

University of Groningen

## EBI-arrest: een nieuwe koers

Verheij, Albert

*Published in:*  
 Nederlands Juristenblad NJB

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Verheij, A. (2020). EBI-arrest: een nieuwe koers: De Hoge Raad zet in EBI-arrest nieuw koers in met betrekking tot vergoeding van immateriële schade buiten fysiek en geestelijk letsel - maar waarom. *Nederlands Juristenblad NJB*, 95(12), 824-831. [NJB 2020/763].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# *EBI*-arrest: een nieuwe koers

Hoge Raad zet in *EBI*-arrest nieuwe koers in met betrekking tot vergoeding van immateriële schade buiten fysiek en geestelijk letsel – maar waarom?

**Albert Verheij**<sup>1</sup>

Het *EBI*-arrest is belangrijk omdat de Hoge Raad daarin tot een synthese komt van al zijn tot dusverre gewezen arresten waarin hij smartengeld toekende los van fysiek of geestelijk letsel. Dat er wat betreft vergoeding van immateriële schade ergens een drempel wordt gelegd is begrijpelijk en noodzakelijk. Deze uitspraak van de Hoge Raad is echter onwenselijk. De daaruit volgende *EBI*-formule is niet zozeer qua inhoud problematisch, maar vooral vanwege het exclusieve karakter daarvan. Zij zou prima functioneren als ventiel, dus naast lichamelijk of geestelijk letsel en de schending van een (geschreven of ongeschreven) fundamenteel recht. Doordat de *EBI*-formule echter een veel bredere strekking heeft, namelijk geldt voor alle gevallen los van lichamelijk of geestelijk letsel, ontstaat onduidelijkheid en wordt te veel ruim baan gegeven aan menselijke (en dus ook rechterlijke) onderbuikgevoelens, hetgeen onwenselijke gevolgen heeft voor de voorspelbaarheid en rechtsgelijkheid. Bovendien lijkt de *EBI*-formule een hogere drempel voor vergoeding van immateriële schade op te werpen dan tot nu toe uit de rechtspraak leek te volgen en dan in het bestuursrecht de norm is.

## 1. Inleiding

Op 15 maart 2020 is de Hoge Raad in het zogenaamde *EBI*-arrest een nieuwe koers ingeslagen voor wat betreft vergoeding van immateriële schade wegens een aantasting in de persoon op andere wijze (artikel 6:106 sub b BW).<sup>2</sup> In dit arrest formuleert de Hoge Raad criteria waaraan moet zijn voldaan om los van fysiek of geestelijk letsel aanspraak te hebben op vergoeding van immateriële schade. Deze criteria (hierna: de *EBI*-formule) gelden exclusief en dat betekent dat ook vroegere rechtspraak waarin smartengeld werd toegekend alleen nog geldt voor zover voldaan is aan de *EBI*-formule.

De uitspraak van de Hoge Raad steekt nogal bleek af bij de forse en uitstekend gedocumenteerde conclusie van A-G Hartlief. Aan degene die de conclusie en het arrest leest, dringt zich het beeld op van een voetballer die een prachtige voorzet krijgt, maar naast schiet. In het navolgende wordt betoogd waarom de uitspraak van de Hoge Raad onwenselijk is. Vanwege de uitputtend onderbouwde conclusie van A-G Hartlief zullen verwijzingen

naar de literatuur daarbij grotendeels achterwege blijven.

Om het *EBI*-arrest te kunnen plaatsen volgt in par. 2 een kort overzicht van de problemen waartoe vergoeding van immateriële schade aanleiding geeft en hoe die zijn op te lossen. In par. 3 worden het *blauw oog*- en *EBI*-arrest weergegeven. Par. 4-6 bevatten kritiek, te weten respectievelijk rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid en gebrek aan rechtsbescherming. De hier verdedigde stelling is dat het probleem van de *EBI*-formule gelegen is in haar *exclusieve* karakter.

## 2. Problemen bij vergoeding van immateriële schade

Vergoeding van immateriële schade is vrijwel door alle tijden heen controversieel geweest. Het eerste probleem betreft de rechtvaardiging. Leed en geld zijn onvergelijkbare grootheden en de toekenning van smartengeld neemt het leed dan ook niet weg. In zoverre is geen sprake van herstel en de toekenning van smartengeld levert

# De niet-objectiveerbaarheid van leed in dergelijke gevallen brengt het risico van zowel over- als ondercompensatie met zich en opent ook de deur voor frauduleuze claims

spanning op met een exclusief reparatoire visie op het schadevergoedingsrecht waarin compensatie en herstel de enige doelstellingen zijn. Bij ernstig leed bestaat bovendien het risico dat smartengeld nauwelijks toegevoegde waarde heeft voor het slachtoffer of door hem zelfs als een beledigende fooi wordt opgevat. Bij gering leed valt ook te twijfelen aan de zin van smartengeld: verdwijnt het leed niet vanzelf en zo ja, is er dan eigenlijk wel sprake van schade?

Wordt ondanks deze bezwaren toch besloten om immateriële schade te vergoeden, dan ontstaat direct een volgend probleem, namelijk: in welke gevallen bestaat recht op vergoeding? Begrijpelijkerwijs bestaat aarzeling om smartengeld toe te kennen bij allerhande op zich invoelbare frustraties en teleurstellingen zoals bijvoorbeeld bij te late betalingen of bij andere vormen van (opzettelijke) wanprestatie. Duidelijk is dat er grenzen getrokken moeten worden, maar het is nog niet zo gemakkelijk om te bepalen waar precies. Het punt bij genoemde voorbeelden is dat het leed van de betrokkene niet goed objectiveerbaar is. De ene persoon heeft een groter incasseringsvermogen dan de andere en verschillende mensen zullen afhankelijk daarvan dus meer of minder leed ervaren. De niet-objectiveerbaarheid van leed in dergelijke gevallen brengt het risico van zowel over- als ondercompensatie met zich en opent ook de deur voor frauduleuze claims. Het is derhalve zaak te zoeken naar objectieve factoren als aangrijpingspunt voor het recht op smartengeld. In de loop van de tijd zijn internationaal twee van die aangrijpingspunten bedacht.

