



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaaten publiekrecht

Emmerik, M.L. van

### Citation

Emmerik, M. L. van. (2010). Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaaten publiekrecht. *Overheid & Aansprakelijkheid*, 2010(2), 69-74. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15843>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15843>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaats- en publiekrecht

Michiel van Emmerik<sup>1</sup>

32

Bespreking van het preadvies van E.F.D. Engelhard, (Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het grijze gebied. De bespreker is van mening dat Engelhard een goede aanzet doet om de overheidsaansprakelijkheid op het grensvlak van privaats- en publiekrecht niet te zeer vanuit gescheiden werelden te benaderen.

## 1 Inleiding

Het privaatrechtelijke preadvies over het thema van de in december 2009 gehouden staatsrechtconferentie *De aangesproken staat* is van de hand van Esther Engelhard, universitair hoofddocent privaatrecht aan de Universiteit Utrecht. In haar mooie preadvies belicht zij het EVRM-perspectief van de (civielrechtelijke) overheidsaansprakelijkheid. Dit is vanzelfsprekend een zeer ruim thema, reden waarom Engelhard zich toespitst op de vraag in hoeverre de overheid aansprakelijk kan worden gesteld voor inbreuken op het EVRM door '(semi-)particuliere organisaties in het maatschappelijk middenveld'. Het gaat dan bijvoorbeeld om de aansprakelijkheid van de staat voor zaken die ernstig misgaan in verpleeg- en verzorgingshuizen, maar ook kan worden gedacht aan woningcorporaties en openbaarvervoersdiensten. Zij noemt dit niet voor niets het zogenaamde 'grijze'

gebied, vooral omdat de precieze grens tussen privaats- en publiek hier lastig te maken valt en mogelijk – zo voeg ik er aan toe – op onderdelen ook helemaal niet te maken valt. In ieder geval niet vanuit het perspectief van de overheid die op nakoming van EVRM-verplichtingen wordt aangesproken. Hiermee past het preadvies prima in het bredere thema van de constitutionalisering van het privaatrecht, dat zeker het laatste decennium steeds meer in de belangstelling is komen te staan.<sup>2</sup> Het is een thema dat civilisten en constitutionalisten gelijkelijk aangaat en daarom is het jammer dat het gehoor bij de behandeling van dit preadvies (logischerwijze, het ging immers om de staatsrechtconferentie) voornamelijk bestond uit publiekrechtjuristen. In deze bijdrage wil ik kort een aantal aspecten van het preadvies bespreken en op een enkel punt enig commentaar leveren. Het is niet mijn bedoeling het preadvies in extenso te behandelen dan wel een zelfstandig artikel te schrijven over deze zeer interessante problematiek.

Kern van Engelhard's preadvies is een zoektocht naar de wijze waarop het EVRM in het schemergebied tussen publiek- en privaatrecht in de civielrechtelijke aansprakelijkheid kan doorwerken. Deze exercitie beoogt in de eerste plaats de positie van de staat als aangesproken partij te verduidelijken maar daarnaast ook om meer zicht te krijgen op de aansprakelijkheid van de genoemde 'grijze' instellingen zelf. Een belangrijke hiermee samenhangende vraag is of het voor de rechtzoekende, in het bijzonder degene die meent recht op schadevergoeding te hebben, mogelijk voordeliger is de overheid als zogenaamde 'peripheral tortfeasor' aan te spreken dan de primaire veroorzaker van de schade. De preadviseur plaatst een en ander in de maatschappelijke context van

<sup>1</sup> Mr. dr. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de sector bestuursrecht van de Rechtbank Amsterdam. Met dank aan Tom Barkhuysen voor de voortdurende discussie en gedachtevorming over het thema dat in deze bijdrage centraal staat. Bij voorbaat excuus voor het veelvuldig schuldig maken aan auto-, c.g. allocatie.

