

# Ruimer baan voor smartengeld bij ‘persoonsaantastingen op andere wijze’ zonder dat sprake is van geestelijk letsel

AV&S 2019/37

**Uit twee recente arresten over art. 6:106 sub b, slot BW kan worden afgeleid dat ernstige normschendingen of activiteiten met ernstige persoonlijke gevolgen, recht kunnen geven op smartengeld – óók als geen sprake is van geestelijk letsel of van een fundamentele rechtsinbreuk. Dit opent mogelijkheden in geval van bijvoorbeeld pesten, blootstelling aan ernstige risico's, vernieling, bedreiging en hinder. Maar begrensd: de Hoge Raad laat zich niet ertoe verleiden om indien wél sprake is van een fundamentele rechtsinbreuk, dat gegeven als een persoonsaantasting aan te merken. Dit haalt een streep door het concept integriteitsschade. De Hoge Raad houdt voorts vast aan concrete schadewaardering; dit maakt nadere ontwikkeling van zgn. angstschade relevant.**

## 1. Inleiding

### 1.1 Criteria voor de vangnetbepaling van art. 6:106 sub b, slot BW

Op 15 maart 2019 wees de Hoge Raad een arrest, het *EBI*-arrest,<sup>2</sup> waarin hij lijnen neerzet voor het recht op smartengeld bij het ontbreken van lichamelijk of geestelijk letsel. Dit is een belangrijk arrest, zo blijkt ook uit nadien verschenen uitspraken van de Hoge Raad.<sup>3</sup> Voor een goed begrip breng ik in herinnering dat immateriële schade, zoals pijn, leed en verdriet, slechts in limitatief door de wet bepaalde gevallen voor vergoeding in aanmerking komt. De algemene regeling hiervoor is artikel 6:106 van het Burgerlijk Wetboek (BW).<sup>4</sup> Behoudens in de uitzonderlijke gevallen onder sub a en c, is nodig dat de benadeelde lichamelijk letsel heeft, aangestast is in zijn eer of goede naam of ‘op andere wijze in zijn persoon is aangetast’, aldus art. 6:106 sub b BW.<sup>5</sup> Dit laatste,

door mij gecursiveerde slotstuk biedt een vangnet voor immateriële schade die geen verband houdt met lichamelijk letsel of aantasting van eer of goede naam. Bij de “persoonsaantasting op andere wijze” wordt veelal gedacht aan gevallen waarin de eiser geestelijk letsel heeft opgelopen; dat is een geestelijke beschadiging in de medische zin.<sup>6</sup> Dit aantonen is verre van eenvoudig; de eiser moet hier concrete gegevens voor aanvoeren, het oordeel of hij geestelijk letsel heeft, berust op objectieve maatstaven,<sup>7</sup> en dit wordt in het algemeen pas aangenomen “indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld”.<sup>8</sup> Hier is dus in beginsel medische expertise, uitmondend in een concrete diagnose, voor vereist.

Tot de komst van *EBI* was het hebben van geestelijk letsel de hoofdregel voor een beroep op het vangnet van art. 6:106 sub b, slot BW. De Hoge Raad stelde in het *Blauw oog*-arrest als *uitgangspunt* voorop dat de benadeelde geestelijk letsel had opgelopen, maar dat “een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan” voor de benadeelde.<sup>9</sup> In *EBI* herpositioneert de Hoge Raad het criterium van geestelijk letsel – dat is nu niet meer de hoofdregel – en geeft hij verdere richting aan de beoordeling van “persoonsaantastingen op andere wijze” onder art. 6:106 sub b, slot BW zonder dat sprake is van geestelijk letsel. Daarbij valt op, zoals we hierna nog zullen zien, dat hij de *Blauw oog*-formule licht herformuleert en vooral dat de Hoge Raad het enkele gegeven dat een fundamenteel recht is geschonden, niet voldoende acht voor het aannemelijk maken van deze persoonsaantastingen.

### 1.2 Plan van aanpak

Hiermee onderstreept *EBI* het belang van de overkoepelende vraag van deze bijdrage, te weten: welke ruimte is er voor toepassing van dit vangnet bij het ontbreken van geestelijk letsel? Eerst zal de achtergrond van de centrale thematiek kort worden geschetst (par. 2), gevolgd door een bespreking van *EBI*, waarbij ik mij zal beperken tot de kernoverwegingen (par. 3). Daarna volgt mijn analyse van de betekenis van de kernoverwegingen en van vragen die ze opwerpen (par.

1 Dr. E.F.D. (Esther) Engelhard is universitair hoofddocent en verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall)*, Universiteit Utrecht en raadshoer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.

2 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh, *JA* 2019/103, *JIN* 2019/69, m.nt. M.E. Witting (hierna: *EBI*). Zie hierover kort na het verschijnen mijn blog (via <https://blog.ucall.nl>) en S.D. Lindenbergh, ‘Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen? Over het begrip “persoonsaantasting” buiten lichamelijk en geestelijk letsel’, *NTBR* 2019/20 (p. 122-130).

3 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Mijnbouwshade*) en zie voorts, van de strafkamer: HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, *NJ* 2019/379, m.nt. W.H. Vellinga (*Overzichtsarrest vordering b.p.*) en HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1465 (*Woninginbraak*).

4 Ook bieden art. 6:107 lid 1, sub a en art. 6:108 BW sinds 1 januari 2019 recht op smartengeld voor affectieschade en kent de wet enkele bijzondere gronden voor smartengeld.

5 De criteria van sub a (opzettelijk veroorzaakt leed) en c (aantasting van de nagedachtenis van een overledene) van artikel 6:106 BW zijn zo specifiek, dat ze in de onderhavige bijdrage onbesproken zullen blijven.

6 Zie, uitvoerig, S.D. Lindenbergh, in *Groene Serie Schadevergoeding*, A.T. Bolt (red.), Deventer: Wolters Kluwer, art. 95, aant. 2.8 en Lindenbergh 2019, p. 122 (‘aantasting van de gezondheid’).

7 HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, *NJ* 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*B./Noord-Brabant*); idem het *EBI*-arrest, r.o. 3.2.2. Veelal worden de DSM-5 of ICD 11 classificatiesystemen voor diagnose gebruikt.

