

Bopz-rechten. Ook daarover wordt in het cassatie-middel met succes geklaagd. Onder verwijzing naar het oordeel in een eerdere Bopz-zaak, waarin het ging om het opgeven door de patiënt van het recht op rechtsbijstand (HR 2 februari 2018, NJ 2018/99), formuleert de Hoge Raad ten aanzien van het afstand doen van rechten door een Bopz-patiënt een strikt 'neen, tenzij'-beleid. Voor het afstand doen van rechten ziet de Hoge Raad alleen ruimte "als de betrokkene zijn wil daartoe in vrijheid heeft kunnen bepalen, die wil ondubbelzinnig kan worden vastgesteld, mede gelet op de mogelijke stoomrisico's, en het doen van afstand in verhouding staat tot het recht dat daarmee wordt prijsgegeven" (r.o. 3.4.2). Net als in het arrest van 2 februari 2018 verwijst de Hoge Raad expliciet naar de jurisprudentie van het EHRM ter zake (EHRM 24 april 2012, nr. 1413/05, *Damir Sibgattulin/Rusland*). Uit hetgeen de rechtbank heeft overwogen volgt naar de mening van de Hoge Raad niet dat aan de voorwaarden voor een 'tenzij' is voldaan. De overweging van de rechtbank dat de patiënt door zijn bewuste keuze voor plaatsing in een FPC redelijkerwijs had kunnen aannemen te maken te krijgen met tbs-achtig regime geeft volgens de Hoge Raad blijk van een onjuiste rechtsopvatting: uit instemming van betrokkene met opname in een FPC kan niet in algemene zin worden afgeleid dat hij afstand doet van uit de Wet Bopz voortvloeiende rechten (r.o. 3.4.3).

6. Op grond van de hiervoor genoemde overwegingen concludeert de Hoge Raad dat de klachten die de patiënt op grond van art. 41 Bopz had ingediend, opnieuw moeten worden beoordeeld. Om die reden verwijst de Hoge Raad de zaak terug naar de rechtbank. Om de rechtbank een handje te helpen, zet de Hoge Raad nog maar eens uitvoerig uiteen hoe in de context van de Wet Bopz het onderscheid en de verhouding is tussen algemene, voor alle patiënten geldende huisregels (art. 37 lid 1 Bopz) en geïndividualiseerde beslissingen inzake vrijheidsbeperkingen (art. 40 Bopz) en dwangbehandeling (art. 38c Bopz). Zie de r.o. 3.6.1 tot en met 3.7, waarin een heldere beschrijving is te vinden van de rechtspositie van een Bopz-patiënt ter zake. Interessant is nog dat de Hoge Raad op het punt van de vrijheidsbeperkingen verwijst naar de memorie van toelichting betreffende het wetsvoorstel Bopz uit april 1971 (!), waarin wordt opgemerkt dat het niet denkbaar is dat met betrekking tot 'justitie-patiënten' eerder tot vrijheidsbeperkingen zal moeten worden overgegaan dan bij gewone Bopz-patiënten. Kennelijk dacht de wetgever ook toen al meer aan differentiatie tussen verschillende categorieën patiënten dan aan op het op één hoop vegen daarvan (met toepassing van het minst beschermende rechtspositionele regime, i.c. dat van de Bvt); de wetgever al in 1971 en de Hoge Raad op 9 november 2018: kort voor we afscheid gaan nemen van de Wet Bopz is de cirkel weer rond.

7. Nu moet natuurlijk aan de voorstanders van de 'op één hoop'-benadering (in een FPC geldt voor iedereen het regime van de Bvt) worden toege-

geven dat er wel degelijk redenen kunnen zijn om ook Bopz-patiënten verdergaand te kunnen beperken dat op grond van de Wet Bopz mogelijk is. Bopz-patiënten worden doorgaans ook niet voor niets in een FPC geplaatst. De Hoge Raad heeft ook geen principiële bezwaren tegen het 'mengen' van rechtsposities, maar stelt vast dat het huidige recht daarvoor niet de vereiste wettelijke grondslag biedt. Dat wordt door de komst van de Wvvggz, die in 2020 de Wet Bopz vervangt, anders. De Wvvggz bevat een regeling die erop neerkomt dat bij plaatsing van een patiënt in een FPC op grond van een door de Wvvggz-rechter afgegeven zorgmachtiging de patiënt weliswaar in algemene zin zijn Wvvggz-rechtspositie behoudt, maar dat ten aanzien van hem wel een aantal Bvt-bepalingen kan worden toegepast. Om welke Bvt-bepalingen het gaat, wordt geregeld in art. 6:4 lid 5 Wvvggz.

J. Legemaate

## NJ 2019/162

### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

15 maart 2019, nr. 17/04668

(Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.H. Sieburgh; A-G mr. T. Hartlief)  
m.nt. S.D. Lindenberg

Art. 6:106 BW; art. 68 lid 7, art. 73 lid 4, Penitentiaire beginselenwet

NJB 2019/643  
RvdW 2019/359  
ECLI:NL:PHR:2018:1295  
ECLI:NL:HR:2019:376

**Immateriële schadevergoeding (art. 6:106 BW); aantasting in persoon op andere wijze; geestelijk letsel; andere gevallen; maatstaf; betekenis van HR 29 juni 2012, NJ 2012/410 (Blauw oog); stelplicht; aard geval; schending fundamenteel recht voldoende? Vergoeding naast toekenning immateriële schadevergoeding o.g.v. Penitentiaire beginselenwet**

*Van de in art. 6:106 lid 1, onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze is in ieder geval sprake indien de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Degene die zich hierop beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel kan worden vastgesteld. Daarnaast kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde, meebrengen dat van aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is. HR 29 juni 2012, NJ 2012/410 (Blauw oog), moet ook aldus worden verstaan. In beginsel zal dege-*

ne die zich hierop beroept de aantasting in zijn persoon met concrete gegevens moeten onderbouwen. De aard en de ernst van de normschending kunnen 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. Van een aantasting in de persoon op andere wijze is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.

*Vergoeding van immateriële schade op de voet van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW kan op haar plaats zijn naast de door de Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming op grond van de Penitentiaire beginselenwet toegekende gestandaardiseerde tegemoetkoming.*

[eiser], verblijvende in de PI De Schie, te Rotterdam, eiser tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. C. Reijntjes-Wendenburg,

tegen  
De Staat der Nederlanden (Ministerie van Veiligheid en Justitie), te Den Haag, verweerder in cassatie, eiser in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv.: mr. G.C. Nieuwland.

#### Hof:

##### *De beoordeling van het hoger beroep*

1. De rechtbank heeft onder het kopje "2. De feiten" een aantal feiten vastgesteld. Daartegen is niet opgekomen, zodat deze ook voor het hof als uitgangspunt gelden.

Met inachtneming daarvan en van hetgeen overigens als niet (voldoende) weersproken vaststaat, gaat het om het volgende.

1.1. [eiser], op 29 januari 2013 door de rechtbank in eerste aanleg veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf, is voorafgaand daaraan in februari 2008 in het kader van voorlopige hechtenis geplaatst in de Extra Beveiligde Inrichting van Penitentiaire Inrichting Vught (hierna: de EBI).

1.2. Nadat de selectiefunctionaris van de Staat bij beslissing van 19 november 2012 had besloten tot verlenging van het verblijf van [eiser] in de EBI, heeft [eiser] daartegen met succes beroep ingesteld bij de Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming (hierna: de RSJ). Bij beslissing van 6 juni 2013 is het beroep gegrond verklaard en de beslissing van de selectiefunctionaris vernietigd. Bij afzonderlijke beslissing d.d. 12 juli 2013 heeft de RSJ aan [eiser] een financiële vergoeding van € 1.375 toegekend, omdat hij vanaf 14 juni 2012 ten onrechte in de EBI gedetineerd is geweest.

1.3. Kort voor die beslissingen van de RSJ, op 27 mei 2013, was [eiser] geselecteerd voor overplaatsing naar de penitentiaire inrichting Leeuwarden. Op 30 mei 2013 is hij naar die inrichting overgebracht. [eiser] is op de GVM-lijst (de lijst met Gedetineerden met een hoog Vlucht-/Maatschappelijk risico) geplaatst met het profiel hoog. Voor gedetineerden op

de GVM-lijst gelden specifieke toezichts- en veiligheidsmaatregelen.

2. [eiser] vordert, naast de door de RSJ toegekende vergoeding van € 1.375, op grond van art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW, na vermindering van eis in hoger beroep, de Staat te veroordelen tot betaling van schadevergoeding van € 14.000 subsidiair € 3.600 of een ander door het hof in goede justitie te bepalen bedrag, vanwege het feit dat hij 350 dagen ten onrechte gedetineerd is geweest in de EBI, met proceskosten en nakosten. Dit bedrag is als volgt opgebouwd:

– € 25 voor iedere dag dat [eiser] onrechtmatig in de EBI verbleef;

– € 10 per dag omdat zijn resocialisatietraject daardoor met een jaar is vertraagd;

– € 5 per dag omdat hij in de EBI de oogandoening myopia heeft opgelopen en zijn ogen tijdens het onrechtmatig verblijf naar alle waarschijnlijkheid nog meer zijn achteruit gegaan.

De vordering voor zover betrekking hebbend op oogletsel heeft [eiser] bij gelegenheid van het pleidooi ingetrokken.

3. De rechtbank heeft de vordering (in eerste aanleg een bedrag van € 46.750) afgewezen, kort gezegd, omdat niet is gebleken dat [eiser] schade heeft opgelopen. Volgens de rechtbank is geen sprake van lichamelijk letsel noch van geestelijk letsel noch van een zodanig ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van [eiser] die een aanspraak op immateriële schadevergoeding rechtvaardigt.

4. Ook in hoger beroep staat vast dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door [eiser] bijna een jaar langer in de EBI te laten verblijven dan was toegestaan. Op grond van art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW heeft [eiser] dan ook recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien hij ten gevolge van dat verblijf lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast.

5. Door de intrekking van de vordering ten aanzien van het oogletsel, behoeft de vraag of [eiser] tijdens zijn verblijf in de EBI oogletsel heeft opgelopen en/of dit verergerd is door dat verblijf geen beantwoording meer. Het hof gaat ervan uit dat van lichamelijk letsel geen sprake is. Aantasting van eer of goede naam is niet gesteld en ook daarvan is geen sprake.

