



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Implementatie van positieve verplichtingen uit het EVRM door de civiele en strafrechter: zo makkelijk nog niet

Gijselaar, E.C.

Citation

Gijselaar, E. C. (2024). Implementatie van positieve verplichtingen uit het EVRM door de civiele en strafrechter: zo makkelijk nog niet. *Nederlands Juristenblad*, 99(16), 1201-1211. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4105360>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4105360>

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

Implementatie van positieve verplichtingen uit het EVRM door de civiele en strafrechter

Zo makkelijk nog niet

Ellen Gijsselaar¹

Volgens het EHRM moeten verdragsstaten actief fundamentele rechten beschermen. Lang werd aangenomen dat de rechter zich hier niet over hoefde te bekommeren. Dat is inmiddels anders, bij de rechter is het besef ingedaald dat een minimumniveau van bescherming van EVRM-rechten moet worden gegarandeerd, ook en juist als de overheid het op dat gebied af laat weten. Deze bijdrage beoogt meer inzicht te geven in de uitdagingen waarmee de nationale civiele en strafrechter te maken hebben bij het vervullen van die verplichtingen. Het gaat dan om het interpreteren en toepassen van zowel nationaal recht als van EVRM-recht.

1 Inleiding

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw talloze malen aangenomen dat op de verdragsstaten verplichtingen rusten om actief fundamentele rechten te beschermen. De rechter fungeert daarbij als 'sluitstuk' van het stelsel van mensenrechtenbescherming. Hij moet ervoor zorgen dat er in de praktijk ook daadwerkelijk bescherming wordt geboden. Waar de (uitleg van) wetgeving, besluiten of beleid niet op orde is en/of ten onrechte is nagelaten om feitelijke maatregelen te nemen en/of toezicht te houden, moet de rechter ingrijpen. Lange tijd werd aangenomen dat hij zich over de impact van de zogeheten positieve verplichtingen op de rechtspraak nauwelijks hoeft te bekommeren. Dat is inmiddels wel anders. De civiele en strafrechter hebben de afgelopen jaren steeds vaker verwezen naar positieve verplichtingen uit het EVRM.² Genoemde verplichtingen zijn van toenemend belang op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht. Bij de rechter is het besef ingedaald dat een minimumniveau van grondrechtenbescherming moet worden gegarandeerd. Vaak wordt dit niveau bereikt (en gaat de rechterlijke bescherming zelfs nog een stap verder). Zo worden de verschillende bestanddelen in de strafbaarstel-

ling van moderne slavernij (artikel 273f Sr) dusdanig ruim uitgelegd dat een daadwerkelijke en effectieve bescherming kan worden geboden.³ Voor de civiele rechter fungeren open normen als doorlaatpost van fundamentele rechten.⁴ In de hitte van de rechtsstrijd worden – voor zover aanwezig – blokkades en beperkingen voor aansprakelijkheid

Auteur

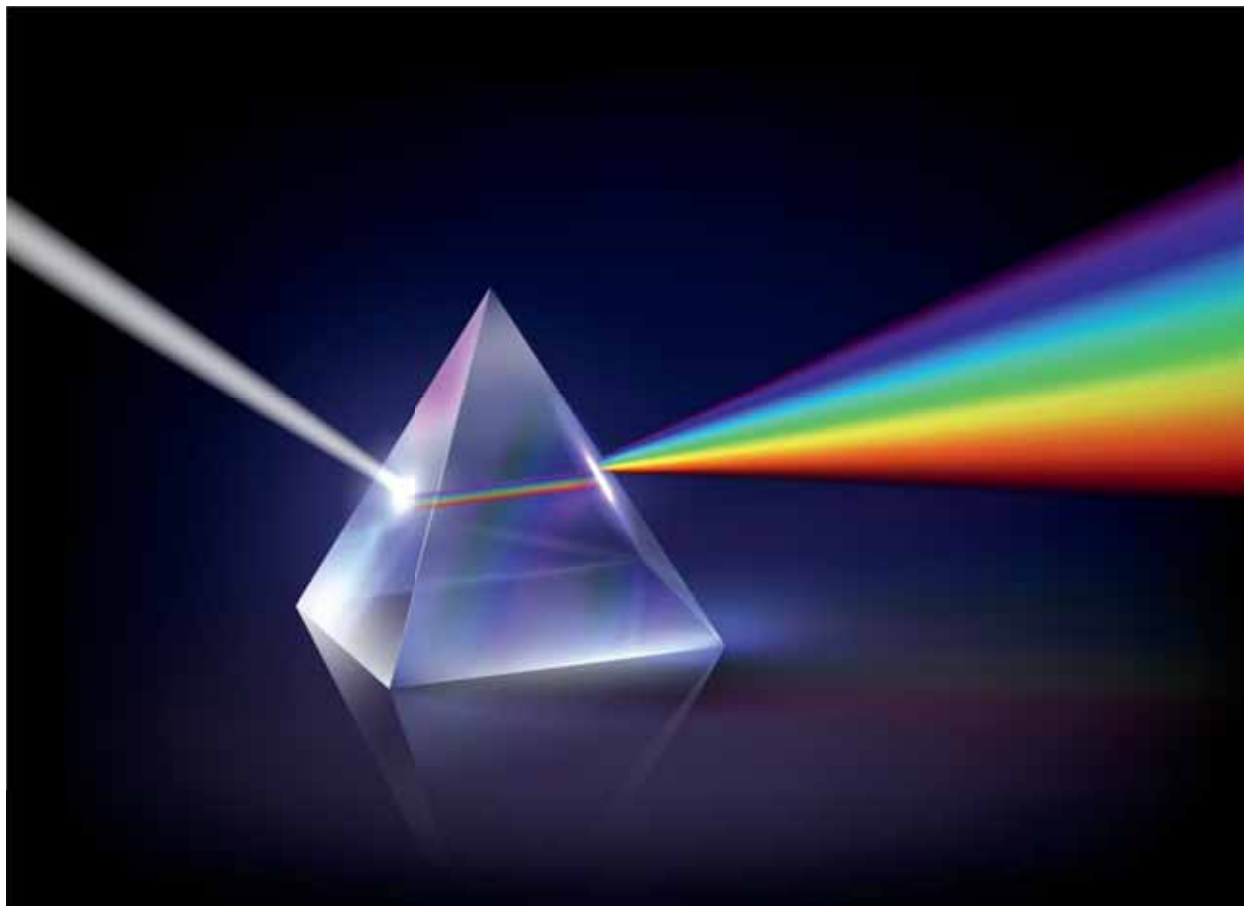
1. Mr. dr. drs. E.C. Gijsselaar is als universitair docent verbonden aan het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden. De auteur dankt mr. dr. M. Lochs voor haar commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage. Het onderzoek is afgesloten voordat het EHRM uitspraken in drie klimaatzaken heeft gedaan. Met deze uitspraken is geen rekening gehouden. Zie EHRM 9 april 2024, 39371/20 (Duarte Agostinho e.a./Portugal); EHRM 9 april 2024, 7189/21 (Carême/Frankrijk) en EHRM 9 april 2024, 53600/20 (Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a./Zwitserland). (NJB 2024/942, 941 en 940, afl. 16)

Noten

2. Een snelle zoektocht op rechtspraak.nl leert dat in 2023 in 33 en in 2022 in 50 uitspraken naar positieve verplichtingen op grond van het EVRM is verwezen. Het aantal ligt daarmee respectievelijk circa drie en vijf maal hoger dan tien jaar geleden in 2013.

3. E.C. Gijsselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid. De invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 245-250.

4. J.H. Nieuwenhuis, 'Open normen in een open samenleving. In Nederland levende rechtsovertuigingen', *Trema* 2005, p. 265.



