

Opinie

Het EBI-arrest, historisch onrecht, effectieve remedie en de AVG

*Mr. dr. R. Rijnhout**

TVP biedt vanaf heden de mogelijkheid om een Opinie te laten afdrukken. Een Opinie is bedoeld om aandacht te vragen voor een recente uitspraak of een actueel onderwerp aan de hand van een korte en kritische bespreking daarvan.

1. Inleiding

Op 15 maart 2019 oordeelde de Hoge Raad in het *EBI*-arrest dat van een persoonsaantasting op andere wijze (art. 6:106 lid 1 aanhef onder b BW) nog niet reeds sprake is in geval van de enkele schending van een fundamenteel recht.¹ Volgens de Hoge Raad moet de vergoeding voor immateriële schade wegens een persoonsaantasting op andere wijze – buiten gevallen van objectiveerbaar geestelijk letsel – worden gerechtvaardigd door de ernst van de normschending én de ernst van de gevolgen daarvan. Anders dan A-G Hartlief concludeerde,² kiest de Hoge Raad daarmee niet voor een rechtenbenadering. In een rechtenbenadering kan de enkele schending van een fundamenteel (persoonlijkheids)recht voldoende zijn om toewijzing van een vergoeding van immateriële schade te rechtvaardigen. Voor onder andere die gevallen wordt ook wel de term ‘handhaving’ van normschendingen gebruikt. In de benadering die de Hoge Raad verkiest, is in beginsel nodig dat de gevolgen van een normschending moeten worden geconcretiseerd of in sommige gevallen mogen worden verondersteld. Deze benadering is een schade- of gevolgbenadering. Hoewel Lindenbergh betoogt dat gevallen die eerder hebben voorgelegen bij de rechter ingepast kunnen worden in deze benadering en de rechtspraktijk nu concrete handvatten heeft voor

oordeelsvorming,³ wordt het kernprobleem mijns inziens niet opgelost. Wat als zich een schending voordoet van een fundamenteel recht dat handhaving verdient, maar die schending niet binnen het *EBI*-criterium valt of onder een andere smartengeldcategorie van artikel 6:106 BW? Wat gebeurt er dan en moet er dan gebeuren? Ik neem deze vraag ter hand door de bespreking van drie uitspraken die zijn verschenen na het *EBI*-arrest. De eerste twee zaken gaan over de doorwerking van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM): één over historisch onrecht in Nederlands-Indië waarop het EVRM temporeel nog niet van toepassing was,⁴ en één over de schending van het recht op leven en het recht op een effectieve remedie (art. 2 en 13 EVRM) jegens nabestaanden.⁵ De derde zaak gaat over de schending van het recht op privacy onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).⁶ Deze zaken hebben gemeenschappelijk dat er sprake is van schending van een fundamenteel recht van de gedupeerden/bena-deelden, maar het is niet vanzelfsprekend dat hun situatie valt binnen de mogelijkheden tot vergoeding die het *EBI*-arrest of artikel 6:106 BW in het algemeen biedt. Ik zal uiteindelijk in deze opinie betogen dat het mijns inziens nodig is dat meer in de geest van de werking van mensenrechtenverdragen wordt beslist. Eerst sta ik uitgebreider stil bij het *EBI*-arrest en de interpretatie daarvan.

2. Het EBI-arrest en zijn driedeling

2.1 Uitleg EBI-arrest

In het *EBI*-arrest staat de vraag centraal of iemand die 350 dagen ten onrechte heeft moeten doorbrengen op de Extra beveiligde inrichting (EBI) van Penitentiaire Inrichting Vught recht heeft op vergoeding van immateriële schade wegens een persoonsaantasting op andere wijze. De gevangene heeft geen geestelijk letsel, en dus moet hij een beroep doen op een ander

* Mr. dr. R. Rijnhout is als universitair hoofddocent verbonden aan het onderzoekscloster Empirical legal Research into Institutions for Conflict-resolution en Ucall, Universiteit Utrecht. Zij is tevens redacteur van dit tijdschrift.

Deze bijdrage is gebaseerd op een klein gedeelte van de lezing die de auteur gaf tijdens het LSA Symposium 2020 (die in haar geheel elders nog wordt gepubliceerd).

1. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, r.o. 4.2.1-4.2.2. Herhaald in HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Eisers/Maatschap Groningen, NAM en Staat*); HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1465.
2. Parket bij HR 26 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1295.