8 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*).

9 HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *NJ* 2012/410, *JA* 2012/147, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Blauw oog*), r.o. 3.5.

4) en van mogelijkheden die *EBI* biedt voor verdere rechtsontwikkeling (par. 5).

## 2. Achtergrond

### 2.1 'Persoonsaantasting op andere wijze' zonder geestelijk letsel: casuïstisch

Reeds voorafgaand aan *EBI*, deels onder het oude wetboek, is meerdere malen het recht op smartengeld toegekend voor persoonsaantastingen zonder dat sprake was van lichamelijk of geestelijk letsel of van aantasting van de eer of goede naam. In die gevallen wordt gerefereerd aan (ernstige) schendingen van rechten die bepaalde kernwaarden betreffen. Nu die veelal, anders dan in *EBI*, in zuiver horizontale privaatrechtelijke verhoudingen worden ingeroepen,<sup>10</sup> en ook niet beperkt zijn tot grondrechten die zijn neergelegd in de Grondwet en mensenrechtelijke verdragen, wordt gesproken van "fundamentele rechten".<sup>11</sup>

De belangrijkste categorie van uitspraken heeft betrekking op ernstige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. Ook op andere terreinen, zoals privacy en seksuele intimidatie, zijn er voorbeelden te noemen.<sup>12</sup> Zo'n inbreuk kan op zichzelf worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 sub b BW, zo oordeelt de Hoge Raad specifiek ten aanzien van een onrechtmatige perspublicatie die de persoonlijke levenssfeer aantast.<sup>13</sup> Veelal wordt op basis van een concrete (belangen)afweging, waarbij (onder meer)<sup>14</sup> de aard en de ernst van de gedragingen en/of de gevolgen daarvan worden afgewogen, beoordeeld of een fundamenteel recht is geschonden.<sup>15</sup>

### 2.2 Veralgemenisering: Blauw oog, *EBI*, Mijnbouwschade en Woninginbraak

Wat opvalt, is dat de Hoge Raad deze 'waaier' van casuïstiek in het kader van art. 6:106 sub b BW de afgelopen jaren steeds verdergaand is gaan veralgemeniseren. De eerste stap in die richting werd gezet in het hiervoor al genoemde *Blauw oog*-arrest. Daarin kiest de Hoge Raad algemene be-

woordingen voor de ingang van art. 6:106 sub b, slot BW bij het ontbreken van geestelijk letsel door te spreken van "de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan". Deze bewoordingen zijn ruimer dan de inbreuk op een fundamenteel recht: ze laten ook ruimte voor het recht op smartengeld ex art. 6:106 sub b, slot BW zonder dat sprake is van de schending van een fundamenteel recht – mits sprake is van een in ander opzicht bijzonder ernstige normschending. Nu zijn het, zoals hiervoor al werd gesteld, vooral fundamentele rechtsinbreuken die in de rechtspraak naar voren komen. Niettemin houdt de Hoge Raad in *EBI* vast aan de ruimere *Blauw oog*-formule dat de ernst van de normschending beslissend is. Hij breidt die zelfs uit met zijn toevoeging dat ook de aard van de normschending meeweegt en hij laat geestelijk letsel als vertrekpunt varen.

Recent, na *EBI*, trok de Hoge Raad deze lijn nog verder door, in zijn antwoorden op prejudiciële vragen met betrekking tot de aardbevingsschade in Groningen. Daarin stelt hij dat voor zover de aansprakelijkheid op art. 6:177 BW is gebaseerd, de beoordeling van het beroep op art. 6:106 sub b, slot BW, bij het ontbreken van geestelijk letsel, plaatsvindt "aan de hand van de aard en ernst van de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis en van de aard en ernst van de gevolgen van die gebeurtenis voor de benadeelde".<sup>16</sup> Eerder had de rechtbank de bevingen op grond van een belangenafweging, waarbij onder meer werd verwezen naar art. 2 en 8 EVRM, aangemerkt als "een ingrijpende en langdurige aantasting van de directe private woonomgeving" en als een ernstige inbreuk op "een fundamenteel persoonlijkheidsrecht", hetgeen naar zijn oordeel ook zonder geestelijk letsel recht gaf op smartengeld.<sup>17</sup> Waar de rechtbank het accent legde op de rechtsinbreuk(en), houdt de Hoge Raad vast aan de formule waarin de aard en ernst van zowel de grond voor aansprakelijkheid alsook van de gevolgen ervan centraal staan.

### 2.3 Sommige rechtsinbreuken zijn wèl relevant bij (stelplicht) schadevaststelling

Bij sommige fundamentele rechten is het enkele gegeven dat sprake is van een rechtsinbreuk wèl van betekenis voor wat betreft de vaststelling van de gevolgen van de normschending en de immateriële schade (en evt. het smartengeldbedrag). Bij het uitblijven van een rechterlijke beslissing binnen de "redelijke termijn" van art. 6 EVRM, weten we uit het arrest-*Biltse onteigening*, dat ter zake van de spanning en frustratie die dit oplevert, op de eiser in het kader van art. 6:106 BW geen stelplicht rust.<sup>18</sup> Iets vergelijkbaars geldt bij de toepassing van art. 28 en 35 van de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Bopz), die bij schending van de Bopz door burgemeester resp. rechter of officier van justitie in bepaalde gevallen recht geven op een

10 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3593, waar in een huurgeschil ter zake van gedeeld huurgenot wegens gebreken aan het gehuurde wordt gesproken van een "inbreuk op de persoonlijke levenssfeer" (r.o. 6.4.2).

11 Zie S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer 1998, p. 150 e.v.; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam (VU)), Nijmegen 2002, p. 35 e.v.; J.E. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht* (diss. Utrecht), Den Haag 2013 en voor verdere verwijzingen de Conclusie van A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2018:1295, nrs. 4.1 e.v. en Lindenbergh 2019, nt. 2.

12 Zie, uitvoerig, Lindenbergh, *GS Schadevergoeding, art. 6:106 BW, aant. 2.8* en over art. 6:106 sub b, slot BW bij data-inbreuken E.F.D. Engelhard, 'Aansprakelijkheid voor schade bij data-inbreuken: het ondergeschoven kindje van de AVG', *NTBR* 2019 (nog te verschijnen).