© Shutterstock

erkend en opgeheven, althans die ruimte wordt in de rechtspraak (volop) geboden. Denk daarbij aan de relativering van het toetsingsverbod⁵ en de in de zaak over de aardbevingsschade in Groningen gecreëerde ruimte om de gevolgen van de leer van de formele rechtskracht te omzeilen.⁶

Op hoofdlijnen voldoet het systeem van rechterlijke bescherming. In het kader van mijn promotieonderzoek naar de invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse civiele overheidsaansprakelijkheidsrecht en het materiële strafrecht heb ik verschillende uitspraken bestudeerd om te bezien of, en zo ja welke, implementatieproblemen⁷ rechters ervaren. Vervolgens heb ik onderzocht wat mogelijke oplossingen zijn voor de geschetste implementatieproblemen. Ook in deze bijdrage staan genoemde vragen centraal. Daarbij heb ik rekening gehouden met de Nederlandse rechtspraak die na het afsluiten van mijn promotieonderzoek op 1 januari 2021 is verschenen. Het is mij opgevallen dat positieve verplichtingen uit het EVRM (nog) niet overal goed worden geïmplementeerd. Deze bijdrage beoogt verschillende gekozen voorbeelden te geven van (potentiële) problemen. Hieronder zal ik ingaan op deze speciale gevallen. Het gaat om

gevallen waarin op zijn minst genomen frictie met het EVRM ontstaat. In enkele gevallen wordt in mijn ogen het minimum beschermingsniveau dat het EVRM bepaalt niet verzekerd. Door voorbeelden te bespreken, wordt meer inzicht gegeven in de uitdagingen waarmee de nationale civiele en strafrechter te maken hebben bij het vervullen van positieve verplichtingen. Het gaat dan om het interpreteren en toepassen van zowel nationaal recht als van EVRM-recht. Achtereenvolgens bespreek ik implementatieproblemen in de toepassing van het nationale recht (par. 2) en potentiële misinterpretaties bij expliciete toetsing aan het EVRM (par. 3). Voordat ik tot een afronding kom, geef ik een aantal handvatten dat rechters kan helpen bij het vervullen van hun rol als hoeder van het EVRM (par. 4).

2. Implementatieproblemen in de toepassing van het nationale recht

2.1. Inleiding

Op het eerste gezicht is er geen vuiltje aan de lucht waar het om de rechterlijke interpretatie gaat. De (civiele) rechter hanteert (veelal) vergelijkbare toetsen als het EHRM.⁸ De strafrechter baseert zijn oordeel niet exclusief op het Nederlandse recht en verwijst bij de uitleg van strafbepalingen geregeld naar het EVRM en andere internationale verdragen.⁹ Laatstgenoemde verdragen vormen eveneens de basis voor het aannemen van positieve verplichtingen tot strafbaarstelling door het EHRM.¹⁰ Vergelijkbare toetsen en verwijzingen leiden echter niet per se tot een 'voldoende' eindresultaat. En dat is waar het nu in bepaalde

Voor de civiele rechter fungeren open normen als doorlaatpost van fundamentele rechten

(specifieke) gevallen misgaat of kan gaan. De rechterlijke interpretatie en toepassing van criteria blijkt in de praktijk niet altijd te (kunnen) resulteren in de door het EHRM verlangde rechtsbescherming. Er worden vier categorieën¹¹ van gevallen onderscheiden waarin de strafrechtelijke en civielrechtelijke bescherming van het EVRM niet waterdicht is en verandering aangewezen is: verouderde concepten, een (te) stringente uitleg, aanvullende criteria als 'noodrem' en toetsing op het verkeerde abstractieniveau. In die gevallen bestaat het risico dat geen effectieve mensenrechtenbescherming wordt geboden. Hierna zal afzonderlijk op deze categorieën worden ingegaan.

2.2. 'Verouderde' concepten

Problemen ontstaan allereerst wanneer in de rechtspraak nog te veel wordt uitgegaan van 'verouderde' concepten.¹² Dit kan aan effectieve bescherming in de weg staan. Meest in het oog springend is de (traditionele) uitleg van de persoonsaantasting 'op andere wijze' in de zin van artikel 6:106 lid 1 onder b (slot) BW. Om een persoonsaantasting op andere wijze aan te kunnen nemen, was lange tijd vereist dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Inmiddels kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde meebrengen dat van deze aantasting sprake is.¹³ In beginsel moet een beroep op een persoonsaantasting op andere wijze met concrete gegevens worden onderbouwd. Er zijn echter ook gevallen denkbaar waarin de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. Daarvan is echter niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.¹⁴ Dat is precies waar vanuit EVRM-bril de schoen (potentieel) wringt. In de rechtspraak van het EHRM is namelijk aangenomen dat bij bepaalde type schendingen immateriële schade *flowing from the breach* moet worden vergoed. Het gaat hier om schendingen van beschermingsverplichtingen die op grond van artikel 2, 3 en/of 8 EVRM zijn geformuleerd.¹⁵ Denk daarbij aan de verplichting om te voorzien in een wettelijk (en bestuurlijk) kader en/of om feitelijke maatregelen te treffen om te beschermen tegen risicovolle activiteiten,¹⁶ natuurrampen¹⁷ en seksueel misbruik.¹⁸ Het natio-

Het nationale recht moet ruimte bieden om schade als gevolg van het niet vervullen van de beschermingsverplichting te vergoeden. Niet alle rechters zijn zich bewust van (de gevolgen van) deze positieve verplichting

nale recht moet in die gevallen ruimte bieden om schade als gevolg van het niet vervullen van de beschermingsverplichting te vergoeden. Het gaat dan om schade als gevolg van leed, angst, verdriet en/of spanning.

Niet alle rechters zijn zich bewust van (de gevolgen van) deze positieve verplichting. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. In een zaak die voormalige ambtenaren van het Ministerie van Defensie aanhangig hebben gemaakt, is een schending vastgesteld van de op het Ministerie van Defensie rustende informatieplicht. Als gevolg daarvan hebben ambtenaren geen maatregelen kunnen nemen tegen het gevaar van chroom-6 waaraan zij werden blootgesteld. Wanneer wordt aangenomen dat hier sprake is van een schending van een beschermingsverplichting op grond van artikel 2 en/of 8 EVRM,¹⁹ dan dient op grond van de rechtspraak van het EHRM een vergoeding van de immateriële schade tot de mogelijkheden te behoren. Als geen ziekte en/of aandoening aan het licht is gekomen, bestaat de schade 'enkel' uit angstschade of schade als gevolg van verdriet of spanningen. Een redenering van de nationale rechter dat niet valt 'in te zien op welke wijze het niet informeren over de blootstelling aan chroom-6 leidt tot angst'²⁰ is bij deze groep te kort door de bocht.²¹ Als geen ruimte wordt geboden om schade als gevolg van leed, angst, verdriet en/of spanningen te vergoeden, lijkt – als gezegd – sprake te zijn van een schending van het EVRM.²² De vordering geënt op het niet-

5. Zie bijvoorbeeld HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493 (*Wet herstructurering varkenshouderij*); HR 18 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:917 (*Hondenbelasting*), r.o. 4.2.1; HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723 (*Gemiste vakantie*), r.o. 3.4.2l.

6. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbevingschade Groningen*), r.o. 2.8.5-2.8.6.

7. Met de term 'implementatie' wordt bedoeld op het vervullen van de positieve verplichtingen.

8. Gijselaar 2021, p. 155-163.

9. Zie bijvoorbeeld HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099 (*Chinese horeca*), r.o. 2.3.2.

10. Gijselaar 2021, p. 276.

11. De eerste twee categorieën zijn overgenomen uit mijn proefschrift. Vgl. Gijselaar 2021, p. 349-351. Nieuw zijn de laatste twee categorieën.

12. Gijselaar 2021, p. 349-350.

13. HR 15 maart 2019,

ECLI:NL:HR:2019:376 (*EBI*), r.o. 4.2.1.

14. HR 15 maart 2019,

ECLI:NL:HR:2019:376 (*EBI*), r.o. 4.2.2.

15. Gijselaar 2021, p. 207-208 onder verwijzing naar onder andere EHRM 3 april 2001, 27229/95 (*Keenan/VK*), r.o. 130; en EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 59, 60 en 62.

16. Zie bijvoorbeeld EHRM 30 november

2004, 48939/99 (*Öneryıldiz/Turkije*), r.o. 147.

17. EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 191.

18. Zie bijvoorbeeld EHRM 26 november 2002, 33218/96 (*E. e.a./VK*), r.o. 110; EHRM 10 mei 2001, 29392/95 (*Z. e.a./VK*), r.o. 109; EHRM 28 januari 2014, 35810/09 (*O'Keefe/Ierland*), r.o. 115.

19. Vgl. EHRM 24 juli 2014, 60908/11 e.a. (*Brincat e.a./Malta*), r.o. 59, 60 en 62. In deze zaak oordeelde het EHRM dat Malta ten onrechte heeft nagelaten om de noodzakelijke informatie te verstrekken aan de werknemers van een scheepswerf die waren blootgesteld aan asbest.

20. Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2020,

ECLI:NL:GHSHE:2020:871 (*Chroom 6*), r.o. 7.2.8.