6. De vraag die vervolgens voorligt is, of [eiser] op andere wijze in zijn persoon is aangetast in de zin van art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW. Om van persoonsaantasting te kunnen spreken is niet voldoende dat sprake is geweest van meer of minder sterk psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen. Voor de toewijsbaarheid van een vordering ter zake van persoonsaantasting is uitgangspunt dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld (HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356). In elk geval dient de benadeelde voldoende concrete gege-

vens aan te voeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan, waartoe nodig is dat het bestaan van geestelijk letsel naar objectieve maatstaven is (of had kunnen worden) vastgesteld. (HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606). Op het uitgangspunt dat geestelijk letsel moet zijn aangetoond kan nog wel een uitzondering worden gemaakt in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor de benadeelde. (HR 29 juni 2012, NJ 2012/ 410 ECLI:NL:HR:2012:BW1519).

7. [eiser] heeft geen concrete gegevens aangevoerd waaruit het bestaan van enig geestelijk letsel als een in de psychiatrie erkend ziektebeeld naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld, althans waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan.

8. Resteert te onderzoeken of zich in dit geval een uitzondering voordoet op het uitgangspunt dat geestelijk letsel moet zijn aangetoond in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor [eiser].

9. Het hof stelt voorop dat de vrijheidsbenaming van [eiser] een ernstige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer is. Die inbreuk wordt echter gerechtvaardigd door de rechtmatige detentie van [eiser] en is daar inherent aan. Dat laatste neemt niet weg, dat de inbreuk op die persoonlijke levenssfeer niet groter mag zijn dan strikt noodzakelijk is.

10. De Staat erkent, dat het regime in de EBI strenger is dan in andere penitentiaire inrichtingen (PI's). Dat betekent dat in de EBI de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ernstiger is dan in andere PI's. De Staat stelt weliswaar dat tegenover dat strengere regime in de EBI extra voorzieningen staan, zoals uitgebreide mogelijkheden voor "crea", meer sportfaciliteiten dan in de meeste andere PI's en ruimere kookmogelijkheden, maar die voorzieningen nemen de verregaande beperkingen van het recht van privacy en lichamelijke integriteit niet weg, zoals het feit dat men op elk moment aan kleding en lichaam kan worden onderzocht (zie huisregel 6.4 EBI op de niet weersproken lijst van de vergelijking van huisregels van EBI en andere PI's, productie 5 inleidende dagvaarding) en van de persoonlijke bewegingsvrijheid.

Door [eiser] ten onrechte bijna een jaar langer geplaatst te houden in dit strengste regime in plaats van in een regime waarin de verregaande beperkingen minder ingrijpend zijn, ook al is dat weinig, heeft de Staat zich schuldig gemaakt aan schending van de norm dat met de vrijheidsbenaming niet meer inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is.

11. Dit leidt echter nog niet tot de conclusie dat aan [eiser] een schadevergoeding als bedoeld in art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW toekomt. Omtrent de persoonlijke gevolgen voor [eiser] van voormelde normschending is niets komen vast te staan. Bij gelegenheid van pleidooi heeft [eiser] nog

naar voren gebracht, dat hij het vonnis waarbij hem een levenslange gevangenisstraf werd opgelegd heeft moeten aanhoren zonder dat hij dit met zijn familie kon delen. De Staat betwist dit echter en brengt naar voren dat [eiser] er zelf voor heeft gekozen in de EBI zijn familie niet (meer) te ontvangen. Ook het bij pleidooi naar voren gebrachte feit dat [eiser] zijn strafzaak in de EBI niet goed heeft kunnen voorbereiden wordt door de Staat betwist, is niet te bewijzen aangeboden en dus niet komen vast te staan. Van de uitzonderingssituatie zoals omschreven in rechtsoverweging 8 kan, gelet op het voorgaande, niet worden uitgegaan.

12. [eiser] heeft ook nog betoogd dat de vergoeding die de RSJ hem heeft toegekend te laag is, gelet op de ernstige aantasting van zijn persoon en dat hem in deze procedure een hogere vergoeding moet worden toegekend.

13. Op grond van art. 68, zevende lid van de Penitentiaire Beginselenwet (Pbw) kan de RSJ een geldelijke tegemoetkoming vaststellen voor het geval een gedetineerde in een verkeerde instelling of onder een verkeerd regime wordt geplaatst. De RSJ, een onafhankelijk rechterlijk college dat bij uitstek de omstandigheden in de verschillende penitentiaire instellingen en regimes kent, kan beoordelen en waarderen, heeft op basis van die kennis voor de toepassing van art. 68, zevende lid Pbw een vergoedingsstelsel ontwikkeld met forfaitair vastgestelde vergoedingen als billijkheidsvergoeding voor geleden ongemak in een dergelijk geval.

Aan het hof komt geen oordeel toe over dit vergoedingsstelsel en de daaruit volgende tegemoetkoming die dit onafhankelijke rechtcollege heeft toegekend. Deze tegemoetkoming is ook uitdrukkelijk geen schadevergoeding, zoals de RSJ herhaaldelijk heeft overwogen, en dus niet de schadevergoeding als bedoeld in art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW.

Voor een hogere vergoeding dan de RSJ toekende, kan slechts plaats zijn in het geval de normschending dusdanige persoonlijke gevolgen voor [eiser] zou hebben gehad, dat de uitzonderingssituatie als bedoeld in rechtsoverweging 8 zich voordoet. Die uitzonderingssituatie doet zich, zoals hiervoor overwogen, niet voor.

Reeds daarom komt het hof aan een verhoging van dat bedrag niet toe.

14. De slotsom is dat de grief van [eiser] faalt. Het bestreden vonnis wordt bekrachtigd. Bij deze uitslag past een kostenveroordeling ten laste van [eiser].

#### *Beslissing*

Het hof:

- bekrachtigt het bestreden vonnis van 17 februari 2016;
- veroordeelt [eiser] in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van de Staat bepaald op € 718 aan griffierecht, op € 2.682 aan advocatensalaris en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak

moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen;

- verklaart dit arrest voor wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

### Principaal cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of tot nietigheid leidend verzuim van (wezenlijke) vormen, doordat het hof heeft overwogen en beslist op de wijze als vermeld in het bestreden arrest, en op die gronden heeft recht gedaan als in het dictum van dit arrest is omschreven, welk dictum als hier herhaald en ingelast moet worden beschouwd, ten onrechte, zulks om één of meer van de volgende, voor zover nodig (mede) in onderling verband en samenhang bezien te lezen en te beoordelen, redenen.

#### *Klachten*

*Onderdeel 1:* Het Hof heeft bij de boordeling of [eiser] enig nadeel heeft geleden een onjuiste beoordelingsmaatstaf gehanteerd en toegepast. Het is dan ook ten onrechte tot de conclusie gekomen dat [eiser] geen nadeel heeft ondervonden. Het Hof heeft miskend dat – ook al is er geen sprake van (feitelijk aangetoonde) immateriële schade, als bedoeld in art. 6:106 lid 1 BW – de omstandigheid dat [eiser] in die periode in onzekerheid verkeerde over de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbeperking toch kan hebben geleid tot spanning of frustratie en onzekerheid over het eigen lot, hetgeen dan moet worden verondersteld zo te zijn geweest. Dezelfde veronderstelling geldt ook als een verdragsrechtelijk beschermd recht is geschonden. Anders dan het Hof meende, rust dan geen stelplicht op degene die zich daarop beroept. In elk geval worden dan geen hoge eisen aan de stelplicht gesteld.

Het Hof heeft ten onrechte geen rechtstreekse toepassing gegeven aan de verdragsrechtelijke bepalingen uit het EVRM, waaraan rechtstreekse werking toekomt. In elk geval heeft het ten onrechte nagelaten om de nationale bepalingen, zoals artikel 6:106 BW, verdragsconform uit te leggen resp. toe te passen. Het heeft in elk geval een te restrictieve uitleg resp. toepassing aan artikel 6:106 BW gegeven. Het heeft ook de regels van stelplicht, verzwaarde stelplicht en bewijslast onjuist toegepast.

Het Hof is ten onrechte en zonder nadere motivering voorbij gegaan aan essentiële stellingen van [eiser], die zich heeft beroepen op een schending van artikel 3 EVRM en de door [eiser] aangevoerde grondslag voor rechtsherstel, te weten artikel 41 EVRM. Voors heeft het hof miskend dat ook artikel 5 lid 5 EVRM een grondslag voor immateriële schadevergoeding vormt als een schending van de leden 1-4 van dat artikel wordt vastgesteld. Het heeft ten onrechte nagelaten deze toets uit te voeren. Het Hof heeft ook miskend dat artikel 9 IVBPR eveneens een basis biedt. In elk geval dient het nationale recht overeenkomstig deze verdragsrechtelijke bepalingen

te worden uitgelegd en toegepast; hetgeen het Hof ten onrechte niet heeft gedaan.

De beslissing van het Hof – dat [eiser] geen nadeel heeft ondervonden en (dus) geen aanspraak op schadevergoeding resp. op rechtsherstel kan maken – is in elk geval, zonder nadere motivering, onbegrijpelijk.

Het had de beslissing van de rechtbank niet mogen bekrachtigen.

#### Toelichting:

1.1. In het arrest van het Hof valt het volgende te lezen.<sup>4</sup>

‘6 De vraag die vervolgens voorligt is, of [eiser] op andere wijze in zijn persoon is aangetast in de zin van art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW. Om van persoonsaantasting te kunnen spreken is niet voldoende dat sprake is geweest van meer of minder sterk psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen. Voor de toewijsbaarheid van een vordering ter zake van persoonsaantasting is uitgangspunt dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld (HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356). In elk geval dient de benadeelde voldoende concrete gegevens aan te voeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan, waartoe nodig is dat het bestaan van geestelijk letsel naar objectieve maatstaven is (of had kunnen worden) vastgesteld. (HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606). Op het uitgangspunt dat geestelijk letsel moet zijn aangetoond kan nog wel een uitzondering worden gemaakt in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor de benadeelde. (HR 29 juni 2012, NJ 2012/ 410, ECLI:NL:HR:2012:BW1519).

7. [eiser] heeft geen concrete gegevens aangevoerd waaruit het bestaan van enig geestelijk letsel als een in de psychiatrie erkend ziektebeeld naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld, althans waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan.

8. Resteert te onderzoeken of zich in dit geval een uitzondering voordoet op het uitgangspunt dat geestelijk letsel moet zijn aangetoond in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor [eiser].

9. Het hof stelt voorop dat de vrijheidsbenaming van [eiser] een ernstige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer is. Die inbreuk wordt echter gerechtvaardigd door de rechtmatige detentie van [eiser] en is daar inherent aan. Dat

<sup>4</sup> Arrest gerechtshof d.d. 4 juli 2017 r.o. 6–11.

laatste neemt niet weg, dat de inbreuk op die persoonlijke levenssfeer niet groter mag zijn dan strikt noodzakelijk is.

