

Artikelen

121 EVRMering van (letselschade)recht

prof.mr. A.L.M. Keirse¹

1. Ter inleiding

Het letselschaderecht is voortdurend in beweging. Sommige deelreinen van de letselschadepraktijk maken revolutionaire ontwikkelingen door, terwijl van een aantal andere kan worden gezegd dat ze rustig bezit geworden zijn. Evenwel, in grote lijnen laat de beweging zich karakteriseren als een evolutionair proces. Is het nauwelijks opmerkelijk te noemen dat het letselschaderecht continu aan verandering onderhevig is, noemenswaardig is wel dat de ontwikkelingen gedenationaliseerd en geïnternationaliseerd zijn. Onderwerp van dit themanummer is een aspect van deze internationalisering van het letselschaderecht. Centraal staat de invloed die uitgaat van het *Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)*, oftewel het gaat om *EVRMering*.

2. Europeanisering en wijze van EVRMering

Eind vorige eeuw al schreef Smits dat Europeanisering zonder meer de belangrijkste ontwikkeling binnen ons vakgebied is.² Van Europeanisering is sprake daar waar recht dat binnen de nationale rechtssfeer geldt, van Europees komaf is, dan wel in belangrijke mate door Europees recht of door Europese integratie is bepaald. Het begrip Europees recht wordt in de eerste plaats ingekleurd door het recht van de Europese Unie, oftewel het Unierecht, vóór het Verdrag van Lissabon van 1 december 2009 aangeduid als het communautaire recht of gemeenschapsrecht. Maar Europees recht is ook het recht van de Raad van Europa en het daarvan deel uitmakende EVRM.

Hierbij verdient opmerking dat niet alleen de jurisprudentie van het Hof van Justitie in Luxemburg, maar ook de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg feitelijk onderdeel van het Unierecht is. Alle 27 lidstaten van de Europese Unie zijn

aangesloten bij de Raad van Europa die 47 verdragsstaten kent. Het Luxemburgse Hof van Justitie erkent de Europese rechten van de mens zoals die door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden gewaarborgd, als behorend tot de algemene beginselen van Unierecht, waarvan het ook zelf de bescherming garandeert.³ Het op 1 december 2009 in werking getreden Verdrag van Lissabon heeft bovendien de weg vrijgemaakt voor de toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Het Europees recht speelt aldus op meerdere velden, die van de Unie, van de Raad van Europa en van de verdragsstaten, waaronder alle lidstaten van de Unie, waarbij recht uit Europese bron zich onderling en met nationaal recht mengt.

Het recht van de Raad van Europa, en in het bijzonder het daarvan deel uitmakende EVRM leidt tot beïnvloeding en daarmee tot Europeanisering van het recht. Van de rechten waarvan het EVRM de eerbiediging door de overheden waarborgt, zijn in het bijzonder het recht op ongestoord genot van eigendom (artikel 1 van het Eerste Protocol), het recht op eerbiediging van het familieleven en privéleven (artikel 8 EVRM), het recht op leven (artikel 2 EVRM), het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (artikel 13 EVRM) voor het letselschaderecht van belang. Alle verdragsluitende partijen verplichten zich het genot van de EVRM-rechten voor particulieren zeker te stellen en zich in dat verband bijvoorbeeld te onthouden van regelgeving die tegen deze grondrechten indruist. Het toezicht op de naleving van deze verplichting berust in laatste instantie bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg, maar ook de nationale rechters in de verschillende staten zijn belast met de toepassing van het EVRM, terwijl bovendien de in het EVRM gewaarborgde rechten ook door het Hof van Justitie in Luxemburg als bindend zijn aanvaard.

¹ Anne L.M. Keirse is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, raadsheer bij het Gerechtshof Arnhem en redacteur van dit tijdschrift.

² J.M. Smits, *Europees Privaatrecht in wording; Naar een Ius Commune Europaeum als gemengd rechtsstelsel*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 19.

³ Het Europees Hof van Justitie ziet van oudsher toe op de naleving van grondrechten zoals die onder meer zijn neergelegd in het EVRM, maar tegenwoordig is dit ook gecodificeerd in artikel 6 lid 2 EU-Verdrag.