21. Gijselaar 2021, p. 225-226.

22. Datzelfde geldt voor nabestaanden.

Ook hier gaat het nog wel eens mis in de praktijk. Zo overweegt het Hof Den Haag in een arrest van 5 november 2019 dat appellanten onvoldoende hebben onderbouwd dat de plotselinge tragische dood van A bij hen 'behalve leed en verdriet ook een ernstig trauma, wanhoop of angst heeft veroorzaakt'. Vgl. Hof Den Haag 5 november 2019,

ECLI:NL:GHDHA:2019:2929 (*Steekincident*), r.o. 37. Zie hierover meer uitgebreid Gijselaar 2021, p. 228.

informereren moet naar mijn mening niet te letterlijk worden opgevat. Het gaat niet om schade als gevolg van het zuiver niet-informereren, maar om schade als gevolg van het niet-ervullen van de (breder) beschermingsverplichting op grond van het EVRM.

Verouderde concepten zijn ook te vinden in het strafrecht. In de Nederlandse strafrechtelijke literatuur is reeds vele malen gewezen op de tekortschietende strafrechtelijke bescherming tegen seksueel geweld als gevolg van het centraal staan van het dwingen van de ander. Beslissend is daarbij onder meer of sprake is van (opzet op de) onvermijdbaarheid. Hierbij gaat het in de woorden van de Hoge Raad om handelingen waaraan het slachtoffer zich naar redelijke verwachting niet heeft kunnen onttrekken.²³ Deze uitleg kan aan de door het EHRM vereiste strafrechtelijke bescherming tegen verkrachting en andere *non-consensual sexual acts* in de weg staan. Het risico bestaat dat gedragingen onbestraft blijven, terwijl het EHRM wel een verplichting tot strafbaarstelling heeft geformuleerd.²⁴ De afwezigheid van verzet zal, vooral in geval van moeilijk voorstelbare gevoelens van angst, *de facto* een barrière tegen het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid opwerpen.²⁵ Bovendien is in het geval wanneer slachtoffers niet in staat zijn om zich te verzetten (*frozen fright*) moeilijk om te bewijzen dat sprake is geweest van 'dwingen'. Er kan dan namelijk twijfel rijzen over de mate waarin het slachtoffer het gevolg kon vermijden.²⁶ Daarnaast kan het lastig zijn om verdachtes opzet daarop te bewijzen.²⁷ De Hoge Raad heeft aangenomen dat ook sprake kan zijn van dwang 'als de betrokkene zich door het onverhoedse van het handelen van de verdachte daartegen niet heeft kunnen verzetten'.²⁸ Ik zie hierin slechts een gedeeltelijke oplossing. Gewenste seksuele handelingen kunnen worden opgevolgd door ongewenst seksueel gedrag, zoals verdergaande handelingen of handelingen van een andere aard. Ook dan kan het slachtoffer in staat van *frozen fright* raken. Het is de vraag of het onverhoedse karakter van dergelijke gedragingen kan (en zal) worden aangenomen. De Wet seksuele misdrijven biedt uitkomst voor dit probleem.²⁹ Na implementatie van deze wet is het uitgangspunt voor strafrechtelijke aansprakelijkheid niet langer dwang of verzet, maar onvrijwilligheid bij de ander.³⁰ Daarmee wordt aansluiting gezocht bij het door Verdrag van Istanbul gekozen consentmodel.³¹ De wetgever gaat in de toelichting op specifieke artikelen opvallend voorbij aan het EVRM.

2.3. Stringente uitleg

Wanneer stringente voorwaarden voor aansprakelijkheid worden gesteld, kan de rechtspraak eveneens in de gevaarzone komen.³² Simpelweg omdat in dat geval het risico aanwezig is dat geen aansprakelijkheid wordt aangenomen, terwijl dat op grond van het EVRM wel wordt vereist. Een voorbeeld uit de praktijk van mensenhandel is *Chinese horeca*. In deze zaak werd door het Hof Den Bosch vereist dat *doelbewust* misbruik moet zijn gemaakt van de zwakkere of kwetsbare positie van het slachtoffer.³³ Daarmee werd een verdergaand initiatief en actief handelen van de verdachte vereist dan tot uitdrukking komt in zowel de door de wet in artikel 273f Sr als het Palermo Protocol gebezigde termen 'werft, vervoert, overbrengt, huisvest of opneemt'. Bij het laatstgenoemde protocol

Met enige regelmaat worden in de rechtspraak extra eisen aan de delictsbestanddelen gesteld

zoekt het EHRM aansluiting.³⁴ Het wekt dan ook geen verbazing dat de Hoge Raad het Hof Den Bosch heeft teruggefloten.³⁵

Uit onderzoek inzake mensenhandel volgt dat het hier niet om een *Einzelfall* gaat. Met enige regelmaat worden in de rechtspraak extra eisen aan de delictsbestanddelen gesteld.³⁶ Een voorbeeld van een extra eis kan worden gevonden in een arrest van het Hof Amsterdam van 28 juni 2021. Het hof verlangt naast de bestanddelen van de delictomschrijving dat sprake is van 'schending van fundamentele rechten' van de kinderen.³⁷ In andere uitspraken wordt in aanvulling op de delictsbestanddelen vereist dat sprake is van een inbreuk op de lichamelijke en psychische integriteit en persoonlijke vrijheid.³⁸ Als maatstaf duikt ook op dat het om 'excessief arbeidsgerelateerd misbruik' of 'een excessieve situatie' moet gaan.³⁹ Dergelijke eisen, in het bijzonder het nader gestelde vereiste van een excessieve situatie, kunnen volgens een recent arrest van de Hoge Raad niet door de beugel.⁴⁰

De onderzoekers merken op dat de wijze waarop de rechter de extra criteria toepast mogelijk een schending van artikel 4 EVRM oplevert.⁴¹ Op basis van de door onderzoekers aangehaalde voorbeelden ben ik hier (nog) niet van overtuigd. De constatering dat het EHRM het niet toestaat om extra delictsbestanddelen toe te voegen in de jurisprudentie strookt niet met mijn eigen bevindingen. De beschreven praktijk in mensenhandelzaken wijkt af van de door onderzoekers aangehaalde praktijk in *M.C./Bulgarije* waarin het om (potentieel) beperkende bestanddelen (fysieke weerstand en fysieke kracht) ging die een risico inhouden dat bepaalde vormen van verkrachting onbestraft blijven zodat de seksuele autonomie van het individu niet effectief wordt beschermd.⁴² Het vereiste dat het slachtoffer fysieke weerstand heeft geboden om verkrachting aan te kunnen nemen, kan naar het oordeel van het EHRM inderdaad niet door de beugel. Dat ligt anders voor fysieke kracht. Ongeacht de specifieke formulering die door de wetgever is gekozen, wordt de vervolging van niet-vrijwillige seksuele handelingen in een aantal landen in de praktijk gezocht door middel van interpretatie van delictsbestanddelen als 'coercion', 'violence', 'duress', 'threat', 'ruse' en 'surprise'. Beslissend lijkt dus te zijn welke betekenis wordt gegeven aan wettelijke termen als 'force' of 'threats'. Ik verwacht dat het EHRM ook bij mensenhandel zal beoordelen of de extra eisen op een dusdanige wijze worden geïnterpreteerd dat zij voldoende ruimte laten voor strafrechtelijke bescherming. In de Nederlandse rechtspraak lijkt verder te worden gegaan dan strikt genomen vereist is op grond van artikel 4 EVRM.⁴³ Wel kunnen de aanvullende vereisten in mensenhandelzaken op gespannen komen te staan met de in Nederland *gewenste* bescherming.⁴⁴ Wellicht een te restrictieve interpretatie dus, maar (vooralsnog) niet vanuit EVRM-oogpunt.

Een tweede (civielrechtelijk) voorbeeld is de toets die door de Hoge Raad in *Asbestziekte* wordt toegepast. In dit arrest hanteert de Hoge Raad een *Kelderluik*-achtige redenering om na te gaan of sprake is van een falen aan de zijde van de Staat om concreet toezicht te houden op de naleving van het asbestverbod. Van onrechtmatig handelen kan 'met name sprake zijn indien de schade van de werknemer in een concreet geval voor de Arbeidsinspectie voorzienbaar was en haar in redelijkheid had moeten nopen tot het nemen van maatregelen waarmee de overtreding die heeft geleid tot die schade, zou zijn voorkomen', zo overweegt de Hoge Raad.⁴⁵ Deze overweging komt niet overeen met het toetsingskader van het EVRM. Naar Europees recht is namelijk uitdrukkelijk niet vereist dat de maatregelen ook daadwerkelijk effect (kunnen) sorteren.⁴⁶ Een dergelijk strikt vereiste, indien daadwerkelijk beoogd, verhoudt zich dan ook niet tot de vereisten die het EHRM stelt.