10. De Staat erkent, dat het regime in de EBI strenger is dan in andere penitentiaire inrichtingen (PI's). Dat betekent dat in de EBI de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ernstiger is dan in andere PI's. De Staat stelt weliswaar dat tegenover dat strengere regime in de EBI extra voorzieningen staan, zoals uitgebreide mogelijkheden voor 'crea', meer sportfaciliteiten dan in de meeste andere PI's en ruimere kookmogelijkheden, maar die voorzieningen nemen de verregaande beperkingen van het recht van privacy en lichamelijke integriteit niet weg, zoals het feit dat men op elk moment aan kleding en lichaam kan worden onderzocht (zie huisregel 6.4 EBI op de niet weersproken lijst van de vergelijking van huisregels van EBI en andere PI's, productie 5 inleidende dagvaarding) en van de persoonlijke bewegingsvrijheid.

Door [eiser] ten onrechte bijna een jaar langer geplaagd te houden in dit strengste regime in plaats van in een regime waarin de verregaande beperkingen minder ingrijpend zijn, ook al is dat weinig, heeft de Staat zich schuldig gemaakt aan schending van de norm dat met de vrijheidsbeneming niet meer inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is.

11. Dit leidt echter nog niet tot de conclusie dat aan [eiser] een schadevergoeding als bedoeld in art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW toekomt. Omtrent de persoonlijke gevolgen voor [eiser] van voormelde normschending is niets komen vast te staan. Bij gelegenheid van pleidooi heeft [eiser] nog naar voren gebracht, dat hij het vonnis waarbij hem een levenslange gevangenisstraf werd opgelegd heeft moeten aanhoren zonder dat hij dit met zijn familie kon delen. De Staat betwist dit echter en brengt naar voren dat [eiser] er zelf voor heeft gekozen in de EBI zijn familie niet (meer) te ontvangen. Ook het bij pleidooi naar voren gebrachte feit dat [eiser] zijn strafzaak in de EBI niet goed heeft kunnen voorbereiden wordt door de Staat betwist, is niet te bewijzen aangeboden en dus niet komen vast te staan. Van de uitzonderingssituatie zoals omschreven in rechtsoverweging 8 kan, gelet op het voorgaande, niet worden uitgegaan.

1.2. Vooropgesteld moet worden dat de door het Hof aangehaalde arresten geen vergelijkbare situatie betreffen noch de daarin uiteengezette rechtsregels onverkort op de onderhavige zaak toepassing kunnen vinden, zoals uit het navolgende zal blijken.

1.3. Het Hof is kennelijk uitgegaan van de algemene regel dat op degene die schadevergoeding vordert een stelplicht rust ten aanzien van het hebben geleden van (materiële of immateriële) schade. In de rechtspraak zijn echter tal van situaties te vinden, waarbij geen stelplicht op hem rust, in elk geval

geen hoge eisen daaraan worden gesteld. Dat is bijvoorbeeld het geval als verdragsrechtelijke bepalingen met rechtstreekse werking, zoals de bepalingen uit het EVRM, zijn geschonden. Wanneer vaststaat dat de artikelen 3, 5 en 6 EVRM zijn geschonden wordt in beginsel verondersteld dat de betrokken persoon enig nadeel heeft geleden in de vorm van spanning en/of frustratie door die schending; ook al heeft de betrokkene geen materiële schade geleden en ook al is er geen sprake van immateriële schade als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 BW. Deze lijn is op diverse rechtsterreinen zichtbaar geworden.

#### De jurisprudentie

1.4. Uw Raad heeft in een onteigeningszaak waarbij de redelijke termijn, als bedoeld in artikel 6 EVRM was geschonden, het volgende overwogen:<sup>5</sup>

'Volgens vaste rechtspraak van het EHRM over art. 6 EVRM is immers uitgangspunt dat het uitblijven van een rechterlijke beslissing binnen redelijke termijn leidt tot spanning en frustratie, hetgeen een grond vormt voor toekenning van een vergoeding voor immateriële schade (zie onder meer EHRM 29 maart 2006, nr. 62361/00, ECLI:NL:XX:2006:AX7382 (Riccardi Pizzatie tegen Italië)). Dit is ook voor het nationale recht de maatstaf (vgl. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX8360), en betekent dat geen stelplicht ter zake van zodanige schade rust op de partij die zich op schending van art. 6 EVRM beroept.'

1.5. Ook in bestuurszaken is een stelsel ontwikkeld dat de mogelijkheid biedt om de Staat in bestuursrechtelijke procedures te veroordelen tot vergoeding van immateriële schade wegens spanning en frustratie bij overschrijding van de redelijke termijn. De Centrale Raad van Beroep heeft in een dergelijke zaak het volgende overwogen:<sup>6</sup>

'6.11 Naar het oordeel van de Raad heeft gedaagde, door de onaanvaardbaar lange termijn die hij heeft genomen om zijn besluitvorming over appellants bezwaren af te ronden, tevens appellant ervan afgehouden om het in artikel 6, eerste lid, van het EVRM neergelegde recht op berechting binnen een redelijke termijn te effectueren. Ook daarbij heeft de Raad in aanmerking genomen dat noch in de zaak zelf, die niet als complex is aan te merken, noch in de opstelling van appellant een rechtvaardiging is aangetroffen voor de procedurele handelwijze van gedaagde die ertoe heeft geleid (...).

(...)

7.1 De Raad acht het aannemelijk dat appellant als gevolg van de lange duur van de procedure een daadwerkelijke spanning en frustratie heeft ondergaan. De Raad acht om die reden termen aanwezig om het Uvw te veroordelen tot

<sup>5</sup> HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525 m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, r.o. 3.11.

<sup>6</sup> CRvB 8 december 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR7273, JB 2005/30 en USZ 2005/56 m.nt. Barkhuysen.

vergoeding van de door appellant geleden immateriële schade (...).'

1.6. Ook in belastingzaken leidt overschrijding van de redelijke termijn tot immateriële schadevergoeding; en dit hoewel belastinggeschiedenissen buiten het bereik van artikel 6 EVRM vallen,<sup>7</sup> heeft Uw Raad ook in belastingzaken aannemelijk geacht dat bij overschrijding van de redelijke termijn spanning en frustratie als grond voor vergoeding van immateriële schade kan worden verondersteld. Uw Raad heeft hieromtrent het volgende overwogen:<sup>8</sup>

'3.3.2. De rechtszekerheid als algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat aan artikel 6 van het EVRM mede ten grondslag ligt, geldt echter evenzeer binnen de nationale rechtsorde en evenzeer los van de genoemde bepaling. Dit beginsel noopt ertoe dat belastinggeschiedenissen binnen een redelijke termijn worden beslecht, in voorkomend geval na behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Aangezien dit vereiste berust op een rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan artikel 6 van het EVRM, wordt aansluiting gezocht bij de jurisprudentie over dat artikel van het EHRM (onder meer het arrest van 29 maart 2006, nr. 62361/00, Riccardi Pizzati tegen Italië, JB 2006/134). Uit die jurisprudentie volgt dat bij overschrijding van de redelijke termijn, behoudens bijzondere omstandigheden, spanning en frustratie als grond voor vergoeding van immateriële schade worden verondersteld. Met overeenkomstige toepassing van artikel 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) kan de inspecteur tot vergoeding van die schade worden veroordeeld (vgl. de in de onderdelen 10.2, 10.5 en 10.7 van de conclusie van de Advocaat-Generaal genoemde rechtspraak van andere hoogste bestuursrechters).'

1.7. Het is ook in Bopz-zaken vaste jurisprudentie van Uw Raad: Wanneer vaststaat dat een uit de Wet Bopz voortvloeiende beslistermijn is overschreden, wordt evenals bij een overschrijding van de redelijke termijn in art. 6 lid 1 EVRM in beginsel verondersteld dat de betrokken persoon enig nadeel heeft geleden in de vorm van spanning en/of frustratie door het uitblijven van een rechterlijke beslissing over de vrijheidsbeneming of de voortzetting daarvan en de daaruit voortvloeiende onzekerheid over het eigen lot. Uw Raad heeft onder verwijzing naar artikel 5 EVRM en het daarin vastgelegde recht op schadevergoeding na onrechtmatige detentie, een bijzondere 'omkeringsregel' geformuleerd betreffende het causaal verband en de aanwezigheid van immateriële schade: als bij gebleken termijnoverschrijding door de rechter een verzoek tot schadevergoeding wordt gedaan, is aannemelijk dat de betrokkene door die overschrijding nadeel (dat op geld behoort te worden gewaardeerd) heeft geleden

in de vorm van spanning of frustratie. Uw Raad heeft daarbij het volgende overwogen:<sup>9</sup>

'3.4.2. Op de voet van art. 35 Wet Bopz kan bij overschrijding door de rechter van de beslistermijn een vergoeding worden toegekend ter zake van immaterieel nadeel aan een betrokkene die stelt dat hij in de periode van overschrijding heeft verkeerdt in onzekerheid over de rechtmatigheid van zijn gedwongen verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis (vgl. HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997/682). Wanneer een dergelijk verzoek tot schadevergoeding wordt gedaan en vaststaat dat de termijn is overschreden voor het nemen van een rechterlijke beslissing tot het verlenen van een machtiging in de zin van hoofdstuk II van de Wet Bopz die strekt tot gedwongen verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis, is aannemelijk dat de betrokkene door die overschrijding nadeel, dat op geld behoort te worden gewaardeerd, heeft geleden in de vorm van spanning of frustratie door het uitblijven van een tijdige rechterlijke beslissing over zijn vrijheidsbeneming of de voortzetting daarvan, en onzekerheid over zijn situatie.

3.5. In het onderhavige geval heeft betrokkene voor het hof aangevoerd door de overschrijding van de beslistermijn in onzekerheid te hebben verkeerdt. Vaststaat dat de rechtbank met de beschikking van 30 mei 2013 de beslistermijn voor de machtiging tot voortgezet verblijf van betrokkene in een psychiatrisch ziekenhuis heeft overschreden. In het licht van hetgeen hiervoor in 3.4.1–3.4.2 is overwogen, heeft het hof dus ten onrechte geoordeeld dat niet aannemelijk is dat betrokkene nadeel heeft geleden dat aanspraak geeft op toekenning van schadevergoeding. De klacht slaagt.'

De Hoge Raad overwoog in die schadevergoedingszaak:<sup>10</sup>

'3.3 (...) Voorop moet worden gesteld dat bij de toekenning 'naar billijkheid' van schadevergoeding op de voet van art. 35 Bopz de rechter niet gebonden is aan de grenzen voor de toekenning van vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, vervat in art. 6:106 BW. Zulks vloeit voort uit de strekking van art. 35, waarmee mede beoogd is te voldoen aan art. 5 lid 5 EVRM, dat bepaalt dat een ieder die het slachtoffer is geweest van een detentie in strijd met de bepalingen van art. 5 leden 1–4 EVRM recht heeft op schadeloosstelling, en waarvan moet worden aangenomen dat het tenminste recht geeft op een billijke genoegdoening als bedoeld in art. 50 EVRM.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> EHRM 12 juli 2001, app.no. 44759/98, *Ferrazzini t. Italië*, NJ 2004/435, BNB 2005/222.