3. S.D. Lindenbergh, ‘Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen? Over het begrip “persoonsaantasting” buiten lichamelijk en geestelijk letsel’, *NTBR* 2019, p. 122 e.v.

4. Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2524.

5. Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929.

6. Rb. Amsterdam 2 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490.

type persoonsaantasting: de schending van fundamentele persoonslijksrechten. Het hof had vastgesteld dat de eiser ten onrechte bijna een jaar in het strengste regime is geplaatst, wat maakt dat de Staat ‘zich schuldig [heeft] gemaakt aan schending van de norm dat met de vrijheidsbeneming niet meer inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is’. Die schending wordt door de eiser ook wel in verband gebracht met artikel 3 en 5 EVRM. Dat brengt, aldus het hof, echter niet met zich dat *daarom* een vergoeding van immateriële schade direct een gegeven is. Over de persoonlijke gevolgen voor de eiser is niets komen vast te staan, waardoor geen vergoeding wordt toegewezen.⁷ De Hoge Raad laat dit oordeel in stand:

‘[De eiser] heeft niet geconcretiseerd welk nadeel hij heeft geleden en niet uiteengezet wat in zijn geval gedurende de relevante periode het verschil in regime zou zijn geweest als niet het EBI-regime maar het GVM-regime zou zijn toegepast.’⁸

Het enkel benoemen van nadeel lijkt in beginsel onvoldoende voor de toekenning van een smartengeldbedrag:

‘In beginsel zal degene die zich hierop beroept de aantasting in zijn persoon met concrete gegevens moeten onderbouwen.’⁹

Echter:

‘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 liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen.’¹⁰

De Hoge Raad overweegt ook dat van een persoonsaantasting op andere wijze ‘niet reeds sprake [is] bij enkele schending van een fundamenteel recht’.¹¹

2.2 Interpretatie EBI-arrest

Naar aanleiding van het *Baby Kelly*-arrest, het *Oudejaarsrellen Groningen*-arrest en het *Blauwe Oog*-arrest vroeg Verheij zich af of er twee of drie typen ‘persoonsaantastingen op andere wijze’ zouden bestaan. De drie zouden dan zijn: geestelijk letsel, schending fundamenteel recht en aard/ernst van de normschending met ernstige gevolgen voor de gedupeerde. Als er een indeling in twee categorieën zou bestaan, zou dat beteke-

nen dat de fundamentele persoonsaantasting onderdeel is van de categorie aard/ernst van de normschending met ernstige gevolgen.¹² Die driedeling van Verheij neemt de Hoge Raad niet over. Hij spreekt over twee categorieën persoonsaantasting op andere wijze, waarbij onduidelijk is of, en zo ja hoe, de schending van een fundamenteel recht daarin past. De facto zijn er overigens volgens mij toch drie categorieën genoemd, maar die drie wijken dus af van de eerdergenoemde drie van Verheij:

1. gevallen waarin geestelijk letsel kan worden geobjectiveerd;
2. gevallen waarin sprake is van een ernstige normschending (mede in het licht van de aard daarvan) met ernstige gevolgen voor de gedupeerde, waarbij de gevolgen van die aantasting met concrete gegevens moeten worden onderbouwd;
3. gevallen waarin in het licht van de aard en de ernst van de normschending de ernst van de gevolgen daarvan voor de gedupeerde zo voor de hand liggen, dat de aantasting mag worden aangenomen.

De Hoge Raad kiest hier dus niet voor een rechtenbenadering, maar voor een benadering die (mede) gericht is op de gevolgen van de normschending. Rechtsschendingen met ernstige gevolgen kunnen volgens mij nog steeds binnen het EBI-criterium vallen. Als ik de Hoge Raad goed begrijp, hoeven de gevolgen daarvan ook niet altijd te worden geconcretiseerd, maar het moet wel aannemelijk zijn dat de gevolgen (voldoende) ernstig zijn (in het licht van de aard en ernst van de normschending). Ik herhaal nu de vraag uit de inleiding: wat als het immateriële nadeel van de gedupeerden strikt genomen niet valt binnen deze categorisering of anderszins niet leidt tot handhaving door middel van artikel 6:106 BW, terwijl die handhaving wel in de rede ligt of gerechtvaardigd lijkt? Hoe passen die schendingen van fundamentele rechten in het systeem? Ik kom nu toe aan de bespreking van actuele jurisprudentie hierover.