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld J.H. Nieuwenhuis, 'De Constitutie van het burgerlijk recht', *RMT* 2000, p. 203-211; J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', *Preadvies NVVR*, Deventer 2003, p. 1-163; S.D. Lindenbergh, 'Constitutionalisering van contractenrecht, Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 2004, p. 977-986 en O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht) 2007 en Ch. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (diss. UvA) Alphen aan den Rijn 2008.

de groeiende (politieke) aandacht voor de publieke verantwoordelijkheid van privaatrechtelijke organisaties, getuige onder meer het wetsvoorstel inzake de maatschappelijke onderneming. Engelhard beperkt haar analyse overigens tot de rechten uit het EVRM en het eigendomsrecht van art. 1 van het Eerste Protocol. Dat is opvallend aangezien de door art. 2 EP gegarandeerde vrijheid van onderwijs van groot belang kan zijn voor eventuele aansprakelijkheid van de overheid voor de gang van zaken op bijzondere scholen, zoals de door haar wel genoemde zaak *Costello-Roberts* over de praktijk van lijfstraffen op Engelse privéscholen ook illustreert.<sup>3</sup>

## 2 Doorwerking grondrechten in privaatrecht

Teneinde de genoemde vragen te kunnen beantwoorden, behandelt Engelhard eerst een aantal belangrijke leerstukken, zoals de doorwerking van het EVRM in de nationale rechtsorde die – zo schrijft zij – de meer ingevoerde lezer zou kunnen overslaan. Interessant zijn de modellen van doorwerking van het EVRM die zij onderscheidt in geval een (particuliere) eiser de overheid en/of een grijze instelling zelf aanspreekt wegens een schending van het verdrag:

- (1) Verticale werking: rechtstreekse toepasselijkheid van het EVRM doordat het handelen van de instelling als overheidsoptreden wordt gekwalificeerd.
- (2) Diagonale werking: het handelen van de instelling dient gelijk te worden gesteld aan overheidsoptreden.
- (3) Directe horizontale werking: directe werking van bepaalde EVRM-rechten naar instellingen toe, zonder dat hun optreden kan worden gekwalificeerd als overheidsoptreden of daarmee kan worden gelijkgesteld.
- (4) Indirecte horizontale werking: de EVRM-rechten werken als inspiratiebron bij de invulling van open privaatrechtelijke normen, zoals onrechtmatigheid in zin van art. 6:162 BW.

Het gaat hier om bekende wijzen van doorwerking van fundamentele rechten die doorgaans worden onderscheiden. Daaraan zouden nog kunnen worden toegevoegd: indirecte werking via in particuliere verhoudingen geldende wetgeving waarmee grondrechten worden geïmplementeerd (bijvoorbeeld de Algemene wet gelijke behandeling); indirecte werking van grondrechten door deze als het ware in te lezen in een algemeen geldend (persoonlijksheids)recht, dat werking heeft in het gehele recht en dus ook in particuliere rechtsverhoudingen; een zekere werking van grondrechten via betrokkenheid van de (overheids)rechter bij een geschil tussen particuliere partijen, die immers zelf gebonden is aan grondrechten (hier kom ik later op terug); geen enkele werking van grondrechten in particuliere verhoudingen (de werking van grond-

rechten is strikt gereserveerd voor de verhouding overheid-burger).<sup>4</sup> Ik vraag me wel af of de aanduiding diagonale werking de zaak echt verduidelijkt. Engelhard geeft ter toelichting aan dat deze term alleen bedoeld is om de plaats te duiden van de bedoelde instellingen, namelijk qua normering op gelijke voet gesteld met de overheid. Dit is volgens haar zelden het geval, zodat hun verhouding tot de eiser dan ook meestal horizontaal is. In dat geval ligt het naar mijn oordeel in de rede dit te kwalificeren als horizontale werking en indien de instelling toch (deels) als overheid opereert, is er gewoon sprake van verticale werking.

## 3 Procedurele voordelen om de staat aan te spreken?

Na de schets van deze verschillende basismodellen van doorwerking richt Engelhard zich op de vraag of het eventueel procedurele voordelen biedt om primair de staat aan te spreken en niet de directe veroorzaker van een – gestelde – EVRM-schending (een zogenaamde ‘grijze’ instelling), een vraag die zich in abstracto lastig laat beantwoorden. Als mogelijke voordelen noemt zij onder meer:

