

# Naasten, fundamentele rechten en het Nederlandse limitatief en exclusief werkende artikel 6:108 BW: één probleem, twee perspectieven

*Mr. dr. J.M. Emaus en mr. dr. R. Rijnhout\**

## 1. Inleiding

Het juridische debat over het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in overlijdensschadezaken wordt op het moment gevoerd vanuit twee verschillende invalshoeken. Ten eerste vanuit het Nederlandse burgerlijk recht op grond waarvan nabestaanden een beperkt vorderingsrecht toekomt in de vorm van het limitatief en exclusief werkende vorderingsrecht, artikel 6:108 Burgerlijk Wetboek (BW).<sup>1</sup> Ten tweede vanuit het recht onder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), meer in het bijzonder de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM of Hof) ten aanzien van de interpretatie van artikel 2 EVRM (recht op leven). Die rechtspraak lijkt de naaste méér te bieden dan artikel 6:108 BW.<sup>2</sup> Het doel van deze bijdrage is om de beide invalshoeken samen te brengen.

Twee kernvragen houden logischerwijs verband met deze exercitie: *wie* verdient rechtens een remedie en *waarom*? Is dat vanwege de schending van een fundamenteel recht? Is dat vanwege de gepleegde onrechtmatige daad en het lijden van schade? Of kwalificeert de schending van een fundamenteel recht als schade?<sup>3</sup> Om antwoord te kunnen geven op deze kernvragen is inzicht nodig in de benaderingen vanuit de beide invalshoeken.

Daarom willen wij in deze bijdrage verschaften door aan de hand van één casus de beide benaderingen toe te lichten. We stellen twee fundamentele rechten centraal, te weten het recht op leven (als in art. 2 EVRM) en het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven (als in art. 8 EVRM).<sup>4</sup> Het recht op leven is de laatste jaren in de literatuur meermalen in verband gebracht met de onmogelijkheid tot vergoeding van affectieschade naar Nederlands recht,<sup>5</sup> terwijl artikel 8 EVRM recent (opnieuw) in de jurisprudentie is opgedoken als een door slachtoffers opgeworpen rechtsgrond voor de vergoeding van immaterieel nadeel.<sup>6</sup>

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Er wordt gestart met de introductie van de casus: doodslag in de kroeg (par. 2). De casus wordt daarna vanuit de twee genoemde invalshoeken juridisch belicht, namelijk achtereenvolgens de Straatsburgse onder het EVRM (par. 3) en de Nederlandse volgens het BW (par. 4). In paragraaf 5 zetten we uiteen tot welk probleem deze verschillende benaderingen leiden en dragen we drie oplossingen aan. We sluiten af met een conclusie (par. 6).

## 2. De casus: doodslag in de kroeg

Op een warme zomeravond midden juli besluit X met haar collega's het weekend in te luiden in de kroeg twee straten bij de werkplek vandaan. De kroeg is te klein voor het grote aan-

\* Mr. dr. J.M. Emaus is docent en onderzoeker aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) en het Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (RENFORCE). Mr. dr. R. Rijnhout is universitair docent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht, verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) en redacteur van dit tijdschrift.

1. Zie R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken. Een rechtsvergelijkende studie naar de artikelen 6:107 en 6:108 BW in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht en schadevergoedingsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.  
2. Zie J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.  
3. Zie in dit verband 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, p. 71-122.

4. Zie in dit verband 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, p. 41-45.  
5. C.P.J. Wijnakker, *Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk*, VR 2010, 1; D.A. Pronk, *Is het Nederlandse schadevergoedingsrecht bij overlijden door een fout van de overheid verenigbaar met het EVRM?*, in: S.D. Lindenbergh & I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 29-47; Rijnhout 2012, p. 303-312; M. van Essen, *Recht op vergoeding van affectieschade: een fundamenteel mensenrecht?*, NTM/NJCM-Bull. 2013, p. 381-397.  
6. Rb. Noord-Nederland 19 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7928; Rb. Amsterdam 11 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2721, onder 9; Rb. Midden-Nederland 17 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3434, onder 9.

tal mensen dat er zich verzamelt. De warmte eist die avond al snel haar tol. In de kroeg ontstaat door de alcohol die op de lege magen wordt genuttigd, in combinatie met de hoge temperatuur, een broeierige sfeer. X raakt kort voor middernacht betrokken bij een vechtpartij en wordt door de beveiligiger (of politieagent) die toezicht houdt in de kroeg hardhandig tegen de grond geworpen. X komt ongelukkig neer en overlijdt onderweg naar het ziekenhuis. De ouders van X zijn kapot van de dood van hun dochter en zoeken een juridische remedie. Ze willen een actie instellen jegens het beveiligingsbedrijf waarvoor de beveiligiger werkzaam was (of tegen de staat ingeval de benaderer niet een particuliere beveiligiger, maar een politieagent was) vanwege het immateriële nadeel dat zij, *de beide ouders*, lijden.<sup>7</sup>

### 3. Het overlijdensschadedebat ingestoken vanuit EVRM

#### 3.1 *Het EVRM in context*

Een eerste rechtsgrond voor een juridische remedie vinden de ouders van X in het recht onder het EVRM. In deze paragraaf zal die rechtsgrond worden toegelicht. De rechtsgrond en de remedie moeten worden begrepen in de context van het systeem van het recht onder het EVRM. Die context wordt in de eerste plaats gevormd door het doel dat met het EVRM is gesteld: de handhaving van fundamentele rechten. Met dat doel in het achterhoofd heeft het EHRM uitgangspunten geformuleerd die bij de toepassing van het EVRM van belang zijn. Deze uitgangspunten, alsook de beperkingen die het EVRM zelf meebrengt ten aanzien van de rol van het EHRM komen in deze paragraaf eerst aan de orde. Hierbij moet steeds worden bedacht dat het EVRM als zodanig sinds zijn ratificatie onderdeel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde en daar qua rang en stand boven wettelijke voorschriften gaat.<sup>8</sup> De verdragsbepalingen die eenieder verbinden, kunnen door procespartijen voor de rechter worden ingeroepen.

#### 3.2 *Uitgangspunten*

##### 3.2.1 *Handhaving door verdragsstaten*

Als eerste uitgangspunt geldt dat het EVRM moet worden gehandhaafd door de verdragsstaten. De verdragsstaten zijn het EVRM overeengekomen onder de verplichting de EVRM-rechten daadwerkelijk te verzekeren. Het EHRM fungeert daarbij als laatste instantie om bij te dragen aan de handhaving van de rechten. Dit uitgangspunt is in een Interlaken-*follow-up*<sup>9</sup> door de *Jurisconsult* van het EHRM opnieuw onder de aandacht gebracht:

(...) the task of ensuring respect for the rights enshrined in the Convention lies first and foremost with the authorities in the Contracting States rather than with the Court. The

Court can and should intervene only where the domestic authorities fail in that task.<sup>10</sup>

Het uitgangspunt wordt met de inwerkingtreding van het Vijftiende Protocol bij het EVRM meer expliciet in de preambule bij het verdrag verankerd. Aan het slot van de preambule wordt namelijk toegevoegd:

'Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention.'

Het Vijftiende Protocol is het resultaat van de inspanningen die zijn geleverd tijdens en tussen verschillende conferenties waar is gesproken over de toekomst van het EHRM. Het protocol is, in afwachting van ondertekening en ratificatie door verschillende verdragsstaten, nog niet in werking getreden.

##### 3.2.2 *Uitgangspunt van res interpretata*

Hierbij aansluitend geldt als tweede uitgangspunt dat het EHRM het EVRM in laatste instantie *gezaghebbend* interpreteert en dat verdragsstaten het EVRM dus zo moeten begrijpen zoals het door het EHRM in zijn jurisprudentie is uitgelegd, ook als die uitleg is gegeven in zaken waarbij de verdragsstaten zelf geen partij waren.<sup>11,12</sup> De uitspraken van het Hof hebben – anders gezegd – *res interpretata*-autoriteit. De *res interpretata*-autoriteit wordt gebaseerd op artikel 1 en 19 EVRM (respectievelijk de verplichting tot eerbiediging van de rechten van de mens en de instelling van het Hof)<sup>13</sup> en is door de verdragsstaten met de Interlaken Declaration opnieuw onderstreept.<sup>14</sup> Daarin is namelijk onder de titel 'Implementation of the Convention at the national level' – vrij vertaald – opgenomen dat het eerst en vooral de verantwoordelijkheid van de verdragsstaten is om de toepassing en implementatie van het EVRM te waarborgen en dat de verdragsstaten zich ertoe verplichten om de jurisprudentie van het EHRM in aanmerking te nemen. Dat geldt ook als het gaat om conclusies

7. Deze casus is fictief.

8. Art. 93 en 94 Grondwet (Gw). Zie Asser/Hartkamp 3-I\* 2011, nr. 201.

9. Tijdens de conferentie in Interlaken in 2010 werd gesproken over de toekomst van het EHRM.

10. Interlaken follow-up. Principle of subsidiarity (note by the Jurisconsult), 2010, <[www.echr.coe.int/Documents/2010\\_Interlaken\\_Follow-up\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_ENG.pdf)>.

