, moet worden verondersteld. Daartoe behoeft niet te worden gesteld, laat staan gestaafd dat schade is geleden.

#### 2.4. ... terug naar Turkije en dan naar Roemenië...

Als Van Maanen dan terugkeert naar Turkije en tot slot Roemenië aandoet, laat hij gefundeerd zien dat art. 2 en 8 EVRM in de letselschadepraktijk van pas komen, en – ook terecht – dat er nog veel winst is te behalen. Hij ziet meerwaarde van EVRMering niet alleen bij zaken tegen de overheid, maar in het bijzonder ook in private verhoudingen waar de wetgeving onvoldoende bescherming biedt aan *het slachtoffer* (denk bijvoorbeeld aan *NS/Baardman*).<sup>32, 33</sup> Daarbij tekenen wij aan dat het niet alleen om de bescherming van het slachtoffer gaat, maar dat evenzeer de rechten van de aangesproken dader in het EVRM worden beschermd. Van Maanen bezigt hier een slachtofferperspectief, maar de kracht van het EVRM is juist dat het *een ieder* die onder de rechtsmacht van een van de lidstaten ressorteert, beoogt te beschermen. Het ligt wellicht meer voor de hand dat het slachtoffer in de letselschadepraktijk (waar Van Maanen het dan over heeft) bescherming zal zoeken bij het EVRM, nu die immers in de regel in rechten zal zijn aangetast, maar dat neemt niet weg dat het uitgangspunt is en moet zijn, daarover mag geen misverstand bestaan, dat de bescherming zich uitstrekt tot een ieder.

#### 2.5. ... om ten slotte thuis te komen

Van Maanen keert ten slotte huiswaarts en vraagt zich af welke betekenis de door hem opgedane indrukken nu hebben voor het thuis geldende privaatrecht. Kort gezegd komt het erop neer dat Van Maanen heeft ontdekt dat er nog een wereld is te winnen. De uitkomst in de *Enschedese Vuurwerkramp*-zaak, in dit geval die van de verzekeraars van de Grolschfabriek,<sup>34</sup> had anders gemoeten: het EVRM is naar

Van Maanens mening niet voldoende, of in ieder geval niet juist toegepast. De rechters in lagere instanties, als ook de Hoge Raad, 'lijken er alles aan te doen om aansprakelijkheid van de overheid uit te weg te gaan.'<sup>35</sup> Onterecht wordt volgens Van Maanen het bestuursrechtelijke uitgangspunt van de beginselplicht tot handhaving niet erkend, terwijl juist onder toepassing daarvan ook een verhoogde zorgplicht had moeten worden aangenomen. Het belangrijkste bezwaar daarenboven is 'dat de rechters geen *totaalafweging* maken van alle afzonderlijk naar voren gebrachte verwijten ten aanzien van de gemeente en ten aanzien van de staat.'<sup>36</sup> Hoewel Van Maanen stelt dat we ons moeten realiseren dat we in Straatsburg niet recht zoeken in vierde instantie, stapt hij naar onze mening zelf ook in deze valkuil. Hij richt zich wat ons betreft al te veel op tamelijk extreme zaken zoals het EHRM die heeft beslist en probeert daar lessen uit af te leiden voor gewonere zaken die in Nederland spelen. Liever zouden wij voor het Nederlandse recht bezien hoe wij in ons systeem EVRM-rechten beter inzetbaar kunnen maken.<sup>37</sup> Vanzelfsprekend komt dan de rechtspraak van het EHRM om de hoek kijken als meer concrete vragen rijzen als: hoe ver moet die bescherming dan gaan, et cetera. Maar de eerste vraag die voorligt, zou toch moeten zijn hoe wij, zonder het EHRM daarvoor nodig te hebben, ook tot een betere bescherming van de meest fundamentele rechten kunnen komen binnen het systeem van het privaatrecht zoals we dat vandaag de dag kennen.