- Met de vaststelling van een schending van het EVRM is de onrechtmatigheid in de zin van art. 6:162 BW gegeven (namelijk strijd met een wettelijke plicht). Zij nuanceert dit echter door hieraan toe te voegen dat in geval van indirecte horizontale werking het EVRM slechts een argument is voor de onrechtmatigheid (in het kader van de criteria inbreuk op een recht en/of maatschappelijke zorgvuldigheid en niet zozeer strijd met een wettelijke plicht). In dat verband is er meer ruimte voor een belangenafweging, die er mogelijk toe leidt dat de private belangen van de betrokken instelling prevaleren. Zij wijst er overigens op dat voor de Nederlandse rechtsorde wel wordt aangenomen dat het EVRM voor de rechter ambtshalve moet worden toegepast.<sup>5</sup> Dit is echter volgens de Straatsburgse jurisprudentie geen verdragsverplichting en volgt evenmin uit het Nederlandse recht.<sup>6</sup>
- De verdragsbescherming kan alleen door de eiser zelf worden ingeroepen, waarmee hij in beginsel het alleenrecht verkrijgt op de EVRM-garanties. Engelhard nuanceert dit voordeel terecht door op te merken dat eiser ook bij het inroepen van EVRM-rechten tegen de overheid indirect kan worden geconfronteerd met verdragsrechten van derden, bijvoorbeeld in het kader van de belangenafweging bij de vraag of de overheid een gerechtvaardigde inbreuk maakt op een EVRM-recht (zie de leden 2 van de art. 8-11, waar de bescherming van de rechten van anderen wordt genoemd).

Engelhard geeft vervolgens een aantal interessante voorbeelden van doorwerking van het EVRM in private verhoudingen, in het bijzonder van zaken tegen woningcorporaties, waarbij zowel art. 10 EVRM

(schotelantennes) als art. 8 EVRM (ontruimingsbeve-  
len) wordt ingeroepen. Opvallend is dat bij dergelij-  
ke instellingen met een publieke functie nauwer bij  
de verdragstekst (in het bijzonder de beperkingsclau-  
sules) wordt aangesloten dan in zuiver horizontale  
verhoudingen het geval lijkt te zijn. Daarnaast lijken  
in dergelijke zaken de eisers, die zich beroepen op  
een EVRM-schending door de betrokken private  
organisatie, meestal aan het kortste eind te trekken.<sup>7</sup>

#### 4 Twee hoofdvragen

Na de eerder door Engelhard hiervoor genoemde  
vragen, formuleert zij nogmaals twee hoofdvragen.

- 1) In hoeverre kunnen de bedoelde 'grijze' instellingen  
als onderdeel van de overheid worden beschouwd?  
Biedt het EVRM in dit verband aanknopingspunten  
voor verticale werking?
- 2) Hoe beïnvloedt het EVRM het oordeel over de  
onrechtmatigheid? Leidt het EVRM-regime tot een  
uitbreiding van de mogelijkheden tot het vestigen  
van (overheids)aansprakelijkheid?

3 Zij noemt verder ook de bekende *Maimonides*-zaak van de  
Hoge Raad (zie hierna). Zie voor een recent voorbeeld de zaak  
A. tegen de Essex County Council voor de Supreme Court van  
het Verenigd Koninkrijk (de zitting was op 24 en 25 maart  
2010) waarin de lokale autoriteiten worden aangesproken op  
het niet nakomen van de verplichtingen van art. 2 EP (opge-  
nomen in de Human Rights Act) door het niet aanbieden van  
onderwijs gedurende achttien maanden aan een autistische  
leerling op een privéschool (zie nader <http://www.supremecourt.gov.uk>).

4 Zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De eigen-  
domsbescherming van art. 1 EP EVRM en het Nederlandse  
burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief', *Preadvies VBR*,  
Deventer 2005, p. 39-41 met verdere verwijzingen.

5 Zie Asser-Hartkamp 3-1\* 2008, 162.

6 Zie Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 14 met nadere ver-  
wijzingen. De rechter moet vanzelfsprekend wel ambtshalve  
de rechtsgronden aanvullen, ook met EVRM-gronden. Ten  
aanzien van EU-recht geldt wel een verplichting tot ambts-  
halve toepassing voor de nationale rechter.

7 Zie ook diverse zaken tegen bijzondere scholen, zoals de  
bekende *Maimonides*-zaak betreffende de niet-toelating tot  
een Joodse school, HR 22 januari 1988, NJ 1988, 891 (m.nt.  
Alkema).