De bijdrage van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aan de Europeanisering van het privaatrecht is in het bijzonder bekend op het terrein van het familierecht en het procesrecht. Het Straatsburgse Hof heeft allereerst door de interpretatie van bescherming van het recht op respect van familielevens zoals in artikel 8 EVRM gecodificeerd, diep ingegrepen in de nationale rechtsstelsels. Dankzij diens uitspraken is op delen van familierechtelijk terrein een grote mate van uniformiteit in Europa ontstaan.⁴ Ook wat betreft de uniformering van het procesrecht heeft het Straatsburgse Hof een onuitwisbare rol van betekenis gespeeld. Op basis van het door artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn is uitgebreide rechtspraak tot stand gekomen die de nationale stelsels van procesrecht mede hebben bepaald. Op het terrein van het verbintenissenrecht is voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wellicht een meer bescheiden, maar geenszins onbeduidende rol weggelegd. Zo illustreren de zaken *Pressos Compania Naveira/België* en *Maurice/Frankrijk* dat de Europese rechter met een beroep op artikel 1 Eerste Protocol EVRM een stokje kan steken voor een stante pede afschaffing van een recht op schadevergoeding door een nationale wetgever.⁵ Voorbeelden van een door het Hof ongerechtvaardigd bevonden inmenging in het genot van eigendom bieden ook de zaak *Schirmer/Polen* (betreffende de verplichting van een verhuurder een vervangende woning aan te bieden) en de zaak *Fedoronko/Oekraïne* (betreffende partiële nietigheid van een overeenkomst met een valutaclausule en een voor de verkoper onrechtvaardig gevolg).⁶ Zeer wel denkbaar is voorts dat de rechtspraak van het Straatsburgse Hof de zoektocht naar nieuwe risico's, nieuwe aansprakelijkheidsclaims inkleurt.⁷ In dit licht is van belang dat het Hof onder artikel 8 EVRM het recht op een veilige en schone leefomgeving beschermt.⁸ Daarbij komt dat niet de Europese, maar de nationale rechter het meest geroepen is om Europees recht uit te leggen en toe te passen. Vragen van rechtsontwikkeling en proefballonnen belanden nu eenmaal veelal het eerst

op het bord van de nationale rechter. Zo is de Hoge Raad de vraag voorgelegd of de Nederlandse regeling van de bevrijdende verjaring – die kan meebrengen dat een recht op schadevergoeding is verjaard voordat de benadeelde zijn schade heeft ontdekt en dus zijn recht geldend heeft kunnen maken – strijdig is met het Europese fundamentele recht op toegang tot de rechter.⁹ Een tweede voorbeeld betreft de gehoudenheid van de Nederlandse rechter om bij de beoordeling van de wenselijkheid van handhaving van wettelijke limitering van schadevergoeding ook artikel 1 Eerste Protocol EVRM en de ter zake doende Europese rechtspraak te betrekken.¹⁰ Daarnaast kan het EVRM invloed doen gelden via de jurisprudentie van het Hof van Justitie in Luxemburg. In lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie maken de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden zoals die onder meer in het EVRM zijn verankerd, als algemene rechtsbeginselen deel uit van het Unierecht. Het is vaste rechtspraak dat het Hof van Justitie, onder verwijzing naar de constitutionele tradities die de lidstaten van de Unie gemeen hebben, grondrechten beschermt, als besloten liggend in de algemene beginselen van Unierecht welke eerbiediging het Hof verzekert.¹¹ Een expliciet beroep op het EVRM zal daarbij veelal achterwege (kunnen) blijven, te meer nu de organen van de Unie inmiddels een eigen mensenrechtendocument hebben met het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. In civiele zaken zal het Hof van Justitie bovendien slechts op indirecte wijze kunnen worden betrokken in het geschil; namelijk alleen indien de nationale rechter waarvoor het geschil dient, bereid is tot het stellen van een prejudiciële vraag.¹² Overigens doet dit geenszins onder voor de bevoegdheid van het Europees Hof voor de rechten van de mens, integendeel. Dat Hof neemt uitsluitend klachten in behandeling die gaan over aangelegenheden die onder verantwoordelijkheid vallen van een publiekrechtelijke instantie in een van de verdragsluitende staten (waaronder wetgeving, bestuur en rechterlijke macht) – en dan nog alleen als alle nationale rechtsmiddelen daarvoor zijn uitgeput.

⁴ Bijvoorbeeld op het terrein van de status van onwettige kinderen, van voogdij en van omgangsrecht. Zie o.a. M. de Langen, *De betekenis van art. 8 EVRM voor het familierecht*. Preadvies Handelingen NJv, Zwolle: Tjeenk Willink 1990; J.M. Smits, *Europees Privaatrecht in wording; Naar een Ius Commune Europaeum als gemengd rechtsstelsel*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 1999, p. 39.

⁵ EHRM 20 november 1995, 17 849/91, NJ 1996, 593 (*Pressos Compania Naveira/België*); EHRM 6 oktober 2005, 11 810/03, NJ 2006, 464 (*Maurice/Frankrijk*).