Het eerste aangrijpingspunt betreft de objectiveerbare *gevolgen* voor de benadeelde. Heeft hij lichamelijk letsel opgelopen of is hij door alle frustratie en stress aantoonbaar (psychisch) ziek geworden en aldus in zijn gezondheid aangetast? Bij aantasting van de psychische gezondheid spreken we in Nederland van psychisch of geestelijk letsel.<sup>3</sup>

Het tweede aangrijpingspunt is de *aard van het geschonden recht*. De gedachte is dat alleen bij inbreuk op bepaalde bijzondere rechten – namelijk alleen bij persoonlijkheidsrechten en mensenrechten – recht dient te

bestaan op smartengeld. Recht op smartengeld is dan niet afhankelijk van de objectiveerbare gevolgen voor het slachtoffer en bestaat dus ook indien géén sprake is van een gezondheidsaantasting. Omdat onduidelijk is of de betrokkene daadwerkelijk 'smart' heeft ondervonden is de term 'smartengeld' minder gelukkig. In wezen wordt voor *de rechtsinbreuk als zodanig* een vergoeding toegekend. De rechtvaardiging hiervoor is dat aannemelijk is dat schending van persoonlijkheidsrechten en mensenrechten de betrokkene persoonlijk raakt ook al is geen sprake van objectiveerbaar leed. Bovendien zijn deze rechten van een dusdanige importantie dat zij extra bescherming verdienen. Daarbij speelt mee dat bedreiging daarvan in de huidige gedigitaliseerde samenleving niet meer alleen van de overheid komt, maar juist ook van bedrijven, denk aan de bedreiging van de privacy door Google en Facebook. Ten slotte zijn deze rechten ook nog eens extra kwetsbaar omdat aantasting daarvan veelal niet resulteert in aantoonbare vermogensschade zodat langs die weg geen prikkel van het schadevergoedingsrecht uitgaat richting potentiële inbreukmakers. Het zou onbevredigend zijn indien het schadevergoedingsrecht de integriteit van een fiets beter beschermt dan de privacy van de fietseigenaar.

De focus op gevolgen en op de aard van het geschonden recht werkt beperkend. Wanprestatie geeft derhalve geen recht op smartengeld en niet iedereen met een emotioneel verhaal is gerechtigd. Het debat over de vraag in welke gevallen recht op smartengeld dient te bestaan, krijgt aldus structuur. De rechter die zich afvraagt wanneer sprake is van een persoonsaantasting in de zin van artikel 6:106 sub b BW heeft enig houvast. Er zijn nog wel gevallen denkbaar die niet in een van beide categorieën passen en waarin de onrechtmatige gedraging zó verwijtbaar is dat de vraag rijst of niet ook recht op smartengeld dient te bestaan (men denke aan het gedrag van de Belastingdienst in de toeslagenaffaire),<sup>4</sup> maar dat is een restcategorie die geen verdere structurering behoeft.<sup>5</sup>

De categorie van inbreuk op persoonlijkheids- en mensenrechten is in zoverre theoretisch problematisch dat zij, bij gebrek aan objectiveerbaarheid van het leed, lastig valt te zien als compensatie. In bijvoorbeeld Neder-

## Auteur

1. Prof. mr. A.J. Verheij is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

## Noten

2. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. Lindenbergh (EBI). Inmiddels heeft de Hoge Raad deze koers bevestigd in HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, NJ 2019/379,

m.nt. Vellinga (*overzichtsarrest vordering benadeelde partij*) en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*prejudiciële vragen aardbevingen Groningen*).

3. De wet gebruikt in art. 6:107 lid 1 BW het begrip geestelijk letsel. Dat is minder gelukkig aangezien het om een aantasting van de psyche gaat en betrokkene in de regel hulp zal zoeken bij een psycholoog of psychiater.

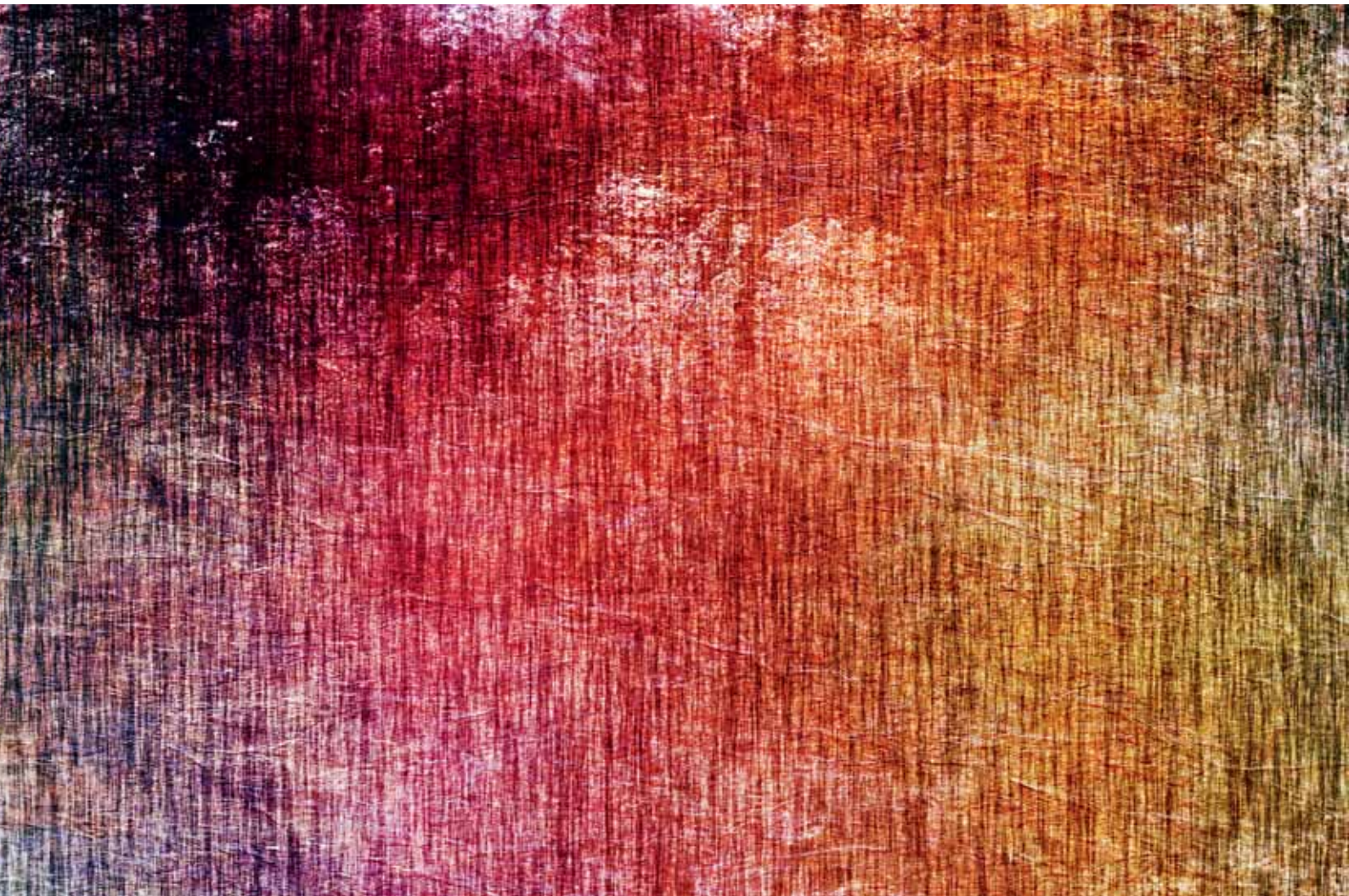
4. De immateriële schade bestaat daar uit