11. Met dien verstande dat het laatste woord uiteindelijk aan de lidstaten gezamenlijk is, via de Raad van Europa.

12. Zie bijv. J.H. Gerards, Judicial minimalism and 'dependency': interpretation of the European Convention in a pluralist Europe, in: M. van Roosmalen e.a. (red.), *Fundamental rights and principles*, Antwerpen: Intersentia 2013. En ook J.H. Gerards, annotatie bij: EHRM (Grote Kamer) 7 februari 2013, nr. 16574/08, EHRC 2013, p. 930 (Fabris v. Frankrijk). Vgl. Van Essen 2013, p. 393.

13. Ch. Pourgourides, Strengthening subsidiarity: Integrating the Court's case-law into national law and judicial practice, 2010, <[www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/01102010\\_PourgouridesSkopje\\_E.pdf](http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/01102010_PourgouridesSkopje_E.pdf)>.

14. High Level Conference on the future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, Interlaken 2010, <[www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/interlaken\\_declaration\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/interlaken_declaration_en.pdf)>.

die kunnen worden getrokken uit een uitspraak waarin een verdragsstaat geen partij is geweest, het EHRM een rechtschending heeft aangenomen, en het probleem dat aan de orde was ook in de verdragsstaat aan de orde is.

### 3.2.3 Interpretatie van het EVRM: evolutief en autonoom

Het EVRM is een *living instrument*.<sup>15</sup> Het EHRM heeft dat gesteld en heeft in dat licht verder overwogen dat het EVRM evolutief en autonoom moet worden geïnterpreteerd, vanzelfsprekend met het accent op het doel dat met het EVRM wordt voorgestaan. Met een evolutieve interpretatie wordt bedoeld dat de rechten moeten worden geïnterpreteerd in het licht van de sinds de inwerkingtreding gewijzigde omstandigheden.<sup>16</sup> Alleen zo kunnen de rechten die in de jaren vijftig zijn opgeschreven ook tegenwoordig nog doeltreffend bescherming bieden.

Zou het EHRM bijvoorbeeld in de zaak Marckx niet evolutief hebben geïnterpreteerd, dan is het niet uit te sluiten dat in het Belgische afstammingsrecht vandaag de dag nog onderscheid zou worden gemaakt tussen kinderen die binnen huwelijk worden geboren en kinderen die buiten huwelijk worden geboren. Het interpreteren van het EVRM door het Hof in het licht van hedendaagse opvattingen heeft in de zaak Marckx immers geleid tot de beslissing dat het onderscheid in strijd is met artikel 8 jo. artikel 14 EVRM.<sup>17</sup>

Een autonome interpretatie van EVRM-begrippen is een interpretatie die niet afhankelijk is van de interpretatie van de sleutelbegrippen in de nationale jurisdicties. Een autonome interpretatie van sleutelbegrippen in het EVRM moet voorkomen dat verdragsstaten eenvoudig aan hun verplichtingen onder het EVRM kunnen ontkomen door een voor hen gunstige interpretatie van de rechten te doen.

Een van de eerste zaken waarin het EHRM besliste dat een sleutelbegrip autonoom moest worden geïnterpreteerd, is de zaak Engel e.a./Nederland. In deze zaak werd het Nederlandse militaire tuchtrecht onder de loep genomen en was de vraag aan de orde of het Nederlandse militaire tuchtrecht de toets aan artikel 6 EVRM kon doorstaan.<sup>18</sup> Vóór die vraag kon worden beantwoord, moest het Hof vaststellen of artikel 6 EVRM überhaupt ook waarborgen biedt voor het militaire tuchtrecht. Artikel 6 EVRM spreekt namelijk van een *criminal charge*, terwijl in Engel e.a./Nederland werd verdedigd dat er sprake was van een *disciplinary charge* en artikel 6 EVRM dus niet van toepassing zou zijn. Het Hof besliste dat een staat niet aan zijn verplichtingen onder artikel 6 EVRM kan ontkomen door een maatregel niet als *criminal*, maar als *disciplinary* aan te duiden. Aan de hand van een aantal kenmerken moet dus (autonoom) worden beslist of een specifieke maatregel een

*criminal charge* is. Tot die kenmerken worden bijvoorbeeld gerekend de zwaarte van de in het vooruitzicht gestelde straf en de aard van de overtreding.

## 3.3 Beperkingen

### 3.3.1 Tekstuele formulering en *ratione personae*-jurisdictie EHRM

De toepassing van het recht onder het EVRM is op verschillende manieren beperkt. Een belangrijke beperking wordt hier kort toegelicht: de tekstuele formulering van de EVRM-rechten in combinatie met de *ratione personae*-jurisdictie van het Hof. Wat het eerste punt betreft is uit de tekst van de EVRM-rechten eenvoudig te concluderen dat EVRM-rechten zijn geschreven voor toepassing in de publiekrechtelijke rechtsverhouding en dat maakt dat ze moeilijk direct van dienst kunnen zijn in de privaatrechtelijke verhouding. Daar komt bij dat het EHRM niet kan bijdragen aan een uitleg die op de privaatrechtelijke verhouding is toegespitst, omdat het geen klacht van burger A over gedragingen van burger B in behandeling mag nemen. Een ontleding van de bepalingen in het EVRM die de materiële rechten inhouden (kort: EVRM-rechten) kan een en ander verduidelijken.

### 3.3.2 Beschermde belangen

Als we de EVRM-rechten ontleeden, vallen ze in tweeën uiteen: *de beschermde belangen* en *de criteria en hulpnormen*. In de EVRM-rechten zijn de belangen opgenomen waaraan de verdragsstaten bescherming moeten bieden.<sup>19</sup> In artikel 2 EVRM is dat bijvoorbeeld het belang bij respect voor het leven en in artikel 8 EVRM zijn dat de belangen bij respect voor het privéleven, voor het familie- en gezinsleven, voor de woning en voor de correspondentie. Deze belangen zijn in het EVRM abstract geformuleerd, maar rechtspraak draagt eraan bij dat in de loop van de jaren steeds beter duidelijk wordt welke (sub)belangen hieronder moeten worden begrepen.

De interpretatie van de EVRM-rechten gebeurt in laatste instantie door het EHRM en dat brengt een belangrijke beperking mee ten aanzien van de uitleg van de belangen. Die beperking volgt uit de *ratione personae*-jurisdictie van het Hof.<sup>20</sup> Het Hof is alleen bevoegd om kennis te nemen van klachten over rechtsschendingen door verdragsstaten of rechtsschendingen die op enige wijze aan een verdragsstaat kunnen worden toegerekend. Klachten over schendingen die zijn gepleegd door private partijen worden door het Hof niet-ontvankelijk verklaard.<sup>21</sup> Het toepassingsgebied van de rechten is dus

15. R.C.A. White & C. Ovey, Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 74-75.

16. EHRM (Plenaire) 8 juni 1976, nr. 5100/71 e.a., NJ 1978, 223 (Engel e.a./Nederland).

17. EHRM (Plenaire) 13 juni 1979, nr. 6833/74, § 41 (Marckx v. België).

18. EHRM (Plenaire) 8 juni 1976, nr. 5100/71 e.a., NJ 1978, 223 (Engel e.a./Nederland). Zie G. Letsas, The truth in autonomous concepts: How to interpret the ECHR, EJIL 2004, p. 279-305.

19. Vgl. Gerards, die spreekt over het bepalen van de reikwijdte van de EVRM-bepalingen: J.H. Gerards, EVRM – algemene beginselen, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 13.

20. Zie meer uitgebreid over de *Admissibility Criteria*: Council of Europe/European Court of Human Rights, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2011, <[www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf)>.

21. Bijv. EHRM 10 december 1976, nr. 6958/75 (X/Verenigd Koninkrijk).

beperkt als de Nederlandse rechter niet zelf ook actief aan de interpretatie van de belangen zou bijdragen.<sup>22</sup>

Het verdient hierbij opmerking dat in de rechtspraak van het EHRM wel zaken te vinden zijn waarin in de kern wordt geklaagd over een privaatrechtelijke schending, bijvoorbeeld in een situatie van overlijdensschade. Het Hof buigt zich in zo'n geval toch over de zaak als klagers menen en voldoende stellen dat de overheid ten aanzien van deze privaatrechtelijke verhouding haar verplichting heeft geschonden EVRM-rechten te verzekeren. Die verzekeringsverplichting heeft zich onder sommige rechten vertaald in bijvoorbeeld concrete (positieve) verplichtingen om wetgeving te creëren. Op die manier heeft de rechtspraak van het EHRM dus effect op de aansprakelijkheid van particuliere partijen in het privaatrecht.