3. EVRM en de positie van nabestaanden

3.1 Hof Den Haag in oktober 2019 over oorlogsmisdrijven begaan door de Nederlandse Staat in Nederlands-Indië

Op 1 oktober 2019 deed het gerechtshof Den Haag uitspraak in de civiele zaak over de oorlogsmisdrijven die Nederlandse militairen pleegden in Nederlands-Indië in de jaren 1946-1947.¹³ Troepen van het Koninklijk Nederlands Indisch Leger (KNIL) hebben mannelijke inwoners van onder andere Zuid-Celebes geëxecuteerd zonder proces. In opdracht van het KNIL hebben deze militairen zuiveringsacties uitgevoerd. De precieze gang van zaken is pas later goed inzichtelijk geworden, waardoor de gedupeerden (voor zover die de acties hebben overleefd) en hun nabestaanden pas veel later een collectief hebben kunnen vormen om op te komen tegen de

7. Hofuitspraak zoals weergegeven in HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, r.o. 3.2.2.

8. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, r.o. 4.3.2.

9. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, r.o. 4.2.1.

10. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, r.o. 4.2.1. Een voorbeeld van een concretisering van deze tweedeling: Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10717 (immateriële schade wegens bodembeweging in Noordoost-Groningen).

11. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 4.2.2.

12. A.J. Verheij, ‘Vergoedbaarheid van angstschade’, *NTBR* 2018, p. 17-18.

13. Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2524.

Nederlandse Staat om daarmee erkenning en schadevergoeding te krijgen.

In de afgelopen jaren zijn verschillende civiele zaken aangespannen tegen de Nederlandse overheid. In die zaken staan telkens vragen over verjaring en schadevergoeding centraal. Zo ook in een van de twee zaken waarin het gerechtshof Den Haag op 1 oktober 2019 uitspraak deed. Deze zaak is gestart door vijf nabestaanden (kinderen van overledenen). Tussentijds beroep tegen het vonnis van de rechtbank is opengesteld, en dat beroep van de Staat zag niet alleen op de vraag of een onderscheid moet worden gemaakt tussen weduwen en kinderen, maar ook op de vraag of het redelijk is om jegens de nabestaanden een beroep op verjaring te doen. Het hof is helder over het beroep op verjaring: het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om jegens deze nabestaanden een beroep op verjaring te doen. De rechtvaardiging daarvoor wordt gevonden in de ernst van de (oorlogs)misdrijven en (ook) in de sociale, juridische, economische en maatschappelijke omstandigheden waarin de gedupeerden verkeerden, die maakten dat het moeilijk was om eerder een vordering aanhangig te maken.¹⁴ Het hof maakt daarbij geen onderscheid tussen weduwen en kinderen; aan beiden kan het verjaringsverweer niet worden tegengeworpen.¹⁵

Daarmee rijst de vervolgvraag of toewijzing van een vergoeding voor immateriële schade gerechtvaardigd is. Het hof is helder. Affectieschade was geen juridisch relevante schade naar Nederlands recht vóór 2019. Het anders *framen* van de vordering (verlies van vaderfiguur) is volgens het hof kunstmatig en niet overtuigend.¹⁶ De gedupeerden deden geen beroep op het EVRM, omdat het EVRM ten tijde van de oorlogsmisdrijven nog niet bestond en daarom niet als grondslag kan dienen. Vervolgens haalt het hof het *EBI*-arrest aan:

“Ten overvloede merkt het hof op dat de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde weliswaar kunnen meebrengen dat sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze, als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 sub b BW, maar dat van zo’n aantasting niet reeds sprake is bij de enkele schending van een fundamenteel recht, nog daargelaten de vraag jegens wie de schending in kwestie heeft plaatsgevonden.”¹⁷

14. Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2524, r.o. 15 e.v.

15. Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2524, r.o. 16.

16. Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2524, r.o. 23.

17. Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2524, r.o. 24. In een andere (eerdere) zaak over nabestaanden van overledenen in Nederlands-Indië lag de vraag voor of de vergoeding voor materiële overlijdensschade (kosten verlies levensonderhoud) via een lumpsumvergoeding mocht worden afgedaan, zie Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2449. In deze zaak oordeelde de rechtbank dat die wijze van schadebegroting niet past in het idee van concrete schadebegroting dat ten grondslag ligt aan het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Concrete schadebegroting in deze gevallen is geen eenvoudige taak, mede omdat het onrecht zich decennia geleden heeft voorgedaan. Ook deze uitkomst maakt duidelijk dat het niet eenvoudig is om via het schadevergoedingsrecht op vlotte wijze erkenning te krijgen voor onrecht.