2.4. Aanvullende criteria als noodrem

Ook los van het gebruik van concepten, criteria en/of factoren door de rechter in het specifieke geval, kan het misgaan. Dat is het geval wanneer een aanvullend criterium door de rechter als noodrem tegen te vergaande overheidsaansprakelijkheid wordt gebruikt. Al eerder wees ik op algemene financiële overwegingen van de nationale rechter waarin de financiële middelen waarmee de overheid moet opereren, relevant worden geacht voor het vaststellen van aansprakelijkheid.⁴⁷ Het gaat dan niet om wel

door het EHRM gebillijkt bezwaarlijkheidsoverwegingen in de context van de *Kelderluik*-factor 'bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen', waarbij het om min of meer objectief vast te stellen kosten, tijd en moeite van het nemen van voorzorgsmaatregelen gaat. De financiële middelen die het overheidslichaam in het algemeen ten dienste staan voor het nakomen van verplichtingen

Het kan misgaan wanneer een aanvullend criterium door de rechter als noodrem tegen te vergaande overheidsaansprakelijkheid wordt gebruikt

worden onder ogen gezien. Van een overheidslichaam mag niet meer dan het redelijke worden verwacht.⁴⁸ Een dergelijke overweging is terug te vinden in het arrest over de (opstal)aansprakelijkheid (artikel 6:174 BW) van het hoogheemraadschap voor de verschuiving van de kade in Wilnis.⁴⁹ De waterbeheerder heeft geen onbeperkte middelen en kan niet worden geacht alle gevaren te voorkomen,

23. HR 2 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5725 (*Naakte massage door stiefvader*), r.o. 2.6.

24. Gijsselaar 2021, p. 261-262 onder verwijzing naar onder andere 9 EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 166.

25. K. Lindenberg, annotatie bij EHRM 24 mei 2016, 36934/08, *EHRC* 2016/175 (*I.C./Roemenië*), par. 13.

26. R.S.B. Kool, 'Verantwoorde seks. Een oriëntatie op de strafbaarstelling van verkrachting', in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden, liber amicorum Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 227-228; K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in: J. Gerards & C. Sieburgh, *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 520-521.

27. Voor kwetsbare slachtoffers luisteren de geschetste situaties nog nauwer. Rechters dienen het bestanddeel dwingen op een dusdanige wijze te interpreteren dat er sprake is van een kind- en/of kwetsbare-specifieke benadering. Zie hierover Gijsselaar 2021, p. 264 e.v. In de rechtspraak zijn uitspraken te vinden waarin de rechter een dergelijke benadering hanteert. Vgl. HR 14

juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:865, r.o. 2.5 en HR 27 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:220.

28. Zie HR 15 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:842 (*Sportmasseur*), r.o. 2.4.

29. Dat neemt overigens niet weg dat ook een consentmodel zijn beperkingen kent. De uiterlijke verschijningsvorm van *frozen fright* kan zo zijn dat zelfs de onvrijwilligheid een bewijsrechtelijk twistpunt is. Zie met betrekking tot een slaapdronken slachtoffer: HR 5 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1701, r.o. 2.4.

30. *Kamerstukken II* 2022/23, 36222, nr. 3, p. 77.

31. Verdrag van 11 mei 2011, *Trb.* 2012, 233 en Rijkswet van 24 juni 2015, *Stb.* 2015, 409.

32. Gijsselaar 2021, p. 350-351.

33. Hof Den Bosch 30 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3000 (*Chinese horeca*).

34. EHRM 7 januari 2010, 25965/04 (*Rantsev/Cyprus & Rusland*), r.o. 282.

35. HR 27 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7099 (*Chinese horeca*), r.o. 2.5.2.

36. C. Rijken & E. de Volder, *Arbeidsuitbuiting onder de loep. Een analyse van de uitleg van arbeidsuitbuiting in Nederland*,

Tilburg, 2022, p. 32-35. Vgl. ook M. van Meeteren & N. Heideman 'Taking stock of labour trafficking in the Netherlands', *Archives of Criminology* 2021, afl. 1, p. 162-163; M. van Meeteren & A.L.M. Schaap, 'De strafrechtelijke aanpak van hedendaagse vormen van slavernij in internationale productieketens', *JV* 2023, p. 97.

37. Hof Amsterdam 28 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1867.

38. C. Rijken & E. de Volder 2022, p. 9-10 onder verwijzing naar verschillende uitspraken, waaronder Hof Amsterdam 29 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3143 (*Chinese kok*).

39. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2256; en Hof Amsterdam 9 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3903 (*Au pairs*).

40. HR 13 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:156 (*Au pairs*), r.o. 2.5.2.

41. C. Rijken & E. de Volder 2022, p. 41 onder verwijzing naar EHRM 4 december 2003, 39272/98 (*M.C./Bulgarije*), r.o. 156-166 en 170-174.

42. Zie hierover meer uitgebreid Gijsselaar 2021, p. 201-202.

43. Gijsselaar 2021, p. 248.

44. Vermeldenswaardig is de ophanden

zijnde modernisering van de strafbaarstelling van mensenhandel. Met deze modernisering zal de strafrechtelijke aansprakelijkheid op onderdelen worden verruimd. In het bijzonder valt te denken aan gevallen van ernstige arbeidsomstandigheden waarin naar het oordeel van de rechter de bewijsdrempel voor arbeidsuitbuiting (net) niet wordt gehaald. Vgl. *Kamerstukken II* 2022/23, 28638, nr. 213, p. 3.

45. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987 (*Asbestziekte*), r.o. 3.4.4.

46. Gijsselaar 2021, p. 53-54 en 174. Het EHRM hanteert het *Osman*-criterium. Zie hierover par. 3.2.

47. E.C. Gijsselaar, 'Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?', *NTM* 2016, afl. 2, p. 186-187. Zie ook J.J. Jacobse & R.M. Pieterse, 'Zorgen en plichten; een analyse van de jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid voor schade door wateroverlast', *O&A* 2017/91, p. 202-203.

48. T. Hartlief, annotatie bij HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155 (*Wilnis*).

49. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236 (*Wilnis*), r.o. 4.4.3.

zo lijkt de gedachte te zijn. Wanneer het om een artikel 2 en/of 8 EVRM-situatie gaat, staat een dergelijke overweging op gespannen voet met verdragsverplichtingen. De verantwoordelijke autoriteiten kunnen zich naar verwachting niet met succes beroepen op een tekort aan financiële middelen die hun ten dienste staan. Beleidsmatige keuzes worden vooralsnog enkel en alleen in ogenschouwing genomen bij de invulling van de genoemde bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen. Het ligt niet voor de hand dat de financiële middelen hierbuiten door het EHRM worden betrokken. Ook in andere zaken van het EHRM, zoals redelijketermijnzaken, speelt het financiële argument geen rol.⁵⁰

Naast relevant geachte middelen kunnen ook relativiteitsachtige redeneringen worden gebruikt om aansprakelijkheid buiten de deur te houden. Een voorbeeld van een zaak waarin een dergelijke redenering als barrière wordt opgeworpen, is een zaak over het doden van gedetineerde A door medegedetineerde X. In deze zaak heeft het Gerechtshof Den Haag geoordeeld dat geen passende maatregelen zijn getroffen om de veiligheidsrisico's voor medegedetineerden te voorkomen. Voor vergoeding van schade aan de nabestaanden ziet het hof echter geen ruimte. De dood van A zou in de eerste plaats het gevolg van de onrechtmatige daad van X zijn. Daarmee is artikel 2 EVRM naar het oordeel van het hof jegens de overledene geschonden en niet jegens de nabestaanden.⁵¹ Het hof ziet daarmee echter over het hoofd dat compensatie voor immateriële schade in een dergelijk geval op grond van het EVRM beschikbaar dient te zijn.⁵²