### 3.3.3 Criteria en hulpnormen

Zetten we de ontleding van de bepalingen in het EVRM voort, dan wordt duidelijk dat de bepalingen behalve belangen ook *criteria en hulpnormen* inhouden, aan de hand waarvan de reikwijdte van bescherming die aan de belangen wordt geboden, wordt begrensd. De meeste rechten zijn immers geen absolute rechten en dus zal onder omstandigheden een inbreuk op die rechten kunnen worden gerechtvaardigd. In artikel 8 EVRM is in lid 2 bijvoorbeeld bepaald dat een inmenging van enig openbaar gezag bij wet moet zijn voorzien en noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of in het belang van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Uit de formulering van deze beperkingsclausule in artikel 8 EVRM blijkt dat het artikel is gecreëerd voor toepassing in de publiekrechtelijke verhouding. Niet alleen zou een private partij van verbazing achteroverslaan als haar wordt verweten dat haar handelen niet noodzakelijk was in een democratische samenleving in het belang van het economisch welzijn van het land, het artikellid spreekt ook expliciet van *een inmenging van enig openbaar gezag*. Deze constatering maakt dat de beperkingsclausule zich moeilijk leent voor (directe) toepassing in een privaatrechtelijke rechtsverhouding. En met die constatering wordt duidelijk dat we in het EVRM geen houvast vinden voor (directe) toepassing van de rechten in het privaatrecht.

### 3.3.4 Relativering beperkingen

De hiervoor beschreven beperkingen kunnen worden gerelativeerd met de opmerking dat het verdragsstaten vrijstaat méér bescherming te bieden dan waartoe het EHRM verplicht. Het schadevergoedingsrecht lokt meer bescherming uit in die zin dat het schadevergoedingsrecht in afdeling 6.1.10 BW niet alleen van toepassing is in de privaatrechtelijke verhouding, maar ook in de publiekrechtelijke. Als het Hof overwegingen

doet die consequenties hebben voor het schadevergoedingsrecht in de publiekrechtelijke verhouding, zal daarbij in Nederland, gezien de gemeenschappelijke bepalingen, vanzelfsprekend de vraag opkomen of die aanpassing niet ook voor de privaatrechtelijke verhouding moet worden gedaan.<sup>23</sup>

Deze relativering neemt niet weg dat de bepalingen op zich weinig handvatten bieden voor toepassing van de EVRM-rechten in de horizontale verhouding (particuliere partijen onderling), maar het is aan de wetgever of rechter wat dat betreft, zo nodig, in een oplossing te voorzien.

### 3.4 De naaste als eiser in de zin van artikel 34 EVRM

Voor we in de volgende paragraaf toekomen aan de bespreking van de materiële grondslag voor de remedie die de ouders van X hebben op grond van het EVRM, nog kort een formeel punt. Het Hof had moeilijk kunnen beslissen dat het EVRM naasten een actie verschaft als die naasten niet-ontvankelijk zijn voor het EHRM. Deze ontvankelijkheid is geregeld in artikel 34 EVRM. Artikel 34 EVRM vereist dat personen die zich met een individueel verzoekschrift tot het EHRM wenden slachtoffer zijn. Voor een slachtofferstatus is vereist dat er een *'personal and specific link'* is tussen de naaste en het slachtoffer.<sup>24</sup> In de hiervoor geschetste casus is daaraan voldaan, omdat het de ouders betreft die een vordering indienen.

### 3.5 Recht op leven en recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel

Na de beschrijving van de context komen we aan bij de introductie van de eerste rechtsgronden. Een eerste rechtsgrond voor een remedie voor de ouders van X vinden we in artikel 2 jo. artikel 13 EVRM (respectievelijk het recht op leven en het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel). Artikel 2 EVRM wordt door het Hof samen met artikel 3 EVRM gerekend tot de meest fundamentele bepalingen in het EVRM. In de regel is er pas sprake van een inmenging met het recht op leven als een persoon is overleden, maar daar kan ook sprake van zijn als een persoon de dood in de ogen heeft gekeken. Als een situatie niet zodanig ernstig is dat een klacht onder artikel 2 EVRM voor de hand ligt, kunnen andere EVRM-rechten uitkomst bieden, bijvoorbeeld artikel 3 of 8 EVRM. Artikel 3 EVRM waarborgt het verbod van foltering en beschermt tegen (ernstige) mishandeling, terwijl artikel 8 EVRM het privéleven beschermt. Het begrip 'privéleven' is in de rechtspraak van het EHRM extensief uitgelegd, in die zin dat het een scala aan subbelangen inhoudt.<sup>25</sup>

Wat betreft het recht op leven heeft het EHRM overwogen dat een verdragsstaat zich niet alleen van inmenging in het recht op leven moet onthouden (negatieve verplichting), maar dat een verdragsstaat ook (actief) zorg moet dragen voor de bescherming van het recht op leven van eenieder die ressor-

22. Zie Gerards over een afbakening van EVRM-rechten en de werkverdeling tussen EHRM en bescherming op nationaal niveau: J.H. Gerards, Het prisma van de grondrechten (rede Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2011, p. 18-21.

23. Pronk 2011, p. 44; Rijnhout 2012, p. 311-312.

24. Council of Europe/European Court of Human Rights 2011, p. 13. Zie D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley, Harris, O'Boyle & Warbick: Law of the European Convention on Human Rights, New York: Oxford University Press 2009, p. 797-799.

25. Zie Emaus 2013, p. 139-146.

teert onder zijn rechtsmacht. Uit die verplichting vloeien verschillende, meer concrete verplichtingen voort, zoals de verplichting om een effectief officieel onderzoek in te stellen als er sprake is van overlijden door geweld onder betrokkenheid van openbaargezagsdragers of van de verdwijning van een persoon onder verdachte omstandigheden.<sup>26</sup> Maar het kan ook gaan om de verplichting om actie te ondernemen als een persoon door een andere persoon wordt bedreigd. Als de staat bekend is of had moeten zijn met een werkelijk en direct gevaar ten aanzien van het leven van een individu en nalaat om maatregelen te treffen waarvan redelijkerwijs mocht worden verwacht dat die het risico zouden terugdringen, kan er sprake zijn van zodanig nalaten dat dit een inbreuk op artikel 2 EVRM oplevert.<sup>27</sup>

Artikel 13 EVRM op zijn beurt waarborgt dat verdragsstaten voorzien in rechtsmiddelen die eenieder daadwerkelijk in staat stellen om voor nationale instanties te klagen als een persoon meent dat één of meer EVRM-rechten zijn geschonden. Artikel 13 EVRM is geen zelfstandig artikel, maar vult de andere bepalingen aan.<sup>28</sup> Het Hof vereist voor de toepassing van het artikel dan ook dat de klagende persoon een verdedigbare aanspraak (*arguable claim*) heeft het slachtoffer te zijn van een schending van een (ander) EVRM-recht, zoals artikel 2 EVRM.<sup>29</sup> Het is uitdrukkelijk niet noodzakelijk dat er eerst werkelijk een schending van een EVRM-recht wordt vastgesteld, er kan namelijk worden geklaagd over het ontbreken van een daadwerkelijk rechtsmiddel ter handhaving van EVRM-rechten voor een nationale instantie.

In de context van de problematiek van naasten die in deze bijdrage centraal staat, trekt een serie uitspraken onder artikel 2 jo. artikel 13 EVRM de aandacht.<sup>30</sup> In die uitspraken werd geklaagd over het ontbreken van een daadwerkelijk rechtsmiddel om te klagen over een schending van artikel 2 EVRM. Het Hof heeft duidelijk gemaakt dat, gezien de fundamentele aard van artikel 2 EVRM, het nationale recht moet voorzien in een mogelijkheid om compensatie voor geleden immateriële schade te verkrijgen. Het Hof vat zijn overweging in *Bubbins v. Verenigd Koninkrijk* als volgt samen:

“The Court recalls in this connection that it has already had occasion to declare that in the case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach

should, in principle, be available as part of the range of redress.”<sup>31</sup>

Dat deze overweging niet zo mag worden gelezen dat ook voor een schending van artikel 2 EVRM in de privaatrechtelijke verhouding moet zijn voorzien in een mogelijkheid om compensatie voor de geleden immateriële schade te vorderen, maakt het Hof in *Zavoloka v. Letland* duidelijk. Aanleiding voor de uitspraak was een verkeersongeval. *Zavoloka's* 12-jarige dochter is op straat overreden door een auto die door een private persoon werd bestuurd. De bestuurder heeft, toen hij door *Zavoloka* werd aangesproken, uit zichzelf € 2600 begrafenis kosten voldaan. Eiseres meende dat de onmogelijkheid voor haar om op grond van Lets recht een vergoeding te krijgen voor immateriële schade veroorzaakt door het overlijden van haar dochter een schending oplevert van artikel 2 alléén en in combinatie met artikel 13 EVRM. Het Hof overweegt dat er geen algemene en absolute verplichting bestaat om te voorzien in vergoeding voor immateriële schade in situaties zoals die waarin eiseres zich bevindt, gezien de grote verschillen tussen de verdragsstaten voor wat betreft de regeling van vergoeding in geval van overlijden.<sup>32</sup>