Van Maanen bespreekt zo ook in par. 8 de vuurwerkramp in Enschede en de zaak die daarna is aangespannen door de verzekeraars van de Grolsch bierbrouwerij. Onzes inziens is dit voorbeeld niet illustratief voor het door Van Maanen bepleite, namelijk dat wij in het civiele (letselschade)recht meer gebruik zouden moeten maken van de mogelijkheden die het EVRM ons biedt. Hier is immers sprake van een zaak tegen de overheid, een geval van overheidsaansprakelijkheid, waar nu juist al wel vaak het EVRM wordt aangehaald en benut. Dat is ook hier gebeurd. Van Maanen is zodoende naar onze mening te veel gericht geweest op de kaders die het EHRM schept, en te weinig bezig de spotlights te richten op het (interne) privaatrecht. Het is niet het Straatsburgse rechtscollege dat hier de belangrijkste rol zou moeten vervullen, maar de nationale rechters en rechtsbeoefenaars.

Dit laatste raakt een ander punt dat Van Maanen ten slotte aanstipt, te weten de vraag wie in de rechtspraktijk zijn conclusies moet oppikken. Ligt het op de weg van de nationale rechter om ambtshalve het EVRM toe te passen, of

35 Van Maanen 2011, p. 51.

36 Van Maanen 2011, p. 53.

37 De *Human Rights Act 1998*, waarmee de mensenrechten het Verenigd Koninkrijk zijn binnengehaald, is een voorbeeld van een belangrijke stap in die richting. Weliswaar noopt het dualistische systeem in het Verenigd Koninkrijk tot het omzetten van internationale wetgeving in nationale, daaraan doet niet af dat met de *HRA 1998* ook meer duidelijkheid is ontstaan over de status van de rechten in de rechtsorde en de voorhanden zijnde rechtsmiddelen indien sprake is van een vermeende schending. Ook kan ter inspiratie over de grens naar Duitsland worden gekeken, waar in de eigen nationale orde veel aandacht is voor de bescherming van fundamentele rechten.

30 EHRM 7 juni 2011, nr. 277/05, EHRC 2011/130, m.nt. Crijns (*S.T.S./Nederland*).

31 HR 24 juni 2011, NJ 2011/390, r.o. 3.7.

32 Van Maanen 2011, p. 41.

33 Hof Amsterdam 12 augustus 2004, NJF 2004, 543 (*NS/Baardman*).

34 HR 9 juli 2010, RvdW 2010, 898 (*XL insurance Company Ltd/Staat*).

moet hij pas tot toepassing overgaan nadat partijen hem daarop hebben gewezen? Van Maanen meent dat veel te zeggen is voor een ambtshalve toepassing. Dat het EHRM iets dergelijks niet oplegt,<sup>38</sup> hoeft – terecht – geen reden te zijn om het in Nederland niet te doen, het is immers ‘óók een kwestie van nationaal recht.’<sup>39</sup> Daarmee is echter nog niet duidelijk hoe een dergelijke ambtshalve toepassing vorm zou moeten krijgen, mede in het licht van het beginsel van partijautonomie, zoals dat in art. 24 en 25 Rv tot uitdrukking komt. Hartkamp meent in ieder geval dat onderscheid moet worden gemaakt tussen die privaatrechtelijke geschillen waarbij beide partijen private partijen zijn en die privaatrechtelijke geschillen waarbij de overheid partij is.<sup>40</sup> Binnen de grenzen van een rechtsstrijd tussen een burger en de overheid kunnen de door het EVRM gewaarborgde rechten mogelijk als rechtsgrond in de zin van art. 25 Rv gelden, nu ze in die verhouding directe werking hebben. Maar dat is anders voor geschillen tussen particulieren aangezien de bepalingen van het EVRM geen directe horizontale werking toekomt.