Wat ik uit dit arrest concludeer, is dat de Nederlandse Staat geen beroep mag doen op verjaring, omdat hij zich schuldig heeft gemaakt aan normschendingen die zo ernstig zijn dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar dat een reactie op de ernstige normschending (door middel van een smartengeldbedrag) uitblijft. In dit geval was het EVRM temporeel niet van toepassing. Als dat wel zo was geweest, zou een mensenrechtenschending zijn vastgesteld (schending van het recht op leven en het recht om humanaan behandeld te worden). In die gevallen heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) de discretionaire bevoegdheid om een vergoeding toe te kennen aan nabestaanden voor hun (im)materiële schade onder de noemer van ‘just satisfaction’ (art. 41 EVRM), wat hij ook zou hebben gedaan vanwege de fundamentele aard van deze rechten (art. 2 en 3 EVRM).¹⁸ Deze mogelijkheid tot het bieden van *just satisfaction* is door de opstellers gecreëerd om daadwerkelijke handhaving van mensenrechten mogelijk te maken. Zoals Steiner laat zien, heeft artikel 41 EVRM echter – van oudsher – een subsidiair karakter. Anders dan het recht op een effectieve remedie (art. 13 EVRM, waarover straks meer) is het bieden van ‘just satisfaction’ geen recht op zich.¹⁹ Overigens hoeft het EHRM geen vergoeding op te leggen; *just satisfaction* kan ook worden geboden middels de enkele vaststelling van de schending.²⁰

Wat betreft het recht op een effectieve remedie geldt dat als op nationaal niveau geen vooruitzicht daarop bestaat, dat op zijn beurt ook weer een mensenrechtenschending kan opleveren (recht op *effective remedy*, art. 13 EVRM). De verplichting van een effectieve remedie houdt verband met het effectiviteitsbeginsel: een remedie moet effectief zijn ‘in practise as well as in law’,²¹ waarmee wordt beoogd de effectiviteit van de bescherming/handhaving van mensenrechtenschendingen te borgen. De vereisten en de reikwijdte van artikel 13 EVRM variëren wel naargelang het type rechtsschending dat op het spel staat. Ook bestaat er beleidsvrijheid, maar in sommige gevallen is het EHRM expliciet over wat hij als een *effective remedy*

18. C. Kissling & D. Kelliher, ‘Compensation for pecuniary and non-pecuniary loss’, in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 627.

19. E. Steiner, ‘Just satisfaction under art. 41 ECHR: A compromise in 1950 – problematic now’, in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 12; W. Berka, ‘Human rights and tort law’, in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 246; J.N.E. Vahuras, *Damages and human rights*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2016, p. 252 e.v. Zie ook onlangs Hof ’s-Hertogenbosch 10 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:871, r.o. 871.

20. Zie voor situaties waarin het EHRM kiest voor deze vorm van *just satisfaction* M. Józson, ‘Satisfaction by finding a violation’, in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 743 e.v.

21. EHRM 2 april 2001, 27229/95 (*Keenan/Vereinigd Koninkrijk*), nr. 123; EHRM (Grote Kamer) 10 mei 2001, 29392/95 (*Z e.a./Vereinigd Koninkrijk*), nr. 108; EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards/Vereinigd Koninkrijk*), nr. 96; EHRM (Grote Kamer) 17 juli 2014, 47848/08, ECLI:NL:XX:2014:564 (*Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpeanu/Roemenië*), nr. 148.

beschouwt. Als bijvoorbeeld het recht op leven (art. 2 EVRM) of – in sommige gevallen – het recht om beschermd te worden tegen marteling of onmenselijke of vernederende behandeling (art. 3 EVRM) op het spel staat, verlangt het recht op *effective remedy* onder andere dat er vooruitzicht bestaat op compensatie van materiële en immateriële schade (ook voor nabestaanden), die dusdanig is dat er een prikkel bestaat om rechtsbijstand toe te wijzen en een procedure jegens de Staat te starten.^{22,23} De reden daarvoor is (wederom) dat de artikelen 2 en 3 EVRM de meest fundamentele rechten van het verdrag betreffen. Het vooruitzicht op schadevergoeding moet dusdanig zijn dat een kosten-batenanalyse van de gedupeerde leidt tot het starten van een procedure om de vermeende rechtschending te kunnen laten beoordelen door bijvoorbeeld een rechter.²⁴ Omdat affectieschade geen vergoedbare schadepost was tot januari 2019, rijst de vraag hoe met dat type claims wordt omgegaan in het Nederlandse recht. Daarover gaat het tweede arrest dat hier wordt behandeld.