De discussie over overlijdensschade in het licht van het EVRM wordt, naar aanleiding van deze rechtspraak, veelal geplaatst in het licht van vergoeding voor immateriële schade. Het is echter niet zo dat het EHRM in publiekrechtelijke verhoudingen (staat-burger) geen vergoeding toekent voor – wat in Nederland zo wordt genoemd – materiële schade. Zo heeft het EHRM in overlijdensschadezaken, waarin is geoordeeld dat artikel 2 EVRM is geschonden, vergoedingen toegekend voor zowel de kosten van lijkbezorging<sup>33</sup> als de kosten veroorzaakt door het verlies van levensonderhoud (het inkomensverlies door het overlijden van de gekwetste). Als voorwaarde voor vergoeding voor het inkomensverlies veroorzaakt door iemands overlijden geldt dat er sprake moet zijn van duidelijk causaal verband:

“The Court reiterates that there must be a clear causal connection between the damage claimed by the applicants and the violation of the Convention, and that pecuniary damage may be awarded in respect of loss of earnings. It considers that there is a direct causal link between the violation of Article 2 in respect of *Beslan Arapkhanov* and the loss

26. EHRM 5 september 1995, Serie A, nr. 324, 161. Zie J.M. Emaus, Geen actie, reactie? Over de handhaving van positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM, *Letsel & Schade* 2011, p. 28–40.

27. EHRM (Grote Kamer) 28 oktober 1998, nr. 23452/94 (*Osman v. Verenigd Koninkrijk*). En meer recent: EHRM 23 maart 2011, nr. 23458/02, § 246 (*Giuliani en Gaggio v. Italië*).

28. EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00, § 35 (*Zavoloka v. Letland*).

29. EHRM 8 januari 2002, nr. 56413/00 (*Douglas-Williams v. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 juni 2005, nr. 50196/99 (*Bubbins v. Verenigd Koninkrijk*).

30. Zie hierover *Wijnakker* 2010; *Pronk* 2011; *Rijnhout* 2012; *Van Essen* 2013.

31. EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99, § 171 (*Bubbins v. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. EHRM 13 maart 2012, nr. 2694/08 (*Reynolds v. Verenigd Koninkrijk*).

32. EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00, § 40 (*Zavoloka v. Letland*). *Kritisch: Wijnakker* 2010.

33. EHRM 30 november 2004 (Grote Kamer), nr. 48939/99 (*Öneryildiz v. Turkije*); EHRM 18 juni 2013, nr. 14326/11 (*Banel v. Litouwen*); EHRM 3 oktober 2013, nr. 22782/06 (*Abdulkhanov e.a. v. Rusland*). Deze vergoeding wordt veelal niet gevorderd. Verder is deze vergoeding afgewezen in EHRM 17 december 2009, nr. 4762/05 (*Mammadov v. Azerbeidzjan*).

by his wife and children of the financial support which he could have provided.<sup>34</sup>

Het EHRM kent niet altijd een vergoeding toe voor de kosten die zijn veroorzaakt door het verlies van inkomen van de overledene. Soms doet het de vordering af met enkel de overweging dat geen sprake is van een causaal verband tussen de rechtschending en de materiële schade.<sup>35</sup> Voor zover wij kunnen overzien, kent het EHRM (nog) geen vergoeding toe voor andere materiële schadeposten van nabestaanden.

### 3.6 Artikel 8 jo. artikel 41 EVRM

Een tweede rechtsgrond vinden we in artikel 8 jo. artikel 41 EVRM (respectievelijk het recht op leven en de discretionaire bevoegdheid voor het Hof om billijke genoegdoening toe te kennen). Artikel 8 EVRM is een paraplubepaling en waarborgt onder de noemer 'privéleven' een groot aantal subbelangen. Tot die subbelangen worden gerekend de geestelijke en lichamelijke integriteit, persoonsinformatie, de (veilige) leefomgeving, persoonlijke autonomie of zelfbeschikking, persoonlijke ontwikkeling, het aangaan en ontwikkelen van relaties met anderen, en verschillende elementen in de persoonlijke levenssfeer (naam, geslachtsidentificatie en seksuele geaardheid).<sup>36</sup> Zoals in paragraaf 3.3.3 al aan de orde kwam, is in lid 2 bepaald onder welke voorwaarden een inbreuk op het recht op eerbiediging van het privéleven *door enig openbaar gezag* kan worden gerechtvaardigd.

In de context van de naastenproblematiek trekt de zaak G.B. en R.B. v. Moldavië aandacht.<sup>37</sup> In deze zaak werd geklaagd over de schending van artikel 8 EVRM en meer in het bijzonder over de schending van de lichamelijke integriteit en het familieleven.<sup>38</sup> De aanleiding voor die klachten was de behandeling van G.B. in het regionale ziekenhuis van Ștefan-Vodă. Bij G.B. werd een keizersnede uitgevoerd, maar bij de operatie werden per abuis haar eierstokken en eileiders verwijderd. Tien dagen na de geboorte van haar kind hoorde G.B. van het incident. Het wegnemen van de eierstokken en eileiders heeft er niet alleen toe geleid dat G.B. en R.B. nooit meer samen een

kind kunnen krijgen, maar het betekent voor G.B. ook dat zij in de toekomst noodzakelijk vele medische behandelingen moet ondergaan. En behalve lichamelijk letsel lijdt G.B. ook aan chronische psychische problemen. Omdat de beide eisers in Moldavië geen rechtsherstel wordt geboden, maar slechts een nominale vergoeding voor de door hen opgelopen schade, klagen eisers in Straatsburg over – onder meer – de schending van artikel 8 EVRM. Volgens eisers is er sprake van een schending van artikel 8 EVRM vanwege de inbreuk op de lichamelijke integriteit van G.B. en op haar familieleven met R.B. en het bieden van onvoldoende compensatie om die inbreuken te herstellen.

Het Hof stelt voorop dat zelfstandige behandeling van de klacht over de vermeende schending van het recht op eerbiediging van het familieleven van G.B. met R.B. niet noodzakelijk is en dat het Hof zich alleen hoeft uit te spreken over de beweerde inbreuk op de lichamelijke integriteit van G.B., daarbij vanzelfsprekend de rol van R.B. als haar echtgenoot in acht nemende.<sup>39</sup> Het Hof komt dan toe aan de behandeling van de beweerde schending en overweegt:

‘The devastating effect on the first applicant from having lost her ability to reproduce and from the ensuing long-term health problems make this a particularly serious interference with her rights under Article 8 of the Convention, requiring sufficient just satisfaction. (...)

Moreover, while citing the general criteria listed in the relevant legal provisions, the domestic courts did not specify how these criteria applied to the first applicant’s case or give any particular reason for making the award in the amount of EUR 607. The only exception was the first-instance court’s judgment, according to which a higher award would have undermined the hospital’s ability to continue to operate as a public health institution. In the Court’s view, the latter argument is unacceptable, given that the State owned that hospital and was liable to cover whatever expenses it generated.’<sup>40</sup>

En het Hof komt, zonder dat het inzicht geeft hoe en in hoeverre het rekening heeft gehouden met de rol van echtgenoot R.B., tot de conclusie dat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM.<sup>41</sup>

Als het Hof heeft beslist dat er sprake is van een schending van één of meer EVRM-rechten kan het (discretionair), indien nodig, een billijke genoegdoening toekennen op grond van artikel 41 EVRM. Het Hof heeft dat in deze zaak gedaan, onder overweging:

‘In the light of the particularly serious effect on the first applicant’s physical and psychological well-being and on

34. EHRM 3 oktober 2013, nr. 2215/05 (Arapkhanov v. Rusland), r.o. 180. Zie ook EHRM 18 mei 2000, nr. 41488/98 (Velikova v. Bulgarije); EHRM 30 november 2004 (Grote Kamer), nr. 48939/99 (Öneryildiz v. Turkije); EVRM 9 november 2006, nr. 7615/02 (Imakayeva v. Rusland); EVRM 30 oktober 2012, nr. 32520/09 (Ghimp e.a. v. Moldavië) (vrij uitgebreid over geaccepteerde wijze van begroten); EHRM 18 december 2012, nr. 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 en 42509/10 (Aslakhanova e.a. v. Rusland); EHRM 16 april 2013, nr. 3598/03 (Meryem Celik e.a. v. Turkije); EVRM 1 augustus 2013, nr. 11554/07, 7862/08, 56745/08 en 61274/09 (Kaykharova e.a. v. Rusland); EVRM 10 oktober 2013, nr. 51534/08, 4401/10, 25518/10, 28779/10, 33175/10, 47393/10, 54753/10, 58131/10, 62207/10 en 73784/10 (Gakayeva e.a. v. Rusland).