13 HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:851, NJ 2013/479 (*Het Parool, Van Beukering/P.*), r.o. 3.4.2 (onder verwijzing naar *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 380), mijn cursivering.

14 Denk in het bijzonder nog aan de problematiek van botsende fundamentele rechten.

15 Zie bijv. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:A07721, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oudejaarsrellen Groningen*).

16 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Mijnbouwschade*).

17 Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, JA 2017/88, m.nt. F.I. van Dorsser.

18 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser (*Biltse onteigening*), r.o. 3.11; zie EHRM 29 maart 2006, ECLI:NL:XX:2006:AX7382; en vgl. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX8360.

“naar billijkheid” vast te stellen bedrag aan schadevergoeding. De rechter is dan echter in het geheel niet gebonden aan de grenzen van art. 6:106 BW.<sup>19</sup>

De cassatieklachten in *EBI* zijn toegespitst op deze stelplicht-problematiek, maar de Hoge Raad geeft, in navolging van A-G Hartlief, een meeromvattend oordeel over de beoordeling van de “persoonsaantasting op andere wijze” en over de betekenis van de fundamentele rechtsinbreuk in dát verband.

### 3. *EBI*-arrest van 15 maart 2019

#### 3.1 *Feiten*

Eerst een korte weergave van de feiten. Eiser is één van de drie verdachten (uit in totaal elf verdachten) die in het bekende “*Passage*” strafproces tot een levenslange gevangenisstraf zijn veroordeeld. Hij spreekt de Staat aan tot schadevergoeding omdat hij gedurende een periode van bijna één jaar ten onrechte heeft verbleven in de Extra Beveiligde Inrichting (EBI) van de Penitentiaire Inrichting (PI) in Vught in plaats van in een PI met een, relatief gezien, minder zwaar regime, waar wel bij gold dat, nu eiser als hoog vluchtgevaarlijk te boek stond, voor hem extra toezicht- en veiligheidsmaatregelen golden. De selectiesecretaris van de Staat had op 19 november 2012 tot verlenging besloten van het verblijf in de EBI, maar dit besluit is door de Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming (RSJ) vernietigd op 6 juni 2013. Voor de onterechte detentie in de EBI is aan de eiser een vergoeding toegekend van 1375 euro. In de onderhavige kwestie vordert eiser smartengeld bovenop dit al toegekende bedrag.

#### 3.2 *Procedure in feitelijke instanties*

Tussen partijen is niet in geschil dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door eiser bijna een jaar langer in de EBI te laten verblijven dan was toegestaan.<sup>20</sup> Toch wordt de vordering tot smartengeld ingevolge art. 6:106 sub b, slot BW in beide feitelijke instanties afgewezen.<sup>21</sup> Nu niet is komen vast te staan dat sprake is van lichamelijk letsel<sup>22</sup> of van een aantasting van de eer of goede naam, zijn zowel de rechtbank als het hof nagegaan of de eiser “op andere wijze” in zijn persoon is aangetast. Als vertrekpunt geldt het criterium van geestelijk letsel. Niet voldoende is meer of minder sterk psychisch onbehagen of een “zich gekwetst” voelen. Aangezien de eiser geestelijk letsel niet heeft aangetoond, wordt, in lijn met *Blauw oog* (zoals dit arrest toen nog werd verstaan), beoordeeld of smartengeld bij wijze van uitzon-

dering kan worden toegewezen in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen hiervan voor de eiser.<sup>23</sup> Volgens de rechtbank en het hof is dit niet het geval. De vrijheidsbeneming is een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, maar die is inherent aan de rechtmatige detentie en wordt daardoor gerechtvaardigd.

Wèl heeft de Staat de norm geschonden dat die inbreuk niet groter mag zijn dan strikt noodzakelijk; volgens het hof heeft het verblijf in de EBI ernstiger inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer dan het geval zou zijn geweest bij opname in de PI zonder EBI. Toch biedt ook dat geen soelaas: volgens het hof is rechtens onvoldoende komen vast te staan over de persoonlijke gevolgen hiervan voor de eiser.<sup>24</sup> Tegenover diens stelling dat hij het veroordelend vonnis niet met zijn familie heeft kunnen delen, had de Staat aangevoerd dat hij daarvoor had gekozen.

#### 3.3 *Een principieel belang: de handhavingsfunctie van smartengeld*

Het cassatieonderdeel keert zich in de kern tegen de beoordeling door het hof van de vraag of sprake is van enig immaterieel nadeel. Volgens het onderdeel had ook als er geen sprake is van feitelijk nadeel, *spanning of frustratie en onzekerheid* over de rechtmatigheid van de vrijheidsbeperking *verondersteld* moeten worden.<sup>25</sup> A-G Hartlief wijst erop dat achter het principale cassatieberoep een principieel belang schuilgaat. Deze kwestie

“stelt in wezen aan de kaak of het Blauw oog-arrest als zodanig niet te beperkt is geformuleerd c.q. wordt uitgelegd en daarmee vooruitgang aan het front van (het recht op) smartengeld onvoldoende reflecteert of zelfs in de weg zit” (Conclusie, randnr. 3.6).

De afgelopen twee decennia hebben mede onder invloed van het EVRM en de rechtspraak van het EHRM geleid tot een “verzelfstandiging van de categorie van de schending van fundamentele rechten als zodanig ten opzichte van de gevallen van geestelijk letsel”.<sup>26</sup> En dan komt het:

“Deze ontwikkeling past bij en wordt ook gevoed door de tamelijk populair geworden gedachte dat smartengeld niet alleen een nuttige rol kan vervullen bij het inhoud geven aan rechten en daarmee het belang van rechthebbenden dient, maar (daarmee) ook het aansprakelijkheidsrecht als zodanig ondersteunt in het kader van de handhaving van rechten en plichten” (Conclusie, randnr. 3.8).