verschillende componenten, voornamelijk: ongemak wegens geldproblemen, zorgen voor de financiële toekomst en aantasting van de reputatie vanwege de onrechtmatige stopzetting van een bijstandsuitkering gedurende een flink aantal maanden kende de rechter (geïndexeerd) € 585 toe (Rb. Haarlem, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN4040), voor ongemak wegens het niet overmaken van leefgeld door een bewindvoerder werd

(geïndexeerd) € 600 toegekend (Ktr. Nijmegen 19 december 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG7867).

5. Zie voor verder voorbeelden S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen? Over het begrip 'persoonsaantasting' buiten lichamelijk en geestelijk letsel', *NTBR* 2019/20, p. 126 (r.k.).





© Rui C Melo / Shutterstock

## De categorie van inbreuk op persoonlijkheids- en mensenrechten is in zoverre theoretisch problematisch dat zij, bij gebrek aan objectiveerbaarheid van het leed, lastig valt te zien als compensatie

land en Duitsland hebben schrijvers en rechters vergoeding van immateriële schade daarom gekenschetst als genoegdoening, onrechtscompensatie, vergoeding van integriteitsschade en rechtshandhaving.<sup>6</sup>

Hoe is de Hoge Raad tot op heden met bovenstaande problemen en de discussie daarover in de literatuur omgegaan? Het korte antwoord is: niet. Sinds de invoering van artikel 6:106 BW in 1992 heeft de Hoge Raad zich nooit principieel uitgelaten over de functie(s) van smartengeld en heeft hij evenmin richtlijnen gegeven ter beantwoording van de vraag wanneer sprake is van een persoonsaantasting in de zin van dat artikel.<sup>7</sup> Duidelijk is slechts dat

geestelijk letsel recht geeft op schadevergoeding<sup>8</sup> en verder is in verschillende andere gevallen eveneens smartengeld toegekend. Deze laatste categorie bevat zeer ongelijksortige gevallen waarbij niet altijd duidelijk was waarom de Hoge Raad de ene keer wel, maar de andere keer geen smartengeld toekende. Zo kende hij bijvoorbeeld wel smartengeld toe wegens een (ernstige) inbreuk op de privacy in de vorm van schending van het beeldrecht,<sup>9</sup> bij schending van de zelfbeschikking bij *wrongful life*,<sup>10</sup> bij angst<sup>11</sup> en wegens zogenaamde shockschade,<sup>12</sup> maar bijvoorbeeld niet bij een schending van de zelfbeschikking (en ook de privacy) bij *wrongful birth*<sup>13</sup> en bij een aantasting van het gezinsleven door een medische fout waardoor een baby zeer ernstig en blijvend gehandicapt raakte.<sup>14</sup>

### 3. Blauw oog- en EBI-arrest

De rechtspraak leverde als gezegd een verbrokkeld beeld op totdat de Hoge Raad in 2012 plotseling een algemeen criterium formuleerde ter beantwoording van de vraag of sprake was van een persoonsaantasting los van lichamelijk of geestelijk letsel.

#### *Blauw oog*

Het slachtoffer van een burenruzie had enkele klappen in het gezicht gekregen en daarbij een blauw oog opgelopen. Hij vorderde smartengeld vanwege lichamelijk en geeste-



lijk letsel. Het hof wees de vordering af. Het lichamenlijk letsel was te gering en er was niet voldaan aan de vereisten voor geestelijk letsel. In cassatie formuleerde de Hoge Raad de zogenaamde *blauw oog*-formule voor vergoeding van immateriële schade los van lichamenlijk of geestelijk letsel:

‘3.5 (...) Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt [gedoeld werd op geestelijk letsel, AJV] wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer, maar in het onderhavige geval heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat daartoe onvoldoende is gesteld.’<sup>15</sup>

Overigens casseerde de Hoge Raad omdat hij het oordeel van het hof dat een blauw oog te gering lichamenlijk letsel vormt om recht op smartengeld te geven, onbegrijpelijk vond.

Deze overweging riep verschillende vragen op:

- waarom is geestelijk letsel het uitgangspunt?
- wat is te verstaan onder een *bijzonder* ernstige normschending?
- geldt de blauw oog-formule *exclusief*, met andere woorden bestaat (buiten fysiek en psychisch letsel) slechts recht op smartengeld indien aan de voorwaarden daarvan is voldaan? Of vormt deze formule een *aanvulling* op de tot op heden erkende gevallen waarin smartengeld los van fysiek of geestelijk letsel werd toegekend?