35. Zie bijv. EHRM 26 februari 2013, nr. 24589/04 (Bozkir e.a. v. Turkije); EHRM 17 januari 2013, nr. 52013/08 (Mosendz v. Oekraïne).

36. Zie Emaus 2013, p. 139-146.

37. Zie J.M. Emaus, annotatie bij: EHRM 18 december 2012, nr. 16761/09, EHRC 2013, p. 821 (G.B. en R.B. v. Moldavië).

38. EHRM 18 december 2012, nr. 16761/09 (G.B. en R.B. v. Moldavië). Zie ook de eerder gewezen, vergelijkbare zaak Glass v. Verenigd Koninkrijk: EHRM 9 maart 2004, nr. 61827/00, NJ 2005, 14.

39. EHRM 18 december 2012, nr. 16761/09, § 24 (G.B. en R.B. v. Moldavië).

40. EHRM 18 december 2012, nr. 16761/09, § 32-33 (G.B. en R.B. v. Moldavië).

41. Zie in dit verband ook Hof Den Haag 29 september 2009, NJF 2009, 498, GJ 2010, 6 (Stichting Groene Hart Ziekenhuis).

her family life with the second applicant, the Court awards the applicants jointly EUR 12,000 in respect of non-pecuniary damage.<sup>42</sup>

Deze overweging roept gelijkelijk de vraag op wat de rol van R.B. is geweest in de vaststelling van de omvang van de schade. Het staat in ieder geval vast dat het Hof zijn discretionaire bevoegdheid inzet om vergoeding aan de derde toe te kennen, óók ingeval het directe slachtoffer niet is overleden. Deze vaststelling legt overigens geen verplichting op de verdragsstaten, artikel 41 EVRM voorziet immers slechts in een rechtsgrond voor toekenning van billijke genoegdoening door het EHRM. Het kan vanzelfsprekend wel dienen als bron van inspiratie voor de Nederlandse rechter of wetgever.<sup>43</sup>

Het mag duidelijk zijn dat de positie van de naaste onder artikel 8 EVRM niet zo is uitgekristalliseerd als die van de naaste onder artikel 2 EVRM. Het Hof laat in het midden welke rol de naaste heeft gespeeld in de conclusie dat er sprake was van een schending van artikel 8 EVRM. Het Hof laat ook in het midden wat het bestaan van R.B. heeft betekend voor de hoogte van de toegekende billijke genoegdoening. Maar uit het toekennen van vergoeding aan eisers G.B. en R.B. gezamenlijk is in ieder geval duidelijk dat het Hof in zijn 'schadevergoedingsrecht' óók een plaats reserveert voor de naaste van een slachtoffer van een schending van het recht op lichamelijke integriteit.

### 3.7 Terug naar de casus: een uitkomst verwoord vanuit de invalshoek van het EVRM

In het recht onder het EVRM vinden de ouders van X een rechtsgrond voor de vergoeding van door henzelf geleden immaterieel nadeel. Onder artikel 2 EVRM heeft het Hof namelijk geoordeeld dat in geval van overlijden van een persoon diens *close relatives* vergoeding moeten kunnen vorderen van immaterieel nadeel. Dat principe onder artikel 2 EVRM moet ook de Nederlandse Staat als verdragsstaat waarborgen. Het maakt voor de ouders van X wel uit of de benadeler in kwestie een private beveiliging was of een politieagent. Het Hof heeft namelijk alléén voor de laatste situatie (in de relatie overheid-particuliere partij) het bestaan van zo'n verplichting willen aannemen. Dat doet er niet aan af dat moeilijk valt in te zien waarom het toekennen van de vergoeding in dit geval afhankelijk is van de vraag of het de private beveiliging was of de politieagent die X hardhandig tegen de grond heeft geslagen.

De meerwaarde van artikel 8 EVRM schuilt hierin dat de ouders van X op dat artikel zijn aangewezen als X niet zou zijn overleden en zij ook niet in een levensbedreigende situatie zou zijn geweest. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het familieleven van X met haar ouders hieronder bescherming vindt, maar het is niet klip-en-klaar op welke wijze en in welke mate.

42. EHRM 18 december 2012, nr. 16761/09, EHRC 2013, p. 821, § 39 (G.B. en R.B. v. Moldavië).

43. In gelijke zin Van Essen 2013, p. 384.

## 4. Het overlijdensschadedebat ingestoken vanuit de beperkte werking van artikel 6:108 BW

### 4.1 Artikel 6:108 BW in context

De derde rechtsgrond voor een juridische remedie van de ouders van X is artikel 6:108 BW. Deze paragraaf gaat over die actie. Aandacht zal worden besteed aan de kenmerken van dit artikel en aan de gedachte die daaraan ten grondslag ligt. Ook zal kort worden ingegaan op het debat over affectieschade en de redenen waarom het Wetsvoorstel affectieschade uiteindelijk is afgewezen. Vervolgens wordt weer teruggegaan naar het bredere debat over de positie van nabestaanden in overlijdensschadezaken.

### 4.2 Kenmerken van artikel 6:108 BW

Aan artikel 6:108 BW worden drie kenmerken toegedicht. Het eerste kenmerk houdt in dat het vorderingsrecht van artikel 6:108 BW is afgeleid van de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste. Derden die tot de kring van gerechtigden behoren, hoeven niet aan te tonen dat jegens hen autonoom of direct aansprakelijkheid bestaat.<sup>44</sup> Het tweede kenmerk is de limitatieve aard van artikel 6:107-108 BW: zowel de kring van gerechtigden als de vergoedbare schade is limitatief omschreven.<sup>45</sup> Het derde en laatste kenmerk van het bijzondere systeem is dat het exclusief werkt.<sup>46</sup> Dit betekent dat ook indien autonoom, of direct, aansprakelijkheid bestaat jegens een feitelijke derde, die derde geen volledige vergoeding zal ontvangen van zijn schade (zie ook par. 4.5. over het schadebegrip van artikel 6:108 BW).

### 4.3 De grondslag van artikel 6:108 BW

De grondslag van artikel 6:108 BW is, als gezegd, de aansprakelijkheid die jegens de direct gekwetste, de overledene, (op een wellicht ondeelbaar moment) bestond. De grondslag van het vorderingsrecht van de nabestaanden is (daarmee), zoals

44. Parl. Gesch. Boek 6, p. 399-400; Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1280; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2013, nr. 159. Zie ook Rijnhout 2012, p. 11.

45. Zie o.a. Parl. Gesch. Boek 6, p. 392, 393 en 396; Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1315; S.D. Lindenberg, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 180-182; E.F.D. Engelhard, Regres. Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadetrageders (diss. Maastrecht), Deventer: Kluwer 2003, p. 379; Mon. BW B37 (Van Wassenae), nr. 19a; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II\* 2013, nr. 159; Rijnhout 2012, (o.a.) p. 2-8.

46. Zie o.a. Lindenberg 1998, p. 184; T. Hartlief, 'Baby Joost en het verdriet van Nederland', noot HR 8 september 2000, RvdW 2000, 180, AA 2000, p. 866; Engelhard 2003, p. 377-381; T. Hartlief, Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van het leed van naasten, in: G. van Maanen (red.), De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2003, p. 119; E.F.D. Engelhard, Over het hek van de dam bij 'derdenschade', in: D. de Prins e.a., Preadviezen 2010. De staatsrechtelijke positie van de politieke partijen, Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel, Schade van derden in het aansprakelijkheidsrecht (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010, p. 333-334; Rijnhout 2012, p. 2 en 8-11 (en aldaar genoemde rechtspraak van de Hoge Raad). HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken; HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387 m.nt. J.B.M. Vranken (Vil).

de wetgever verwoordde, 'de krenking van een rechtsgoed van de overledene'.<sup>47</sup> Het slachtoffer tegenover wie onrechtmatig is gehandeld, heeft geen eigen vordering doordat hij is overleden. Voor zijn schade hoeft, met uitzondering van zijn materiële schade die is ontstaan voor zijn overlijden (de geërfde vordering), geen vergoeding te worden geboden.<sup>48</sup> De wetgever legde wél een verband tussen het feit dat de overledene geen schade kan lijden en de afhankelijkheid van nabestaanden van zijn levensonderhoud. Daaruit is vervolgens een afgeleid vorderingsrecht gecreëerd. Maar het is niet zo dat de nabestaanden vergoeding vorderen van de schade van de direct gekwetste (als zijn dood niet was ingetreden). Het vorderingsrecht van artikel 6:108 BW gaat immers over de schade van de nabestaande zelf en niet over 'verplaatste schade van de direct gekwetste'. Zijn behoefte aan levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging staan centraal. Maar daar houdt het ook direct op. Ook als de nabestaande andere kosten maakt, hoeft daarvoor geen vergoeding te worden geboden.