Juist deze laatste perspectieven vragen volgens Hartlief hier aandacht:

- 23 R.o. 6 van het Hof.
- 24 R.o. 10 resp. 11 van het Hof.
- 25 De Staat heeft een voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld met een motiveringsklacht tegen het oordeel van het Hof dat sprake is van een ernstige normschending.
- 26 Conclusie ECLI:NL:PHR:2018:1295 (*EBI*), randnrs. 3.7 en 4.20.

19 HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997/682, m.nt. J. de Boer (*W/De Staat*), r.o. 3.3.  
 20 Rb. Den Haag 17 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1621, r.o. 4.1.  
 21 Zie r.o. 4 van Gerechtshof Den Haag 4 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1512, JA 2017/128, m.nt. F.M. Ruitenbeek-Bart. Eiser had ook een verhoging gevorderd van de door de RSJ toegekende geldelijke tegemoetkoming in de zin van art. 68, lid 7 van de Penitentiaire Beginselenwet. Dit blijft hier verder rusten.  
 22 Eiser heeft zijn aanvankelijke standpunt dat zijn oogaandoening was ontstaan of verergerd door zijn verblijf in de EBI (zie afwijzend Rb. Den Haag 17 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1621, r.o. 3.5) later ingetrokken.

“uiteraard staat voorop de vraag of [eiser] wel heeft gekregen wat hem toekomt, maar in het verlengde daarvan is ook de vraag of op deze manier wel voldoende druk op de Staat wordt gelegd om langdurige onrechtmatige detentie te voorkomen” (Conclusie, randnr. 3.9).

De koers van *Blauw oog*, waarin voor de aanspraak op smartengeld het primaat ligt bij het hebben van geestelijk letsel, noemt Hartlief “om meerdere redenen ongelukkig”. Hij geeft de Hoge Raad mee “meer ruimte te bieden voor vergoeding van immateriële schade buiten de gevallen van geestelijk letsel dan tot nu toe lijkt te worden gedaan”. Hartliefs redenen zijn in de eerste plaats dat schendingen van fundamentele rechten veelal niet tot geestelijk letsel leiden en het vooropstellen van geestelijk letsel dus geen recht doet aan die schending zelf. Bovendien zou dit laatste te zeer de rem zetten op de erkenning van (kortweg) nieuwe(re) vormen van immateriële schade, zoals zgn. “integriteitsschade” bij het ontbreken van *informed consent* en in de toekomst wellicht angstschade. En ook zou de *Blauw oog* koers lastig te verenigen zijn met de smartengeldrechtspraak bij “overschrijding van de redelijke termijn voor het nemen van een rechterlijke beslissing in de zin van art. 6 EVRM”.<sup>27</sup>

Volgens Hartlief zou de enkele schending van een fundamenteel recht voldoende zijn voor een aanspraak op smartengeld, maar zoals we zullen zien oordeelt de Hoge Raad op dit laatste punt anders.

### 3.4 De Hoge Raad

De Hoge Raad stelt voorop dat van de “persoonsaantasting op andere wijze”, die wordt bedoeld in art. 6:106 sub b, slot BW, “in ieder geval sprake is indien de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen”. Kernpunt is echter dat geestelijk letsel niet langer het vertrekpunt is:

“Daarnaast kunnen de aard en ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde, meebrengen dat van de in art. 6:106 [...], onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is” (rov. 4.2.1).

Naar mijn indruk moet dit in het licht worden geplaatst van de woorden van A-G Hartlief, die deze zaak zoals gezegd principieel insteekt: de Hoge Raad komt tegemoet aan het door Hartlief benoemde handhavingsdeficit doordat hij het beroep op het vangnet van art. 6:106, sub b, slot BW niet meer als exceptioneel aanmerkt (ik zal hier nog op terugkomen).

Maar de door Hartlief gesignaleerde “verzelfstandiging van de categorie van de schending van fundamentele rechten als zodanig” in die zin dat reeds deze “schending schade is”, vindt geen bijval bij de Hoge Raad.<sup>28</sup> Integendeel, de Hoge

Raad verwerpt de gedachte dat reeds de “schending schade is” nadrukkelijk:

“Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 [...], onder b, BW, is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht” (rov. 4.2.2).

In de praktijk kunnen beide benaderingen soms wel zeer dicht tegen elkaar aan liggen, zo blijkt uit de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad ter zake van de cassatieklacht over de stelplicht en de bewijslast van de benadeelde. De eiser dient de “persoonsaantasting op andere wijze” *in beginsel* met concrete gegevens te onderbouwen. Maar:

“in voorkomend geval kunnen de aard en 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”.<sup>29</sup>

De Hoge Raad wijst hier op zijn arrest inzake *Oudejaarsrellen Groningen*: de “persoonsaantasting op andere wijze” was in die zaak gelegen in de gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid van de benadeelden. Die waren zonder meer vastgesteld op grond van de in dat specifieke geval “zeer bedreigende situatie” waarin de benadeelden hadden verkeerd. Ook noemt de Hoge Raad in dit verband het *Wrongful life*-arrest, waarin de aard en ernst van de fout van de verloskundige meebrachten dat sprake was van een “persoonsaantasting op andere wijze” die bestond uit een ernstige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht.<sup>30</sup>

## 4. Het “vernieuwende” of de winst van dit arrest: vijf punten

Met deze kernoverwegingen van de Hoge Raad wordt in vijf opzichten richting gegeven aan de verdere ontwikkeling van het vangnet van art. 6:106 sub b, slot BW. Ik zal deze punten hierna, in par. 4.1-4.4 bespreken en analyseren (de eerste twee punten pak ik samen). Daarbij zal ik ook ingaan op enkele nadien verschenen arresten waarin aan *EBI* wordt gerefereerd.

### 4.1 Bestending van *Blauw oog*, en aanvulling resp. verruiming van het criterium

Ten eerste houdt de Hoge Raad in *EBI* vast aan de met *Blauw oog* ingezette lijn van veralgemenisering van de criteria voor het recht op smartengeld op de voet van art. 6:106 sub b, slot BW bij het ontbreken van geestelijk letsel. Interessant is dat de Hoge Raad hier dus, conform *Blauw oog*, nadrukkelijk koerst over de boeg van de *normschending* – die staat centraal. Onlangs verduidelijkte de Hoge Raad dat niet

<sup>27</sup> Conclusie ECLI:NL:PHR:2018:1295 (*EBI*), randnr. 3.11 en 4.24 e.v.