Het is duidelijk waar Van Maanen staat: in een Nederlandse rechtsorde die zich zijns inziens nog te weinig aantrekt van wat er in Straatsburg gebeurt. En dat dat veel is, daar is hij op zijn ontdekkingstocht achter gekomen. Graag voegen wij er aan toe dat er buiten de rechtspraktijk, in het juridisch onderwijs ook nog een slag is te maken als het gaat om de aandacht voor EVRMering van het (privaat)recht.<sup>41</sup> Generaties van juristen hebben in hun opleiding weinig meegekregen van EVRMering en hebben het beeld gemeen dat Europeanisering van buiten komt en onze nationale rechtsorde aantast. Ook thans nog is de aandacht voor de dynamiek van Europeanisering in de juridische opleiding minimaal. Aandacht voor EVRMering als onderdeel van het nationale privaatrecht is van vitaal belang om het proces verder te brengen. Rechtsbeoefenaren zullen zich dit internationaler beeld van nationaal recht eigen moeten maken en studenten in Europa en daarbuiten zullen daartoe moeten worden opgeleid. Wij kunnen ons, gezien Van Maanens preadvies, voorstellen dat ook hij EVRMering van het curriculum zou kunnen onderstrepen. In het licht van het voorgaande roept Van Maanen immers zichzelf en anderen op méér met het EVRM te doen: ‘Het EVRM is géén ver-van-mijn-bedshow!’, zo concludeert hij terecht.<sup>42</sup>

38 En ook niet op zou willen leggen gezien zijn werklast. Zou immers een verplichting tot ambtshalve toetsing wel gelden, dan zou de filter op basis van het vereiste om de nationale rechtsmiddelen uit te putten en daar een beroep op het verdrag te doen alvorens het EHRM te benaderen, van veel geringere waarde zijn: T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, ‘Een verkenning van de betekenis van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht’, *NTBR* 2011, (NB Paginanummer moet nog ingevoerd worden).

39 Van Maanen 2011, p. 61.

40 Asser-Hartkamp 3-1\*, 2011/202.

41 De uitgave van de studenteneditie van Asser/Hartkamp 3-1\* is een duidelijke stap in de hier voorgestane richting.

42 Van Maanen 2011, p. 64.

43 S.D. Lindenbergh, ‘Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten’, in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en Privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (preadviezen VBR 2011) Deventer: Kluwer 2011.

### 3. Lindenbergh: Vermogensrechtelijke remedies<sup>43</sup>

#### 3.1. De vraag die voor ligt...

Lindenbergh heeft zijn preadvies toegespitst op een deel van het privaatrecht, namelijk het vermogensrecht, en heeft zich toegelegd op de vraag ‘welke middelen het vermogensrecht biedt om fundamentele rechten te handhaven’.<sup>44</sup> Hij plaatst dus de vraag naar de interactie tussen vermogensrecht en fundamentele rechten in het kader van de handhaving en legt de vraag voor welke vermogensrechtelijke remedies kunnen bijdragen aan de handhaving van fundamentele rechten en wat die bijdrage betekent voor de toepassing van deze vermogensrechtelijke remedies.<sup>45</sup> Lindenbergh rechtvaardigt die vraag met de stelling dat de fundamentele rechten ‘weliswaar een fundamentele waarde hebben, maar bijvoorbeeld niet steeds een grote financiële waarde vertegenwoordigen’.<sup>46</sup> Voor we toekomen aan de bespreking van het preadvies, schetsen we eerst kort de context van de handhavingsdiscussie in het privaatrecht en dus van Lindenberghs vraagstelling.