2.5. Toetsing op verkeerd abstractieniveau

Minder in het oog springend, maar daarmee niet minder relevant, is het risico dat de rechterlijke toetsing op het verkeerde niveau plaatsvindt.⁵³ De rechterlijke toetsing beperkt zich tot een beoordeling van een in het leven geroepen gevaar, terwijl een toetsing van de afweging van belangen mogelijk tot een ander eindoordeel leidt. Zo werd in *Q-koorts* enkel aan de hand van de *Kelderluik*-factoren getoetst of (al dan niet bij ministeriële regeling) specifieke maatregelen getroffen hadden moeten worden. Het gaat om bronopsporing, de meldplicht, maatregelen met betrekking tot hygiëne, mest en vervoer, de tankmelktest, vaccinatie, het fokverbod en het ruimen. Vervolgens werd uit een negatief antwoord op die vraag afgeleid dat het dus ook niet noodzakelijk was om ten behoeve van het invoeren van deze maatregel *Q-koorts* aan te wijzen als besmettelijke dierziekte.⁵⁴ Hiermee miskent de rechtbank in mijn ogen (wellicht ingegeven door de wijze van procesvoering) dat er dan nog steeds sprake kan zijn van een regelgevingsfalen op een hoger abstractieniveau. De vraag of er, gelet op de aanwezige kennis over het bestaan van een levensbedreigende of gezondheidsbedreigende situatie in het algemeen, niet eerder had moeten worden overgegaan tot het toepasselijk maken van het wettelijk kader (waaronder de in de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren neergelegde meldplichten en het verplaatsingsverbod) door *Q-koorts* als besmettelijke dierziekte aan te wijzen is daarmee namelijk nog niet beantwoord. Deze kennis kan aan de totstandkomingsgeschiedenis, resultaten van wetenschappelijk onderzoek, voorlichting van deskundigen, klachten en/of meldingen en documen-

ten van internationale organisaties worden ontleend. De *Kelderluik*-factoren zijn niet geschikt (en ook niet bedoeld) voor een afweging op dit abstractieniveau. Hier was en is een expliciete toetsing van de gemaakte belangenafweging aangewezen, los van concrete maatregelen. Op die wijze had beoordeeld kunnen worden of het belang van melkgeiten- en melkschapenhouders ten onrechte leidend was.⁵⁵

Inspiratie voor de toetsing van een gemaakte belangenafweging kan worden opgedaan in de recente zaak van de Rechtbank Den Haag over stankoverlast als gevolg van intensieve veehouderijen. De rechtbank overweegt dat de Staat 'de vergunningverstrekkende lagere overheden door te ruime wettelijke normen in de positie heeft geplaatst'

De Kelderluik-factoren zijn niet geschikt (en ook niet bedoeld) voor een afweging op dit abstractieniveau. Hier was en is een expliciete toetsing van de gemaakte belangenafweging aangewezen

waarin zij ten koste van bewoners 'vergunningen mogen of moeten verstrekken die een te zware wissel trekken op de gezondheid van die individuen'. Met de Wet geurhinder en veehouderij (Wgv) is 'de balans tussen de belangen van deze bewoners en de belangen van de intensieve veehouderij' zoekgeraakt, zo oordeelt de rechtbank.⁵⁶ Niet gezegd is dat in *Q-koorts* eveneens tot een dergelijke conclusie gekomen had moeten worden, maar op zijn minst had getoetst kunnen worden of de belangenafweging om *Q-koorts* aan te wijzen als besmettelijke dierziekte anders had moeten uitvallen.

3. EVRM als (geïntegreerd) toetsingskader: potentiële misinterpretaties

3.1. Inleiding

Bij toepassing van het nationale recht bestaat – zoals we hiervoor hebben gezien – het risico dat tot uitkomsten wordt gekomen die niet EVRM-*proof* zijn. Voor de civiele rechter is het mogelijk om bij het beoordelen van de (on)rechtmatigheid expliciet aan het EVRM te toetsen. Voordeel hiervan is dat de kans groter is dat de rechter zich bewust is van het risico en daarop anticipeert. Ook is er in dat geval minder kans dat de EVRM-rechten buiten de belangenafweging worden gelaten. In de rechtspraak ben ik in het kader van mijn promotieonderzoek twee manieren tegengekomen waarop expliciete toetsing plaatsvindt: (1) toetsing of is voldaan aan de minimumvereisten van het EVRM nadat is getoetst aan de traditionele

kaders.⁵⁷ en (2) rechtstreekse toetsing aan uit het EVRM voortvloeiende zorgplichten.⁵⁸ Bij beide toepassingswijzen dient de rechter uit te gaan van de uitleg die het EHRM aan de desbetreffende EVRM-artikelen heeft gegeven en/of dient hij zelf artikelen uit te leggen met toepassing van de uitlegmaatstaven die het EHRM hanteert. Een voorbeeld van een zaak waarin de Hoge Raad de criteria die het EHRM hanteert, nauwgezet ter harte neemt, is *Mothers of Sebrenica*.⁵⁹ Niet in alle gevallen komt het EVRM-kader echter goed uit de verf. Dat kan resulteren in een onjuiste toepassing van het EVRM, met alle (mogelijke) gevolgen van dien. Ik wijs alleen al op het risico dat het niveau van mensenrechtenbescherming niet wordt behaald. Maar een zorgvuldige toepassing van EVRM-recht is ook van belang voor het gezag en het maatschappelijk draagvlak van rechterlijke uitspraken, zeker waar het om zaken die veel ophef veroorzaken gaat. Hierna komen twee verschillende categorieën van (potentiële) misinterpretaties in de rechtspraak aan de orde, namelijk geen onderscheid in compartimenten (par. 3.2) en tussen verschillende typen positieve verplichtingen (par. 3.3).⁶⁰

3.2. Geen onderscheid tussen compartimenten

In de rechtspraak van het EHRM kunnen twee compartimenten worden onderscheiden.⁶¹ Het eerste compartiment

Naast het door elkaar gebruiken van verschillende toetsen, worden in de rechtspraak vereisten gesteld die niet van toepassing zijn in het desbetreffende compartiment

omvat zaken die onder het toepassingsbereik van artikel 2, 3, 4, 5 en 8 (waar het gaat om lichamelijke en geestelijke integriteit en risicovolle activiteiten) EVRM vallen. In dit compartiment stelt het EHRM verdergaande eisen aan het wettelijk en bestuurlijk kader. Zo dient te worden voorzien in regelgeving met betrekking tot vergunningverlening voor, de start van, de werking van, de veiligheid van en het toezicht op de activiteiten.⁶² Ook moeten de autoriteiten worden verplicht om feitelijke maatregelen te nemen ter bescherming van burgers. Deze verplichting wordt door het EHRM aangenomen indien de autoriteiten kennis hebben of hadden behoren te hebben van een reëel en onmiddellijk risico voor een identificeerbare persoon of groep personen (het zogenoemde *Osman*-criterium).⁶³

Het tweede compartiment dekt artikel 8 en artikel 1 Protocol 1 EVRM. Het komt binnen dit compartiment aan op de vraag of een *fair balance* is getroffen tussen de betrokken individuele belangen enerzijds en de maatschappelijke belangen anderzijds.⁶⁴ Bij deze beoordeling wordt onder andere gekeken naar de aan- of afwezigheid van een wettelijk en bestuurlijk kader en of feitelijke maatregelen zijn genomen. Een dergelijke toets wordt bijvoorbeeld in zaken onder artikel 8 EVRM over luchtvervuiling uitgevoerd.⁶⁵

In de Nederlandse rechtspraak wordt niet altijd een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de twee genoemde compartimenten (risicovolle activiteiten versus omgevingsgerelateerde zaken) die in de rechtspraak van het EHRM zijn terug te vinden.⁶⁶ Dat kan er allereerst in resulteren dat toetsen door elkaar worden gebruikt. Zo wordt in de zaak over de aardbevings schade een met het *Osman*-criterium te vergelijken maatstaf aangehaald om vervolgens te wijzen op een ruime beoordelingsvrijheid die de Staat zou hebben en de *fair balance* die getroffen moet worden tussen de belangen van de individuele burgers en die van de gemeenschap.⁶⁷ Genoemde jurisprudentielijnen zijn moeilijk met elkaar te rijmen. Zij moeten naar mijn mening niet door elkaar worden gebruikt, alleen al omdat bij de *fair balance*-test niet alleen de

50. Genoemde zaken hebben betrekking op de verplichting om het juridische systeem dusdanig in te richten dat procedures binnen een redelijke termijn worden afgewikkeld. Zie D.J. Harris e.a., *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 281-282. Vgl. ook J.J. Jacobse & R.M. Pieterse, 'Zorgen en plichten; een analyse van de jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid voor schade door wateroverlast', *O&A* 2017/91, p. 203; P.S. Bakker, 'Tbs en Curaçao. Zon, zee en zorgplichten', *NJB* 2020/643, p. 696-697.

51. Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929 (*Steekincident*), r.o. 37. Het gaat hier om de verplichting om feitelijke maatregelen te nemen om te voorkomen dat personen tijdens detentie

of opname door geweld komen te overlijden. Vgl. EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul & Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 56 en 57-64.