8 EHRM 25 maart 1993, *Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk*,  
NJ 1995, 725 (m.nt. EAA), *NJCM-Bulletin* 1993, p. 570 e.v.  
(m.nt. Van Emmerik). In dit verband hecht het EHRM ook  
grote waarde aan het VN-Kinderrechtenverdrag waar het VK  
sinds kort partij bij is en dat in art. 28, tweede lid bepaalt 'dat  
staten die partij zijn bij dit verdrag alle passende maatregelen  
nemen om te verzekeren dat de wijze van handhaving van  
de discipline op scholen verenigbaar is met de menselijke  
waardigheid van het kind en in overeenstemming is met dit  
verdrag'.

9 Zie nader onder meer M.W. Scheltema & M. Scheltema,  
*Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en pri-  
vaatrecht*, Alphen aan den Rijn 2008; S.E. Zijlstra, R.A.J. van  
Gestel & A.A. Frenks, 'Privaat bestuur', *Preadvies VAR*,  
Den Haag 2008 en S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*,  
Deventer 2009.

10 EHRM 1 maart 2005, *Wos t. Polen* (ontv.besl.), AB 2006, 258  
(m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik), bevestigd in het arrest in  
de hoofdzaak van 8 juni 2006.

In wezen gaat het hier om twee kanten van dezelfde  
EVRM-medaille bij het vestigen van overheidsaan-  
sprakelijkheid ten aanzien van de in het preadvies  
centraal staande 'grijze' instellingen. Bij de eerste  
hoofdvraag maken de bedoelde instellingen deel uit  
van de overheid en zijn ze daarmee direct gebonden  
aan de EVRM-verplichtingen (verticale werking). In  
het kader van de tweede hoofdvraag betreft het de  
verplichting voor de overheid om de EVRM-rechten  
ook in verhoudingen tussen burgers onderling te  
garanderen, waarbij het kan gaan om het 'grijze'  
gebied en zelfs om zuiver horizontale verhoudin-  
gen. Vooropgesteld dient te worden dat het vaste  
Straatsburgse jurisprudentie is dat de staat zich niet  
aan zijn verdragsverplichtingen kan onttrekken door  
bepaalde taken aan privaatrechtelijke organisaties  
of individuen over te dragen. Deze verplichting  
wordt vaak mede gebaseerd op art. 1 EVRM: de ver-  
plichting om de EVRM-rechten te garanderen aan  
een ieder die zich onder de rechtsmacht van een  
verdragsstaat bevindt. Een dergelijke verplichting  
was bijvoorbeeld aan de orde in het door Engelhard  
behandelde arrest *Costello-Roberts* inzake de verant-  
woordelijkheid van de staat voor het disciplinaire  
systeem op privéscholen (in het bijzonder de praktijk  
van lijfstraffen).<sup>8</sup>

#### 5 'Grijze' instellingen en verticale wer- king van EVRM-rechten

Bij de beantwoording van de eerste hoofdvraag gaat  
Engelhard uitvoerig in op de kwestie welke instel-  
lingen vallen onder het 'grijze gebied', ook wel het  
maatschappelijk middenveld genoemd. Zij geeft  
terecht aan dat juist de kwalificatie van instellingen  
in het maatschappelijk middenveld zeer lastig in  
abstracto valt te beantwoorden. Engelhard geeft op  
grondige wijze de 'state of the art' van rechtsprak-  
tijk en doctrine op dit moment in Nederland weer.  
Zonder haar overzicht hier over te doen, kan in ieder  
geval worden geconstateerd dat het onderscheid  
publiek-privaat zeer lastig te maken is en het onge-  
wis blijft hoe de instellingen uit het 'grijze gebied'  
nu precies moeten worden gekwalificeerd: privaat,  
publiek of een mengvorm.<sup>9</sup>

Vanuit het Straatsburgse perspectief kan echter wel  
worden vastgesteld dat het Europese Hof voor de  
Rechten van de Mens in dit verband een materiële  
benadering kiest: het kijkt door formele nationale  
structuren (zoals het zijn van een privaatrechtelijke  
organisatie) heen om te bepalen of sprake is van  
een 'public authority' in de zin van het EVRM, die  
op schending van het verdrag kan worden aange-  
sproken. Dit wordt in het bijzonder geïllustreerd  
door de zaak *Wos tegen Polen*.<sup>10</sup> In deze zaak neemt  
het EHRM aan dat het 'Pools-Duitse Reconciliatie  
Fonds', dat was opgericht om bepaalde slachtof-  
fers van het naziregime financieel te compenseren,  
moet worden aangemerkt als een 'public authority'  
in de zin van het EVRM. Daarvoor zijn de volgende