#### 3.2. Context: handhaving in en door het privaatrecht

Het preadvies van Lindenbergh moet (mede) worden bezien tegen de achtergrond van de huidige handhavingsdiscussie in het privaatrecht.<sup>47</sup> De discussie ziet op de vraag of en hoe het privaatrecht zou kunnen worden ingezet bij de handhaving van rechten en normen.<sup>48</sup> Theoretisch kan handhaving van het privaatrecht (hoe worden privaatrechtelijke normen gehandhaafd?) worden onderscheiden van handhaving door het privaatrecht (hoe dragen privaatrechtelijke (s)a(n)cties bij aan de handhaving van normen?). Het verdient opmerking dat handhaving van en door het privaatrecht niet een zuiver Nederlandse kwestie is, maar

44 Lindenbergh 2011, p. 75.

45 Ibid.

46 Ibid.

47 Zie onder (veel) meer: W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenbergh (red.), *Rake remedies*, Den Haag: BJu 2011; R. Rijnhout, ‘Kroniek Schadevergoedingsrecht’, *AV&S* 2010/29; E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2009; J. Kortmann & C. Sieburgh, *Rechtshandhaving door het privaatrecht* (preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2009), Den Haag: BJu 2009; J. Kortmann, *The Tort Law Industry* (rede UvA Amsterdam), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2009; T. Hartlief, ‘Handhaving met smartengeld’, *AV&S* 2008/34; W.H. van Boom, *Efficient Enforcement in Contract and Tort* (rede Rotterdam), Den Haag: BJu 2008; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, hoofdstuk X; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998. Lindenbergh houdt naar eigen zeggen in zijn preadvies de ruime definitie van handhaving aan en verwijst naar de definitie van Engelhard die onder handhaving verstaat: ‘het ondernemen van juridische actie, het nemen van maatregelen, het houden van toezicht en/of het opleggen van sancties ter bevordering van naleving van rechtsplichten en/of het geldend maken van aanspraken of rechten.’ Hij zet de definitie die hij aanhangt af tegen die van Kortmann en Sieburgh, die een engere definitie verkiezen en het begrip handhaven in het debat reserveren voor gevallen waarin *ex ante* actie wordt ondernomen. Handhaven is dan ‘in stand houden, ervoor waken dat iemand of iets blijft in de staat of toestand waarin hij (het) zich bevindt, zorgen dat iets niet geschonden wordt.’

48 Kortmann & Sieburgh 2009, p. 256.

ook een belangrijk *issue* in het Europese recht, juist ook via het (nationale) schadevergoedingsrecht.<sup>49</sup> Waar het Luxemburgse Hof van Justitie in de zaak-*Simmenthal* nog meer in het algemeen oordeelde dat de rechter verplicht is zorg te dragen voor de onder het Europese recht toegekende rechten, zonder daarbij te worden gehinderd door nationale maatregelen,<sup>50</sup> heeft het Hof in *Courage/Crehan* meer in het bijzonder gevegd dat 'bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap.'<sup>51</sup> In het Europese recht is private handhaving verder bijvoorbeeld een agendapunt op het gebied van het mededingingsrecht.<sup>52</sup> Aangespoord door Europa wordt voorts hard gewerkt aan handhaving in het consumentenrecht.<sup>53</sup>

Wat verder zij van dit Europese aanjagen, handhaven geschiedt door het privaatrecht middels in dat rechtsgebied erkende *(s)a(n)cties*. Het gaat hierbij zowel om de (door het recht geregelde) reacties op overtreding van een verplichting als om maatregelen van preventie ingeval overtreding dreigt.<sup>54</sup> Een voorbeeld van het eerste is de schadevergoeding bij onrechtmatige daad, terwijl de verbodsactie op grond van een dreigende onrechtmatige daad de tweede groep illustreert.<sup>55</sup>

De discussie in het privaatrecht spitst zich als gezegd toe op de vraag of bij het inrichten van het privaatrecht moet worden gestreefd naar het vervullen van de handhavingfunctie, óók (of juist) als handhaving niet reeds vanzelf optimaal met het privaatrecht komt.<sup>56</sup> Een argument dat wel wordt aangedragen om niet in te zetten op handhaving van en door privaatrecht als zodanig, is dat het privaatrecht niet in staat zou zijn tot efficiënte handhaving, terwijl in het publiekrecht (efficiëntere) handhaving centraal geschiedt.<sup>57</sup> Ook wordt wel aangevoerd dat het privaatrecht naar zijn aard, namelijk gezien de vele open normen die het inhoudt, een handhavingfunctie niet gemakkelijk zou kunnen vervullen, nu dergelijke normen te weinig handhavend kunnen werken.<sup>58</sup>