52. Gijselaar 2021, p. 208 en 228.

53. Zie hierover Gijselaar 2021, p. 151-153.

54. Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587 (*Q-koorts*), r.o. 5.59, 5.63, 5.80, 5.94 en 5.108.

55. Zie over *regulatory failures* E. de Jong & M. Faure, 'De autonomie van het civiele recht en het strafrecht bij normstelling voor ernstige risico's voor de fysieke leefomgeving', *NJB* 2022/864, p. 1032 e.v.

56. Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119 (*Stankoverlast*), r.o. 4.21. Anders dan Sanderink zie ik hier geen ruimte om aansluiting te zoeken bij de in *Jugheli/Georgië* geformuleerde verplichting om te voorzien in een wettelijk

kader dat in het geval van *dangerous activities* in het leven dien te worden geroepen.

Het gaat hier om een wezenlijk andere activiteit (uitbaten van een veehouderij versus de exploitatie van een elektriciteitscentrale). Zie EHRM 13 juli 2017, 38342/05 (*Jugheli e.a./Georgië*), r.o. 75. Vgl. Sande-rink, annotatie bij Rb. Den Haag 14 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9119, *JB* 2023/3 (*Stankoverlast*).

57. Zie bijvoorbeeld HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*), r.o. 2.7.8-2.7.13.

58. Zie bijvoorbeeld HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5. Vgl. Gijselaar 2021, p. 180-182.

59. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (*Mothers of Sebrenica*), r.o. 4.2.3-4.2.5.

60. Ook deze categorieën zijn overgenomen uit mijn proefschrift. Vgl. Gijselaar

2021, p. 182-185.

61. Deze en de volgende paragraaf zijn ontleend aan Gijselaar 2021, p. 340-341.

62. EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldiz/Turkije*), r.o. 90; EHRM 20 maart 2008, 15339/02 e.a. (*Budayeva e.a./Rusland*), r.o. 129-132.

63. EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), r.o. 116; Zie bijvoorbeeld EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldiz/Turkije*), r.o. 93.

64. Zie voor een recente toepassing door de Nederlandse rechter: Rb. Den Haag 20 maart 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:3734 (*Schiphol*), r.o. 6.3 e.v.

65. EHRM 13 juli 2017, 38342/05 (*Jugheli e.a./Georgië*), r.o. 75-78.

66. Gijselaar 2021, p. 182-184.

67. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*), r.o. 2.7.9-2.7.10.

Wanneer de Hoge Raad de toetsing hetzelfde zou hebben ingericht als het EHRM zou als eerste zijn ingegaan op het wettelijke kader en beleidskader. Dit maakt ingewikkelde discussies over het vereiste van de identificeerbaarheid en de onmiddellijkheid van het gevaar overbodig

belangen van de Staat zelf in de zin van *operational choices* en *priorities and resources*, maar ook economische en andere algemene belangen in acht moeten worden genomen.⁶⁸ Een risico van het hanteren van deze test is dat het belang van een veilige fysieke leefomgeving te veel naar de achtergrond verdwijnt. En dat is precies waar het naar het oordeel van de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OvV) in de besluitvorming over de exploitatie van het Groningerveld (tot 2013) misging. Lange tijd werd het veiligheidsrisico voor de bevolking als verwaarloosbaar beschouwd.⁶⁹ Door de zaak vanuit het risicovolle activiteitencompartiment te beoordelen, wordt de focus verlegd van de vraag of op nationaal niveau een redelijke afweging is gemaakt tussen verschillende (waaronder financiële) belangen (onder meer) naar in hoeverre sprake is van (kennis van) een *real and immediate risk* en of maatregelen zijn genomen die naar redelijke verwachting tot afwending van het risico leiden.

Naast het door elkaar gebruiken van verschillende toetsen, worden in de rechtspraak vereisten gesteld die niet van toepassing zijn in het desbetreffende compartiment. Dit kan eveneens aan de hand van *Gaswinning Groningen* worden geïllustreerd. In deze zaak wijst de Hoge Raad namelijk op de positieve verplichtingen om op grond van artikel 2 EVRM een wettelijk kader in het leven te roepen en feitelijke maatregelen te nemen. In de context van artikel 8 EVRM wordt overgestapt naar het compartiment van de omgevingsgerelateerde zaken. Beschreven wordt wanneer overlast een *minimum level* heeft bereikt.⁷⁰ Dit niveau wordt onder andere vastgesteld aan de hand van de intensiteit en duur van de overlast, en de fysieke en mentale effecten op de gezondheid en kwaliteit van leven van het individu, zo overweegt de Hoge Raad.⁷¹ Ook het algemene milieukader moet worden betrokken.⁷² Alleen wanneer sprake is van voldoende ernstige overlast is artikel 8 EVRM van toepassing. Anders dan in omgevingsgerelateerde zaken, wordt een *minimum level* bij risicovolle activiteiten echter in het geheel niet gesteld. Indien een individueel belang binnen het bereik van artikel 8 EVRM valt, neemt het EHRM automatisch aan dat sprake is van een voldoende ernstige aantasting.⁷³ Alhoewel het aanvullende vereiste in de specifieke context van gaswinning geen belemmeringen hoeft op te leveren, kan dat in andere zaken anders liggen. In klimaatzaken kan het stellen van een aanvullende vereiste in de vorm van een *minimum level* bijvoorbeeld aan aansprakelijkheid in de weg staan omdat de zeer schadelijke gevolgen zich in de toekomst voordoen.

3.3. Geen onderscheid tussen verschillende typen van positieve verplichtingen

Een tweede categorie van (potentiële) misinterpretaties doet zich voor wanneer de door het EHRM onderscheiden typen van positieve verplichtingen en de daarbij behorende toetsingscriteria niet goed worden onderscheiden.⁷⁴ Het gaat meer specifiek om het onderscheid tussen de verplichting om te voorzien in een wettelijk en bestuurlijk kader versus de verplichting om feitelijke maatregelen te treffen. Wanneer deze typen van positieve verplichtingen niet worden onderscheiden, kan dit leiden tot toepassing van het verkeerde toetsingskader. In *Urgenda* wordt door de Hoge Raad bijvoorbeeld gewezen op de verplichting om op grond van het EVRM 'preventief maatregelen' te nemen zodra sprake is van een *real and immediate risk*.⁷⁵ Vervolgens wordt een sprong gemaakt naar de toetsing van het beleid dat de Staat 'bij het nemen van maatregelen voert'.⁷⁶ Hierbij wordt echter niet vermeld dat voor dit type overheidsfalen een ander toetsingskader geldt. In dat geval dient getoetst te worden of de (verdrags)staat wist of behoorde te weten van de (dreigende) inbreuk op de door artikel 2 en/of 8 EVRM beschermde rechten. Het gaat hier om het niveau van kennis over de desbetreffende (dreigende) inbreuk dat aan de zijde van de (verdrags)staat geacht wordt aanwezig te zijn en niet om kennis over de dreigende inbreuk in een concrete situatie. Ook hoeft niet te worden aangetoond dat sprake is van een identificeerbare groep personen in een concrete situatie. Wanneer de Hoge Raad de toetsing hetzelfde zou hebben ingericht als het EHRM zou – aan de hand van interpretatiemethoden die het Hof zelf gebruikt – als eerste zijn ingegaan op het wettelijke kader en beleidskader. Dit maakt ingewikkelde discussies over het vereiste van de identificeerbaarheid en de onmiddellijkheid van het gevaar overbodig. Deze vereisten komen pas aan de orde wanneer wordt afgedaald op het niveau van concrete feitelijke maatregelen.

4. Ruimte voor verbetering

4.1. Introductie

In de voorgaande paragrafen is een overzicht gegeven van (potentiële) gaten in de rechtsbescherming die aan de effectuering van EVRM-rechten in de weg kunnen staan. In het hiernavolgende zullen verschillende oplossingsrichtingen worden gegeven om deze (potentiële) gaten te dichten. Achtereenvolgens zal worden ingegaan op het vaststellen van de (abstractiegraad van) betrokken EVRM-rechten en belangen, de uitleg van de wet, gevalsvergelijking en de actieve opstelling van de rechter. Voordat hierop wordt ingegaan, moet worden opgemerkt dat

onderstaande oplossingsrichtingen alleen mogelijk zijn wanneer de rechter over voldoende gedegen kennis van het EVRM beschikt. Hij moet met andere woorden voldoende zijn toegerust om zijn rol bij de bescherming van EVRM-rechten te kunnen vervullen.⁷⁷ En dat is een uitdaging gelet op de groeiende werkdruk die rechters ervaren en de omvang van de rechtspraak van het EHRM. Ook verdient het de voorkeur om – waar mogelijk – expliciet aan het EVRM te toetsen.⁷⁸ Voordeel is dat er op die manier minder kans is dat de EVRM-rechten buiten beschouwing worden gelaten.