#### 4.4 De strekking van artikel 6:108 BW gaat terug op zijn voorloper

De limitatieve en exclusieve werking van artikel 6:108 BW hangt nauw samen met de reden van de wetgever om artikel 1406 Oud BW (zijn voorloper) te introduceren.<sup>49</sup> Er is destijds gekozen voor zo'n bijzonder artikel om te voorkomen dat de gevoelens van de rechters te ver uiteen zouden kunnen gaan lopen in personenschadezaken, waardoor er een diversiteit aan uitspraken zou kunnen ontstaan. Een bijzonder systeem zou deze willekeur kunnen voorkomen, zo luidde de aanname.<sup>50</sup> Hoewel de wetgever nooit heeft gesproken over 'exclusiviteit', heeft de Hoge Raad het systeem wél zo geïnterpreteerd.<sup>51</sup>

Bij de totstandkoming van het huidige BW is opnieuw gekozen voor een bijzonder, op de nabestaande toegespitst vorderingsrecht. Daarbij is opnieuw als reden voor een bijzonder vorderingsrecht 'rechtszekerheid' genoemd.<sup>52</sup> De minister van Justitie stelde dat de behoefte aan een bijzondere regeling voor de vergoeding van overlijdensschade algemeen wordt aangenomen.<sup>53</sup> De voornaamste reden voor invoering was dat anders 'grote onzekerheid zou ontstaan' *wie* voor *welke* schade

een vergoeding kan vorderen. Daarbij werd onderkend dat een zekere willekeur niet kon worden voorkomen.<sup>54</sup>

#### 4.5 Het beperkte schadebegrip van artikel 6:108 BW en dat van zijn voorloper

Zoals gezegd, hoeft er tegenwoordig maar voor een beperkt aantal schadeposten vergoeding te worden geboden door de aansprakelijke partij. Een verklaring voor het beperkte aantal (vergoedbare) schadeposten in overlijdensschadezaken kan wederom worden afgeleid uit de discussie die heeft plaatsgehad over artikel 1406 Oud BW. Artikel 1406 Oud BW luidde als volgt:

'In geval van moedwilligen of onvoorzichtige doodslag, hebben de overblijvende echtgenoot, de kinderen of de ouders van den nedergeslagene, die door zijne arbeid plegen te worden onderhouden eene regtsvordering tot schadevergoeding, te waarden, naar gelang van den wederzijdschen stand en de fortuin der personen, en naar de omstandigheden.'

Voorheen kwamen dus slechts voor vergoeding in aanmerking de kosten van het verlies van levensonderhoud door verlies van een echtgenote, een echtgenoot, ouders en kinderen. De werkingssfeer van artikel 1406 Oud BW was dus nog beperkter dan die van artikel 6:108 BW. Alleen de kosten veroorzaakt door het verlies van levensonderhoud van nabestaanden tegenover wie een *onderhoudsplicht* bestond, dienden te worden vergoed.<sup>55</sup>

Door de rechtspraktijk is 'lucht' gebracht in dit beperkte schadebegrip. Allereerst werd ook het verlies van huishoudelijke hulp beschouwd als een schadepost.<sup>56</sup> Vervolgens werd het vaste en goede praktijk van de verzekeringsbranche om een vergoeding te bieden voor de kosten van lijkbezorging.<sup>57</sup> Ten slotte heeft de wetgever deze uitbreidingen gecodificeerd en heeft de Hoge Raad beslist dat de vergoeding voor het verlies van levensonderhoud ook door middel van een abstracte schadevaststelling mag worden vormgegeven.<sup>58</sup>

Met het loslaten van de koppeling van het schadebegrip aan de onderhoudsplicht zijn echter nieuwe vragen van begrenzing ontstaan, en dus de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Een goed voorbeeld biedt de discussie over het begrip 'affectieschade'.

47. Parl. Gesch. Boek 6, p. 393.

48. De vordering tot vergoeding van immateriële schade kan ook vervallen, mits is voldaan aan de vereisten van art. 6:106 lid 2 BW.

49. Zie Rijnhout 2012, p. 3-11 en aldaar genoemde literatuur.

50. J.C. Voorduin, Geschiedenis en beginselen Nederlandsche Wetboeken. De beraadslagingen deswege gehouden Tweede Kamer der Staten-Generaal, Utrecht: Robert Natan, Akademie-Boekhandelaar 1838, p. 85. Zie voor meer achtergrondinformatie Rijnhout 2012, p. 5-6.

51. HR 12 januari 1906, W 1906, nr. 8324 (Hollandse IJzeren Spoorwegmaatschappij/Van de Ster); HR 9 februari 1925, NJ 1925, 566 (Spoorwegongeval te Weesp); HR 2 april 1936, NJ 1936, 752, p. 1219 (Crasborn/Liverpool); HR 10 januari 1958, NJ 1958, 79 m.nt. L.E.H.R. (Van Hoof/Gebroeders van der Plas); HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 m.nt. CJHB (Van der Heijden/Holland). Vgl. Asser/Hartkamp 4-I (nengende druk), nr. 472.

52. Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1279.

53. Parl. Gesch. Boek 6, p. 392.

54. Parl. Gesch. Boek 6, p. 392.

55. Voorduin 1838, p. 89-90.

56. HR 5 juni 1981, NJ 1982, 221 (Tijsterman/Hony). Vgl. HR 21 mei 1954, NJ 1954, 460; HR 27 mei 1966, NJ 1966, 333; HR 22 september 1994, NJ 1995, 127 m.nt. PAS (Van P/S) (hulp in natura door zoon). HR 12 januari 1906, W 8324 (Hollandse IJzeren Spoorwegmaatschappij/Van de Ster).

57. Zie Rapport van de Verbondscommissie schaderegelingsbeleid 1984, p. 230-231.

58. HR 16 december 2005, NJ 2008, 168 m.nt. J.B.M. Vranken (Pruisken/Organice); HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385 m.nt. J.B.M. Vranken (Bakum/Achmea).

#### 4.6 Het debat over vergoeding voor immateriële schade van nabestaanden

Er hoeft naar Nederlands recht geen vergoeding te worden geboden voor immateriële schade van nabestaanden ('affectieschade'). Zoals Lindenbergh terecht stelt, is dit nadeel van bijzondere aard, omdat het voortkomt uit 'eigen' fysiek noch 'eigen' geestelijk letsel. Het nadeel houdt immers – in theorie – verband met verdriet voortkomend uit het verlies van iemand met wie een sterke affectieve band bestond.<sup>59</sup> Als een nabestaande (of naaste) geestelijk letsel heeft, moet onder bepaalde nauw omschreven omstandigheden wél een vergoeding worden geboden voor zowel materiële als immateriële schade: de shockschadevordering.<sup>60</sup> De vergoeding voor immateriële schade die dan wordt toegekend, houdt – in theorie – verband met de confrontatie met het ongeval en 'niet' met het verdriet dat iemand heeft.

Er wordt al langere tijd gediscussieerd over de vraag of 'affectieschade' een vergoedbare schadepost naar Nederlands recht zou moeten zijn. Er is zes jaar lang een wetsvoorstel ahangig geweest. Het wetsvoorstel beoogde 'uitdrukking te geven aan het gegeven dat ernstig letsel of het overlijden van een naaste voor de verwanten als een ernstig verlies werd ervaren'.<sup>61</sup> Uiteindelijk is dit wetsvoorstel in de laatste fase van het besluitvormingsproces in de Eerste Kamer verworpen.<sup>62</sup>

Dat immateriële schade van nabestaanden niet wordt gekwalificeerd als 'schade' kan op verschillende manieren worden verklaard. Als eerste kan worden verwezen naar de 'klasieke' argumenten die vaak worden genoemd. Affectieschade kan niet worden gecompenseerd, verdriet kan niet worden weggenomen met geld, er is geen rol weggelegd voor het recht bij dit type nadelen, het nemen van deze stap kan leiden tot nieuwe uitbreidingen van aansprakelijkheid, enzovoort.<sup>63</sup> Verder moet ook in ogenschouw worden genomen dat een vergoeding voor immaterieel nadeel naar Nederlands recht veelal uitsluitend wordt toegekend bij lichamelijk en geestelijk letsel, en affectieschade lijkt vooral op louter verdriet betrekking te hebben. Een uitzondering op dit uitgangspunt is de situatie waarin sprake is van een zeer ernstige schending van een fundamenteel recht.<sup>64</sup> Het debat over affectieschade heeft echter op wetgevingsniveau niet plaatsgehad in de context van fundamentele rechten. Daar komt bij dat artikel 6:108 BW – in samenhang met zijn voorganger, artikel 1406 Oud BW – sinds jaar en dag het vorderingsrecht van nabestaanden exclusief vormgeeft. Op dit artikel wordt echter al langere tijd kritiek geuit en dan met name op het schadevergoedingsvremde

behoeftevereiste.<sup>65</sup> Al deze omstandigheden tezamen hebben er waarschijnlijk voor gezorgd dat het nadenken over de positie van nabestaanden sinds 1838 vooral plaatsvindt in versnipperde contexten (huishoudelijke hulp, schadevaststelling, schadebegroting, affectieschade, geestelijk letsel). Dit zou kunnen verklaren waarom er weinig aandacht uitgaat naar de meer fundamentele vraag die voorligt: welke positie zouden nabestaanden moeten kunnen innemen in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht anno 2013?