Voorstanders van het streven naar handhaving van en door het privaatrecht noemen in de regel als belangrijkste reden dat rechten een lege huls blijken als geen *(s)a(n)ctie* voorhanden is bij een (op handen zijnde) schending van het recht. Rechtshandhaving als functie kan het gat opvullen in het burgerlijk recht, waar degene die is getroffen door een schending van een recht, maar nauwelijks of geen rechtens erkende schade heeft geleden anders met lege handen achterblijft. Handhaving betekent meer algemeen dat aan het rechtssysteem inhoud wordt gegeven.<sup>59</sup> Voorts moet handhaving zowel voorkomen dat in het voorliggende geval het recht wordt geschonden, als ook er toe leiden dat in de toekomst de rechten worden gerespecteerd.

### 3.3. *Vermogensrechtelijke remedies: rechtsvervolgende acties*

Met de context van de handhavingdiscussie in het privaatrecht in het achterhoofd komen we toe aan de bespreking van het preadvies van Lindenbergh waarin hij zich, als gezegd, de vraag heeft gesteld welke middelen in het vermogensrecht voorhanden zijn om fundamentele rechten te handhaven. In de beantwoording van zijn vraag onderscheidt Lindenbergh twee categorieën remedies: de rechtsvervolgende acties<sup>60</sup> en de redresserende acties.<sup>61</sup> Lindenbergh verstaat onder rechtsvervolgende acties die acties 'die ertoe leiden dat het recht daadwerkelijk wordt uitgeoefend of dat de gevolgen van schending feitelijk worden weggenomen.'<sup>62</sup> Het gaat er met andere woorden om dat met de actie wordt voorkómen dat een inbreuk op een recht wordt gemaakt, of dat in ieder geval de situatie zonder schending feitelijk wordt bereikt. In dit kader past het rechterlijk verbod of bevel op de voet van art. 3:296 BW. Andere rechtsvervolgende acties die Lindenbergh aanstipt, zijn acties in het kader van de effectuering van rechten als eenmaal in Straatsburg een schending is geconstateerd. Weliswaar is geen sprake meer van schendingvoorkomend handelen, aldus ook Lindenbergh, maar dat neemt niet weg dat met het inzetten van de middelen wordt gestreefd naar een 'feitelijke' effectuering in de nationale rechtsorde na vaststelling.<sup>63</sup> Lindenbergh denkt aan het verzoek een nieuw (bestuursrechtelijk) besluit te nemen op de voet van art. 4:6 Awb. Voorts noemt hij de actie uit onrechtmatige daad tegen de Staat, daar schending van het EVRM onrechtmatig is.

De verbods- of bevelsactie lijkt volgens Lindenbergh in de praktijk geen geschikt middel om te handhaven, nu de rechter terughoudend schijnt in het toekennen van een verbod of gebod. Die terughoudendheid is het resultaat van het feit dat belangen tegenover elkaar staan en dus een verbod of gebod in de regel tot een schending van het tegenover het belang van eiser gestelde belang zal leiden. Een ander door Lindenbergh gesignaleerd probleem schuilt hierin dat een belangenafweging *ex ante* voorzichtiger zou kunnen

49 Kortmann & Sieburgh 2009, p. 249-250. Zie ook: E.V. van der Schee, 'Raak vergoeden: de betekenis van het gemeenschapsrechtelijke effectiviteitsbeginsel voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht met betrekking tot particulieren', in: Van Boom, Van Dam-Lely & Lindenbergh (red.) 2011, p. 127-168.