<sup>8</sup> Hoge Raad 10 juni 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BO5087), NTR 2011, 1368 m.nt. Van der Vegt, r.o. 3.3.2.

<sup>9</sup> Hoge Raad 10 april 2015 (ECLI:NL:HR:2015:926), NJ 2015/345 m.nt. Legemaate, JVGZ 2015/18 m.nt. Dijkers, r.o. 3.4.2 – 3.5.

<sup>10</sup> HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997/682 m.nt. J. de Boer; zie hierover ook W.H.v. van Boom, *A&V* 1997/2, blz. 46 – 47.

<sup>11</sup> Thans: art. 41 EVRM.

Dit brengt mee dat, daargelaten of art. 6:106 BW dit zou toelaten, in elk geval op de voet van art. 35 Bopz een vergoeding kan worden toegekend ter zake van het nadeel, bestaande in het gedurende een bepaalde periode in onzekerheid verkeren als in het verzoek van de betrokkene bedoeld, waardoor in die periode spanningen en frustraties zijn ontstaan.

De vaststelling van het bedrag van een dergelijke vergoeding dient te geschieden met inachtneming van de algemene regels betreffende de begroting van schade. Deze begroting dient, in de bewoordingen van art. 6:97 BW, plaats te vinden op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. Daarbij is van belang dat het hier gaat om een genoegdoening ter zake van het in de hiervoor bedoelde periode in onzekerheid verkeren en de daaruit voortvloeiende spanningen en frustraties. Een hierop gerichte vergoeding laat zich slechts intuïtief schatten en een dergelijke schatting behoeft in beginsel geen nadere motivering. Ook gelden hier niet de gewone regels van stelplicht en bewijslast.

Vergelijking met wat gebruikelijk is bij de toepassing van art. 89 Sv., kan daarbij niet als richtlijn dienen. Deze bepaling richt zich immers, voor zover hier van belang, op vergoeding van de schade die het gevolg is van een achteraf onjuist gebleken toepassing van voorlopige hechtenis. In een geval als het onderhavige gaat het echter niet om een vrijheidsbeneming die achteraf bezien niet had behoren plaats te vinden of die langer heeft geduurd dan zonder schending van de betrokken voorschriften zou zijn geschied, maar om de door de betrokkene aan zijn verzoek ten grondslag gelegde stelling dat hij gedurende een bepaalde periode in onzekerheid heeft verkeerd over wat in het verzoek is aangeduid als 'de rechtmatigheid' van zijn vrijheidsbeneming, waarmee kennelijk is bedoeld de onzekerheid omtrent de vraag of de rechter de gevorderde machtiging tot voortgezet verblijf uiteindelijk al of niet zou verlenen, welke verlening uiteindelijk wél heeft plaatsgevonden. (...).

Voorts dient er rekening mee te worden gehouden dat in het enkele feit dat de rechter vaststelt dat inderdaad van een schending van de betrokken voorschriften sprake is geweest, reeds een zekere genoegdoening is gelegen, zoals ook uitgangspunt is van de rechtspraak van het EHRM op grondslag van art. 50 EVRM (Brogan e.a., 30 mei 1989, serie A no. 152-B, blz 45, par. 9; B. v. Austria, 28 maart 1990, serie A no. 175, blz. 20, par. 59; Wassink, 27 september 1990, serie A no. 185A, NJ 1991, 625, par. 41). (...)

Deze redenering is in overeenstemming met hetgeen de wetgever voor ogen stond. Uit de memorie van toelichting op de wijziging van de Wet Bopz volgt namelijk dat verkrijging van schadevergoe-

ding op grond van onrechtmatige daad in dit soort zaken niet goed mogelijk bleek:<sup>12</sup>

'Het is derhalve niet aannemelijk dat de procedure op grond van art. 1401 van het Burgerlijk Wetboek<sup>13</sup> een effectief middel is om nadeel dat is geleden ten gevolge van een ernstig rechterlijk verzuim te compenseren. Gezien de ingrijpende aard van de hier aan de orde zijnde beslissingen is dit een onbevredigende situatie.'

De onderhavige zaak van [eiser] laat zien dat ook hier artikel 6:162 BW resp. 6:106 BW geen effectief middel zijn om nadeel dat is geleden ten gevolge van een ernstig administratief verzuim (de niet aan de wettelijke regels voldoende beslissing van de selectiefunctionaris) te compenseren. Dat leidt ook hier tot een onbevredigende situatie, temeer nu het Hof heeft vastgesteld dat [eiser] gedurende bijna een jaar aan een strenger regime was onderworpen dan in andere penitentiaire inrichtingen geldt, hetgeen volgens het Hof betekent dat in de EBI de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ernstiger is dan in andere P.I.'s.<sup>14</sup> Het gaat immers in de zaak van [eiser] ook om een ernstig verzuim, dat weliswaar niet aan de rechter, maar de administratie die de rechterlijke beslissing tot vrijheidsbeneming ten uitvoer legt (de selectiefunctionaris) moet worden toegeschreven. Uit de hiervoor aangehaalde beslissing van de CRvB<sup>15</sup> valt af te leiden dat ook administratieve beslissingen aan de eisen van artikel 6 EVRM moeten worden getoetst; ook als het geschil (formalistisch gezien) buiten de reikwijdte van dat artikel zou vallen. Het valt daarom niet in te zien, waarom dat met de beslissing van de selectiefunctionaris in de zaak [eiser] anders zou moeten zijn. Waarom moet hier niet worden verondersteld dat hij spanning en frustratie heeft ervaren als gevolg van de onzekerheid met betrekking tot de rechtmatigheid van de selectiebeslissing?

Gelet op het feit dat de wetgever in Bopz-zaken een procedure, als bedoeld in artikel 6:162 BW, niet als een effectieve rechtsgang voor het verkrijgen van schadevergoeding heeft aangemerkt, heeft hij artikel 35 van het wetsvoorstel gepresenteerd als een bepaling 'die voorziet in de mogelijkheid van een eenvoudige procedure ter verkrijging van schadevergoeding'.

In de memorie van toelichting valt te lezen:<sup>16</sup>

'Deze vordering tot schadevergoeding heeft niet tot inzet een volledige herbeoordeling van de beslissing inzake het verlenen van de machtiging of het bevel tot ontslag uit de inrichting. De vrijheidsontneming als zodanig is gerechtvaardigd indien blijkt van een stoornis van de geestvermogens die betrokkene gevaar doet veroorzaken. Het zal naar wij verwachten slechts zelden voorkomen dat bij de voorbereiding van de hier aan de orde zijnde rechterlijke beslissing

<sup>12</sup> Kamerstukken II 1991/92, 21 239, nr. 3, p. 8.

<sup>13</sup> Thans artikel 6:162 BW.

<sup>14</sup> Arrest gerechtshof d.d. 4 juli 2017, r.o. 10.

<sup>15</sup> CRvB 8 december 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR7273.

<sup>16</sup> Kamerstukken II 1991/92, 21 239, nr. 3, p. 8.

een zodanig verzuim is gepleegd dat naar oordeel van de rechter die het verzoek om schadevergoeding behandelt, een beoordelingsfout daarvan het gevolg is geweest, zodat de vrijheidsontneming onrechtmatig was. Mogelijk is echter dat immateriële schade is geleden door het procedureel verzuim (...). Uiteraard zal niet elke onregelmatigheid in de procedure nadeel toebrengen aan de betrokkene. Dit staat van geval tot geval ter beoordeling van de rechter.'

Op het eerste gezicht lijkt de rechterlijke beoordeling krachtens artikel 35 Wet Bopz niet te verschillen van die wanneer langs de weg van artikel 6:106 BW vergoeding van immateriële schade wordt nagestreefd: de rechter heeft een zekere vrijheid om met alle omstandigheden van het geval rekening te houden. In het algemene vermogensrecht geldt echter dat niet élk psychisch onbehagen of zich gekwetst voelen wordt aangemerkt als een aantasting van de persoon, die recht geeft op smartengeld; aanwezig moeten zijn (door eiser te bewijzen) psychische beschadigingen van zodanige aard dat aantasting van de persoon aanwezig geoordeeld kan worden.

In verband met het bepaalde in het vijfde lid van artikel 5 EVRM zal dit strengere criterium echter niet gelden als een als 'unlawful' aan te merken vrijheidsbeneming grond voor de schadevergoeding vormt, zoals daarmee rekening wordt gehouden bij toepassing van het bepaalde in de artikelen 28 en 35 Wet Bopz. In de gevallen dat betrokkene – achteraf bezien – niet ten onrechte gedwongen in de inrichting heeft verbleven of daarin niet te lang is vastgehouden, zal bij een vastgestelde onrechtmatigheid de schade doorgaans beperkt zijn gebleven tot ondervonden hulpeloosheid, spanning en onzekerheid. Die schade komt desalniettemin voor geldelijke vergoeding in aanmerking. Dat is de lijn, die door Uw Raad in het hierboven uit 1996 aangehaalde arrest is uitgezet.<sup>17</sup> In de gevallen waarin de wet, zoals de hier ter illustratie aangehaalde Wet Bopz, niet voorziet in een regeling tot schadevergoeding, moet worden teruggevallen op art. 6:162 BW. In een zeer recente zaak heeft plv. P-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 16 juni 2017<sup>18</sup> daaromtrent het volgende opgemerkt:

'2.9. (...) De aanspraak op schadevergoeding moet met een voldoende mate van zekerheid kunnen worden geëffectueerd. Dit betekent onder meer dat de nationale autoriteiten bij de beoordeling van een verzoek tot schadevergoeding het nationale recht in het licht van artikel 5

EVRM dienen uit te leggen en dat zij niet mogen vervallen in 'excessief formalisme'.<sup>19</sup>

2.10. Het EVRM laat het aan de nationale wetgever over, te bepalen via welke nationale procesgang het recht op schadevergoeding geldend wordt gemaakt: dit behoeft niet noodzakelijk dezelfde procedure te zijn als die, waarin over de (rechtmatigheid van de) vrijheidsbeneming wordt besloten. In Nederland heeft de wetgever bij de totstandkoming van de wettelijke regeling van de voorwaardelijke machtiging in de Wet Bopz niet gekozen voor de mogelijkheid tot toekenning van een schadevergoeding ten laste van de instelling, te verkrijgen binnen het kader van de verzoekschriftprocedure bedoeld in art. 14e Wet Bopz. Voor dit soort schadeclaims blijft de patiënt dus aangewezen op een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige (overheids)daad overeenkomstig het algemene procesrecht.<sup>20</sup> De dagvaardings- of vorderingsprocedure in het algemene procesrecht voldoet aan de eisen van art. 6 lid 1 EVRM. Mijns inziens kan niet worden volgehouden dat het aangewezen zijn op de algemene vorderingsprocedure de effectiviteit ontnaemt aan het door art. 5 lid 5 EVRM gewaarborgde recht op schadevergoeding. In dit verband verdienen twee uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de aandacht.<sup>21</sup> (...).'