4.2. Vaststellen van de (abstractiegraad van) betrokken EVRM-rechten en belangen

Alhoewel een korte en algemene verwijzing naar positieve verplichtingen uit het EVRM nog steeds recht kan doen aan de verplichtingen op grond van het EVRM, kan het ook leiden tot een (te gehaaste) aanneming dat met het Nederlandse rechtssysteem voldoende waarborgen worden geboden om fundamentele rechten te verzekeren.⁷⁹ Door het EVRM – waar mogelijk – echt onderdeel van de nationale rechtsorde te laten uitmaken, bestaat een intrinsieke prikkel tot het nemen van de eigen verantwoordelijkheid van de rechter als hoeder van het EVRM. Om tot een dergelijke benadering te (kunnen) komen dienen EVRM-rechten en belangen zo concreet mogelijk te worden beschreven. Door precies vast te stellen om welke EVRM-rechten en belangen het gaat en te beschrijven wat ze voor het voorliggende geval betekenen, kan inzichtelijk worden gemaakt wat nu precies de discussie en keuze zijn die in de concrete zaak voorliggen. Ik denk dat de lens van (positieve verplichtingen op grond van) het EVRM een belangrijke rol speelt om de rechtspraak scherp te houden. Het kan bovendien als barrière fungeren om (te) stringent uit te leggen en aanleiding zijn om de verleiding te weerstaan om aanvullende criteria te stellen. Het concreet beschrijven van EVRM-rechten en belangen geeft daarnaast inzicht in welk compartiment van toepassing is en welke toets moet worden gehanteerd. In zaken met betrekking tot hinder ligt bijvoorbeeld een (met een) *fair balance* (vergelijkbare) toets in de rede. Een helder onderscheid in compartimenten is niet alleen van belang voor de te hanteren toets in rechte, maar ook voor de wijze waarop met een vordering tot immateriële schadevergoeding wordt omgegaan. Door in een zaak als *Chroom 6* te benoemen dat artikel 2 en/of 8 EVRM op het spel staan en

te beschrijven welke concrete verplichtingen in dat geval op de Staat rusten, wordt duidelijk dat niet te makkelijk over de vorderingen tot immateriële schadevergoeding heen kan worden gestapt. Het is dan veel eenvoudiger om te overwegen dat de aard en de ernst van de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis meebrengt dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan zo voor de hand liggen dat een aantasting in de persoon kan (en ook moet) worden aangenomen.

4.3. Uitleg van de wet revisited

Alleen op het concrete niveau kan worden vastgesteld of een bepaalde interpretatie of toepassing van het recht vanuit het EVRM gezien omstreden is. Het is bijvoorbeeld goed mogelijk dat een wettelijke of jurisprudentiële regel die op zichzelf verenigbaar is met het EVRM, in een individuele situatie dusdanig onredelijk uitwerkt dat hij in het concrete geval geen toepassing dient te vinden. In dat geval dient de wettekst dusdanig te worden uitgelegd dat de effectiviteit van de nationale remedie wordt gewaarborgd. Denk hierbij in het civiele recht aan een minder traditionele uitleg van een aantasting in persoon op andere wijze, een mensenrechtenconforme interpretatie van artikel 6:107 en 6:108 sub g BW⁸⁰ en het laten meewegen van meer teleologische argumenten om het relativiteitsvereiste minder streng uit te leggen.

Voor de strafrechter krijgen de delictsbestanddelen hun concrete betekenis en nuancering in de uitleg van de delictomschrijving. In sommige individuele gevallen is het nodig en mogelijk om de interpretatie aan te passen. Een concreet voorbeeld kan dit verduidelijken. Het is van belang dat wederrechtelijkheid onder omstandigheden niet te strak wordt gedefinieerd, bijvoorbeeld in artikel 173a en 173b Sr (respectievelijk het opzettelijk of op nalatige wijze wederrechtelijk brengen van een stof op of in de bodem, in de lucht of in het oppervlaktewater, indien hierdoor gevaar voor de openbare gezondheid of levensgevaar te duchten is, of indien dit iemands dood ten gevolge heeft). Door De Jong & Faure is beschreven dat en hoe de strafrechter administratief afhankelijk is. Zo kan in beginsel geen strafrechtelijke aansprakelijkheid worden aangenomen wanneer emissie van een stof conform de voorwaarden van een vergunning plaatsvindt.⁸¹ In dat geval wordt niet in strijd met de door het bestuur vastgestelde regels gehandeld en is het bestanddeel wederrechtelijk niet bewijsbaar. Om te voorkomen dat er (in de toekomst)

68. Gijsselaar 2016, p. 180.

69. Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Aardbevingsrisico's in Groningen. Onderzoek naar de rol van veiligheid van burgers in de besluitvorming over de gaswinning (1959-2014)*, Den Haag, 2015, p. 88.

70. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Gaswinning Groningen*), r.o. 2.7.10.

71. Gijsselaar 2021, p. 98 onder verwijzing naar EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 69; EHRM 10 februari 2011, 30499/03 (*Dubetska e.a./Ukraine*), r.o. 105; EHRM 14 februari 2012, 31965/07 (*Hardy & Maile/VK*), r.o. 188.

72. EHRM 9 juni 2005, 55723/00

(*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 69; EHRM 10 februari 2011, 30499/03 (*Dubetska e.a./Ukraine*), r.o. 105; EHRM 14 februari 2012, 31965/07 (*Hardy & Maile/VK*), r.o. 188.

73. In deze zin ook ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 (*Gaswinning*), r.o. 40.3. Ook Sanderink is van mening dat sprake is van een niet-logische verwijzing. Vgl. D.G.J. Sanderink, annotatie bij HR 10 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, JB 2019/158 onder 9.7.

74. Gijsselaar 2021, p. 184-185.

75. HR 20 december 2019,

ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.2.

76. HR 20 december 2019,

ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*), r.o. 5.3.3.

77. Zie daarover Gijsselaar 2021, p. 356-357. Zie voor een maandelijks overzicht van de rechtspraak van het EHRM: *Nieuwsbrief Rechtspraak Europa*, raadpleegbaar via www.rechtspraak.nl.

78. Gijsselaar 2021, p. 180-182. Vgl. ook B.A. Kuiper-Slendeboek, 'Uitbreiding van het internationaal instrumentarium van de burgerlijke rechter. De ruimte voor doorwerking na het Rookverbod-arrest', *NTBR*

2022/25, p. 206.

79. Gijsselaar 2021, p. 137 en 181-182.

80. Het gaat hier om naasten en nabestaanden die zich moeilijk in de specifiek in de wet genoemde categorieën laten vatten, maar op grond van het EVRM toch voor vergoeding van immateriële schade in aanmerking zouden moeten komen. Vgl. Gijsselaar 2021, p. 227.

81. E.R. de Jong & M.G. Faure, 'De autonomie van het civiele recht en het strafrecht bij normstelling voor ernstige risico's voor de fysieke leefomgeving', *NJB* 2022/864, p. 1037-1038.

onvoldoende bescherming wordt geboden, kan de rechter in concrete gevallen – wanneer het om schendingen van artikel 2, 3 en/of 8 EVRM gaat – een zekere facetwederrechtelijkheid hanteren.⁸² Nader toegespitst op 173a Sr en 173b Sr betekent dit dat aan wederrechtelijkheid is voldaan, indien de verdachte in strijd met door artikel 2, 3 en/of 8 EVRM beschermde normen heeft gehandeld, zelfs al heeft de wetgever in 1982 het handelen zonder vergunning voor ogen gehad.⁸³

4.4. Gevalsvergelijking, maar dan wel een goede...

Wanneer het erop aankomt de gevolgen van positieve verplichtingen in de nationale rechtspleging nauwkeurig onder ogen te zien, is het – zoals in de vorige paragraaf al duidelijk werd – soms nodig om casuïstisch te puzzelen. Meer systematisch bezien betekent dit vooral voor de civiele rechter dat vraagstukken op meerdere abstractieniveaus, en vanuit verschillende typen positieve verplichtingen en compartimenten moeten worden bezien. Ik denk

Door in iedere concrete zaak voort te borduren op eerdere criteria, ontstaat steeds meer inzicht in de wijze waarop positieve verplichtingen in een concrete zaak kunnen worden gewaarborgd

dat het de rechter kan helpen als hij in moeilijke zaken een vergelijking maakt met de benadering die in eerdere uitspraken (door nationale rechters en het EHRM) is gekozen. Daarbij is het wel belangrijk om een helder onderscheid tussen compartimenten en typen verplichtingen te maken. Wanneer dit niet wordt aangebracht is dit naar mijn mening methodologisch problematisch.