50 HvJ EG 9 maart 1978, nr. C-106/77, NJ 1978/656 (*Administratie van de Staatsfinanciën/Simmenthal*).

51 HvJ EG 20 september 2001, nr. C-453/99, NJ 2002/43, r.o. 27 (*Courage/Crehan*). Zie ook: HvJ EG 13 juli 2006, nr. C-295/04 e.a., NJ 2007/34, m.nt. Mok (*Manfredi*), waar de overweging ook werd gedaan voor het geval waar, anders dan in *Courage/Crehan*, geen sprake was van een overeenkomst.

52 W.A.J. van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingsrecht* (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 17-18.

53 Zie voor een mooi overzicht: M.Y. Schaub, 'Handhaving van consumentenrecht', in: Engelhard e.a. 2009, p. 149-171.

54 Zie C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (monografieën nieuw BW A11), Deventer: Kluwer 2003, p. 1.

55 Zie A.L.M. Keirse, 'De schadevoorkomingsplicht', in: Engelhard e.a. 2009, p. 95-104.

56 Zie ook: I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in: Engelhard e.a. 2009.

57 Kortmann & Sieburgh 2009, p. 281.

58 Kortmann & Sieburgh 2009, p. 279-280.

59 Engelhard 2009, p. 13-14.

60 Lindenbergh 2011, par. 2.

61 Lindenbergh 2011, par. 3.

62 Lindenbergh 2011, p. 79.

63 Lindenbergh 2011, p. 81.

uitpakken dan een afweging nadat een schending reeds heeft plaatsgehad.

Lindenbergh reikt aldus eerst met de ene hand de verbods- en bevelsactie aan als middel om in te zetten op het voorkomen van schendingen, om dit vervolgens met de andere hand terug te nemen. Hoewel Lindenbergh erkent dat enkel de verbods- en bevelsactie werkelijk effectief is,<sup>64</sup> heeft hij weinig vertrouwen in de inzetbaarheid hiervan. Onterecht, zo menen wij. Anders dan Lindenbergh meent kan onzes inziens een dreigende schending van een recht of norm wel degelijk behoorlijk worden afgewend. Als immers achteraf kan worden vastgesteld dat zeker handelen onrechtmatig is, moet dat ook *ex ante* mogelijk zijn.<sup>65</sup> Gedragsnormen ontstaan niet met het intreden van een schadeveroorzakende gebeurtenis, maar zijn reeds daar als die gebeurtenis zich nog niet heeft verwezenlijkt. Een voorbeeld van een praktijk die goed als illustratie kan dienen bij onze opvatting is die van de *product recall*. Uit voorzorg worden producten teruggenomen als de kans bestaat dat die een gevaar in zich hebben dat zich mogelijk verwezenlijkt.

In een aantal gevallen zal de overheid bovendien ook op grond van het EVRM zijn gehouden tot preventieve actie: onder art. 2 EVRM heeft het EHRM overwogen dat van de overheid niet alleen mag worden verwacht dat hij gevaren in de publieke sfeer afwendt, maar óók dat hij dat doet waar gevaar dreigt in een privaatrechtelijke verhouding.<sup>66</sup> Lindenberghs stelling dat preventieve handhaving van fundamentele rechten meer rechterlijke creativiteit vergt, onderschrijven wij. Echter, wij roepen daarnaast op tot meer creativiteit bij rechtswetenschap en advocatuur.

#### 3.4. *Vermogensrechtelijke remedies: redresserende acties*

Afgezien van de acties die erop zien een schending van fundamentele rechten te voorkómen, zijn er de acties die een voltrokken schending of de gevolgen daarvan goedmaken. Lindenbergh bespreekt deze acties in de derde paragraaf van zijn preadvies en onderscheidt hierbij de verklaring voor recht en de schadevergoeding.