Vervolgens wees de Hoge Raad op 15 maart 2019 het *EBI*-arrest.

### *EBI*

In cassatie lag de vraag voor of iemand die onrechtmatig gedurende 350 dagen wordt onderworpen aan het meest zware gevangenisregime dat ons land kent – namelijk dat van de Extra Beveiligde Inrichting (hierna: *EBI*) – bovenop het door de Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming toegekende bedrag van € 1.375<sup>16</sup> ook nog recht heeft op smartengeld wegens aantasting in de persoon (artikel 6:106 sub b BW). Anders dan zijn A-G beantwoordt de Hoge Raad deze vraag ontkennend. Hij overweegt in r.o. 4.2.1 dat van een aantasting van de persoon op andere wijze in elk geval sprake is bij geestelijk letsel. De hierop volgende overwegingen citeer ik voor de duidelijkheid integraal.

‘Daarnaast kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde, meebrengen dat van de in art. 6:106 lid 1, onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is (vgl. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 379 en p. 380). HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519 (*Blauw oog*) moet ook aldus worden verstaan.

In beginsel zal degene die zich hierop beroept de aantasting in zijn persoon met concrete gegevens moeten onderbouwen. In voorkomend geval kunnen 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 liggend, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. In HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721 (*Oudejaarsrellen*) was die aantasting gelegen in de gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid met betrekking tot het lijf en goed van de benadeelden die een aantal uren in hun woning in een zeer bedreigende situatie verkeerden, terwijl een reactie op hun verzoek om hulp en bijstand van de politie uitbleef. En in HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213 (*Wrongful life*) bestond die aantasting in de ernstige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder waardoor zij niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen.

### 4.2.2

Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 lid 1, onder b, BW, is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.’

Twee verschillen met het *blauw oog*-arrest springen in het oog. Ten eerste is in *EBI* sprake van nevenschikking van de categorieën geestelijk letsel en (kort gezegd) ernstige normschendingen. De rangorde in *blauw oog* waarin geestelijk letsel tot uitgangspunt werd verheven, kwam uit de lucht vallen en terecht komt de Hoge Raad daar nu op terug.<sup>17</sup> Ten tweede is de formulering van de tweede categorie persoonsaantastingen iets gewijzigd. Anders dan in *blauw oog* spreekt de Hoge Raad niet meer van de ‘bijzondere ernst’ van de normschending, maar van ‘de aard en ernst van de normschending’. Ook dat is verstandig, want wanneer is een normschending nu *bijzonder* ernstig?

6. Zie met name S.D. Lindenbergh *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998; idem, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002; I. Giesen, ‘Herstel als er (juridisch) geen schade is, “integriteitsschade”’, in: E.C. Huijsmans & M. van der Weij (eds.), *Schade en Herstel*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 43-68; en C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht Deel 1*,

*Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015.

7. De erkenning van een algemeen persoonlijkheidsrecht in HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, m.nt. Hammerstein (*Valkenhorst II*) heeft verder ook geen gevolgen gehad.

8. Aangezien dit een gezondheidsaantasting is, bestaat naast smartengeld eveneens aanspraak op vergoeding van vermogensschade.

9. HR 1 juli 1987, NJ 1988/500, m.nt. Wichers Hoeth (*Vondelpark*).

10. HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. Vranken.

11. HR 9 juni 2004, NJ 2005/391, m.nt. Vranken (*Oosterparkrellen*).

12. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. Vranken (*taxibus*).

13. HR 21 februari 1997, NJ 1999/145, m.nt. Brunner.

14. HR 8 september 2000, NJ 2000/734, m.nt. Bloembergen (*ouders van Joost*).

15. HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, NJ 2012/410.

16. Dit bedrag is het resultaat van elf maanden vermenigvuldigd met € 125 per maand, zie Conclusie nr. 5.18.

17. Zie onder andere Conclusie nrs. 4.43, 4.44, 4.47 en 4.49 en A.J. Verheij, ‘Vergoedbaarheid van angstschade’, *NTBR* 2018, afl. 1, p. 17 r.k.

Tot zover niets aan de hand, maar hieraan voegt de Hoge Raad drie dingen toe. Ten eerste zal degene die zich op een persoonsaantasting beroept, dit met concrete gegevens dienen te onderbouwen. Ten tweede overweegt de Hoge Raad dat het mogelijk is dat de relevante gevolgen voor de benadeelde zo voor de hand liggen dat een persoonsaantasting kan worden aangenomen. De arresten *Oudejaarsrellen Groningen* en *wrongful life* moeten (ach-

## De Hoge Raad lijkt het leerstuk van vergoeding van immateriële schade volledig in de compensatiesfeer te trekken

teraf) als toepassing van deze regel worden gezien.<sup>18</sup> Ten derde levert de enkele schending van een fundamenteel recht geen persoonsaantasting op.

Aldus lijkt de Hoge Raad het leerstuk van vergoeding van immateriële schade volledig in de compensatiesfeer te trekken. A-G Hartlief had *Oosterparkrellen* en *wrongful life* juist opgevoerd als gevallen waarin de toekenning van smartengeld een handhavende functie had.<sup>19</sup> Dit geeft een enigszins vertekend beeld, want buiten fysiek of geestelijk letsel is de band met de compensatiefunctie dun of afwezig omdat geen sprake is van objectiveerbare immateriële schade (zie hiervoor par. 2). Bovendien is het maar de vraag of *Oosterparkrellen* als voorbeeld van rechtshandhaving valt te zien.<sup>20</sup>

Verder maak ik uit de algemene formulering van de Hoge Raad op dat de EBI-formule exclusief is. Mede door de eis dat de eiser concrete gegevens moet aandragen, lijken de mogelijkheden voor vergoeding van immateriële schade te worden beperkt.<sup>21</sup> De gelding van eerdere uitspraken van feitenrechters, maar ook van de Hoge Raad zelf komt op de tocht te staan (par. 4). Verder ontstaat rechtsongelijkheid (par. 5) en worden fundamentele rechten niet goed beschermd (par. 6).

