

commentaar op	Hoge Raad 15-03-2019, ECLI:NL:HR:2019:376
datum	28-06-2019
auteur	F.M. Ruitenbeek-Bart

Hoge Raad 15-03-2019, ECLI:NL:HR:2019:376

Geen immateriële schadevergoeding wegens te streng detentieregime.

Van 'aantasting in de persoon op andere wijze' (art. 6:106 onder b BW) kan ook sprake zijn buiten aanwezigheid van geestelijk letsel. Anders dan het Blauw oog-arrest suggereerde, zijn deze gevallen niet te duiden als uitzondering op het uitgangspunt dat sprake moet zijn van geestelijk letsel, maar als een autonome categorie van persoonsaantastingen. Of daarvan sprake is, hangt af van de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde. De enkele schending van een fundamenteel recht is evenwel onvoldoende om van een dergelijke persoonsaantasting te kunnen spreken. De annotatie bespreekt het arrest tegen de achtergrond van de conclusie van advocaat-generaal Hartlief en signaleert enkele uitspraken waarin al aan het EBI-arrest gerefereerd is.

1. Met het hier te bespreken *EBI*-arrest geeft de Hoge Raad een nadere omlijning van de kaders die gelden voor toekenning van schadevergoeding wegens aantasting in de persoon op andere wijze (art. 6:106 onder b BW) buiten de gevallen waarin sprake is van geestelijk letsel in de zin van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld (HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*)). In eerdere rechtspraak lag reeds besloten dat daarvoor aanleiding kon zijn vanwege de bijzondere ernst van de normschending (HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, *NJ* 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oudejaarsrellen Groningen*)) en in het *Blauw oog*-arrest (HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *JA* 2012/147, m.nt. S.D. Lindenbergh) werd dit met zoveel woorden bevestigd. In r.o. 3.5 van dat arrest overwoog de Hoge Raad namelijk dat uitgangspunt is dat voor toewijzing van een vordering wegens aantasting in de persoon op andere wijze geestelijk letsel vereist is, maar dat niet uitgesloten is dat op dit uitgangspunt een uitzondering wordt aanvaard 'in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer'. In het *EBI*-arrest verduidelijkt de Hoge Raad deze overweging op enkele punten.

2. De casus was als volgt. Eiser tot cassatie is veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf. De Staat heeft hem echter gedurende ongeveer een jaar in een te zwaar gevangenisregime gedetineerd; hij was gedetineerd in een Extra Beveiligde Inrichting (EBI), terwijl dat eigenlijk het minder strenge GVM-beveiligingsregime (geldend voor Gedetineerden met een hoog Vlucht-/Maatschappelijk risico) moest zijn. Vast staat dat de Staat aldus onrechtmatig jegens eiser heeft gehandeld, maar geeft deze normschending de gedetineerde ook recht op vergoeding van immateriële schade? Meer specifiek: is sprake van een 'aantasting in de persoon op andere wijze' (art. 6:106 onder b (laatste zinsdeel) BW)? In hoger beroep beantwoordde het hof deze vraag ontkennend en werd eisers vordering tot vergoeding van immateriële schade afgewezen. Het hof zag geen reden om een uitzondering te maken op het uitgangspunt dat voor toekenning van smartengeld wegens een persoonsaantasting sprake moet zijn van geestelijk letsel, met name omdat omtrent de persoonlijke gevolgen van de normschending voor eiser niets was komen vast te staan (zie Hof Den Haag 4 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1512, PS 2017-0570, door mij geannoteerd in *JA* 2017/127).