De plv. P-G verwijst naar een tweetal uitspraken van het EHRM. Daarin is het volgende te lezen:

'Article 5 § 5 of the Convention creates a direct right to compensation once the national courts or the Convention institutions have found that an applicant has been deprived of his or her liberty contrary to Article 5 §§ 1-4 of the Convention (see *Storck v. Germany*, no. 61603/00, § 122, ECHR 2005-V).<sup>22</sup>

1.8. In de zaak *El Masri* leidde de wijze van opsluiting (in een hotelkamer met bewakers wiens taal hij niet beheerste, die hem ondervraagden en met een pistool dreigden) tot een schending van artikel 3 EVRM. In die zaak overwoog het EHRM dat door het creëren van angst mentaal lijden moet zijn toegebracht.<sup>23</sup>

19 Zie: European Court of Human Rights, Guide on Article 5 of the Convention, Right to liberty and security, 2014 (www.echr.coe.int), par. E; J.H. Gerards e.a. (red.), SDU Commentaar EVRM, deel I: materiële rechten, 2013, aant. C.8 bij art. 5 EVRM (J.H. Crijns).

20 Zie in deze zin: SDU Commentaar Wet Bopz, aant. C.7 bij art. 14d Wet Bopz en aant. C.1 en C.1.5 bij art. 35 (W.J.A.M. Dijkers); A.H.J. Lennaerts, Het bestuursrechtelijk ABC van de Wet Bopz (en aanliggende kwesties), BJ Plus 2005, par. 22.

21 EHRM 29 mei 2012 (appl.no. 28260/07, *Emin/Nederland*), eerder besproken in de conclusie voor HR 2 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1068 (80a RO); EHRM 28 juni 2016 (appl. no. 69810/12, *Özcelik/Nederland*).

22 EHRM 28 juni 2016, *Özcelik/Nederland*, appl.no 69810/12, § 42.

23 EHRM 13 december 2012, *El Masri t. de Federale Republiek Joegoslavië en de Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië*, appl.no. 39630/09, § 202, NJ 2013/167 m.nt. J.M. Reijntjes.

17 HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997/682 m.nt. J. de Boer.

18 Conclusie A-G Langemeijer (ECLI:NL:PHR:2017:458) voor Hoge Raad 16 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1098).



'It is true that while he was kept in the hotel, no physical force was used against the applicant. However, the Court reiterates that Article 3 does not refer exclusively to the infliction of physical pain but also of mental suffering, which is caused by creating a state of anguish and stress by means other than bodily assault (see *Iljina and Sarulienė v. Lithuania* (...) § 47). There is no doubt that the applicant's solitary incarceration in the hotel intimidated him on account of his apprehension as to what would happen to him next and must have caused him emotional and psychological distress.'

Deze zaak laat zien dat ook het EHRM ervan uitgaat dat bepaalde gevoelens (te denken valt aan angst, stress, spanningen en frustraties) inherent moeten worden verondersteld aan bepaalde situaties en gebeurtenissen. Zij veroorzaken dus ook immateriële schade.

In een zaak, waar het ging om het bewijzen van deplorabele detentieomstandigheden, legde het EHRM een verzwaarde stelplicht op de Staat. Het overwoog daaromtrent het volgende:<sup>24</sup>

'Furthermore, the Court observes that Convention proceedings do not in all cases lend themselves to a rigorous application of the principle affirmanti incumbit probatio ('he who alleges must prove') because in certain instances, such as in the present case, the respondent Government alone have access to information capable of corroborating or refuting allegations. Failure on the Government's part to submit such information without a satisfactory explanation for such a failure may give rise to the drawing of inferences as to the well-foundedness of the applicant's allegations (see *Ahmet Özkan and Others v. Turkey* (...) § 426).'

In dat specifieke geval wordt onder meer geklaagd over overbevolking in deze gevangenis. Het Hof acht zijn klacht gegrond omdat uit vorige zaken reeds gebleken was dat er een algemeen probleem van overbevolking bestond in de Russische gevangenis en de Russische overheid bovendien geen documenten kon voorleggen om de stelling van de klager te ontkrachten.

Opvallend is dat het EHRM is afgestapt van de individualiseringseis, althans deze terugbrengt tot het aannemelijk maken van bepaalde algemene kenmerken. In de zaak *Salah Sheekh* nam het EHRM genoegen met het feit dat deze had aangevoerd een lid te zijn van een groep waarvan de lotgevallen duidelijk zijn beschreven en die systematisch wordt onderdrukt, bedreigd en/of achtergesteld. Het EHRM heeft toen het volgende overwogen:<sup>25</sup>

'148. (...) The Court would add that, in its opinion, the applicant cannot be required to establish the existence of further special

distinguishing features concerning him personally in order to show that he was, and continues to be, personally at risk. (...)'

Waar het om gaat is dat voldoende duidelijke aanwijzingen voorhanden zijn, ook al zijn die van algemene aard, die het gestelde staven. In een asielzaak heeft het EHRM tot uitdrukking gebracht dat het soms noodzakelijk is om de betrokkene het voordeel van de twijfel te geven:<sup>26</sup>

'12. The Court acknowledges that, owing to the special situation in which asylum seekers often find themselves, it is frequently necessary to give them the benefit of the doubt when it comes to assessing the credibility of their statements and the documents submitted in support thereof. However, when information is presented which gives strong reasons to question the veracity of an asylum seeker's submissions, the individual must provide a satisfactory explanation for the alleged discrepancies (see, inter alia, *N. v. Sweden* (...), § 53, and *Collins and Akasiebė v. Sweden* (dec.)). In principle, the applicant has to adduce evidence capable of proving that there are substantial grounds for believing that, if the measure complained of were to be implemented, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention (see *N. v. Finland* (...) § 167, and *NA. v. the United Kingdom* (...), § 111). Where such evidence is adduced, it is for the Government to dispel any doubts about it.'

Bij het vaststellen en/of aannemelijk houden van bepaalde feiten en omstandigheden hoeft het EHRM dan ook vaak rekening met rapporten van het Comité ter Preventie van Foltering of bepaalde NGO's,<sup>27</sup> alsmede soft law, zoals – als het om de behandeling van gedetineerden gaat – de European Prison Rules,<sup>28</sup> die concrete richtlijnen bevatten.

#### Algemene uitgangspunten

1.9. Uit de hiervoor aangehaalde jurisprudentie kunnen de volgende uitgangspunten worden geformuleerd:

- a. Bepaalde gevoelens (te denken valt aan angst, stress, spanningen en frustraties) moeten als inherent aan bepaalde situaties en gebeurtenissen worden verondersteld;
- b. Dat geldt in het bijzonder als het gaat om een schending van rechten die zijn neergelegd in het EHRM;

<sup>26</sup> EHRM, *AA. t. Zweden*, 28 juni 2012, appl.no. 14499/09, § 73, *EHRC* 2012/178 m.nt. Den Heijer en *JV* 2012/402 m.nt. Battjes.

<sup>27</sup> Zie bijv. EHRM, *Nevmerzhijsk t. Oekraïne*, 5 april 2005, appl.no. 54825/00, § 86, *EHRC* 2005/50 m.nt. Van der Velde en *GJ* 2005/63 m.nt. Hendriks; EHRM, *Lorsé e.a. t. Nederland*, 4 februari 2003, appl.no. 52750/99, § 65, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 471, m.nt. Myjer en Hagens en EHRM, *Peers t. Griekenland*, 19 april 2001, appl.no. 28524/95, § 71, *EHRC* 2001/42 m.nt. De Jonge.

<sup>28</sup> Raad van Europa, Recommendation (Rec 2006/2) of the Committee of Ministers to member states on the European prison rules.

<sup>24</sup> EHRM, *Idalov t. Rusland*, 22 mei 2012, appl.no. 5826/03, § 98, EHRM, *EHRC* 2012/169, m.nt. Van der Velde.

<sup>25</sup> EHRM, *Salah Sheekh t. Nederland*, 11 januari 2007, appl.no. 1948/04, § 148.

c. Er rust geen stelplicht ter zake van immateriële schade op de partij die zich beroept op schending van deze rechten (te denken valt o.a. aan redelijke termijn of andere procedurevoorschriften, als bedoeld in art. 6 EVRM, inhumane en denigrerende behandeling in bijv. detentie, als bedoeld in art. 3 EVRM en vrijheidsbeperkingen maatregelen gedurende rechtmatige detentie);

d. Een schending mag aannemelijk worden gemaakt door verwijzing naar algemene kenmerken (loslaten individualiseringseis en verzwaarde stelplicht Staat);

e. Een bijzondere omkeringsregel geldt ten aanzien van het causale verband tussen een dergelijke schending (bijv. redelijke termijn) en de aanwezigheid van immateriële schade (als bijv. bij gebleken termijnoverschrijding een verzoek tot schadevergoeding wordt gedaan, is aannemelijk dat de betrokkene door die overschrijding nadeel heeft geleden in de vorm van spanning of frustratie);

f. Dat noopt tot vergoeding van immateriële schade wegens veronderstelde spanning en frustratie;

g. Dat kan ook het geval zijn als een geschil strikt formeel buiten de reikwijdte van de verdragsbepaling valt (denk aan overschrijding van de redelijke termijn in belastinggeschillen);

h. Als de schending (bijv. redelijke termijn, vrijheidsbeperking) betrekking heeft op een situatie, waarbij betrokkene in detentie verblijft, wordt verondersteld dat het nadeel is gelegen in de onzekerheid (over de rechtmatigheid);

i. Art. 5 lid 5 EVRM geeft recht op schadeloosstelling bij schending van de leden 1–4 van die bepaling;

j. Er bestaat ten minste recht op een billijke genoegdoening, als bedoeld in art. 41 EVRM;

k. Artikel 9 IVBPR geeft eveneens, en wel in ruimere mate, recht op schadevergoeding;

l. Verdragsrechtelijke bepalingen met rechtstreekse werking dienen rechtstreeks te worden toegepast en het nationale recht dient dienovereenkomst te worden uitgelegd en toegepast;

m. Schadevergoeding moet met voldoende mate van zekerheid kunnen worden geëffectueerd.