materiële criteria doorslaggevend: a) de mate van betrokkenheid van de staat bij oprichting van het fonds; b) de mate van betrokkenheid van de minister bij het benoemen en ontslaan van bestuurders van het fonds; c) het bestaan van andere controlemechanismen van staatswege op het fonds en d) de mate waarin de overheid het fonds financiert. In casu komt het Hof op basis van deze criteria tot de conclusie dat sprake is van overwegende overheidsinvloed op het functioneren van het fonds en daarmee van een 'public authority'. Het Hof plaatst deze conclusie in de sleutel van zijn wens de bescherming van verdragsrechten effectief te doen zijn, waaraan in de weg zou staan de mogelijkheid van staten om zich aan EVRM-verplichtingen te onttrekken door taken die (primair) door de overheid (kunnen) worden vervuld uit te besteden aan privaatrechtelijke organisaties. Het Hof benadrukt – kort gezegd – dat het een materiële beoordeling van de overheidsinvloed voorstaat en dat daarvan in casu sprake is. Uiteindelijk komt het Hof in deze uitspraak tot de conclusie dat art. 6 EVRM is geschonden vanwege de ontoereikende rechtsbescherming.<sup>11</sup>

De nationale (bestuursrechtelijke) jurisprudentie inzake de zogenaamde b-organen vertoont sterke parallellen met de Straatsburgse rechtspraak. Het gaat dan om privaatrechtelijke organisaties die (in ieder geval deels) 'openbaar gezag' uitoefenen. De bekendste uitspraak is zonder meer die inzake de *Stichting Silicose Oud-Mijnwerkers*, waarin zonder specifieke wettelijke grondslag werd aangenomen dat sprake was van openbaar gezag, met name vanwege de sterke (onder meer financiële) banden tussen de stichting en de overheid.<sup>12</sup>

Engelhard constateert terecht dat het door het EHRM in de *Wos*-zaak toegepaste criterium van cruciale overheidsinvloed nog niet geheel is uitgekristalliseerd. Zo is nog onduidelijk hoe het Hof zou oordelen over ondernemingen waarin de meerderheid van de aandelen in overheidshanden is. De preadviseur is in ieder geval van oordeel dat het onwenselijk is dergelijke ondernemingen als onderdeel van de overheid te zien, aangezien zij door hun directe gebondenheid aan het EVRM in een spagaatpositie terecht kunnen komen. In onze genoemde noot bij deze zaak gaven Barkhuysen en ik aan dat daarbij gezien eerdere jurisprudentie hoogstwaarschijnlijk doorslaggevend is de vraag of er bij het handelen van dergelijke ondernemingen (zoals energiebedrijven) gebruik wordt gemaakt van een bevoegdheid tot het uitoefenen van 'public authority' (openbaar gezag) en of de organisatie al dan niet in de staatsstructuur is ingebed, hetgeen bij de energiebedrijven niet (meer) het geval lijkt. Keerzijde van het zijn van 'public authority' is overigens dat voor dergelijke instellingen geen klachtrecht in Straatsburg openstaat.