3. De Hoge Raad heeft het arrest van het hof in stand gelaten. Heel kort samengevat komt de beoordeling van de klachten (r.o. 4.3.1-4.3.3) erop neer dat het oordeel van het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt en toereikend is gemotiveerd. Voor wat betreft die motivering vermeldt het arrest van de Hoge Raad dat eiser niet geconcretiseerd heeft welk nadeel hij heeft geleden en wat het verschil in detentieregime (dus: tussen het *EBI*-regime en het *GVM*-regime) zou zijn geweest. Ook 's hofs oordeel dat omtrent de persoonlijke gevolgen voor eiser niets is komen vast te staan is niet onbegrijpelijk in het licht van het partijdebat. Aan deze cassatietechnische beoordeling van de klachten ging in r.o. 4.2.1-4.2.4 een uiteenzetting vooraf van de toetsingskaders voor toekenning van immateriële schadevergoeding wegens aantasting in de persoon op andere wijze buiten de gevallen waarin sprake is van geestelijk letsel. Op drie punten van deze uiteenzetting ga ik nader in.

4. Ten eerste: in het *Blauw oog*-arrest kwalificeerde de Hoge Raad het vereiste van geestelijk letsel als 'uitgangspunt' en sprak hij van een 'uitzondering op dit uitgangspunt' vanwege de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan. Uit het onderhavige *EBI*-arrest – en specifiek uit het woord 'Daarnaast' (r.o. 4.2.1) – blijkt evenwel dat het in die gevallen gaat om een nevenschikte, autonome categorie van persoonsaantastingen op andere wijze, naast de gevallen waarin sprake is van geestelijk letsel. De Hoge Raad benadrukt in r.o. 4.2.1 uitdrukkelijk dat 'HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519 (*Blauw oog*) [...] ook aldus [moet] worden verstaan'. Zie over dit verschil ook S.D. Lindenbergh in zijn annotatie bij dit arrest in *NJ* 2019/162, onder 11.

5. Ten tweede: de Hoge Raad stelt buiten twijfel dat '(v)an een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 lid 1, onder b, BW, niet reeds sprake [is] bij de enkele schending van een fundamenteel recht' (r.o. 4.2.2). Lindenbergh (a.w., onder 14) vertaalt het oordeel van de Hoge Raad aldus: '(...) smartengeld is geen "tarief" dat steeds kan worden geïnd bij iedere

schending van enig fundamenteel recht.' Oók wanneer de geschonden norm een fundamenteel recht betreft, zal dus moeten worden getoetst of 'de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor benadeelde' een recht op immateriële schadevergoeding rechtvaardigen.

6. Ten derde: de Hoge Raad geeft ook bewijsrechtelijk richting aan de behandeling van dit type zaken. Uit r.o. 4.2.1 volgt dat de benadeelde in beginsel de gestelde persoonsaantasting met voldoende concrete gegevens zal moeten onderbouwen en dat geldt zowel voor de aard en ernst van de normschending, als voor de door hem ondervonden gevolgen daarvan. Onder omstandigheden kan echter wel sprake zijn van een bewijslastverlichting, want '(i)n 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' (r.o. 4.2.1).