<sup>28</sup> Zo stelt Hartlief dit later ook in zijn conclusie inzake *Identiteitsfraude*, HR 12 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1170, zie ECLI:NL:PHR:2019:561 randnr. 3.16.

<sup>29</sup> *EBI*, r.o. 4.2.1.

<sup>30</sup> *EBI*, r.o. 4.2.1; zie HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:A07721, *NJ* 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oudejaarsrellen Groningen*) resp. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken, *JA* 2005/34, m.nt. F.M. Ruitenbeek-Bart (*Wrongful life*).

alleen aard en ernst van de normschending, doch ook de daadwerkelijke, concrete persoonlijke gevolgen die dit voor de benadeelde heeft, dienen te worden vastgesteld en gemotiveerd, aan de hand van de door de benadeelde aangedragen gegevens.<sup>31</sup>

Ten tweede is van belang dat het niet slechts gaat om “de ernst”, maar ook om “de aard” van de normschending en van de gevolgen. In *Blauw oog* werd alleen de “ernst” van de normschending en van de gevolgen daarvan genoemd.<sup>32</sup> De precieze verhouding tussen deze beide criteria van *EBI* (de aard resp. de ernst) is nog onduidelijk. Zijn ze cumulatief, in de zin dat normschendingen en de gevolgen daarvan bijvoorbeeld ernstig kunnen zijn, maar dat ze naar hun aard toch geen “persoonsaantasting op andere wijze” opleveren? Door het fluïde karakter van deze criteria, acht ik het waarschijnlijker dit zó te verstaan, dat voor het recht op smartengeld eerder plaats is naarmate de normschending en de gevolgen daarvan naar hun aard *en/of* ernst ingrijpender zijn. Daarbij zal het accent soms liggen op de aard of juist op de ernst, veelal op allebei. De toevoeging van de “aard” van de normschending biedt in ieder geval de mogelijkheid om gevalscategorieën te onderscheiden.

Dit laatste sluit aan bij het al genoemde arrest van de Hoge Raad inzake mijnbouwschade dat de *EBI*-criteria ook gelden bij aansprakelijkheid ex art. 6:177 BW.<sup>33</sup> De aard en de ernst kwalificeren in dat geval niet zozeer het gedrag, maar de *schadeveroorzakende activiteiten* en de gevolgen daarvan. Dit wijst erop dat het ook mogelijk zal zijn om bij toetsing van de *EBI*-criteria tot een verschillend oordeel te komen over de vraag of sprake is van een “persoonsaantasting op andere wijze”, afhankelijk van de aard (de grondslag) van de *risico*aansprakelijkheid en van de specifieke risico's in kwestie.

#### 4.2 Herpositionering van het geestelijk letsel-criterium

Ten derde valt op, dat de Hoge Raad de *EBI*-criteria op gelijke voet zet met het geestelijk letsel-criterium. De “persoonsaantasting op andere wijze” biedt nu dus als uitgangspunt – en niet slechts bij wijze van exceptie – ruimte voor smartengeld indien de aard en de ernst van de normschending en de gevolgen ervan dit meebrengen, ook als geestelijk letsel ontbreekt. Uiteraard met inachtneming van de ‘normale’ terughoudendheid die bij vorderingen tot smartengeld in het algemeen passend wordt geacht,<sup>34</sup> maar niet terughoudender, zou ik menen,<sup>35</sup> dan bij geestelijk letsel. Dit betekent dat de terughoudendheid die in de Parlementaire Geschiedenis doorklinkt ten aanzien van “*het aanvaarden van smartengeld buiten geestelijk en lichamelijk letsel*”, met de door de Hoge Raad in *EBI* geïntroduceerde ne-

venschikking, niet meer geldt. Meer terughoudendheid dan *EBI* verlangt, zou onwenselijk zijn; het recht op smartengeld is, vergeleken met de vergoeding van vermogensschade, al extra begrensd op de wijze die de wet (art. 6:106 BW) en daarop voortbouwend de Hoge Raad in *EBI* aangeven. Dat de gedachte destijds (mogelijk) anders was op dit punt lijkt overkomelijk. Ook over de wenselijkheid van affectieschadevorderingen bijvoorbeeld zijn inmiddels, door de wetgever (“gevoed” vanuit de rechtspraak), andere keuzes gemaakt dan destijds kennelijk opportuun waren.<sup>36</sup>

De *EBI*-criteria zien op exceptionele gevallen, aangezien de aard en ernst van de normschending sterk afwijkend gedrag kwalificeren en juist dát de inzet van het vangnet legitimeert. *De facto* blijft geestelijk letsel het klassieke gevalstype om bij een beroep op art. 6:106 sub b, slot BW aan te denken. De Hoge Raad wijst in het *EBI*-arrest ook in deze richting: hij overweegt dat van de “persoonsaantasting op andere wijze” “*in ieder geval*” sprake is bij geestelijk letsel.<sup>37</sup> Toch vraag ik mij af of die verhouding niet gemakkelijk zal gaan verschuiven en waar dan precies de grenzen liggen: in hoeverre dient de *EBI*-toets uit het vaarwater te blijven van de (niet geringe)<sup>38</sup> criteria en restricties die gelden voor geestelijk letsel? In ieder geval zal *EBI* niets veranderen, lijkt mij, aan de met het *Taxibus*- en het *Vilt*-arrest ingezette koers waarbij “secundaire slachtoffers” met shockschade (onder andere) aan de confrontatie-eis – zoals dit in die arresten wordt uitgelegd – moeten voldoen.<sup>39</sup>