### 4. Rechtsonzekerheid

#### Arresten Hoge Raad

Het EBI-arrest verhoudt zich slechts moeizaam tot eerdere rechtspraak van de Hoge Raad. De lapidaire overweging dat de enkele inbreuk op een fundamenteel recht geen recht op vergoeding van immateriële schade geeft, staat haaks op hetgeen de Hoge Raad in 2013 overwoog:

‘3.4.2 Een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer kan aangemerkt worden als een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1, onder b, BW die aanspraak geeft op vergoeding van immateriële schade (*Parl. Gesch. Boek 6*, p. 380). In het oordeel van het hof dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in dit geval zwaarder dient te wegen dan het recht van Het Parool c.s. op vrijheid van

meningsuiting, ligt besloten dat Het Parool c.s. door de publicatie van het portret inbreuk hebben gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van P. Daarmee is in een geval als het onderhavige – een onrechtmatige perspublicatie – de aanspraak op schadevergoeding wegens aantasting in de persoon in de zin van die bepaling gegeven. (...)’<sup>22</sup>

Met de inbreuk stond volgens deze overweging ook aanspraak op smartengeld vast. Mogelijk wilde de Hoge Raad in EBI overeenkomstig de grondgedachte van artikel 6:106 BW een zekere drempel opwerpen tegen vergoeding van immateriële schade. Hoewel begrijpelijk, is dat naar Nederlands recht niet nodig. In het *satanisch misbruik*-arrest was immers al bepaald dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om immateriële schade toe te kennen.<sup>23</sup> De rechter had dus al de mogelijkheid om bij zeer geringe inbreuken geen vergoeding toe te kennen.

#### Uitspraken feitenrechters

Hetgeen de Hoge Raad in het EBI-arrest overweegt, doet in relatie tot verschillende casusposities vragen rijzen omtrent de vergoedbaarheid van immateriële schade. De vraag is steeds of de negatieve emoties zo ernstig zijn dat zij verondersteld kunnen worden.

Ten eerste is het de vraag of wat wel integriteitsschade wordt genoemd, nog recht geeft op vergoeding. Het gaat daarbij om schending van het *informed consent* door artsen. Verschillende feitenrechters hebben in dergelijke gevallen vergoeding toegekend,<sup>24</sup> maar het is de vraag of dit in het licht van EBI in stand blijft.

In de tweede plaats is het de vraag of het wekken van een feitelijk onjuiste, maar op zich niet reputatie beschadigende indruk (destijds door Prosser aangeduid als de *tort of false light*),<sup>25</sup> nog wel smartengeldwaardig is. In het *Discodanser*-arrest overwoog de Hoge Raad in algemene termen:

‘3.3 Bij de beoordeling van dit middel moet worden vooropgesteld, dat de bescherming die art. 21 AW in samenhang met art. 30 en 35 AW de geportretteerde toekent met name tegen inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, meebrengt dat de geportretteerde in beginsel steeds een redelijk belang zal hebben om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret als ondersteuning van een commerciële reclame-uiting. De opname van een portret in een reclame voor een produkt of dienst heeft immers tot gevolg dat de geportretteerde door het publiek geassocieerd zal worden met dat produkt of die dienst, waarbij het publiek in het algemeen – en doorgaans terecht – ervan uit zal gaan dat het gebruik van het portret niet zal zijn geschied zonder toestemming van de geportretteerde en de opname van het portret in de reclame-uiting zal opvatten als een blijk van publieke ondersteuning van het produkt of de dienst door de geportretteerde. Op deze gronden is het op een dergelijke wijze gebruiken van een portret in beginsel aan te merken als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde. Dit brengt mee dat in beginsel sprake is van een redelijk belang als bedoeld in art. 21 AW, dat zich tegen die openbaarmaking verzet.’<sup>26</sup>

Als gezegd, het gaat niet om reputatiebeschadiging, maar om het wekken van de verkeerde indruk dat iemand een bepaald product of een bepaalde dienst ondersteunt. Van groot leed is derhalve geen sprake, laat staan dat dit concreet valt te maken. Betekent dit nu dat geen recht op smartengeld bestaat indien de aanbieder van een product of dienst het portret van een burger gebruikt en er daarbij welbewust van afziet om toestemming te vragen en een vergoeding te betalen? Dat zou een bonus op onfatsoenlijk gedrag zijn.

In de derde plaats zal een inbreuk op de privacy door middel van een datalek waarschijnlijk evenmin voldoen aan de EBI-criteria.<sup>27</sup> De na verloop van tijd wegebbende angst dat criminelen misbruik van de persoonsgegevens zullen maken, is immers van een volstrekt andere orde dan de angst voor fysiek letsel (of erger) in *Oosterparkrellen*.

In de vierde plaats komt ook de feitenrechtspraak waarin smartengeld werd toegekend wegens inbreuk op de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM) door middel van kindervervoering op de helling.<sup>28</sup> Anders dan in *Oosterparkrellen* bestaat in die gevallen geen vrees voor inbreuk op de *eigen* fysieke integriteit. Als geen reële kans op bijvoorbeeld besnijdenis bestaat, is er evenmin vrees voor schending van de fysieke integriteit van de minderjarige. Het enige wat geschonden is, is het recht op *family life* tussen het kind en de ouder zonder wiens toestemming het kind is meegenomen. De vraag is of dat voldoende is, zeker indien de ontvoering niet al te lang heeft geduurd.

In de vijfde plaats is het nu ook de vraag of bepaalde gevallen van verbale (discriminerende) belediging, nog de EBI-drempel halen.<sup>29</sup>

### Onduidelijkheid en subjectiviteit

Lindenbergh vat *EBI* aldus samen:

'Kenmerkend is dus dat het moet gaan om norm-schendingen van een zekere ernst, die persoonsbe-

langen van een zeker gewicht raken, waardoor gevolgen van een zekere ernst aannemelijk zijn.'<sup>30</sup>

Daar heeft hij volkomen gelijk in en daarmee is direct de zwakte van de EBI-formule blootgelegd: deze is zeer onvoorspelbaar qua toepassing. Onduidelijk is bovendien wanneer de ernstige gevolgen verondersteld kunnen worden. Mocht het zo zijn dat de Hoge Raad in alle hiervoor genoemde gevallen van oordeel is dat immaterieel nadeel niet verondersteld kan worden, dan zal de benadeelde met bewijs moeten komen. Hoe dat er uit moet zien, is onduidelijk juist omdat deze gevallen zich kenmerken door afwezigheid van objectiveerbaar psychisch letsel.<sup>31</sup> Er zullen allerlei feitelijke discussies ontstaan die zowel belastend zijn voor partijen als voor de rechter.