7. Qua uitkomst staat het arrest van de Hoge Raad haaks op de conclusie van advocaat-generaal Hartlief (ECLI:NL:PHR:2018:1295, PS 2018-0965), die tot vernietiging concludeerde. In enkele commentaren wordt opgemerkt dat de andere koers van de Hoge Raad ligt in zijn oordeel dat de enkele schending van een fundamenteel recht onvoldoende is; Hartlief zou hebben bepleit dat (wel) reeds de enkele schending van een fundamenteel recht aanspraak geeft op vergoeding van immateriële schade (vgl. E.F.D. Engelhard, 'Ruimer baan voor smartengeld bij inbreuken op fundamentele rechten? Een reactie op HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376', *Ucall blog* 25 maart 2019 en M.E. Witting, *JIN* 2019/69 (onder 5 en 6)). Zo stellig lees ik dat niet terug in de conclusie van Hartlief. Hij merkt immers op dat '(...) het ene fundamenteel recht het andere niet [is] en de ene schending [...] de andere weer niet' (onderdeel 4.25). Volgens Hartlief kunnen daarom ook binnen de categorie van in de schending van fundamentele rechten gelegen persoonsaantastingen verschillende varianten worden onderscheiden, die niet steeds (en niet steeds zonder meer) aanspraak op smartengeld geven (onderdeel 4.53). Even later (onderdeel 5.9) merkt (ook) hij expliciet op dat '(n)iet iedere schending van een fundamenteel recht immers een aantasting in de persoon en daarmee een recht op smartengeld [oplevert]'. Hartlief is evenwel van mening dat het *Blauw oog*-arrest vanwege zijn ongelukkige formulering de verdere rechtsontwikkeling van dit (deel)leerstuk in de weg staat en tegen deze achtergrond adviseert hij de Hoge Raad om 'afstand te nemen van (de formulering uit) dat arrest' (onderdeel 4.51). Dat doet de Hoge Raad ook en, zo komt mij voor, op een wijze die (in ieder geval in theorie) aan de door Hartlief geuite bezwaren tegemoetkomt. De bewijsrechtelijke benadering van de Hoge Raad laat namelijk ruimte voor nuancering, met name waar het de mogelijke bewijslastverlichting betreft. Die mogelijkheid brengt Engelhard (a.w.) tot de constatering dat beide benaderingen (dus: de benadering van Hartlief zoals zij die interpreteert en de beslissing van de Hoge Raad) '(i)n de praktijk (...) soms niettemin zeer dicht tegen elkaar aan liggen'. Afgezien hiervan dat beide benaderingen volgens mij minder ver uiteen liggen dan Engelhard hier lijkt aan te nemen, biedt deze mogelijkheid van bewijslastverlichting inderdaad handvatten om bij schending van fundamentele rechten de bewijsrechtelijke drempels voor toekenning van smartengeld eenvoudiger te beslechten, in die zin dat de aard van het aan de orde zijnde fundamentele recht kan rechtvaardigen dat een nadere onderbouwing van de nadelige gevolgen niet nodig is. Het tekstuele aanknopingspunt daarvoor kan worden gevonden in het gezichtspunt 'de aard van de normschending'. Ook in dit opzicht biedt het *EBI*-arrest een aanscherping van de *Blauw oog*-maatstaf, waarin die factor nog niet expliciet was opgenomen (vgl. R. El Gamali, 'Enkele schending van fundamenteel recht onvoldoende voor aanspraak op smartengeld', *Cassatieblog* 2019-45).

8. De benaderingen van Hartlief en de Hoge Raad liggen dus dicht bij elkaar dan het verschil tussen de conclusie (strekking tot vernietiging) en de uitspraak (verwerping) doet vermoeden. Dat het oordeel van de Hoge Raad toch *contrair* is aan het advies van advocaat-generaal Hartlief, moet volgens mij worden toegeschreven aan een verschil in wegging van de hier aan de orde zijnde normschending en de bewijsrechtelijke consequenties daarvan. Hartlief concludeerde dat het hof niet kon verlangen dat eiser de nadelige gevolgen aannemelijk zou maken. Het hof had de vordering daarom niet mogen afwijzen op de enkele grond dat daaromtrent onvoldoende was komen vast te staan (zie onderdeel 5.3, 5.4 en 5.6 van de conclusie), omdat 'een dergelijke stelplicht niet in algemene zin geldt wanneer het gaat om schending van fundamentele rechten'. Hierin klinkt een voorkeur door voor verlichting van bewijslast ten aanzien van de gevolgen van de normschending, in zaken waarin schending van een fundamenteel recht in het geding is. Nu biedt de *EBI*-maatstaf wel de mogelijkheid van bewijslastverlichting, maar de Hoge Raad formuleert die mogelijkheid als uitzondering op de hoofdregel, én de uitzondering is niet reeds toepasselijk vanwege het enkele feit dat een fundamenteel recht in het geding is. De Hoge Raad stelt die bewijslastverlichting immers afhankelijk van 'de aard en de ernst van de normschending' in algemene zin en dus niet specifiek van 'schending van een fundamenteel recht'. De enkele schending van een als fundamenteel te kwalificeren recht is dus op zichzelf niet voldoende om nadelige gevolgen zonder nadere onderbouwing te kunnen aannemen. Ook in bewijsrechtelijk opzicht blijft dan van betekenis dat fundamentele rechten van aard verschillen en (dus) niet iedere schending van een fundamenteel recht een aantasting *in de persoon* in de zin van artikel 6:106 onder b BW oplevert. De schending van het fundamentele recht zal bovendien van een zekere ernst moeten zijn. Het *EBI*-arrest illustreert dat ook, want de daarin geschonden norm heeft evident persoonsbelangen op het oog, maar het hof oordeelde – 'cassatieproof', zo is gebleken – dat de benadeelde, mede gelet op het geringe verschil in detentieregimes, de ernst van de normschending onvoldoende had onderbouwd.