#### 4.3 Fundamentele rechtsinbreuk (1): op dit punt niet de route van A-G Hartlief

Het vierde opzicht waarin de Hoge Raad in *EBI* richting geeft aan de constructie van de “persoonsaantasting op andere wijze” bij het ontbreken van geestelijk letsel betreft zijn oordeel over fundamentele rechtsinbreuken. Afgaande op de gevallen waarin daarvan sprake is, die hiervoor reeds de revue passeerden (*Biltse onteigening*, *Oudejaarsrellen Groningen*, *Wrongful life*, enz.) lijkt deze categorie onder art. 6:106 sub b, slot BW met name te zijn bedoeld voor normschendingen die een ernstige inbreuk opleveren op fundamentele rechten. Maar in *EBI* waarschuwt de Hoge Raad dat dit niet betekent dat de enkele inbreuk op een fundamenteel recht al een ‘persoonsaantasting op andere wijze’ oplevert.<sup>40</sup> Beslissend zijn de aard en de ernst van die normschending en van de gevolgen waartoe zij heeft geleid. Dit impliceert dat ook voor de beoordeling van de aard en de ernst van de normschending, dat enkele gegeven (t.w. de fundamentele rechtsinbreuk) niet toereikend is. Verdedig-

31 HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1465 (*Woninginbraak*), r.o. 2.4.2

32 Waarbij de Hoge Raad bovendien sprak van “bijzondere” ernst (r.o. 3.5 van *Blauw oog*).

33 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Mijnbouwschade*).

34 Zie Lindenbergh 2019, p. 123.

35 Doch zie Lindenbergh 2019, p. 123.

36 Parl. Gesch. Boek 6, p. 388-389.

37 R.o. 4.2.1, mijn cursief.

38 O.a. HR 1 november 1996, NJ 1997/134 (*Kraaiende hanen II*) (ernstige schade aan mentale gezondheid); HR 21 februari 1997, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*) (“min of meer psychisch onbehagen” is geen geestelijk letsel); en zie de rechtspraak bij *GS Schadevergoeding*, art. 6:106 BW, aant. 2.8.2.1.1 (Lindenbergh).

39 HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*) en HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387 (*Vilt*); zie voor vragen hieromtrent n.a.v. *Blauw oog* reeds: A.J. Verheij, ‘Wil de Hoge Raad plegers van bijzonder ernstige normschendingen steviger aanpakken?’, *AV&S* 2013/1.

40 *EBI*-arrest, r.o. 4.2.2.

baar lijkt mij wèl om te stellen dat, waar het schadeveroorzakend handelen van de Staat betreft of van andere *public bodies*, die concrete verdragsverplichtingen schenden, dit de naar aard en ernst verlangde normschending kan opleveren. Het EVRM legt verplichtingen op van een “hogere” rechtsorde. Zij hebben zich dus te houden aan de rechtsnormen die deel uitmaken van dit verdrag. Schending van die normen kan, waar dit concrete verplichtingen betreft, zoals bij de redelijke termijn van art. 6 EVRM, naar haar aard en ernst toereikend zijn. Het oordeel waarmee de Hoge Raad in *EBI* afwijkt van A-G Hartlief, te weten dat niet al de enkele schending van een fundamenteel *recht* de bedoelde persoonsaantasting oplevert, laat zich in zoverre nog verenigen met de smartengeldrechtspraak over overschrijding van de redelijke termijn. De Hoge Raad spreekt in *Biltse onteigening* nergens van een fundamenteel recht. De smartengeldaanpraak berust op de verplichting tot inachtneming van de redelijke termijn als concrete verdragsverplichting dus niet op het ‘blote’ feit dat deze norm (onder de vlag van art. 6 EVRM) een fundamenteel recht behelst. Wel is er een relevant verschil tussen deze redelijke termijnrechtspraak en *EBI* waar het de stelplicht betreft ten aanzien van de *gevolgen* van de normschending. Dit komt nu aan de orde.

#### 4.4 Fundamentele rechtsinbreuk (2): verlichting stelplicht m.b.t. de gevolgen

Het vijfde punt waarop de Hoge Raad in *EBI* richting geeft aan smartengeldclaims op grond van art. 6:106 sub b, slot BW bij het ontbreken van geestelijk letsel, betreft de stelplicht ten aanzien van de *gevolgen* van de normschending. De Hoge Raad verlangt in *EBI* dat niet alleen de aard en de ernst van de normschending, maar ook de aard en ernst van de *gevolgen* van die normschending om een oordeel vragen – ook dit oordeel dient op méér te steunen dan het enkele gegeven van de fundamentele rechtsinbreuk. Hier gelden kennelijk *niet* de vergaande abstracties met betrekking tot de stelplicht bij smartengeldclaims wegens overschrijding van de redelijke termijn van art. 6 EVRM, houden verband met de specifieke rechtsnorm van een “hogere” internationale orde die dan is geschonden. Het uitgangspunt is dat – óók bij inbreuken op de privacy, de persoonlijke levenssfeer of het zelfbeschikkingsrecht, bijvoorbeeld, in horizontale verhoudingen – de concrete gevolgen hiervan voor de benadeelde dienen te worden vastgesteld. Hiermee verliest het concept integriteitsschade,<sup>41</sup> dat enig terrein was aan het winnen,<sup>42</sup> haar betekenis. Het construct van “integriteitsschade” is bedoeld om causaliteitsproblemen (m.b.t. het *conditio sine qua non*-verband) bij het ontbreken van *informed consent* (en andere informatiegebreken) aan te pakken. Voor zulke problemen kan echter mijns inziens met name ook de leer van kansverlies worden ingezet; ik laat dit verder rusten.

41 Zie o.a. I. Giesen, ‘Herstel als er (juridisch) geen schade is: “integriteitsschade”’, in: E.C. Huijsmans & M. van der Weij, *Schade en Herstel*, Oisterwijk 2014, p. 43–68 en 115–122, die hier een ruime uitleg aan geeft (p. 52).