Belangrijker is dat de toekenning van smartengeld zo een bijzonder subjectieve aangelegenheid wordt. Krijgt de bejaarde vrouw die een emotioneel verhaal heeft vanwege een inbraak waarbij haar huis volledig overhoop werd gehaald, nu smartengeld en de Groningse boer die hetzelfde is overkomen, maar die het hart niet op de tong heeft, niet?<sup>32</sup> Er is een kans dat als de rechter de toepassing van de EBI-criteria maar goed motiveert, de Hoge

## Bij de toekenning van smartengeld gaan zo allerlei (onbewuste) vooroordelen van rechters over de kwetsbaarheid van bepaalde categorieën mensen een doorslaggevende rol spelen

18. Anders dan in de literatuur gebruikelijk rechtvaardigt de Hoge Raad de toekenning van smartengeld in deze interpretatie niet met verwijzing naar de inbreuk op een fundamenteel recht, maar door te wijzen op de gevolgen voor de ouders. Dat laatste is enigszins problematisch want waaruit bestaat dan het verschil met de situatie dat een gezinslid door de onrechtmatige daad van een derde ernstig en blijvend letsel oploopt (vgl. de casus die aan *ouders van Joost* ten grondslag lag)? In dat geval zijn de gevolgen immers net zo groot. De reden om in *wrongful life* wel, maar in *ouders van Joost* geen smartengeld toe te kennen was gelegen in het feit dat in het eerste geval wel, maar in het tweede geval geen sprake was van schending van het zelfbeschikingsrecht van ouders.

19. Conclusie sub 4.15 e.v.

20. Een woning werd belaagd door circa 65 jongeren, ondanks herhaalde verzoeken om hulp arriveerde de politie pas na vele uren.

Het echtpaar dat in de woning aanwezig was, had recht op smartengeld, maar de zoon die niet thuis was volgens de Hoge Raad niet. Hieruit blijkt dat geen smartengeld is toegekend voor schending van het huisrecht of de privacy, want dan had de zoon ook smartengeld ontvangen, maar voor angst voor schending van de eigen fysieke integriteit, zie A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 188.

21. Zie anders E.F.D. Engelhard, 'Ruim baan voor smartengeld bij "persoonsaantastingen op andere wijze" zonder dat sprake is van geestelijk letsel', *AV&S* 2019/37.

22. HR 4 oktober 2013, *NJ* 2013, 479 (*fotoreporter*).

23. HR 27 april 2001, *NJ* 2001, m.nt. C.J.H. Brunner.

24. Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695, *Letsel & Schade* 2018, nr. 2, Rechtspraak 193, m.nt. A.M. Overheul. Zie verder met

verwijzingen I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: "integriteitsschade"', in: E.C. Huijsman, M. van der Weij (red.), *Schade en Herstel*, Oisterwijk: WLP 2014, p. 43-122.

25. W.L. Prosser, 'Privacy', 48 *California Law Review* 1960, p. 383-423.

26. HR 2 mei 1997, *NJ* 1997/661, m.nt. D.W.F. Verkade.

27. Zie daarover T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid bij datalekken', *WPNR* 2016/7110, p. 459-464 die overigens verwachtte dat de bedragen heel gering zullen zijn en daarom wil inzetten op publiekrechtelijke handhaving. Onder het EBI-regime bestaat mogelijk helemaal geen recht op smartengeld zodat zelfs collectivisering niet helpt ter handhaving.

28. Zie bijv. Hof Arnhem 22 maart 2005, *LJN* AT2244.

29. Bijv. Hof Amsterdam 29 mei 2008, 06-1271, Smartengeldnummer *ANWB/Verkeersrecht* 2020, nr. 1101 dat (geïn-

dexeerd) € 892 smartengeld toekeende wegens discriminerende opmerkingen door collega's.

30. S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen? Over het begrip "persoonsaantasting" buiten lichamelijk en geestelijk letsel', *NTBR* 2019/20, p. 128 (l.k.).

31. Vgl. P.C. Janssen & A.S. Bloo-Kroes, 'De jurisprudentiële ontwikkeling van immateriele schadevergoeding bij een bijzondere normschending', *MvV* 2019, nr. 10, p. 367 l.k. die opmerken dat het onderscheid tussen de feitelijke van de inbreuk zelf en de persoonlijke gevolgen daarvan lastig is te maken.

32. Vgl. Ktr. Amsterdam 29 mei 2008, 06-1271, *Smartengeldgids ANWB/Verkeersrecht* 2020, nr. 2100 kende (geïndexeerd) € 625 toe bij een inbraak, Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10064 wees smartengeld bij inbraak af.