De huidige discussie die plaatsvindt over affectieschade wordt ingegeven door uitspraken van het EHRM over vergoeding voor immaterieel nadeel van nabestaanden. Affectieschade wordt dan niet zozeer beschouwd als een vergoeding voor verdriet van nabestaanden, maar als remedie voor de schending van het fundamentele recht op leven (art. 2 EVRM) of familielevens (art. 8 EVRM).<sup>66</sup> Het nadeel is echter dat deze discussie veelal plaatsvindt in de context van immateriële schade van nabestaanden, terwijl – zoals in paragraaf 3.5 al naar voren kwam – het EHRM een eigen toetsingskader heeft en ook vergoedingen voor materiële schade toekent, zo ook in overlijdensschadezaken. Dat het EHRM op dit punt niet verder lijkt te gaan dan het nationale schadevergoedingsrecht, betekent niet dat het Hof niet in andere typen zaken, bijvoorbeeld letselschadezaken, wél verder gaat of in de toekomst verder zal gaan. Een brede blik in de discussie over de vergoeding van schade van derden is alleen daarom al noodzakelijk; in ieder geval een bredere blik dan alleen op immaterieel nadeel van nabestaanden.

#### 4.7 Terug naar de casus: een uitkomst verwoord vanuit de invalshoek van artikel 6:108 BW

Op grond van artikel 6:108 BW lijkt het vooralsnog irrelevant of de vechtpartij plaatsvindt tussen X en respectievelijk de beveiligers en de politieagent. In beide situaties is artikel 6:108 BW exclusief richtinggevend voor het vorderingsrecht van de nabestaanden van X. Als voorwaarde voor toepassing van dit artikel geldt dat de beveiligers en de politieagent een onrechtmatige daad hebben begaan jegens X. Als dat het geval is, dan kunnen zijn nabestaanden vergoeding vorderen voor de kosten veroorzaakt door het verlies van levensonderhoud (mits zij tot de kring van gerechtigden behoren en voor zover zij behoeftig zijn) en de kosten van lijkbezorging. Ervan uitgaande dat zij niet direct zijn geconfronteerd met het ongeval of de nasleep daarvan, komt aan hen geen shockschadevordering toe.<sup>67</sup>

59. Lindenbergh 1998, p. 173.

60. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken; HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387 m.nt. J.B.M. Vranken (Vilt).

61. Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 4. Erkenning van het leed van naasten en nabestaanden en genoegdoening van hun geschokte rechtsgevoel waren de hoofdfuncties van de vergoedbaarheid van deze schadepost. Compensatie van immateriële schade speelde slechts op de achtergrond een rol.

62. Kritisch hierover S.D. Lindenbergh, Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood(?), NJB 2010, p. 1530-1532; R. Rijnhout, Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Eerste Kamer, TVP 2010, p. 37-41.

63. Zie hierover Rijnhout 2010.

64. HR 29 juni 2012, NJ 2012, 410 (Blauw oog).

65. A-G Spier voor HR 4 februari 2000, NJ 2000, 600 m.nt. M.M. Mendel. Zie recentelijker I. van der Zalm, Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is, in: W.H. van Boom, J.H. Dam-Lely & S.D. Lindenbergh, Rake remedies, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 47-67.

66. Zie in dit verband ook A.J. Verheij, Twee benaderingen van vergoeding van immateriële schade, VR 2013, p. 269-276; A.J. Verheij, Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, met name hoofdstuk 11.

67. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken; HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387 m.nt. J.B.M. Vranken (Vilt).

## 5. Een patstelling: drie denkbare oplossingen

### 5.1 Het probleem

In de vorige paragrafen hebben we gezien dat de toepassing van het recht onder het EVRM en die van artikel 6:108 BW in overlijdensschadezaken deels tot andere uitkomsten leiden. Op grond van artikel 93 en 94 Gw, het is al genoemd, moet artikel 6:108 BW, voor zover het strijdig is met het recht onder het EVRM, pas op de plaats maken. Dat betekent dat, zoals in paragraaf 3.7 is beschreven, een naaste recht heeft op vergoeding van zijn eigen immateriële nadeel als de overheid een schending van artikel 2 EVRM heeft begaan. Maar dit geldt niet als de schending door een private persoon is begaan. Het EHRM heeft in zijn rechtspraak immers expliciet overwogen dat er onder artikel 2 EVRM geen verplichting is om het rechtssysteem zo in te richten dat ook dan vergoeding van immaterieel nadeel kan worden gevorderd.<sup>68</sup>

Deze tussenconclusie brengt ons tot twee stellingen. In de eerste plaats is het Nederlandse recht volgens ons ontoereikend om de verdragsverplichtingen die voortvloeien uit het EVRM consistent te ondervangen.<sup>69</sup> De gedachte van het EHRM dat de mogelijkheid tot het vorderen van vergoeding voor geleden immaterieel nadeel door de naaste noodzakelijk is voor de handhaving van het recht op leven in een publiekrechtelijke rechtsverhouding, is voor ons geen rechtvaardiging tot het maken van onderscheid in het schadevergoedingsrecht.<sup>70</sup>

Ten tweede is de positie van (in ieder geval) de nabestaande in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht toe aan heroverweging. Uit de door ons besproken achtergrond bij artikel 6:108 BW blijkt onvoldoende waarom voor sommige schadeposten wel en voor andere geen vergoeding kan worden gevorderd.

Wij menen dat de tijd is gekomen dat het Nederlandse sanctiearsenaal door de wetgever wordt herzien en zien daarbij ten minste drie oplossingen, die we hier kort introduceren.

### 5.2 Oplossing 1: uitbreiding van artikel 6:108 BW

Een eerste oplossing is de uitbreiding van artikel 6:108 BW. Deze oplossing kan een einde maken aan de ongelijke behandeling van naasten op grond van het recht zoals het nu is. Als naar Nederlands recht de verplichting bestaat om aan een open categorie van nabestaanden een vergoeding voor immateriële schade te bieden, dan lijkt de ongelijkheid die op het moment bestaat, te zijn weggenomen. Het verdient opmerking dat de toekomst moet uitwijzen of deze oplossing een duurzame is. Het is namelijk denkbaar dat het EHRM ook ten aanzien van de beperkte mogelijkheden tot vergoeding voor materiële schade (kosten veroorzaakt door verlies van levensonderhoud respectievelijk kosten van lijkbezorging) verplichtingen zal aannemen die niet stroken met de voorziening in artikel 6:108 BW. Als het EHRM zou beslissen tot ruimere

mogelijkheden tot vergoeding zal opnieuw uitbreiding noodzakelijk zijn.

Aan deze oplossing kleven bovendien drie bezwaren. Ten eerste wordt daarmee de bredere discussie over de positie van nabestaanden uit de weg gegaan. In de bredere discussie zou er aandacht moeten zijn voor de fundamentele vraag wat de positie van nabestaanden zou moeten zijn mede in het licht van veranderde ideeën over aansprakelijkheid en de kennisaanwas over mogelijk psychiatrisch letsel bij nabestaanden.<sup>71</sup>

Het tweede bezwaar is dat de doorwerking van fundamentele rechten niet alleen plaatsvindt in overlijdensschadezaken, maar aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht breed. Zo heeft het EHRM ook al in een letselschadezaak beslist tot het toekennen van een vergoeding voor zowel de materiële als de immateriële schade van naasten van het slachtoffer.<sup>72</sup> Verder kan ook worden gedacht aan de schending van de redelijke termijn (art. 6 EVRM).<sup>73</sup> En er kan worden gewezen op de schending van het recht op privacy en de 'opkomst' van artikel 8 EVRM voor wat betreft het recht op familieleven. Kortom, het probleem is breder dan alleen doorwerking in overlijdensschadezaken. Wat ons betreft is het zaak het Nederlandse recht zodanig flexibel te maken dat het eenvoudig consistent mee kan in wat Straatsburg noodzakelijk acht voor de handhaving van EVRM-rechten.