⁶ EHRM 21 september 2004, 68 880/01 (*Schirmer/Polen*); EHRM 1 juni 2006, 25 921/02 (*Fedoronko/Oekraïne*).

⁷ Zie de bijdrage van Collignon-Smit Sibinga en Mewa hierna.

⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 27 januari 2009, 67 021/01 (*Tatar/Roemenië*).

⁹ HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Schelde*). Vergelijk EHRM 7 juli 2009, 1062/07 (*Stagno/België*), waar het Europees Hof een schending van artikel 6 EVRM constateerde omdat de betrokken justitiabelen door handhaving van de Belgische verjaringstermijn geen enkel moment in staat waren geweest om in een concreet geschil een procedure aanhangig te maken.

¹⁰ Zie Hof Amsterdam 2004, VR 2006, 12 (NS/Baardman); J. Emaus & I. Giesen, 'Limitering van aansprakelijkheid in het personenvervoer in het licht van artikel 1 Eerste Protocol EVRM', *Verkeersrecht* 2007, 11; vergelijk ook noten 15 en 16.

¹¹ Zie HvJ 14 mei 1974, C-4/73, *Jur.* 1974, 491 (*Nold/Commissie*); HvJ 12 juni 2003, C-112/00, *Jur.* 2003, I-5659, NJ 2004, 56 (*Schmidberger*); L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht. Monografieën BW A-30*, Deventer: Kluwer 2010, p. 27.

¹² De Nederlandse rechter kan daarbij in elke stand van het geding door het instellen van een prejudiciële procedure het Hof van Justitie om uitleg verzoeken van een bepaling van Unierecht. De nationale rechter is tot het stellen van een prejudiciële vraag verplicht indien de betekenis van een norm van Unierecht niet duidelijk is en de beslissing naar nationaal recht niet vatbaar is voor hoger beroep.

3. Circulair proces

EVRMering is geen eenrichtingsverkeer. Dit blijkt reeds uit het hierboven geschetste beeld van EVRMering, waaruit een wisselwerking tussen verschillende actoren op zowel nationaal als Europees terrein spreekt. De wetgever staat voor de taak de co-existent van nationaal en Europees recht – waaronder EVRM rechten – in goede banen te leiden. De rechter duidt rechtsaanspraken door middel van verschillende rechtsordes en bronnen. De wetenschapper draagt door te vertalen en te interpreteren bij aan de gemeenschappelijke rechtstaal. De rechtsbeoefenaar verkent nieuwe loten aan de stam van het (letselschade)recht.

Regelgeving, rechtspraak, rechtswetenschap en rechtsbeoefening zijn aldus in het proces van Europeanisering zowel oorzaak als gevolg.¹³ Nadat regelgeving het proces van Europeanisering in beweging heeft gezet en de motor draaiende houdt, vraagt het proces om een ordening, herstructurering en herziening van (nationale) regelgeving. Tegelijkertijd oorzaak en gevolg van Europeanisering is ook de rechtspraak. Rechtspraak doet geschreven recht leven, het vertaalt 'law in the books' naar 'law in action', zelfs buiten het oorspronkelijk toepassingsgebied. En als gevolg van de Europeanisering worden de rechter vervolgens steeds vaker vragen van Europees recht voorgelegd. De ontwikkeling van een Europese (privaatrechts)wetenschap is zowel een voorwaarde als gevolg van het proces van Europeanisering. Immers, terwijl de voorbereiding van initiatieven tot harmonisatie van (delen van) het recht een Europese rechtsleer vergt, europeaniseert de aanwas van recht van Europese snit de rechtswetenschap. Op vergelijkbare wijze is de uitoefening van rechten een onmisbare sleutel in het proces. Daarbij komt dan nog de kruisbestuiving over en weer tussen regelgeving, rechtspraak, rechtswetenschap en rechtsbeoefening. Rechtspraak en regelgeving zijn communicerende vaten, die de rechtswetenschap en rechtsbeoefening zowel bestuderen als voeden.

Dat het hier niet om eenrichtingsverkeer gaat blijkt ook uit de wederzijdse afhankelijkheid van het Europese recht en het nationale recht. Het is niet alleen het Europese recht dat het nationale recht beïnvloedt; andersom geldt dat evenzeer. Leerstukken van Europees recht en uitwerkingen van fundamentele rechten zijn veelal ontleend aan de regels en beginselen die in de wetgeving, rechtspraak, wetenschap en praktijk van afzonderlijke lidstaten zijn aanvaard. Ook vindt er wederzijdse beïnvloeding tussen de lidstaten plaats, rechtstreeks en daar-

mee horizontaal, maar ook diagonaal via de band van een Europees (fundamenteel) beginsel. Aldus groeit de gemeenschappelijkheid.