Raad een cassatieberoep zal afwijzen met de bekende zinsneede dat het gaat om een waardering die aan de feitenrechter is voorbehouden. Dat is echter bijzonder onwenselijk. Bij de toekenning van smartengeld gaan zo namelijk allerlei (onbewuste) vooroordelen van rechters over de kwetsbaarheid van bepaalde categorieën mensen een doorslaggevende rol spelen. Mensen hebben bovendien oordelen over wat een gepaste reactie van anderen is bij bepaalde gebeurtenissen. Ten slotte denken ze ten onrechte dat anderen transparant zijn en dat ze hen en hun emoties kunnen inschatten, maar dat blijkt niet het geval.<sup>33</sup>

De EBI-criteria kunnen er dus gemakkelijk toe leiden dat het al dan niet toekennen van smartengeld een kwestie van onderbuikgevoel wordt. Een benadering waarbij de inbreuk op persoonlijkheids- en fundamentele rechten in beginsel een persoonsaantasting oplevert, heeft dat nadeel niet. Mocht de rechter van mening zijn dat het werkelijk om een bagatel gaat, dan kan hij in het kader van de billijkheid beslissen om geen smartengeld toe te kennen.<sup>34</sup>

## 5. Rechtsongelijkheid

Als het EBI-arrest inderdaad een hogere drempel voor vergoeding van immateriële schade opwerpt, dan komt de rechtsgelijkheid in het gedrang. Ten eerste contrasteert dit met het feit dat een geringe inbreuk op de fysieke integriteit wel recht op smartengeld geeft, denk aan het *blauw oog*-arrest. Niet direct in te zien is waarom geringe fysieke pijn wel recht dient te geven op compensatie en gering psychisch leed niet. Nog minder goed uit te leggen valt waarom een enkele schending van de redelijke termijn zonder meer recht geeft op een geringe vergoeding (namelijk € 500 per half jaar),<sup>35</sup> terwijl vergoeding bij enkele inbreuk op andere fundamentele rechten uitgesloten is. De verklaring dat de rechtspraak van het Europees Hof ter Bescherming van de Rechten van de Mens de

## Het onwenselijke signaal dat de Hoge Raad afgeeft, is dat sommige fundamentele rechten kennelijk fundamenteler zijn dan andere

Hoge Raad in het eerste geval dwingt tot toekenning van een vergoeding, is puur formeel en bevredigt daarom niet. Het onwenselijke signaal dat de Hoge Raad afgeeft, is dat sommige fundamentele rechten kennelijk fundamenteler zijn dan andere. Het lijkt genuanceerder om bij inbreuk op fundamentele rechten te variëren in de omvang van de toe te kennen vergoeding, in plaats van de poort voor sommige rechten bij voorbaat te sluiten.

Ten slotte ontstaat er ook rechtsongelijkheid in vergelijking met het bestuursrecht waar de rechter € 200

smartengeld toekent vanwege een onrechtmatig huisbezoek ter controle van een bijstandsuitkering.<sup>36</sup>

## 6. Rechtsbescherming

Als de Hoge Raad de EBI-formule strikt toepast, komt de bescherming van fundamentele rechten op de tocht te staan. In veel gevallen zullen benadeelden immers moeilijk concrete gegevens kunnen aandragen waaruit hun leed blijkt. Dat geldt met name in relatie tot het recht op privacy. Door alle technologische ontwikkelingen is dit een zeer kwetsbaar recht geworden, terwijl leed niet goed aantoonbaar is wanneer persoonlijke gegevens in handen van derden komen.<sup>37</sup> Hoe ziet de Hoge Raad de bescherming van fundamentele rechten voor zich? De uitspraak bevat daarover geen informatie. Wellicht is het idee dat bescherming via strafrecht of bestuursrecht de taak is van de overheid en niet van het privaatrecht. Een tekort aan publiekrechtelijke rechtshandhaving moet in die visie niet door het privaatrecht worden opgevangen maar door extra investeringen 'public enforcement'.<sup>38</sup> Dit lijkt echter slechts een theoretische mogelijkheid,<sup>39</sup> inbreuken op fundamentele rechten zonder letsel hebben voor het Openbaar Ministerie geen prioriteit en het is ook zeer de vraag of het wenselijk is dat toezichthouders uitgroeien tot gigantische bureaucratische organisaties met alle problemen van dien.<sup>40</sup> De kennelijke stand van zaken bij de Autoriteit Persoonsgegevens zoals beschreven in *De Groene Amsterdammer* stemt overigens ook niet vrolijk.<sup>41</sup> In het jaarverslag van 2015 werd door de Autoriteit nog opgetekend:

'Voor een verantwoordelijke die eens een gok wil wagen: zo bezien is de kans dat de toezichthouder aan de deur klopt kleiner dan eens in de duizend jaar!'<sup>42</sup>

Sindsdien is het aantal medewerkers weliswaar uitgebreid, maar het vertrek van veel ervaren krachten en het gebrek aan visie dat uit het artikel in *De Groene Amsterdammer* naar voren komt, baren zorgen. Bij inbreuk op fundamentele rechten is de keuze daarom praktisch gesproken tussen een (aanvullende) handhavende rol voor het privaatrecht en geen rechtsbescherming.

Een tweede mogelijkheid is dat de Hoge Raad, met Sieburgh, meent dat rechtsbescherming bij een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht niet via de figuur van smartengeld, maar door middel van voordeelsafgifte gerealiseerd dient te worden, waarbij deze mogelijkheid overigens beperkt wordt tot gevallen waarin de dader niet te goeder trouw is.<sup>43</sup> Als basis hiervoor dient artikel 6:104 BW waarbij het vereiste dat de benadeelde schade heeft geleden voor deze gevallen wordt losgelaten. Deze gedachte, ontleend aan Linssen<sup>44</sup> heeft, hoe interessant ook, grote praktische en principiële nadelen. Ten eerste levert niet iedere inbreuk op een persoonlijkheidsrecht winst op, denk aan discriminatie, kinderonvoering of de schending van het *informed consent*. Het bereik van deze oplossing is dan ook buitengewoon beperkt. Ten tweede zal het, wanneer de dader wel winst heeft genoten (denk aan een privacy-schending door een roddelblad),<sup>45</sup> buitengewoon lastig zijn om die te berekenen.<sup>46</sup> Hoeveel extra tijdschriften zijn verkocht door die ene rapportage waarmee de pri-



vacy van de bekende zanger X werd geschonden? Hier ligt een lastige causaliteitsvraag. Ten derde wordt zo slechts het recht op privacy van bekende Nederlanders beschermd. Niet goed voorstelbaar is immers dat de schending van een *onbekende* Nederlander zoveel extra omzet of winst zal opleveren. Als die al valt aan te tonen, zal het om aanzienlijk minder grote bedragen gaan dan wanneer het slachtoffer een bekende Nederlander was. Dit leidt tot moeilijk te verkroppen rechtsongelijkheid. Waarom zou de privacy van een televisiepersoonlijkheid meer waard zijn dan die van 'gewone' burgers? Dit botst volkomen met de aan fundamentele rechten ten grondslag liggende idee van de gelijkwaardigheid en de intrinsieke waarde van *ieder mens*.