Daar komt bij, en dat is het derde en laatste bezwaar tegen de oplossing die in deze subparagraaf wordt gesuggereerd, dat daarmee het nóg bredere probleem van doorwerking van fundamentele rechten niet wordt aangepakt, te weten dat van het verschil tussen de doelen die aan het aansprakelijkheidsrecht ten grondslag liggen en de doelen die aan het recht onder het EVRM ten grondslag liggen en waar het verschil in doelen toe leidt. Zo reikt het recht onder het EVRM een fundamenteel ander toetsingskader aan, met andere voorwaarden voor 'aansprakelijkheid'.

### 5.3 Oplossing 2: doorwerking via artikel 6:162 BW, maar ook in horizontale verhoudingen

De tweede mogelijkheid om de ongelijkheid te ondervangen is door doorwerking van het EVRM in horizontale situaties via de bestaande regelingen in artikel 6:162 BW en afdeling 6.1.10 BW. De doorwerking via artikel 6:162 BW zou betekenen dat een schending van (bijvoorbeeld) artikel 2 EVRM een onrechtmatige daad oplevert in de zin van artikel 6:162 BW.

Hiermee wordt de vreemde situatie gecreëerd dat er twee momenten van vestiging van aansprakelijkheid bestaan. Het eerste moment is de vaststelling dat er sprake is van een schending van het EVRM (door middel van de toepassing van dát toetsingskader), om vervolgens te concluderen dat (daarom

68. EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00, § 40 (Zavoloka v. Letland).

69. Zie ook Wijnakker 2010.

70. Vgl. Pronk 2011, p. 44.

71. Zie bijv. E.F.D. Engelhard & I.M. Engelhard, Shockschade, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie: handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 517-539.

72. EHRM 23 maart 2010, nr. 4864/05 (Oyal v. Turkije).

73. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX8360. Zie ook W. Dijkschoorn, *Overschrijding van de redelijke termijn: moet de burgerlijke rechter het EHRM of de bestuursrechter volgen?*, NJB 2010, nr. 1063.

ook?) sprake is van een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW.

Het is bovendien de vraag of de rechten in het EVRM zich wel lenen voor toepassing in de horizontale verhouding. In paragraaf 3.3 is uiteengezet dat de EVRM-rechten zo in elkaar steken dat ze moeizaam een toetsingskader voor de beoordeling van gedragingen door private partijen vormen. De rechten zijn er simpelweg niet voor geschreven.

Verder moet afdeling 6.1.10 BW dan ook flexibel genoeg zijn om te reageren op veranderingen in het 'schadevergoedingsrecht' van het EVRM. Dat betekent dat aan artikel 6:106 BW een breder toepassingsbereik moet worden toegedicht, doordat er in ieder geval een smartengeldbedrag moet worden toegekend bij de schending van een fundamenteel recht.<sup>74</sup> Maar daar hoeft het niet bij te blijven, omdat het EHRM ook vergoeding toekent voor wat naar nationaal recht wordt gekwalificeerd als materiële schade (zie par. 3.5). Onduidelijk is voornamelijk of en in hoeverre de rechtspraak van het EHRM op dit punt afwijkt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht; helder is wel dat Nederland moet voldoen aan de verdragsverplichtingen onder het EVRM. Als het EHRM daadwerkelijk verder gaat dan het nationale schadevergoedingsrecht, dan moet dit rechtsgebied ook op dit punt in staat zijn om te reageren.

Al met al leidt deze oplossing dus tot een vreemd stappenplan: het (eerste) toetsingskader wordt gevormd door dat van het EVRM (dat daarvoor tekstueel niet geschikt is), vervolgens vindt via artikel 6:162 BW vestiging van aansprakelijkheid plaats, daarna wordt de schade begroot via afdeling 6.1.10 BW, maar het schadebegrip dat daar wordt gehanteerd moet flexibel genoeg zijn om te voldoen aan de vereisten die voortvloeien uit het recht onder het EVRM. Met andere woorden: zowel aan de 'poort van vestiging van aansprakelijkheid' als aan de 'achterdeur van omvang van aansprakelijkheid' moet worden ingespeeld op de werking van het EVRM en op de uitleg die daaraan wordt gegeven door het EHRM.

#### *5.4 Oplossing 3: gesplitste discussie én gesplitste rechtsgronden*

##### *5.4.1 Twee discussies leidend tot twee oplossingen in één consistent aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht*

Een laatste oplossing is de twee discussies te splitsen en voor beide problemen te voorzien in een gepaste oplossing binnen het systeem van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Er wordt dan (eerst) autonoom (na)gedacht over de positie van nabestaanden in het aansprakelijkheidsrecht respectievelijk de doorwerking van fundamentele rechten, waarbij de derde natuurlijk ook een rol heeft. De oplossingen voor beide problemen komen uiteindelijk samen in één systeem en moeten een consistent en afgestemd geheel vormen.

##### *5.4.2 Nationaal debat over de positie van derden in personenschadezaken*

De discussie over overlijdensschade vindt, zoals gezegd, vooral plaats ten aanzien van deelonderwerpen: de abstracte schadevaststelling, het behoeftigheidsvereiste en affectieschade. Die discussie moet echter worden verbreed, omdat door in brede context te discussiëren over de positie van nabestaanden in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht recht kan worden gedaan aan de nationale tradities en ontwikkelingen binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Zo ontstaat er ruimte om na te denken over aansprakelijkheid bij psychiatrisch letsel, de wenselijkheid van de exclusieve werking van artikel 6:108 BW, over de vraag of nabestaanden autonoom beschermd zouden moeten worden als (juridisch) 'direct gekwetsten' en hoe vervolgens de schadevaststelling en -begroting zouden moeten plaatsvinden.<sup>75</sup>

##### *5.4.3 Discussie over de fundamentele rechtsschending als nieuwe bron van verbintenis*

De andere discussie – die van deze 'zuiver' nationaalrechtelijke discussie moet en kan worden onderscheiden – is óf, en zo ja, op welke wijze wij in Nederland de bescherming van fundamentele rechten in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht verder willen vormgeven. Er is veel voor te zeggen fundamentele rechten – bij het EVRM aansluitend – ook in de horizontale verhouding meer expliciet een rol te geven.<sup>76</sup> De handhaving van die rechten in de horizontale verhouding kan bijvoorbeeld worden vormgegeven door de introductie van een nieuwe bron van verbintenissen in het aansprakelijkheidsrecht, náást artikel 6:162 BW. Zo'n actie is door Emaus geïntroduceerd in haar dissertatie. Een belangrijk voordeel van een dergelijke nieuwe actie is dat zij recht doet aan de eigen aard en het toetsingskader van de fundamentele rechten. Terwijl artikel 6:162 BW antwoord geeft op de vraag of in een specifiek geval schadevergoeding (of: overheveling van schade) op haar plaats is, zou een actie voor de handhaving van fundamentele rechten moeten voorzien in een antwoord op de vraag of in een specifiek geval rechtzetting op haar plaats is. Het ligt voor de hand dat de criteria die leiden naar het antwoord op de eerste vraag andere zijn dan de criteria die voorzien in een antwoord op de tweede vraag.

#### **6. Tot slot: wie verdient rechtens een remedie en waarom?**

*Wie verdient in overlijdensschadezaken rechtens een remedie en waarom?* In de discussie over deze vragen komen twee belangrijke, te onderscheiden thema's samen: de doorwerking van EVRM-rechten in het burgerlijk recht en de vergoeding voor derden in personenschadezaken. Deze thema's hebben een eigen achtergrond en moeten in eerste instantie worden gescheiden omdat ze twee verschillende, fundamentele vragen opwerpen, namelijk: hoe werken fundamentele rechten door in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en welke derden hebben recht op vergoeding waarvan?

74. Zie Lindenbergh 2011, p. 89-96.

75. Zie in dit verband Rijnhout 2012, met name hoofdstuk 9.

76. Zie Emaus 2013, hoofdstuk 2.

In deze bijdrage hebben we stilgestaan bij de beide thema's en laten zien dat het recht onder het EVRM ons dwingt de discussie te voeren vanwege de problematische situatie dat het recht op vergoeding van immaterieel nadeel in overlijdensschadezaken nu afhankelijk is van de aard van de benadeler. Als aanzet voor de discussie hebben we hier drie oplossingen gepresenteerd. Voor ons komt er maar één werkelijk tegemoet aan het probleem waar wij voor staan. Er moet een juridische benadering voor derdenschade komen die aansluit bij de kennis en opvattingen vandaag de dag en we moeten werken aan een benadering voor de handhaving van fundamentele rechten die passend is gezien de aard van die rechten. Het spreekt vanzelf dat de benaderingen uiteindelijk samen moeten komen in een consistent aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.