Dit laatste uit zich ook in de effecten van EVRMering. EVRMering is een aanhoudend geleidelijk proces; niet lineair, maar circulair. Een dergelijk proces vlakt in de regel uitschieters af. Juist daar waarin ondanks een duidelijke Europese of internationale tendens wordt vastgehouden aan een tegengestelde nationale lijn, stuit men vaak op een beroep op een Europees grondrecht of beginsel. Het lot van affectieschade in Nederland kan als voorbeeld dienen. Terwijl vergoeding van affectieschade in enigerlei vorm pleegt te worden toegekend in België, Bulgarije, Cyprus, Engeland, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Ierland, Italië, IJsland, Kroatië, Liechtenstein, Letland, Litouwen, Luxemburg, Malta, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Roemenië, Schotland, Servië, Slovenië, Slowakije, Spanje, Tsjechië, Turkije, Zweden en Zwitserland¹⁴, houdt Nederland (tezamen met Denemarken en Duitsland) voor nu vast aan een categorale ontkenning van dit schadevergoedingsrecht. In dit licht is het niet verwonderlijk dat thans de vraag voorligt of deze beperking de toets van het EVRM, zoals door het Europees Hof uitgelegd en toegepast, kan doorstaan.¹⁵

De eigen positie van het EVRM moet als het ware op het recht van de lidstaten worden veroverd. Dit hangt samen met het feit dat de verwezenlijking van Europees recht afhankelijk is van nationale instellingen van de lidstaten. Europees recht blijft een dode letter als het in de lidstaten niet naar behoren wordt toegepast.

4. Lessen voor de (letselschade)praktijk

Uit het geschetste proces van EVRMering kan allereerst als lering worden getrokken dat tegen een vermeende schending van een fundamenteel recht kan worden gegerd voor verschillende colleges op nationale en Europese bodem. Een tweede les die daarop meteen kan volgen, is dat hier niet de Europese rechters in Straatsburg of Luxemburg de belangrijkste rol vervullen, maar de nationale rechters. Het is van belang dat de nationale rechters zich bewust zijn van hun Europese mandaat. De nationale rechter doet er goed aan zich, meer dan nu het geval is, door de rechtspraak van de Europese rechter alsook door het werk van zijn collegae in andere lidstaten te laten inspireren. Dit strookt met de belangrijkste les, die inhoudt dat internationaal recht nationaal moet worden gehandhaafd. Ook de Nederlandse wetgever be-

¹³ Zie meer uitgebreid over het proces van Europeanisering A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in A.L.M. Keirse en P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht, Preadviezen 2010, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 9-109.

¹⁴ Zie C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *Verkeersrecht* 2010-11, p. 315, voetnoot 23.

¹⁵ Zie C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *Verkeersrecht* 2010-11, p. 313-315; T. Barkhuysen, in zijn inleiding op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2011 (nog niet gepubliceerd).

gint zich dit langzaam maar zeker te realiseren, getuige het aanhangig wetsvoorstel tot oprichting van een Nederlands mensenrechteninstituut. Beoogd is dat dit Nederlands College voor de rechten van de mens als cruciale schakel zal fungeren tussen het maatschappelijk middenveld, nationale en internationale organisaties.¹⁶ Het wil bijdragen aan het vertalen van het beginsel van menselijke waardigheid naar handreikingen om aan dat beginsel in de praktijk vorm te geven.

Hier valt voor de (letselschade)praktijk nog veel winst te behalen. Voor zover de invloed van het EVRM al op belangstelling van de beoefenaar van het letselschaderecht kan rekenen, zal men geneigd zijn het letselscha-

derecht te zien als puur nationaal recht dat de doorwerking van het Europese recht lijdzaam heeft te ondergaan, terwijl de ingrijpende uitwerking daarvan al snel wordt onderschat. Dit themanummer wil dit beeld bijstellen; het doet het nationale recht en de letselschadepraktijk tekort. Het Europees recht – waarvan de Europese rechten van de mens deel uitmaken – is voor zijn ontstaan, ontwikkeling en betekenis van het nationale recht afhankelijk. Als men zich dit nationaal onvoldoende realiseert ontstaat een kloof tussen EVRMering op papier en EVRMering in de praktijk. Dit themanummer wil deze discrepantie tussen wat is en wat zou kunnen verkleinen; ‘law in the books’ naar ‘law in action’ vertalen.

¹⁶ Zie *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 467, nr. 3, p. 2.