3.2 Steekpartij in detentie en het recht op leven en effectieve remedie van de nabestaanden

Op 5 november 2019 oordeelde het gerechtshof Den Haag dat de Staat aansprakelijk is voor een dodelijke steekpartij in detentie, waarvoor op voorhand een risico bestond dat ook bekend was. Beide gedetineerden zijn toch bij elkaar in de recreatieruimte gelaten, zonder aanvullende of andere feitelijke maatregelen. De ene medegedetineerde brengt de andere om het leven met meerdere messteken. De nabestaanden doen een beroep op schending van artikel 2 EVRM en op schending van artikel 2 jo. artikel 13 EVRM (effectieve remedie). Het hof oordeelt dat de Staat artikel 2 EVRM heeft geschonden, omdat hij onvoldoende feitelijke maatregelen heeft getroffen die redelijkerwijs van hem konden worden verwacht om het gevaar voor leven af te wenden.²⁵ Desondanks oordeelt het hof dat die schending niet heeft plaatsgehad jegens de nabestaanden, waardoor uit dien hoofde geen vergoeding voor immateriële schade geboden hoeft te worden door de Staat. Ik lees hier een relativiteitstoets die niet terug te vinden is in de rechtspraak van het EHRM. In dit soort gevallen kent het EHRM een vergoeding voor immateriële schade toe aan nabestaanden vanwege hun eigen leed, op grond van artikel 41 EVRM. Als gezegd, is dat een discretionaire bevoegdheid van het hof, die geen recht in het leven roept dat afdwingbaar is in de nationale

rechtsorde. Het gerechtshof Den Haag doet ook uitspraak over de schending van het recht op effectieve remedie (art. 13 EVRM) in deze zaak. Hij oordeelt dat dit recht jegens de nabestaanden is geschonden, omdat er geen mogelijkheid bestaat tot het vorderen van een vergoeding voor immateriële schade. Desondanks legt het hof geen schadevergoedingsverplichting op, omdat hij – indachtig artikel 41 EVRM – de enkele vaststelling van de schending ‘an appropriate form of redress in itself’ acht.²⁶ Afgezien van het gegeven dat het EHRM die conclusie niet zou trekken in dit type zaken, omdat sprake is van een schending van artikel 2 EVRM (waarop ik in een andere nog te publiceren bijdrage nader inga), creëert het hof hier een impasse. Het EVRM *vereist* een specifieke remedie in de vorm van een vergoeding voor immateriële schade van nabestaanden (affectieschadevergoeding), maar de nationale rechter biedt die vergoeding niet, waardoor nabestaanden gedwongen zijn te procederen tot aan het EHRM om de vergoeding te ontvangen.

3.3 Beslissen in de geest van ...?

Beide zaken laten zien dat zij – vanwege het ontbreken van een recht op vergoeding van affectieschade naar Nederlands recht (vóór 2019) en de beperkte ruimte die het *EBI*-arrest hun biedt voor toewijzing van een smartengeldbedrag – geen effectieve remedie hebben naar Nederlands recht. Vanuit juridisch perspectief is dat met name ongelukkig voor de tweede casus; de casus waarop het EVRM wel temporeel van toepassing is. Als de Hoge Raad (als er cassatie is ingesteld) het arrest van het gerechtshof Den Haag in stand houdt, dan betekent dit dat de nabestaanden hun vordering moeten neerleggen bij het EHRM. Het is waarschijnlijk dat zij dan op dat niveau een vergoeding voor hun immateriële schade toegewezen krijgen wegens de schending van artikel 2 jo. artikel 13 EVRM, uit hoofde van de discretionaire bevoegdheid die het EHRM heeft onder artikel 41 EVRM. De eerste zaak, die gaat over het leed van de nabestaanden van de gedupeerden in Noordost-Indië, is complexer. Op die zaak is het EVRM temporeel niet van toepassing. Dat betekent overigens niet dat de mensenrechten waarover eerder werd gesproken niet bestonden, deze rechten waren eenvoudigweg nog niet gecodificeerd en dus nog geen onderdeel van de Nederlandse rechtsorde in de vorm van een verdrag. De rechter heeft dan een keuze: (1) kent hij geen vergoeding toe op basis van een strikte interpretatie van het juridische systeem, of (2) gaat hij beslissen in de geest van het mensenrechtenverdrag, waarvoor geldt dat mensenrechten niet alleen in theorie, maar ook in de praktijk gelding moeten hebben? Het is gissen of het gerechtshof Den Haag deze keuze heeft overwogen, maar duidelijk is dat het hof via de eerste lijn heeft beslist. De derde uitspraak die hier wordt besproken, heeft geen betrekking op het EVRM, maar wel op de schending van het fundamentele recht op privacy. Daarin wordt duidelijk hoe ‘beslissen in de geest van’ eruit kan zien.