Zoals ook in mijn proefschrift is beschreven,⁸⁴ kunnen rechters gaandeweg van elkaar leren. Door in iedere concrete zaak voort te borduren op eerdere criteria, ontstaat steeds meer inzicht in de wijze waarop positieve verplichtingen in een concrete zaak kunnen worden gewaarborgd. Op die wijze kan niet alleen worden getracht wat meer houvast in vervolgzaken te bieden met het oog op het voldoen aan de eisen die het EVRM stelt, maar kan ook – waar nodig – tot een dialoog tussen de nationale rechter en het EHRM worden gekomen. Dat kan volgens Gerards & Fleuren leiden tot verfijning en verduidelijking en in sommige gevallen zelfs tot bijstelling van de rechtspraak van het EHRM.⁸⁵

4.5. Actieve rol van de rechter

Bij de verantwoordelijkheid voor de bescherming van EVRM-rechten hoort wat mij betreft een actieve rol van de rechter. Dat betekent concreet in civiele zaken dat een rem op de lijdelijkheid van de rechter nodig is. In mijn

proefschrift heb ik betoogd dat ambtshalve toepassing van het EVRM aangewezen is waar het om artikel 2, 3, 4, 5 en 8 (lichamelijke en geestelijke integriteit; risicovolle activiteiten) EVRM gaat. Dit houdt in dat de rechter het EVRM ook toepast en/of beoordeelt of het toepasselijke recht in overeenstemming is met de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen, als de procespartijen daar geen beroep op hebben gedaan. Via deze weg wordt de effectivering van materiële positieve verplichtingen ondersteund.⁸⁶ In het verlengde hiervan ligt het ambtshalve corrigeren. Voorkomen dient te worden dat de boot van de bescherming van EVRM-rechten wordt gemist doordat de grondslag van de vordering en/of de schade niet op de juiste wijze door partijen is 'geframed'. Dat kan de rechter doen door corrigerend te werk te gaan. Door in *Chroom 6* bijvoorbeeld de aandacht van artikel 41 EVRM (op basis waarvan het EHRM een billijke genoegdoening toekent) naar artikel 2 en/of 8 EVRM te verleggen, wordt de weg voor vergoeding van immateriële schade vrijgemaakt. Ingevolge artikel 25 Rv is de rechter namelijk gehouden om de in genoemde artikelen ingebakken verplichting om immateriële schade te vergoeden wanneer de beschermingsverplichting niet is vervuld, na te leven. Daartoe biedt het stelsel van artikel 6:106 sub b BW ook voldoende mogelijkheden.

De verantwoordelijkheid van de rechter als hoeder van het EVRM brengt eveneens met zich dat de rechter niet altijd op beslissingen die anderen hebben genomen kan varen. Onder omstandigheden is toetsing van wetgeving, beleid of (onaantastbare) besluiten aangewezen. Dat is nodig wanneer regelgeving, beleid en/of besluiten niet zorgvuldig tot stand zijn gekomen. Daarvan is sprake wanneer het onderzoek naar de relevante door het EVRM beschermde belangen en afweging daarvan niet naar behoren heeft plaatsgevonden of er onvoldoende gedegen en/of uitgebreid is onderbouwd waarom zij moeten wijken voor algemene economische en financiële belangen, zoals bijvoorbeeld het geval is bij de gaswinning in Groningen en een kwestie als luchtvervuiling. Door zich kritisch uit te laten over de (on)redelijkheid van het wijken van door het EVRM beschermde rechten voor het realiseren van doelstellingen, wordt concrete ruimte voor verbetering geboden. Betrokkenen worden ertoe aangezet om voortaan meer oog te hebben voor (een evenwichtige weging van) alle betrokken belangen. Hier gaat een prikkel van uit. De wetgever, het bestuursorgaan of een collega rechter wordt op deze wijze scherp gehouden.⁸⁷

5. Afsluitende opmerkingen

Met de doorwerking van positieve verplichtingen dienen zich uitdagingen aan. Het dwingt rechters om na te denken over het internaliseren en/of expliciteren van EHRM-rechtspraak. In andere gevallen kunnen positieve verplichtingen expliciet worden toegepast en komt het aan op het begrip van de rechtspraak van het EHRM. Ondanks dat de rechtspraak in grote lijnen voldoet aan de positieve verplichtingen en er beweging is waar te nemen, is er op onderdelen verbetering mogelijk. Uit de beschreven categorieën van implementatieproblemen volgt dat het daarbij allereerst kan gaan om het in individuele gevallen afwijken van de (voorheen) meer gangbare invulling van traditionele concepten of juist af te stappen van een strin-

Onder omstandigheden is toetsing van wetgeving, beleid of (onaantastbare) besluiten aangewezen

gente uitleg en/of een meer beperkende werking van aanvullende criteria. In enkele van de in dit artikel beschreven zaken nopen positieve verplichtingen tot een concrete toetsing op individueel niveau. Ook kunnen positieve verplichtingen fungeren als drijfveer voor verandering of als stok achter de deur om nauwkeurig te blijven formuleren. Soms is een gewaagde uitleg van een wetsbepaling of het loslaten van traditioneel vrij sterke oriëntatie op conceptuele indelingen als het verschil tussen publiekrecht en privaatrecht nodig om te kunnen voldoen aan positieve verplichtingen.

Wanneer het om het hanteren van het EVRM als (geïntegreerd) toetsingskader gaat, spelen andersoortige problemen. De grote lijn lijkt te zijn dat er methodologische issues spelen: compartimenten en typen verplichtingen worden niet altijd op de juiste wijze onderscheiden. Deze problemen kunnen enkel bij de wortels worden aangepakt. Het begint naar mijn mening met het vaststellen van de (abstractiegraad van de) betrokken EVRM-rechten en belangen. Van daaruit dient middels gevalsvergelijking te worden gezien, welke jurisprudentiële lijnen het EHRM in soortgelijke gevallen hanteert. Dat vergt dat de rechter op een even vanzelfsprekende manier omgaat met de mensenrechten van het EVRM als met de eigen, vanouds bekende en bij de nationale tradities aansluitende bepalingen. Kennis van de concrete rechtspraak van het EHRM

en van de bijzondere kenmerken en grondslagen van het Straatsburgse systeem is daarbij onontbeerlijk. Alleen wanneer de rechter aan deze basisvereisten voldoet, kan hij zijn verantwoordelijkheid in het systeem van redressering pakken.

De positieveverplichtingenrechtspraak heeft een tumultueuze ontwikkeling doorgemaakt. Deze zal zich naar verwachting in de toekomst (versneld) doorzetten. Dat heeft implicaties voor zowel het civiele als het strafrecht. Zo is het mogelijk dat er verplichtingen worden geformuleerd op het gebied van klimaatverandering. Denkbaar is ook dat de rol van het strafrecht op verschillende (nieuwe) maatschappelijk terreinen aangewezen is.

Tegelijkertijd kan de nationale rechter zijn uitspraken sterk scharnieren om het EVRM. Dat biedt mogelijkheden om ervoor te zorgen dat het beschermingsniveau dat het EVRM verlangt te bereiken. Het kan zelfs worden benut om verder te gaan dan het EHRM strikt genomen vereist. In dat geval verdient het wel de voorkeur om dit ook expliciet in de motivering op te nemen. Dan wint de uitspraak aan legitimiteit. Ook sluit het aan bij de idee van dialoog en samenwerking tussen nationale rechters en het EHRM. Alleen in onderlinge wisselwerking kan tot de beste vorm van mensenrechtenbescherming worden gekomen. •

82. Zie over facetwederrechtelijkheid C.

Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 167.

83. *Kamerstukken II 1984/85, 19020, nr. 3*, p. 13.

84. Vgl. Gijsselaar 2021, p. 357.

85. J.H. Gerards & W.A. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak*.

Een rechtsvergelijkend onderzoek (WODC-rapport), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2013, p. 46.

86. Gijsselaar 2021, p. 185-187.

87. Zie over het scherp houden van de bestuursrechter door de civiele rechter: T. Barkhuysen, 'Het privaatrecht als vangnet voor het Bestuursrecht', *NJB* 2023/2543, afl. 35.