1.10. Uit het voorgaande kan de volgende conclusie worden getrokken: Wanneer aannemelijk is geworden dat een verdragsrechtelijke bepaling met rechtstreekse werking, zoals artikel 3, 5 en 6 EVRM, is geschonden, kan worden verondersteld dat betrokkene enig nadeel door de schending heeft geleden in de vorm van angst, spanning, frustratie en onzekerheid. Op betrokkene rust geen bewijslast in dier voege dat hij moet aantonen dat hij daadwerkelijk angst spanning, frustratie en onzekerheid heeft ervaren. Het is voldoende dat hij aannemelijk maakt dat zich een situatie heeft voorgedaan, die tot schending van een der bepalingen heeft geleid op grond waarvan kan worden verondersteld dat hij daardoor angst, spanning, frustratie en onzekerheid heeft ondervonden. Het aannemelijk maken kan geschieden door de verwijzing naar algemene kenmerken, waarbij aansluiting kan worden gezocht bij objectieve gegevens of rapporten. Bij betwisting

rust een verzwaarde stelplicht op de Staat. Bij toepassing van de nationale bepalingen dient aansluiting te worden gezocht bij de verdragsrechtelijke waarborgen. Er dient verdragsconforme uitleg plaats te vinden.

Toepassing op de onderhavige zaak

1.11. Vast staat dat [eiser] in de periode van 14 juni 2012 tot 30 mei 2013 ten onrechte in de EBI heeft moeten verblijven. In hoger beroep, zoals ook in eerste aanleg, is komen vast te staan dat de Staat daardoor onrechtmatig jegens [eiser] heeft gehandeld.<sup>29</sup>

1.12. De toepassing van de hiervoor genoemde uitgangspunten leidt in de onderhavige zaak tot het volgende:

Vooropgesteld moet worden dat [eiser] in de periode van 14 juni 2012 tot 30 mei 2013 in onzekerheid verkeerde over de rechtmatigheid van de plaatsing in de EBI, waarbij mag worden verondersteld dat hij daardoor spanning en frustratie heeft ondervonden, welke de grondslag voor immateriële schadevergoeding bieden.

[eiser] heeft gesteld dat hij zich in de EBI onveilig voelde<sup>30</sup> en de visitaties als zeer vernederend en inhumaan heeft ervaren, waardoor hij schaamte, verdriet en boosheid voelde.<sup>31</sup> Tevens heeft hij het strenge EBI-regime als een ernstige inbreuk op zijn privacy ervaren.<sup>32</sup>

De rechtbank noch het Hof hebben hiermee echter genoegen genomen. Naar het oordeel van de rechtbank heeft hij daaromtrent onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld<sup>33</sup> en zich slechts tot algemeenheden over het EBI-regime beperkt.<sup>34</sup> Het Hof heeft geheel geen acht geslagen op de door [eiser] ingenomen essentiële stelling omtrent de wijze waarop hij de periode in de EBI heeft ervaren en tot welke gevoelens dat heeft geleid. Rechtbank en Hof hebben deze stellingen ten onrechte gepasseerd, althans, zijn zij kennelijk ervan uitgegaan dat [eiser] niet aan zijn stelplicht heeft voldaan; een stelplicht die [eiser] – zoals uit de hierboven uiteengezette jurisprudentie blijkt – niets, in elk geval niet in die mate, had.

Daarbij komt dat [eiser] in de memorie van grieven uitgebreid en concreet heeft uiteengezet op welke wijze het EBI-regime op hem werd toegepast.<sup>35</sup> Hij heeft de aangevoerde feiten en omstandigheden gestaafd met algemene informatie over het EBI-regime,<sup>36</sup> en dat onder uiteenzetting van de

29 Arrest gerechtshof d.d. 4 juli 2017, ro. 4.

30 Dagvaarding in eerste aanleg, randnummer 16 en memorie van grieven, randnummer

31 Memorie van grieven, randnummer 16 B voorlaatste alinea.

32 Memorie van grieven, randnummer 16 B voorlaatste alinea en onder 16 G.

33 Vonnis rechtbank d.d. 17 februari 2016, r.o. 4.16.

34 Vonnis rechtbank d.d. 17 februari 2016, r.o. 4.10.

35 Memorie van grieven, randnummer 16 A–U.

36 Producties 5 en 6 bij brief d.d. 22 september 2015 van zijde van [eiser] ten behoeve van de comparitie d.d. 7 oktober 2015.

relevante literatuur en jurisprudentie<sup>37</sup> en de rechtspraak van het EHRM over het EBI-detentieregime.<sup>38</sup>

Het Hof heeft vastgesteld dat het regime in de EBI strenger is dan in andere penitentiaire inrichtingen (Pl.'s), hetgeen, volgens het Hof, betekent dat in de EBI de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ernstiger is dan in andere Pl's.<sup>39</sup> Desalniettemin heeft het geoordeeld dat niet is komen vast te staan omtrent de persoonlijke gevolgen voor [eiser] door de normschending<sup>40</sup> (hij begrijpt 'normschending' als het feit dat hij ten onrechte in de EBI was geëpist).

Het Hof heeft, zo lijkt het, strikt aan de individualiseringseis vastgehouden, terwijl in bepaalde situaties, zoals hier, ook met algemene gegevens over het EBI-regime genoegzaam kan worden aangegeven dat niet alleen in zijn algemeenheid, maar ook in het geval van [eiser], verondersteld kan worden dat toepassing van het regime tot gevoelens van vernedering, schaamte, verdriet, boosheid, onveiligheid leidt, en dat de daarbij komende onzekerheid over de rechtmatigheid van het verblijf aldaar tevens tot gevoelens van spanning en frustratie hebben geleid. Deze benadering past bij de hierboven aan de hand van de jurisprudentie uiteengezette uitgangspunten.

Het Hof heeft in dat opzicht ook miskend dat op de Staat een verzwaarde stelplicht rust. Het is dan ook ten onrechte voorbijgegaan aan het verzoek van [eiser] om de Staat te bevelen om de voorhanden zijnde registraties, zoals bijvoorbeeld in het penitentiaire dossier en/of de dag-aantekeningen, in het geding te brengen.<sup>41</sup>

1.13. Het Hof is ook te gemakkelijk voorbij gegaan aan de door [eiser] aangehaalde rechtspraak van het EHRM. Het is een feit van algemene bekendheid dat speciale detentieregimes met zware beveiliging regelmatig aanleiding geven tot schendingen van artikel 3 EVRM, omdat deze regimes gewoonlijk gepaard gaan met een meerdere of mindere mate van isolatie. Het EHRM laat dergelijke regimes toe, maar toetst telkens aan een aantal criteria, zoals de striktheid van de maatregel, de duur, het nagestreefde doel en welk effect op de gedetineerde kan worden verondersteld.<sup>42</sup>

'The Court considers that in the present case the applicant's conditions of detention in solitary confinement were capable of causing him both mental and physical suffering and a feeling of profound violation of his human dignity.'

Ook hier gaat het niet om het daadwerkelijk vastgesteld effect op de gedetineerde, maar de veronder-

stelling dat een bepaald regime ofwel het treffen van bepaalde maatregelen geschikt is om een bepaald (negatief) effect op de gedetineerde te hebben. Het (negatieve) effect wordt verondersteld aanwezig te zijn.

Dat was ook het geval in de zaak *Lorsé t. Nederland*, waarin het EHRM veronderstelde dat de wekelijkse (onder meer anale) visitaties — naast dat toch al strenge EBI-regime — bij Lorsé aanleiding geweest moeten zijn om gevoelens van angst, minderwaardigheid, vernedering en onttering te wekken. Het EHRM heeft dat als volgt uitgedrukt:<sup>43</sup>

'74. The Court considers that in the situation where Mr Lorsé was already subjected to a great number of control measures, and in the absence of convincing security needs, the practice of weekly strip-searches that was applied to Mr Lorsé for a period of more than six years diminished his human dignity and must have given rise to feelings of anguish and inferiority capable of humiliating and debasing him. Accordingly, the Court concludes that the combination of routine strip-searching with the other stringent security measures in the EBI amounted to inhuman or degrading treatment in violation of Article 3 of the Convention. There has thus been a breach of this provision.'

[eiser] heeft naar die zaak en de daaropvolgende zaak (*Baybasin t. Nederland*)<sup>44</sup> verwezen, alsmede gesteld dat ook hij, en wel gedurende zijn onrechtmatig verblijf in de EBI, stelselmatig en willekeurig op dezelfde wijze (ook anaal) werd geïnspecteerd, en dat dit reeds reden genoeg is om tot schending van artikel 3 EVRM te komen.<sup>45</sup> Uit de processtukken volgt dat hij zich expliciet op een schending van artikel 3 EVRM heeft beroepen.<sup>46</sup> Het Hof is echter, en ten onrechte, niet ingegaan op deze toch wel essentiële stelling. Een vaststelling van een schending van artikel 3 EVRM zou namelijk hebben geleid tot de verplichting van de Staat om voor rechtsherstel zorg te dragen. Uw Raad heeft, nadat het EHRM een schending van artikel 3 EVRM had vastgesteld, in de zaak van Lorsé deze uitleg aan artikel 41 EVRM gegeven. Uw Raad heeft vastgesteld dat:<sup>47</sup>

'(...) op de Staat op grond van het EVRM de verplichting rust te zorgen voor rechtsherstel. De Staat is daarbij in beginsel vrij in de wijze waarop hij aan deze verplichting gevolg geeft doch deze vrijheid houdt niet in dat hij vrij is in de wijze waarop het herstel plaatsvindt en dat de nationale rechter daarover geen beslissing zou kunnen nemen, doch betekent slechts dat bin-

37 Memorie van grieven, randnummers 25–35 met de daarbij behorende voetnoten.

38 Memorie van grieven, randnummer 16 B voorlaatste alinea, voetnoot 6 verwijst naar de zaken *Van der Ven en Lorse t. Nederland* en *Baybasin t. Nederland*.

39 Arrest gerechtshof d.d. 4 juli 2017, r.o. 10.

40 Arrest gerechtshof d.d. 4 juli 2017, r.o. 11.

41 Memorie van grieven, randnummer 15.

42 EHRM, *X. t. Turkije*, 9 oktober 2012, appl.no. 24626/09, § 43–44, ECHR 2012/232.

43 EHRM, *Lorsé e.a. t. Nederland*, 4 februari 2003, appl.no. 52750/99, § 74, NJCM-Bulletin 2003, p. 471 m.nt. Myjer en Hagens.