## 6 Positieve verplichting om EVRM-rechten te garanderen in horizontale verhoudingen

De tweede door Engelhard behandelde hoofdvraag betreft in wezen de reikwijdte van de overheidsaansprakelijkheid op grond van het EVRM voor verdragsschendingen in horizontale verhoudingen. In dit deel van haar preadvies brengt zij de Straatsburgse jurisprudentie in kaart waaruit ook vergaande verplichtingen voor de overheid kunnen worden afgeleid voor de zogenaamde 'grijze' instellingen. Aan de basis van deze ruime aansprakelijkheid ligt het concept van de *positieve verplichtingen*, op grond waarvan het Straatsburgse Hof uit het verdrag onder omstandigheden – zoals bekend – verplichtingen voor de overheid afleidt om actief op te treden, bijvoorbeeld door adequate regelgeving (op grond waarvan EVRM-rechten ook in horizontale verhoudingen moeten worden verzekerd)<sup>13</sup> en voldoende toezicht en handhaving. De nationale rechter heeft ook een belangrijke taak in dezen, zeker wanneer de wetgever en het bestuur de verplichting om EVRM-rechten ook in verhoudingen tussen burgers onderling te waarborgen niet vervuld hebben. De rechter dient dan (mede op grond van art. 13 EVRM) te voorzien in een effectief rechtsmiddel om deze verdragsbescherming alsnog te bieden, bijvoorbeeld door nationale wetgeving buiten toepassing te laten, dan wel het nationale recht verdragsconform uit te leggen of in te vullen.<sup>14</sup> Een belangrijke constatering is dan ook dat het EHRM staten ook kan veroordelen wegens EVRM-schendingen veroorzaakt door een uitspraak van de nationale rechter in zuiver private geschillen. Zo acht het Hof in de zaak *Pla en Pucernau tegen Andorra*, de uitleg van een oud testament (dat onderscheid maakte tussen geadopteerde en andere (wettige) nakomelingen) door de nationale rechter in strijd met de art. 8 (familieleven) en 14 (verbod van discriminatie) EVRM. In deze zaak wordt de aansprakelijkheid voor de schending van het EVRM geconstrueerd via de nationale rechter, die volgens de meerderheid van het Hof het testament (een eenzijdige privaatrechtelijke rechtshandeling) EVRM-conform had moeten uitleggen. In de recentere *shotelantenne*-zaak herhaalt het Hof de overweging uit *Pla* dat het Hof zich in theorie niet bezighoudt met het beslechten van geschillen tussen particulieren. Anderzijds is het EHRM belast met de Europese supervisie op de naleving van mensenrechten en kan het Hof niet passief blijven wanneer de uitleg door een nationale rechter van een juridische handeling, zoals een clause in een testament, een privaatrechtelijke overeenkomst, een publiek document, een wettelijke bepaling of een administratieve praktijk onredelijk of willekeurig blijkt te zijn, of in bredere zin strijdig is met de beginselen die aan de Conventie ten grondslag liggen. Anders dan in *Pla*, waar een eenzijdige privaatrechtelijke rechtshandeling centraal stond, brengt het Hof in dit geval de toetsing door de rechter van een – meerzijdige –

privaatrechtelijke (huur)overeenkomst onder de reikwijdte van de bescherming van het EVRM.<sup>15</sup> Engelhard geeft aan dat de zaak *Pla* in de context van het verdrag als zeer verstrekkend moet worden gezien, maar zij verwacht niet dat dergelijke gevallen – waarin de schending van het EVRM wordt veroorzaakt door de uitspraak van de nationale rechter – snel zullen leiden tot schadeplichtigheid van de staat onder het nationale civiele recht. Ik neem aan dat zij hier doelt op de nog steeds zeer beperkte aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak volgens het klassieke arrest van de Hoge Raad uit 1971.<sup>16</sup> Op grond van deze uitspraak wordt slechts in uitzonderlijke omstandigheden in geval van schending van art. 6 EVRM door de rechter overheidsaansprakelijkheid aangenomen wegens onrechtmatige rechtspraak. Zij verwacht dat uitspraken als *Pla*, waarin het inhoudelijke oordeel van de civiele rechter in strijd met het EVRM is bevonden, slechts in zeldzame gevallen zullen leiden tot aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Als bekend, is er een ontwikkeling om ruimere aansprakelijkheid op grond van het Nederlandse recht wegens overschrijding van de redelijke termijn door de rechter aan te nemen, niet alleen in het bestuursrecht maar ook in het civiele recht.<sup>17</sup> Ik zie echter mede vanuit Straatsburgs perspectief geen reden om de langzame versoepeling van de strikte maatstaf van de Hoge Raad uit 1971 te beperken tot schending van procedurele rechten uit het EVRM. Ook schending van meer materiële verdragsrechten, zoals art. 8 EVRM, zou tot ruimere aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak aanleiding moeten kunnen geven.<sup>18</sup>

11 Zie nader de zojuist genoemde noot van Barkhuysen & Van Emmerik bij deze uitspraak.

12 ABRvS 30 november 1995, AB 1996, 136 (m.nt. Zijlstra), JB 1995, 337 (m.nt. Stroink).

13 Zie bijvoorbeeld reeds EHRM 26 maart 1985, *X en Y t. Nederland*, NJ 1985, 525 (m.nt. Alkema), *NJCM-Bulletin* 1985, p. 410 e.v. (m.nt. Schokkenbroek).