Lindenbergh illustreert het belang van de verklaring voor recht aan de hand van de zaak-*Chipshol*.<sup>67</sup> In de Straatsburgse lijn dat een vaststelling van een schending van een fundamenteel recht op zich als billijke genoegdoening kan dienen, past het dat een dergelijke vaststelling moet kunnen worden gedaan. Het brengt hem tot de stelling: 'De eiser die een verklaring voor recht vordert dat jegens hem een fundamenteel recht is geschonden, heeft een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW, in beginsel ongeacht het motief dat hem tot het instellen van die vordering brengt.'<sup>68</sup>

Deze stelling juichen wij van harte toe. Sterker nog, zoals al in paragraaf 2.3 naar voren kwam, is de stelling wat ons betreft evenzeer te verdedigen buiten de sfeer van de schending van fundamentele rechten, in die gevallen waarin sprake is van schending van andere privaatrechtelijke rechtsnormen.

Als een schending van een fundamenteel recht vaststaat, komt de benadeelde een vergoeding toe, voor zover de wet (art. 6:95 BW) op vergoeding hiervan recht geeft. Anders dan het EHRM dat onder art. 41 EVRM een discretionaire bevoegdheid toekomt tot een vergoedingsverplichting te concluderen, zo houdt Lindenbergh ons voor, is een recht op schadevergoeding naar Nederlands vermogensrecht gegeven met het vaststellen van aansprakelijkheid. Zowel vermogensschade als ander nadeel komt voor vergoeding in aanmerking en het is vooral die laatste schadepest die de aandacht van Lindenbergh heeft. Lindenbergh meent kort gezegd 'dat schending van een fundamenteel recht als zodanig kan worden gezien als een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 onderdeel b BW'.<sup>69</sup> Om te beoordelen of daarvan sprake is, zijn van betekenis 'de aard van het geschonden belang, de wijze en ernst van de schending en de vraag of de schending op andere wijze is of kan worden goedge maakt [...]. Daarbij kan ook een rol spelen dat handhaving volgens Europese rechters geïndiceerd is'.<sup>70</sup>

Als dan een grondslag voor de schadevergoedingsverplichting is gegeven, rijst de vraag: hoe de omvang te bepalen? Lindenbergh hecht aan de eenheid van wat hij beeldend omschrijft als het huis van de vergoedingen en meent dat de vergoedingen niet uit de pas mogen lopen met bijvoorbeeld de smartengeldbedragen die in de praktijk vandaag al worden toegekend. Toch is het aangrijpingspunt bij de vaststelling van de vergoeding in geval van de schending van een fundamenteel recht een andere dan die in geval van lichamelijk en geestelijk letsel. Terwijl in het laatste geval de ernst van de feitelijke gevolgen het primaire aanknopingspunt is voor de omvang van de vergoeding, is in het eerste geval (noodzakelijk) vooral de aard van het geschonden recht van betekenis. Denkbaar is overigens dat (ook) bij de vergoeding wegens schending van fundamentele rechten gewerkt moet worden met gestandaardiseerde bedragen. Het voorgaande brengt de preadviseur ten slotte tot de stelling: 'Vaststelling van de omvang van de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade wegens schending van een fundamenteel recht vergt een andere oriëntatie dan in gevallen van letsel; de in art. 6:106 BW genoemde billijkheid biedt daartoe voldoende ruimte'.<sup>71</sup>

Om de (schadevergoedings)procedure ook praktisch een duwtje in de rug te geven en handhaving nog méér te stimuleren, komt Lindenbergh er ten slotte toe te stellen dat in zaken waaraan de schending van een fundamenteel recht ten grondslag ligt, eerder plaats is voor een reële proceskostenvergoeding, in het bijzonder wanneer sprake is van een in financieel opzicht gering materieel belang bij de zaak.

64 De redresserende acties noemt Lindenbergh 'naar aard minder effectief' (Lindenbergh 2011, p. 111) en de andere rechtsvervolgende acties 'niet meer zuiver preventief' (Lindenbergh 2011, p. 81).

65 Zie meer uitgebreid: A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade!', in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2010*, Den Haag: Sdu 2010, p. 1-26.