44 EHRM, *Baybasin t. Nederland*, 6 juli 2006, appl.no. 13600/02, § 60–61.

45 Memorie van grieven, randnummer 16 B voorlaatste alinea.

46 Zie bijv. dagvaarding eerste aanleg, randnummer 9 en memorie van grieven, randnummer 16 B voorlaatste alinea.

47 Hoge Raad 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0351, NJ 2005/196, r.o. 3.3.

nen de nationale rechtsfeer naar een passende vorm van herstel moet worden gezocht (vgl. EHRM 31 oktober 1995, serie A 330-B, rov. 34 (Papamichalopoulos e.a./Griekenland) en EHRM 13 juli 2000, nrs. 39221/98 en 41963/98, RJD 2000-VIII, blz. 471 e.v. (Scozzari e.a./Italië)). De klacht dat de voorzieningenrechter heeft miskend dat de wijze van schadeloosstellen voor de door het EHRM geconstateerde schending in beginsel is overgelaten aan het nationale recht van de verdragsstaten en [verweerder] derhalve alleen aanspraak kan maken op de schadeloosstelling die hem naar Nederlands recht toekomt, faalt. De voorzieningenrechter heeft immers in rov. 3.2 en 3.3 geoordeeld dat de Staat jegens [verweerder] onrechtmatig handelt doordat jegens hem, naar het EHRM heeft vastgesteld, art. 3 EVRM is geschonden en de Staat jegens hem onrechtmatig handelt als een passende vorm van herstel uitblijft. Naar nationaal recht kan [verweerder] dan aanspraak maken op schadevergoeding (...).

[eiser] heeft de verplichting van de Staat tot rechtsherstel, zoals bedoeld in artikel 41 EHRM, ook expliciet benoemd en (mede) ten grondslag gelegd aan zijn vordering tot schadevergoeding.<sup>48</sup>

1.14. De tenuitvoerlegging van een op zichzelf rechtmatige detentie, kan onder bepaalde omstandigheden ook een schending van artikel 5 EVRM opleveren. Als uitgangspunt neemt het EHRM dat:<sup>49</sup>

'(...) Article 5 § 1 is not concerned with mere restrictions on liberty of movement, which are governed by Article 2 of Protocol No. 4. In order to determine whether someone has been 'deprived of his liberty' within the meaning of Article 5 § 1, the starting-point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question. The difference between deprivation of and restriction upon liberty is one of degree or intensity, and not of nature or substance (see Engel and Others, § 59; Guzzardi, §§ 92-93; Storck, § 71, all cited above; and also, more recently, Medvedyev and Others v. France [GC], no. 3394/03, § 73, ECHR 2010).'

Dit uitgangspunt wordt in de zaak *Munjaz* nader toegelicht:<sup>50</sup>

'The Court considers that these criteria must apply with greater force when determining whether a person who has already been deprived of his liberty has been subjected to a further deprivation of liberty or merely a further restriction upon their liberty.'

In die zaak verduidelijkt het EHRM eveneens waarom de toepassing van vrijheidsbeperkende maatre-

gelen in de zaak *Bollan*<sup>51</sup> niet en in de zaak *Schneider*<sup>52</sup> wél onder het bereik van artikel 5 lid 1 EVRM viel. Het heeft dat als volgt toegelicht:<sup>53</sup>

'In *Schneider* (...) the applicant was detained by order of the prefecture in a psychiatric unit. He absconded but later returned of his own accord. He was then placed in solitary confinement and given forced medication. The solitary confinement lasted eleven days. The last nine days of detention had been found by the domestic courts to be unlawful. To determine whether the applicant had been deprived of his liberty for the other two days, as in *Bollan*, the Court considered the type, duration and manner of implementation of the measure. In light of those criteria, it took the view that placement in solitary confinement, which involved the removal of all social contact and lasted for several days, could be interpreted as a deprivation of liberty within the meaning of Article 5 § 1. The Court recalled that, though only two days' detention was at issue before it, the applicant's detention had, in reality, lasted eleven days. The Court distinguished *Bollan*, finding that the circumstances in that case were not comparable to placing in solitary confinement for eleven days a patient who had been confined to a psychiatric institution. Finally, the Court observed that it had been possible for Mr Schneider to submit further appeals against his solitary confinement; this was an additional factor in favour of the finding that such confinement constituted a further deprivation of liberty. The Court went on to find, however, that the applicant's detention for the two days in question fell within the terms of the general police clause of the Constitution of the Canton of Berne and was not arbitrary within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention.'

Het EHRM maakt daarbij duidelijk dat in de ene noch de andere zaak een algemene regel is geformuleerd.<sup>54</sup> Waar het dus eigenlijk op neer komt is dat de rechter aan de hand van de door het EHRM gegeven handvaten, rekening houdend met alle omstandigheden van het concrete geval, moet beoordelen of verdere vrijheidsbeperking, bij een op zich rechtmatige detentie zo ingrijpend is, dat zij onder de reikwijdte van artikel 5 lid 1 EVRM valt.

De zaak *Schneiders* is in zoverre vergelijkbaar met die van [eiser], dat [eiser] – bovenop de (op zich rechtmatige) vrijheidsbeneming – bijna één jaar lang aan zeer strenge vrijheidsbeperkende maatregelen (het EBI-regime) werd onderworpen, waarbij de RSJ op enig moment heeft vastgesteld dat de beslissing van de selectiefunctaris onrechtmatig (*unlawful*) was.

48 Dagvaarding eerste aanleg, randnummer 20.

49 EHRM, *Austin t. VK*, 15 maart 2012, appl.no. 39692/09 40713/09 41008/09, § 57.

50 EHRM, *Munjaz t. VK*, 17 juli 2012, appl.no. 2913/06, § 67.

51 EHRM, *Bollan t. VK*, 4 mei 2000, appl.no. 42117/98 (admissibility decision).

52 EHRM, *Schneider t. 31 maart 2005*, appl.no. 63062/00 (admissibility decision).

53 EHRM, *Munjaz t. VK*, 17 juli 2012, appl.no. 2913/06, § 64.

54 EHRM, *Munjaz t. VK*, 17 juli 2012, appl.no. 2913/06, § 65.

Volgens Artikel 5 lid 5 EVRM heeft een ieder die het slachtoffer is geweest van een arrestatie of een detentie in strijd met artikel 5 EVRM recht op schadeloosstelling.

**Conclusie:**

1.15. Het Hof heeft bij de beoordeling of [eiser] enig nadeel heeft geleden een onjuiste beoordelingsmaatstaf gehanteerd. Het is dan ook ten onrechte tot de conclusie gekomen dat [eiser] geen nadeel heeft ondervonden. Het Hof heeft ten onrechte geen rechtstreekse toepassing gegeven aan de verdragsrechtelijke bepalingen uit het EVRM. In elk geval heeft het ten onrechte nagelaten om de nationale bepalingen, zoals artikel 6:106 BW, verdragsconform uit te leggen resp. toe te passen.

*Onderdeel 2:* Het Hof heeft terecht overwogen dat de door de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (hierna: RSJ) aan [eiser] toegekende tegemoetkoming geen schadevergoeding is, als bedoeld in art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW. Het heeft echter ten onrechte geoordeeld dat het niet toekomt aan de beoordeling respectievelijk de vaststelling van een schadevergoeding, omdat niet is komen vast te staan dat zich een normschending heeft voorgedaan, die zodanige persoonlijke gevolgen voor [eiser] heeft gehad dat hij op grond daarvan aanspraak op schadevergoeding kan maken.

**Toelichting:**

1.16. In onderdeel I is, kort gezegd, uiteen gezet dat het Hof een onjuiste, in elk geval te restrictieve, beoordelingsmaatstaf heeft gehanteerd resp. toegepast. Het Hof heeft ten onrechte vastgesteld dat [eiser] door een normschending geen nadeel heeft geleden, zodat het Hof in het verlengde daarvan ook ten onrechte heeft geoordeeld dat [eiser] geen aanspraak op schadevergoeding kan maken, en het daarom aan een verhoging van het door de RSJ toegekende bedrag niet toekomt.<sup>55</sup>

1.17. Indien onderdeel I slaagt, dient onderdeel II ook te slagen.

Gegrondbevinding van één of meer klachten van deze middelonderdelen betekent dat al wat het hof, op zijn daarin bestreden oordelen voortbouwend, ook overigens heeft geoordeeld en beslist in het bestreden eendarrest en in de overige overwegingen en in het daarop voortbouwende dictum van zijn eendarrest, niet in stand zal kunnen blijven en dit arrest in zoverre dient te worden vernietigd.

**Voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel:**

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het Hof heeft geoordeeld als vermeld in r.o. 9 en 10 van zijn arrest, zulks ten onrechte om de navol-

gende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

*Bijzondere ernst van de normschending*  
Inleiding

Het hof neemt in r.o. 6 van het bestreden arrest tot uitgangspunt dat voor een aantasting in de persoon op andere wijze zoals bedoeld in art. 6:106 lid 1 sub b BW – en voor de toewijsbaarheid van een schadevergoedingsvordering op die grond – vereist is dat het bestaan van geestelijk letsel in rechte kan worden vastgesteld. Voorts overweegt het hof dat op dit uitgangspunt – dat geestelijk letsel moet zijn aangetoond – (in bepaalde gevallen) een *uitzondering* kan worden gemaakt in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor de benadeelde. Deze maatstaf ontleent het hof aan HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, NJ 2012/410. Zoals ook volgt uit r.o. 8, onderscheidt het hof – in navolging van uw Raad – dus twee (cumulatieve) criteria waaraan getoetst moet worden: (a) de bijzondere ernst van de normschending en (b) [de bijzondere ernst van] de gevolgen daarvan voor de benadeelde. Beide moeten aanleiding geven tot het maken van de bedoelde uitzondering.

De Staat begrijpt het bestreden arrest aldus dat r.o. 9 en 10 in het teken staan van het achter (a) bedoelde criterium (van de ernst van de normschending) en r.o. 11 ziet op het achter (b) bedoelde criterium (van (de ernst van) de gevolgen).

Terecht oordeelt het hof in r.o. 11 dat omtrent (b) de *gevolgen* voor [verweerder] van de normschending niets is komen vast te staan, zodat van een uitzondering als hiervoor bedoeld niet kan worden uitgegaan.

Het hof overweegt in r.o. 9 en 10 – kennelijk: in het kader van het achter (a) bedoelde criterium – als volgt:

‘9. Het hof stelt voorop dat de vrijheidsbenaming van [verweerder] een ernstige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer is. Die inbreuk wordt echter gerechtvaardigd door de rechtmatige detentie van [verweerder] en is daar inherent aan. Dat laatste neemt niet weg, dat de inbreuk op die persoonlijke levenssfeer niet groter mag zijn dan strikt noodzakelijk is.