14 Zie nader Barkhuysen & van Emmerik 2005, p. 42-43.

15 EHRM 16 december 2008, *Khurshid Mustafa en Tarzibachi t. Zweden*, EHRC 2009, 17 (m.nt. Gerards), AB 2009, 286 (m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik).

16 HR 3 december 1971, NJ 1971, 137 (m.nt. Scholten).

17 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Den Haag 24 februari 2009, LJN BH4212 en T. Barkhuysen & B.J. van Ettehoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009, 19, p. 129-141, met nadere verwijzingen.

18 Zie nader T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Accountability of the Judiciary on the National Level for Violations of the European Convention on Human Rights', in: G. Canivet, M. Andenas & D. Fairgrieve (eds.), *Independence, Accountability and the Judiciary*, British Institute of International and Comparative Law: London 2006, p. 419-429.

19 Vgl. voor de potentiële doorwerking in het huurrecht, T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.M. Hielkema, 'Onrendabele huurwoningen en het Europese eigendomsrecht', *Woonrecht* 2008, p. 291-299.

20 Zie Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 47.

21 Zie kritisch hierover de noot van Barkhuysen & Van Emmerik bij de *Schotelantenne*-zaak.

De uitspraken inzake *Pla* en de *schotelantennes* laten verder zien dat op basis van het bekende Staatsburgse concept van de positieve verplichtingen in combinatie met de verplichting om effectieve rechtsbescherming op nationaal niveau te bieden (mede gebaseerd op art. 13 EVRM) de EVRM-rechten vergaande doorwerking in het privaatrecht kunnen hebben.<sup>19</sup> In dat opzicht deel ik niet Engelhards conclusie dat de leer van de positieve verplichtingen vrij strak begrensd is. De uitspraken *Pla* en inzake de *Zweedse schotelantennes* laten juist zien dat het EVRM over de band van de nationale rechter vergaand kan doorwerken naar privaatrechtelijke relaties. Op deze manier kan er zelfs sprake zijn van een reflexwerking naar privaatrechtelijke relaties waar de overheid (nog) niet bij betrokken is. Dit betekent dat private partijen bij het maken van onderlinge afspraken alvast rekening houden met EVRM-normen, voor het geval bijvoorbeeld dat de rechter later deze afspraken op EVRM-conformiteit zou moeten beoordelen.<sup>20</sup> Dit staat vanzelfsprekend los van de vraag naar de wenselijkheid van een dergelijke vergaande doorwerking.<sup>21</sup>

## 7 De twee hoofdvragen beantwoord

Engelhard concludeert dat het EHRM de grenzen van zuiver verticale werking van het verdrag vrij strak houdt door activiteiten van private organisaties slechts als 'publiek' te kwalificeren als er meerdere aanknopingspunten met de overheid zijn: er moet immers sprake zijn van een overwegende overheidsinvloed op het functioneren van de betrokken 'grijze' instelling (zie de zaak *Wos*). Veelal zal het voor haar dan ook aankomen op aansprakelijkheid van de overheid op grond van eigen positieve verdragsverplichtingen, op grond waarvan zij moet opdraaien voor EVRM-schendingen door private organisaties of zelfs individuen. Zoals ik net al aangaf, neemt Engelhard ten onrechte aan dat deze positieve verplichtingen vrij strak ingeperkt zijn. De potentieel zeer verstrekkende doorwerking van deze positieve verplichtingen maakt juist dat deze EVRM-garanties – eventueel over de band van de rechter – vergaand kunnen doorwerken in het privaatrecht. Engelhard constateert dat de primaire veroorzaker (de privaatrechtelijke rechtspersoon of een natuurlijke persoon) daarmee vaak ten onrechte buiten schot blijft. Dit is volgens haar maatschappelijk onwenselijk en moeilijk te verenigen met de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht. Zij nuanceert deze conclusie op twee punten. Het EVRM-regime kan de overheid immers ook aanzetten tot regulering, verbetering van handhaving door controles en sancties tegen (potentiële) inbreukmakers, eventueel ook via het civiele aansprakelijkheidsrecht. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de ontwikkelingen ten aanzien van de privaatrechtelijke boete in het mededingingsrecht. Ook bij het ontwerpen en in stand houden van dergelijke systemen zou de

overheid echter direct op haar EVRM-verplichtingen kunnen worden aangesproken.<sup>22</sup> Daarnaast betoogt zij dat de internationaalrechtelijke, door Straatsburg vastgestelde aansprakelijkheid, anders dan civielrechtelijke aansprakelijkheid politiek zwaarder weegt en daarmee tot eerder ingrijpen van de overheid kan leiden en op die manier kan doorwerken naar de primaire veroorzaker van de schade. Kortom: een Straatsburgse veroordeling zou de overheid eerder tot optreden aanzetten dan een veroordeling door de nationale civiele rechter, zo begrijp ik haar. Dat zou best kunnen, al zou ik benieuwd zijn naar precieze cijfers op dit punt.