42 O.m. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695, RAV 2018/37 (*Informed consent*).

Onlangs bevestigde ook de strafkamer van de Hoge Raad dat het enkele gegeven dat sprake is van de schending van een fundamenteel recht ontoereikend is voor de rechterlijke motivering op het punt van de aard en de ernst van de *gevolgen* van de normschending; die vragen om concrete onderbouwing op basis van door de benadeelde aangedragen feitelijke gegevens. De eisers waren gezinsleden in wier woning was ingebroken. Zij stelden voor hun beroep op het vangnet van art. 6:106 sub b, slot BW onder meer dat de woninginbraak een schending opleverde van hun recht op privacy. Dat gegeven en ook de vaststelling dat voorwerpen van emotionele waarde waren meegenomen, waren niet toereikend voor het oordeel over de “persoonsaantasting op andere wijze”. Het hof had op basis van de door partijen aangedragen gegevens moeten vaststellen of en in welk opzicht dit voor hen tot ingrijpende gevolgen had geleid.<sup>43</sup>

Slechts in “voorkomende gevallen”, zoals in de kwesties inzake *Oudejaarsrellen Groningen* en *Wrongful life*, is dat anders, al valt op dat de Hoge Raad op dit punt niet expliciet spreekt in termen van fundamentele rechtsinbreuken. Bovendien verschillen deze kwesties onderling voor wat betreft de aard van de gevolgen die “voor de hand liggen”: voor de kwestie *Oudejaarsrellen Groningen* refereert de Hoge Raad in *EBI* aan *gevoelens* (van angst en onveiligheid e.d.), terwijl hij bij *Wrongful life* refereert aan de fundamentele rechtsinbreuk (nl. schending van het zelfbeschikkingsrecht). Kennelijk vergt dit laatste nog wel nadere concretisering van de precieze getroffen belangen die aan die rechtsinbreuk ten grondslag liggen (voor *Wrongful life*: de *essentiële keuze, namelijk om over te gaan tot beëindiging van de zwangerschap, is onthouden*). Duidelijk is dat het uitzonderlijke gevallen betreft; wellicht zou een ander voorbeeld van zo’n “voorkomend geval” langdurig ernstig pestgedrag kunnen zijn. In de regel zullen eisers, waar mogelijk, voor de veilige weg kiezen door zo uitvoerig mogelijk het door hen persoonlijk ervaren leed of verdriet te specificeren en met concrete gegevens te onderbouwen.

## 5. Evaluatie met het oog op verdere rechtsontwikkeling

### 5.1 *EBI* versterkt de handhavingsfunctie van het schaderecht

Dit alles laat onverlet dat de Hoge Raad in *EBI* ons met een ruimere blik naar de vangnetbepaling van art. 6:106 sub b, slot BW laat kijken, een blik die – bij het ontbreken van geestelijk letsel – ruimte biedt voor verdere rechtsontwikkeling. Het *EBI*-arrest bevordert, lijkt mij, in het algemeen in twee opzichten kansen voor eisers in schadeprocedures. In de eerste plaats kan uit dit arrest worden afgeleid dat de toekenning van smartengeld in *Oudejaarsrellen Groningen* en *Wrongful life*, in feite het fundament heeft gelegd voor verdere rechtsontwikkeling: voor het recht op smartengeld is niet meer het uitgangspunt dat de benadeelde lichamelijk of geestelijk letsel heeft. De relevantie van deze “nieuwe”

43 HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1465 (*Woninginbraak*), r.o. 2.4.2.

categorie voor het vangnet van art. 6:106 sub b, slot BW doet zich vooral gevoelen bij inbreuken op klassieke grondrechten, zoals de *EBI*-casus illustreert. Het schadevereiste staat dan typisch in de weg aan een succesvolle vordering; het *EBI*-arrest brengt hierin een zekere verbetering: schade is niet beperkt tot geestelijk letsel en komt als hoofdregel, en dus niet bij wijze van exceptie, voor vergoeding in aanmerking. In zoverre komt de Hoge Raad toch deels tegemoet aan de door A-G Hartlief gesignaleerde behoefte om te bevorderen dat benadeelden een (civielrechtelijke) *effective legal remedy* vinden bij schending van door Europees recht aan hen toegekende rechten, in het bijzonder het EVRM, het EU-Handvest Grondrechten en de gelijke-behandelingswetgeving,<sup>44</sup> en wellicht ook van rechten die de AVG hen biedt in horizontale verhoudingen.<sup>45</sup> Wel dient sprake te zijn van concrete schade. Dit betekent dat immateriële schade constructen die typisch niet letsel-gerelateerd zijn, zoals angstschade,<sup>46</sup> met de komst van *EBI* eigenlijk alleen maar relevanter zijn geworden.

### 5.2 "Andere" normschendingen dan gekwalificeerde rechtsinbreuken

Maar in de tweede plaats geldt het *EBI*-criterium óók in gevallen waarin van een geschonden grond/mensenrecht of ander fundamenteel recht van de eiser in het geheel geen sprake is of waarin de vraag of een fundamenteel recht is geschonden, complex is – en bijvoorbeeld, bij een EVRM of EU Handvest-recht ingewikkelde, nog weinig uitgekristalliseerde uitlegvragen oproept en om een diepgravende analyse vraagt van Straatsburgse en/of Luxemburgse rechtspraak. Om welke gevallen gaat het hier? Eén geval heeft (de strafkamer van) de Hoge Raad intussen al nadrukkelijk benoemd: woninginbraak. Die kan, indien aan de *EBI*-maatstaven is voldaan, tot een aanspraak op smartengeld van de desbetreffende bewoners (gezinsleden) leiden.<sup>47</sup> Maar ook bij bijvoorbeeld *stalking* en bedreiging (zonder dat dit tot letsel leidt) kan het juist gunstig zijn niet dat constitutioneel aspect erbij te hoeven halen.

Ik vermoed dat het toepassingsbereik van *EBI* dan ook zeer uiteenlopend zal zijn, vergelijkbaar met hoe dit het geval is bij geestelijk letsel. *EBI* biedt bijvoorbeeld ook kansen in gevallen waarin de aansprakelijke een kenbaar concreet gevaar van gezondheidsschade, letsel en/of overlijden heeft veronachtzaamd zonder dat dit nog is verwezenlijkt. Denk aan de kwesties over ernstig pestgedrag, strafbare feiten zoals bedreiging of vernieling, de blootstelling aan concreet gevaar, zoals bij mijnbouwschade en bij Chroom-6, hinder, enzovoort, indien dit ernstig leed, verdriet of spanningen veroorzaakt.

44 HvJ EU 17 december 2015, ECLI:EU:C:2015:831 (*Arjona Camacho/Seguridad*). Zie ook Von Colson en Kamann, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, r.o. 23 en 24 en arrest-Marshall, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335, r.o. 25.