22. EHRM 2 april 2001, 27229/95 (*Keenan/Verenigd Koninkrijk*), nr. 129-131; EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99 (*Bubbins/Verenigd Koninkrijk*), nr. 171; EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*), nr. 99.

23. EHRM 2 april 2001, 27229/95 (*Keenan/Verenigd Koninkrijk*), nr. 130-131; EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*), nr. 101; EHRM 30 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1130JUD004893999 (*Öneryildiz/Turkije*), nr. 147; EHRM 17 maart 2005, 50196/99 (*Bubbins/Verenigd Koninkrijk*), nr. 171; EHRM 17 juli 2014, 47848/08, ECLI:NL:XX:2014:564 (*Centre for legal resources on behalf of Valentin Câmpescu/Roemenië*), nr. 149.

24. Expliciet: EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (*Paul en Audrey Edwards/Verenigd Koninkrijk*), nr. 99.

25. Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929, r.o. 23.

26. Hof Den Haag 5 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2929, r.o. 37.

4. EU: AVG-schending en smartengeld

De rechtbank Amsterdam deed op 2 september 2019 uitspraak inzake een schending van het recht op privacy onder de AVG.²⁷ Het betreft hier dus geen EVRM-insteek, maar een verordening van de Europese Unie die direct deel uitmaakt van de Europese rechtsorde – en dus ook van Nederland – en geen doorwerking betreft via de Nederlandse Grondwet. De voor deze bijdrage relevante rechtsvraag die voorlag, was of de gedupeerde een vergoeding moet ontvangen voor immateriële schade vanwege de schending van haar recht op privacy.

In deze zaak zijn bijzondere persoonsgegevens (arbeidsverleden waarin zich gezondheidsproblemen hebben voorgedaan) gedeeld door het UWV met de werkgever zonder toestemming van de persoon om wie het draaide. Dit delen heeft automatisch plaatsgevonden, omdat het UWV op bepaalde momenten informatie moet delen met een werkgever. Haar werkgever moest echter op dat moment ook een beslissing nemen over verlenging van haar contract. Deze rechtsschending heeft haar daarom zes weken spanning en angst opgeleverd. Uiteindelijk besloot haar werkgever het arbeidscontract te verlengen, waardoor zij geen materiële schade lijdt als gevolg van de privacyschending. De vraag was of de werknemer recht had op vergoeding van haar immateriële schade. Zij heeft geen letsel, ook geen geestelijk letsel, en dus rees de vraag of desondanks sprake was van een persoonsaantasting op andere wijze. Die vraag hield partijen verdeeld.

De rechtbank oordeelt dat het UWV onrechtmatig heeft gehandeld.²⁸ Vervolgens gaat de rechtbank in op de vraag of de werknemer een vergoeding wegens een persoonsaantasting op andere wijze moet ontvangen. Het UWV verweerde zich met een beroep op het *EBI*-arrest en de zinsnede van de Hoge Raad dat de enkele schending van een fundamenteel recht (kort gezegd) nog geen toekenning van een smartengeldbedrag rechtvaardigt. Ook stelt hij zich op het standpunt dat de voorbeelden die de Hoge Raad noemt (*Baby Kelly* en *Oudejaarsrellen Groningen*) uitzonderlijk ernstige situaties betreffen en dat de onderhavige casus niet daarmee vergelijkbaar is. De rechtbank gaat niet mee in die argumentatie. Zij oordeelt dat iedere zaak op zijn eigen merites moet worden beoordeeld. Een vergoeding wordt toegewezen en daarvoor worden meerdere argumenten genoemd. Ten eerste schrijft de AVG zelf voor dat het schadebegrip ruim moet worden uitgelegd en in overeenstemming met de doelstellingen daarvan en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU. Zo staat in de AVG te lezen dat bij een schending van het recht op privacy onder de AVG een vergoeding voor materiële en immateriële schade mogelijk moet zijn, en de preambule vermeldt dat het schadebegrip ruim moet worden uitgelegd ‘in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie, op een wijze die ten volle recht doet aan de doelstellingen van deze verordening’.²⁹ Ten