Engelhard constateert uiteindelijk dat het inderdaad op juridische gronden voordelig is om in de eerste plaats de staat aan te spreken bij – vermeende – schending van EVRM-rechten door private instellingen (of de zogenoemde ‘grijze’ instellingen). Deze voordelen lijken vooral te liggen in de mogelijkheid van de positieve verplichtingen die het EHRM de staat kan opleggen. Zij voegt daaraan toe dat deze verplichtingen vaak sterk gerelateerd zijn aan de feiten van de zaak en moeilijk zijn te veralgemeniseren. Ik vraag mij echter af of haar conclusie op dit punt niet te algemeen is, aangezien juist de groep van ‘grijze’ instellingen enorm gevarieerd is en het

volgens mij een groot verschil maakt of het gaat om een grotendeels geprivatiseerd energiebedrijf, dan wel een al dan niet direct onder de overheid ressorterende toezichthouder.<sup>23</sup> Het lijkt in een dergelijk geval raadzamer om een dergelijk energiebedrijf in eerste instantie zelf aan te spreken en niet de staat. Engelhard verwacht terecht dat de leer van de positieve verplichtingen, zoals in de genoemde zaak *Pla*, juist de komende jaren van steeds groter belang kan worden, juist nu de overheid zich steeds meer uit het maatschappelijk middenveld terugtrekt. Het grijze gebied blijft hiermee in ieder geval indirect onder EHRM-supervisie staan en dit past goed in de door Verhey gesignaleerde stille Straatsburgse revolutie waar het gaat om de groeiende betekenis van het EVRM voor horizontale verhoudingen.<sup>24</sup> Daarnaast kan in bredere zin met Polak worden geconcludeerd dat het civielrechtelijke (overheids)aansprakelijkheid srecht belangrijke inspiratie ontleent aan het EVRM bij de invulling van het onrechtmatigheids criterium.<sup>25</sup>

Aan privaot- en publiekrechtjuristen de taak om de handen ineen te slaan en deze ontwikkelingen op de voet te volgen en niet al te zeer in gescheiden werelden te blijven leven. Engelhard's preadvies geeft hier een goede aanzet voor.

22 Zie P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.J. Zippo, ‘Het EVRM-kader voor invoering van *punitive damages* in mededingingszaken’, *NTBR* 2008, p. 274-286. Zij betogen op overtuigende wijze dat ook een privaatrechtelijke boete onder omstandigheden een ‘criminal charge’ in de zin van art. 6 EVRM kan zijn, met alle waarborgen van dien.

23 Engelhard spreekt mijns inziens wat al te gemakkelijk van ‘private instellingen, zoals de AFM, Nma, Consumentenautoriteit’. De (Stichting) AFM en NMa (heeft nog geen rechtspersoonlijkheid) zijn beide zelfstandige bestuursorganen, terwijl de Consumentenautoriteit vooralsnog deel uitmaakt van het Ministerie van Economische Zaken. Zie in bredere zin over aansprakelijkheid voor toezichthouders, A.A. van Rossum, ‘Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht’, en over de constitutionele inbedding van de toezichthouders, L.F.M. Verhey & N. Verheij, ‘De macht van de marktmeesters – Marktoezicht in constitutioneel perspectief’, *Preadviezen NJV*, Deventer 2005.

24 L.F.M. Verhey, ‘Horizontale werking van grondrechten: de stille Straatsburgse revolutie’, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, *Geschakeld recht* (Alkema-bundel), Deventer 2009, p. 517-535.

25 Zie nader J.E.M. Polak, ‘Het EVRM en de vordering op grond van onrechtmatige overheidsdaad’, in de zojuist aangehaalde Alkema-bundel, p. 425-437.