66 Emaus 2011.

67 Zie hierboven in par. 2.3.

68 Lindenbergh 2011, p. 86.

69 Lindenbergh 2011, p. 95.

70 Ibid.

71 Lindenbergh 2011, p. 100.

### 3.5. Een vraag die opkomt: erkenning vóór handhaving?

Lindenbergh plaatst de discussie van fundamentele rechten en privaatrecht in het kader van het handhavingsdebat in het privaatrecht. Handhaving door het privaatrecht draagt er aan bij dat fundamentele rechten geen lege huls blijven; de rechten worden verwerkelijkt. Maar over welke rechten hebben we het hier? Is de vraag naar handhaving door het privaatrecht los te zien van de vraag naar handhaving van het privaatrecht? Kan niet alleen een keuze voor privaatrechtelijke handhaving worden gemaakt als we te maken hebben met privaatrechtelijke normen, die uiteraard vaak een groot raakvlak hebben met publiekrechtelijke? En als sprake is van privaatrechtelijke normen kunnen die dan ook niet alleen privaatrechtelijk worden gehandhaafd? Natuurlijk kunnen ook algemene belangen bij handhaving zijn gebaat en kan om die reden ook publiekrechtelijk worden gehandhaafd, maar dan is hetgeen gehandhaafd wordt het publieke belang, vanzelfsprekend mogelijk samenvallend met het private belang.

Als we spreken over fundamentele rechten en fundamenteel privaatrecht in het bijzonder, is voor ons nog niet duidelijk waar we het dan precies over hebben. Welke fundamentele rechten dienen in privaatrechtelijke verhouding te worden gerespecteerd en dus gehandhaafd? Beide preadviseurs lijken er, hun adviezen beziend, in ieder geval vanuit te gaan dat (een aantal) rechten als in het EVRM neergelegd (ook) in de private verhouding moeten worden gerespecteerd. Het uit het algemeen persoonlijkheidsrecht afgeleide recht om te weten van wie men afstamt, zoals door de Hoge Raad in het *Valkenhorst*-arrest<sup>72</sup> erkend, is daarbij een goed voorbeeld van een in het privaatrecht aangenomen fundamenteel recht.<sup>73</sup>

Voor handhaving gaat aldus wenselijkerwijs erkenning uit, en wel op een manier die verder gaat dan het aanwijzen van fundamentele rechten zoals vandaag de dag reeds is gebeurd. Uit de aanwijzing van rechten spreekt onzes inziens tegenwoordig vaak een onvoldoende nauw omschreven recht. Daarbij komt dat een doelmatige privaatrechtelijke handhaving noodzaakt tot het verleggen van de focus van de rechten naar de plichten. Willen we zo goed als mogelijk voorkomen dat plichten worden geschonden, dan moeten we de aandacht van de schuldeiser naar de (potentiële) schuldenaar verleggen en dient de beschikbare informatie zoveel mogelijk in gedragsnormen te worden vertaald.<sup>74</sup> Een belangrijke voorvraag is onzes inziens dus over welke rechten en plichten we het precies hebben en welke status die rechten en plichten in het privaatrecht toekomen.<sup>75</sup> Het

expliciteren van de rechten en plichten en hun status draagt bij aan de effectiviteit van de handhaving.<sup>76</sup>

## 4. Uitleiding

De zeer aansprekende schrijfstijl van de beide preadviseurs, hun gedegen onderzoek en stellige opvattingen, maakt dat niets aan een fundamentele discussie over het privaatrecht in de weg staat. Beide auteurs geven samen een mooie inleiding op een boeiend thema waarover nog veel discussie kan en moet worden gevoerd, te beginnen op 7 december bij de jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht in Den Haag.

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

73 Lindenbergh 2011, p. 77.

74 Zie A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade!', in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2010*, Den Haag: Sdu 2010, p. 1-26.

75 Zie in dit verband (ten aanzien van grondrechten): R. Nehmelman, 'Private vrijheid! Over de werking van grondrechten in het privaatrecht', *L&S* 2011/1, p. 25-27.

76 Vgl. Kortmann & Sieburgh 2009, p. 279-280.