tweede, aldus de nationale rechter, is sprake van blijvende en onherstelbare schade. De gedupeerde ontvangt een vergoeding van haar immateriële schade ter hoogte van € 250, waarbij de rechter overweegt:

‘Een verordening-conforme uitleg van artikel 6:106 lid 1 BW brengt mee dat [eiseres] recht heeft op een (naar billijkheid vast te stellen) vergoeding van haar schade.’³⁰

Wat hier dus gebeurt, is dat het nationale schadebegrip wordt uitgelegd in de geest van de verordening. Hier wordt juist wel aansluiting gezocht bij de doelstelling van de verordening en de werking die daarmee wordt beoogd. Dat was dus anders in de zaken die hierboven werden omschreven, die gingen over vorderingsrechten van nabestaanden gebaseerd op de schending van mensenrechten uit het EVRM, waarin de effectieve bescherming van mensenrechten niet doorslaggevend was.

5. Conclusie

Het *EBI*-arrest biedt duidelijkheid wat betreft de norm die geldt voor de beoordeling van de persoonsaantasting op andere wijze en de vraag of in het licht daarvan een verplichting tot betaling van smartengeld bestaat. Het *EBI*-arrest biedt echter een nationaalrechtelijk criterium voor die beoordeling, waarin is bepaald dat de enkele schending van een fundamenteel recht niet betekent dat *daarom* sprake is van een persoonsaantasting op andere wijze. Ook in zaken waarin fundamentele rechten zijn geschonden, moet in beginsel een beoordeling plaatsvinden van de ernst van de gevolgen. In de meeste gevallen waarin fundamentele rechten zijn geschonden, zullen de gevolgen ook ernstig zijn. Maar dat hoeft niet het geval te zijn. Denk niet alleen aan de casus die in het bovenstaande zijn besproken, maar ook aan de schending van het recht op eigendom (art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM), het recht op privé- en familielevens (waaronder ook hinder valt, art. 8 EVRM) en het recht op geïnformeerde toestemming (art. 8 EVRM). In die gevallen hoeft geen sprake te zijn van letsel of ernstige gevolgen, maar kan wel een schending van een fundamenteel mensenrecht bestaan. In die gevallen vereist het EHRM dat rechten niet alleen in theorie, maar ook in de praktijk worden beschermd, wat in sommige gevallen gepaard moet gaan met een effectieve remedie (toegang tot de rechter en soms ook vooruitzicht op schadevergoeding). Dat effectiviteitsdenken (ofwel: de beoogde volle werking) is explicieter aanwezig in het Europese of internationale recht dan in het nationale schadevergoedingsrecht. Die verdragen of regelingen werken echter wel door in de nationale rechtsorde, ofwel via de Grondwet (EVRM), ofwel vanuit zichzelf (bijvoorbeeld verordeningen van de EU). Het *EBI*-arrest kent die nuancering niet. Wat te betreuren valt. Ten eerste omdat voor sommige rechtzoekenden nu gaat gelden dat zij zich tot de hogere rechter moeten wenden om uiteindelijk toch te krijgen waarop een recht bestaat. Ten tweede eenvoudigweg omdat het gaat over (ernstige) schendingen van fundamentele rechten, wat beschermingswaardig

27. Rb. Amsterdam 2 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490.

28. Rb. Amsterdam 2 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490, r.o. 11.

29. Verordening (EU) 2016/679, preambule nr. 146.

30. Rb. Amsterdam 2 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490, r.o. 18.

op zich zou moeten zijn. Wellicht bestaat de angst voor te omvangrijke uitdijing. Een idee zou daarom zijn: beslis in de geest van de bescherming die wordt beoogd door internationaal recht en Unierecht, ook als het gaat om enkele schendingen van fundamenteel recht. Als er angst voor olievlakwerking bestaat, vind dan in de *systematiek* van die verordeningen of verdragen (en niet in de totstandkomingsdatum daarvan) voorlopig ook de afbakening.