9. Het *EBI*-arrest is een volgende stap in het proces van emancipatie van de categorie persoonsaantasting op andere wijze, dan door lichamelijk of geestelijk letsel. Dat deze emancipatie gaande is, blijkt ook wel uit het feit dat in de periode na het *EBI*-arrest al diverse uitspraken zijn geweest waarin aan dit arrest is gerefereerd. Het betreft vooral zaken in het strafrechtelijke domein. In die categorie wijs ik op de conclusie van advocaat-generaal Hofstee van 23 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:427, PS 2019-0690, in een

zaak over een woninginbraak buiten afwezigheid van de bewoners, die een uitgebreide analyse bevat van de beoordeling van smartengeldvorderingen wegens aantasting in de persoon 'op andere wijze' door strafrechters en civiele rechters. En ook in het recente overzichtsarrest van de Hoge Raad over de vordering van de benadeelde partij in strafzaken wordt vanzelfsprekend naar het *EBI*-arrest verwezen (HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, r.o. 2.4.5, PS 2019-0778).

10. In *civilibus* is de referentie aan het *EBI*-arrest nog wat schaarser. Ik licht er twee uit. De eerste zaak betreft de vernietiging van een ontslag op staande voet (Rb. Noord-Holland 10 april 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3250, PS 2019-0625). De werknemer had vergoeding van immateriële schade gevorderd, stellende dat zijn recht op privacy was geschonden doordat de werkgever onderzoek had laten verrichten naar nevenwerkzaamheden. De vordering werd afgewezen met de aan het *EBI*-arrest ontleende motivering dat de enkele schending van een fundamenteel recht niet kan leiden tot toekenning daarvan en dat er verder 'onvoldoende concrete gegevens [zijn] aangevoerd waaruit het bestaan van enig geestelijk letsel naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld' (r.o. 5.27). Gelet op het *EBI*-arrest lijkt deze motivering niet geheel concludent, met name vanwege de referentie aan het vereiste van 'geestelijk letsel'. Ten tweede kan hier niet onvermeld blijven de conclusie van advocaat-generaal Wattel van 19 mei 2019 (ECLI:NL:PHR:2019:496, PS 2019-0710) naar aanleiding van de prejudiciële vragen die aan de Hoge Raad zijn voorgelegd in de Groningse gaswinningszaak. Naar het arrest van de Hoge Raad in deze zaak wordt – om uiteenlopende redenen – door velen met belangstelling uitgekeken. Het voert te ver om ook deze conclusie hier uitvoerig te bespreken, dus ik laat het bij de enkele signalering dat ook enkele vragen (te weten: vraag 9a, 9b en 9c) zijn gesteld over de hier aan de orde zijnde categorie van persoonsaantastingen. Binnenkort is dus weer een volgende stap te verwachten in de ontwikkeling van het leerstuk van de aantasting in de persoon op andere wijze, dan door lichamelijk of geestelijk letsel.