45 Zie art. 82 AVG (waarin het schade-aspect vrijwel ongeregeld blijft) en vgl. HvJ EU 19 november 1991, NJ 1994/2 (*Francovich*) en HvJ EG 5 maart 1996, NJ 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur*).

46 Zie m.n. A.M. Overheul, 'Angst als juridisch relevante schade', *AV&S* 2017/33 (p. 176-184).

47 HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1465 (*Woninginbraak*), r.o. 2.4.2.

## 6. Conclusie

In *EBI* (zoals bestendigd in nadien verschenen arresten)<sup>48</sup> geeft de Hoge Raad in vijf opzichten richting aan verdere rechtsontwikkeling van het recht op smartengeld op de voet van art. 6:106 sub b, slot BW, bij het ontbreken van geestelijk letsel. De eerste twee punten waarop richting wordt gegeven zijn vrij evident. De Hoge Raad houdt vast aan zijn "open" *Blauw oog*-benadering en bovendien voegt hij daar in *EBI* 'de aard' van de normschending en van de gevolgen aan toe, hetgeen richting biedt voor verdere differentiatie en rechtsontwikkeling.

Ten derde verruimt de Hoge Raad de mogelijkheden voor verdere ontwikkeling door – anders dan in *Blauw oog* – het uitzonderlijke karakter eraf te halen: geestelijk letsel is niet langer de hoofdregel. Dat zet de benadeelde iets steviger in het zadel. Ook versterkt dit de functie die het aansprakelijkheidsrecht wordt toebedeeld op het terrein van rechtshandhaving (zij het niet zo vergaand als "rechtsinbreuk = schade") doordat zij – impliciet – óók ruimte biedt voor het recht op smartengeld op grond van art. 6:106 sub b, slot BW *zonder* dat er iets is vastgesteld over enige schending van een fundamenteel recht. Zolang maar sprake is van een naar aard en ernst toereikende normschending en gevolgen. Vooralsnog zijn het wèl nog vooral de fundamentele rechtsinbreuken, die in de rechtspraak naar voren kwamen, maar dit zal met de komst van *EBI* langzaamaan veranderen nu grove normschendingen in algemene zin *zonder* het vereiste van geestelijk letsel aanspraak geven op smartengeld. Hiermee is een flinke stap voorwaarts gezet, die onder meer oplossingen zou kunnen bieden bij pesten, bepaalde ernstige strafbare feiten die leed veroorzaken, zoals ernstige bedreiging of vernieling, de blootstelling aan ernstig gevaar zoals bij mijnbouwschade en bij Chroom-6, en (andere) voorvallen waarvoor risicoaansprakelijkheid geldt, en die ingrijpend zijn voor de benadeelde, bijvoorbeeld in de zin dat ze bij hem hevige spanning of angst veroorzaken.

Maar begrensd: de enkele fundamentele rechtsinbreuk levert nog geen schade op – dat is het vierde punt waarmee de Hoge Raad in *EBI* richting geeft – en, het vijfde punt is dat het concrete schadevereiste in beginsel leidend is en blijft. Beide punten hangen met elkaar samen. De aanspraak op smartengeld dient te worden onderbouwd met de aard en ernst van de specifieke normschending in kwestie en van de concrete gevolgen – hiervoor kan dus niet worden volstaan met het enkele gegeven van de rechtsinbreuk. Dat stelt met name eisen op het vlak van de motivering van aanspraken op smartengeld op de voet van art. 6:106 sub b, slot BW, zoals ik heb laten zien aan de hand van het *Woninginbraak*-arrest van de strafkamer. Bovendien haalt het een streep

48 Van de civiele kamer HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Mijnbouwschade*) resp. de strafkamer: HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, NJ 2019/379, m.nt. W.H. Vellinga (*Overzichtsarrest vordering b.p.*), r.o. 2.4.5 en HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1465 (*Woninginbraak*), r.o. 2.4.2.

door de ruime uitleg van het begrip integriteitsschade.<sup>49</sup> Daarmee bevordert *EBI* dat we ons niet 'blindstaren' op de grondrechtelijke onderbouwing van smartengeldclaims,<sup>50</sup> en voldoende aandacht blijven houden voor het precieze verwijt dat de aangesprokene treft en voor de concrete gevolgen daarvan voor de benadeelde.

De Hoge Raad houdt vast aan de hoofdregel van het schadevergoedingsrecht, dat concrete schade dient te worden gesteld en, zo nodig, bewezen – behoudens in voorkomende gevallen. Als uit de door de eiser overgelegde stukken voldoende blijkt dat hij bijvoorbeeld kampt met (onder meer) hartkloppingen, slapeloosheid en stress, dan kan dit al voldoende zijn.<sup>51</sup> *EBI* biedt echter geen 'panacee' voor de gevallen waarin concrete schade *ontbreekt* of niet aantoonbaar is, of waarin de concrete individuele immateriële gevolgen (nog) te *beperkt* zijn, zoals vaak het geval is bij *public interest litigation* (die dan ook veelal rechterlijke gebods- en verbodsacties en geen schadeclaims behelst).<sup>52</sup> Schade blijft de *raison d'être* van het aansprakelijkheidsrecht,<sup>53</sup> en kan niet via de fundamentele rechtsinbreuk worden weggere-deneerd.

49 Giesen 2014, p. 52; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695 (*Informed Consent*).

50 Zie in dit verband K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw. Over autonomiedenken en constitutionalisering van het schadevergoedingsrecht', *WPNR* 2017/7133, p. 39-45.

51 HR 15 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1465 (*Woninginbraak*), r.o. 2.4.2.

52 L. Enneking & E. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via *public interest litigation*?', *NJB* 2011/1136 (p. 1542-1551).

53 Zoals Bleeker dit mooi heeft verwoord, T.R. Bleeker, 'Aansprakelijkheid voor klimaatschade: een driekoppige draak', *NTBR* 2018/2 (p. 4-11); en zie reeds K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw. Over autonomiedenken en constitutionalisering van het schadevergoedingsrecht', *WPNR* 2017/7133, p. 39-45.