## 7. Besluit

De *EBI*-uitspraak is een belangrijk arrest omdat de Hoge Raad daarin tot een synthese komt van al zijn tot dusverre gewezen arresten waarin hij smartengeld toekeende los van fysiek of geestelijk letsel.

Dat er wat betreft vergoeding van immateriële schade ergens een drempel wordt gelegd is begrijpelijk en noodzakelijk, allerhande frustraties horen bij het leven en niet voor alles dient recht op smartengeld te bestaan. Het probleem is echter waar en hoe deze drempel wordt gelegd. De *EBI*-formule is niet zozeer qua inhoud problematisch, maar vooral vanwege het exclusieve karakter daarvan. Zij zou prima functioneren als ventiel, dus *naast* lichamelijk of geestelijk letsel en de schending van een

(geschreven of ongeschreven)<sup>47</sup> fundamenteel recht. Doordat de *EBI*-formule echter een veel bredere strekking heeft, namelijk geldt voor alle gevallen los van lichamelijk of geestelijk letsel, ontstaat onduidelijkheid en wordt te veel ruim baan gegeven aan menselijke (en dus ook rechterlijke) onderbuikgevoelens, hetgeen onwenselijke gevolgen heeft voor de voorspelbaarheid en rechtsgelijkheid.

Bovendien lijkt de *EBI*-formule een hogere drempel voor vergoeding van immateriële schade op te werpen dan tot nu toe uit de rechtspraak leek te volgen en dan in het bestuursrecht de norm is. Juist in een tijd waarin de technische mogelijkheden op inbreuken op fundamentele rechten en met name de privacy zo groot zijn, is het wenselijk dat het privaatrecht de burger niet met lege handen achter laat. Het is onbevredigend dat de Hoge Raad dit aspect in het *EBI*-arrest niet kenbaar heeft meegewogen. Om al deze redenen is het van belang dat deze kwestie nogmaals in cassatie aan de orde wordt gesteld.

Tot slot nog een korte opmerking over de beoordeling van de casus die aan het *EBI*-arrest ten grondslag lag. Wellicht heeft een rol gespeeld dat de benadeelde niet de meest sympathieke eiser was. Bedacht moet echter worden dat mensenrechten vaak zullen strekken tot bescherming van mensen die ons niet sympathiek zijn, mensen die we aardig vinden zullen we immers sowieso wel vriendelijk bejegenen, daar zijn geen mensenrechten voor nodig. Vergelijk wat Rosa Luxemburg (1871-1919) over de vrijheid opmerkte: 'Freiheit ist immer die Freiheit der Andersdenkenden.'<sup>48</sup> ●

33. M. Gladwell, *Praten met vreemden*, Amsterdam: Business Contract 2019, in het bijzonder Deel III.

34. Zie HR 27 april 2001, *NJ* 2001, m.nt. C.J.H. Brunner (*satanisch misbruik*).

35. Zie met verwijzingen de conclusie van Hartlief sub 4.24.

36. Zie o.a. CRvB 8 juni 2010, *AB* 2011/45, m.nt. Bröring. Voor onrechtmatig buurtonderzoek in het kader van onderzoek naar bijstandsfraude kende Rb. Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO6456 (geïndexeerd) € 582 toe.

37. Mensen die menen dat dit niet erg is, wordt aanbevolen te lezen M. Martijn & D. Tokmetzis, 'Je hebt wél iets te verbergen. Over het levensbelang van privacy', *de Correspondent*, Zutphen: Drukkerij Koninklijke Wöhrmann 2016.

38. J.S. Kortmann, *The tort law industry*

(oratie Amsterdam UvA) 2009, p. 19-20.

39. Zie ook I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: "integriteitsschade"', in: E.C. Huijsman, M. van der Weij (red.), *Schade en Herstel*, Oisterwijk: WLP 2014, p. 48 die overigens terecht opmerkt (p. 47-48) dat compensatie en rechtshandhaving in de praktijk niet zo scherp onderscheiden kunnen worden aangezien de toekenning van compensatie ook automatisch de rechtshandhaving dient.

40. Zie voor de nadelen van handhaving door toezichthouders A.J. Verheij, 'Should Private Lawyers Reconsider the Compensatory Principle in an Age of Administrative Enforcement?', *European Review of Private Law* 2015, p. 551-565.

41. B. Heilbron & E. Koopman, 'De Autoriteit Persoonsgegevens is nog altijd onvolwassen. De tragedie van het privacytoe-

zicht', *De Groene Amsterdammer* 16 januari 2019.

42. Autoriteit Persoonsgegevens, Jaarverslag 2015, p. 6 (zie [www.autoriteit-persoonsgegevens.nl](http://www.autoriteit-persoonsgegevens.nl)).

43. C.H. Sieburgh, 'Gerechtigheid en rechtshandhaving. Genereert handhaving door privaatrecht rechtvaardigheid en gerechtigheid?', *WPNR* 2010/6843, p. 394-395.

44. J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking: een rechtsvergelijkende beschouwing* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001. Zie ook W.H. van Boom, 'Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid', in: W.H. van Boom & M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2002.

45. Daarop baseert Sieburgh haar hele argumentatie.

46. Niet helemaal duidelijk is overigens of Sieburgh een afdracht van de winst of van de omzet pleit (p. 394 r.k.): 'In deze opvatting wordt het af te geven voordeel niet verminderd met kosten van de door de dader gedane investeringen.'

47. Denk aan het geschonden zelfbeschikingsrecht in *wrongful life*.

48. Geciteerd in de stoep van de Rosa-Luxemburg-Platz in Berlijn. Zie echter voor een kritische bespreking van de antidemocratische ideeën van Luxemburg het artikel van S.F. Kellerhoff in *Welt* van 25 januari 2019 (zie [www.welt.de](http://www.welt.de)). Het citaat blijft niettemin mooi en behartenswaardig.