10. De Staat erkent, dat het regime in de EBI strenger is dan in andere penitentiaire inrichtingen (PI's). Dat betekent dat in de EBI de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ernstiger is dan in andere PI's. De Staat stelt weliswaar dat tegenover dat strengere regime in de EBI extra voorzieningen staan, zoals uitgebreide mogelijkheden voor 'crea', meer sportfaciliteiten dan in de meeste andere PI's en ruimere kookmogelijkheden, maar die voorzieningen nemen de verregaande beperkingen van het recht van privacy en lichamelijke integriteit niet weg, zoals het feit dat men op elk moment aan kleding en lichaam kan worden onderzocht (zie huisregel 6.4 EBI op de niet weersproken lijst van de vergelijking van huisregels van EBI en andere PI's, productie 5 in-

<sup>55</sup> Arrest Hof 4 juli 2017, r.o. 13.

leidende dagvaarding) en van de persoonlijke bewegingsvrijheid. Door [verweerder] ten onrechte bijna een jaar langer geplaatst te houden in dit strengste regime in plaats van in een regime waarin de verregaande beperkingen minder ingrijpend zijn, ook al is dat weinig, heeft de Staat zich schuldig gemaakt aan schending van de norm dat met de vrijheidsbeneming niet meer inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is.<sup>1</sup> Het is de Staat niet geheel duidelijk hoe deze passage moet worden begrepen. Hoewel het hof zulks niet met zoveel woorden overweegt, lijkt daarin het oordeel besloten te liggen dat in het onderhavige geval is voldaan aan het hiervoor achter (a) bedoelde criterium (van de ernst van de normschending). Het hof is in dat geval van oordeel dat gelet op de bijzondere ernst van de normschending aanleiding zou kunnen zijn voor het aannemen van een uitzondering zoals hiervoor bedoeld (mits ook de gevolgen daarvan daartoe aanleiding geven).<sup>2</sup> Het hof is in dat geval, anders gezegd, van oordeel dat de onderhavige schending van de norm<sup>2</sup> *bijzonder ernstig* is (in de zin van de in de rechtspraak van uw Raad bedoelde maatstaf).

#### Klachten

Indien 's hofs oordelen in r.o. 9 en 10 zo moeten worden begrepen als in de voorgaande alinea omschreven, getuigen die oordelen van een onjuiste rechtsopvatting en/of zijn zij niet naar behoren gemotiveerd.

In dat geval miskent het hof dat het ten onrechte geplaatst houden van een gedetineerde<sup>3</sup> in een strenger regime dan waarin hij behoort te worden geplaatst, niet (althans niet zonder meer) resulteert in een *bijzonder ernstige* schending van de norm dat met vrijheidsbeneming niet meer inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is (welke schending<sup>4</sup> aanleiding zou kunnen geven voor het aannemen van een uitzondering op het uitgangspunt dat voor een aanspraak op vergoeding van immateriële schade het bestaan van geestelijk letsel in rechte kan worden vastgesteld), althans niet indien het verschil in strengheid tussen het ene en het andere regime gering is (zulks ongeacht de duur van de detentie in het strengere regime). Voorts/althans miskent het hof dat het ten onrechte bijna een jaar langer geplaatst houden van een gedetineerde in het strengste regime in plaats van een regime waarin de verregaande beperkingen slechts *weinig minder*

*ingrijpend*<sup>5</sup> zijn, niet (althans niet zonder meer) resulteert in een dergelijke *bijzonder ernstige* normschending.

In ieder geval had het hof (nader) moeten motiveren waarom het van oordeel is dat sprake is van een dergelijke *bijzonder ernstige* normschending, hoewel – zoals het hof tot uitgangspunt neemt, althans in het midden laat,<sup>6</sup> en de Staat heeft toegelicht<sup>7</sup> – de beperkingen in het regime waarin [verweerder] zou zijn geplaatst indien hij niet langer in het EBI-regime was gehouden, *weinig minder ingrijpend* zijn dan de beperkingen in het EBI-regime. Zonder nadere motivering valt immers niet in te zien waarom een dergelijk gering verschil in de ingrijpendheid van de beperkingen in de betrokken detentieregimes reeds voldoende is voor een *bijzonder ernstige* normschending zoals hiervoor bedoeld. De enkele duur van de detentie in het strengere regime (in casu bijna een jaar) is daarvoor, juist gelet op het geringe verschil in strengheid, in elk geval onvoldoende.

#### Conclusie A-G mr. T. Hartlief:

[eiser] is veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf en is in dat verband gedetineerd geweest in de Extra Beveiligde Inrichting te Vught. Vast staat dat hij 350 dagen in die inrichting heeft gezeten zonder dat voor dat detentieregime, het zwaarste dat ons land kent, een titel bestond. Vast staat ook dat de Staat daarmee onrechtmatig jegens [eiser] heeft gehandeld. Deze zaak betreft de eventuele gehoudeheid van de Staat tot vergoeding van immateriële schade. Centraal staat daarbij de vraag of sprake is van een aantasting in de persoon “op andere wijze” in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Zowel rechtbank als hof heeft aangenomen dat dat niet het geval is en [eiser] smartengeld ontzegd. In cassatie bestrijdt [eiser] het oordeel van het hof. In de kern is zijn betoog dat het hof de lat voor het aannemen van een recht op smartengeld te hoog legt en hem in dit verband met een te zware stelplicht belast.

#### 1 Feiten<sup>1</sup>

1.1 [eiser], die op 29 januari 2013 door de rechtbank in eerste aanleg is veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf, is voorafgaand daaraan

5 Gelet op de laatste volzin van r.o. 10 dient er in cassatie van te worden uitgegaan dat de beperkingen in het regime waarin [verweerder] zou zijn geplaatst indien hij niet langer in het EBI-regime was gehouden, *weinig minder ingrijpend* zouden zijn geweest dan de (verregaande) beperkingen in het EBI-regime (*Door [verweerder] ten onrechte bijna een jaar langer geplaatst te houden in dit strengste regime in plaats van in een regime waarin de verregaande beperkingen minder ingrijpend zijn, ook al is dat weinig, (...)’* – cursivering toegevoegd).

6 Zie voetnoot 5 hiervoor.

7 Zie § 5.4.3 memorie van antwoord, § 2.7 pleitnota in appel zijdens de Staat, § 4.7 conclusie van antwoord.

1 De feiten zijn ontleend aan de onbestreden weergave van het hof in rov. 1.1.-1.3. van het in cassatie bestreden arrest van 4 juli 2017.

1 Hetgeen blijkt r.o. 11 volgens het hof niet het geval is.

2 Namelijk de norm dat met vrijheidsbeneming niet meer inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is.

3 Ten aanzien van wie een titel voor detentie bestaat.

4 In combinatie met de gevolgen daarvan.

in februari 2008 in het kader van voorlopige hechtenis geplaatst in de Extra Beveiligde Inrichting van Penitentiaire Inrichting Vught (hierna: 'de EBI').

1.2 Nadat de selectiefunctionaris van de Staat bij beslissing van 19 november 2012 had besloten tot verlenging van het verblijf van [eiser] in de EBI, heeft [eiser] daartegen met succes beroep ingesteld bij de Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming (hierna: 'de RSJ'). Bij beslissing van 6 juni 2013 is het beroep gegrond verklaard en de beslissing van de selectiefunctionaris vernietigd. Bij afzonderlijke beslissing van 12 juli 2013 heeft de RSJ aan [eiser] een financiële vergoeding van € 1375 toegekend, omdat hij vanaf 14 juni 2012 ten onrechte in de EBI gedetineerd is geweest.

1.3 Kort voor die beslissingen van de RSJ, op 27 mei 2013, was [eiser] geselecteerd voor overplaatsing naar de penitentiaire inrichting Leeuwarden. Op 30 mei 2013 is hij naar die inrichting overgebracht. [eiser] is op de lijst met Gedetineerden met een hoog Vlucht-/Maatschappelijk risico (hierna: 'GVM') geplaatst met het profiel hoog. Voor gedetineerden op de GVM-lijst gelden specifieke toezichts- en veiligheidsmaatregelen.

## 2 Procesverloop

2.1 [eiser] heeft de Staat bij inleidende dagvaarding van 12 maart 2015 in rechte betrokken. Hij heeft, na vermindering van eis in hoger beroep, gevorderd de Staat in aanvulling op de door de RSJ toegekende vergoeding van € 1375 te veroordelen tot betaling van schadevergoeding van € 14.000, subsidiair € 3600,<sup>2</sup> of een ander door het hof in goede justitie te bepalen bedrag, vanwege het feit dat hij 350 dagen ten onrechte gedetineerd is geweest in de EBI, met proceskosten en nakosten. Dit bedrag is als volgt opgebouwd:<sup>3</sup>

- € 25 voor iedere dag dat [eiser] onrechtmatig in de EBI verbleef;
- € 10 per dag omdat zijn resocialisatietraject daardoor met een jaar is vertraagd;
- € 5 per dag omdat hij in de EBI de oogaandoening myopia heeft opgelopen en zijn ogen tijdens het onrechtmatig verblijf naar alle waarschijnlijkheid nog meer zijn achteruitgegaan.

2.2 [eiser] heeft de vordering voor zover zij betrekking had op oogletsel bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep ingetrokken.<sup>4</sup> Omdat deze vordering in cassatie dus niet langer voorwerp van

debat is, blijft zij ook in deze conclusie verder onbesproken.

2.3 [eiser] heeft aan zijn vorderingen het volgende ten grondslag gelegd.<sup>5</sup> [eiser] heeft betoogd dat hij door het onrechtmatige verblijf in de EBI in zijn persoon is aangetast in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Hij heeft zich nooit veilig gevoeld in de EBI. Dit kwam door onder meer de lichamelijke onderzoeken, fouilleringen en visitaties, die een kenmerkend onderdeel zijn van het regime in de EBI, en door de dienstinstructie van de beveiligers om niet fysiek in te grijpen bij geweldsincidenten tussen gedetineerden. [eiser] is met dit laatste geconfronteerd toen hij op 27 mei 2011 op de luchtplaats werd aangevallen door een medegedetineerde en door een tweede medegedetineerde werd ontzet. Het onveilige gevoel heeft ertoe geleid dat hij moeite heeft met het aangaan van contacten. [eiser] heeft zijn verblijf in de EBI als een sociaal isolement ervaren. Gedetineerden in de EBI mogen dierbaren die op bezoek komen slechts een hand geven, verder is lichamelijk contact verboden. Iedere communicatie van gedetineerden wordt gecontroleerd. Daarnaast worden gedetineerden in de EBI zoveel mogelijk gescheiden gehouden, waardoor voor onderling contact vrijwel geen plaats is.

2.4 De rechtbank Den Haag heeft de vorderingen van [eiser] bij eindvonnis van 17 februari 2016 beoordeeld.<sup>6</sup> Bij die beoordeling heeft zij vooropgesteld dat [eiser] bijna twaalf maanden in de EBI heeft verbleven, terwijl daarvoor geen titel bestond afgezien van de in beginsel onherroepelijke gevangenisstraf die vrijheidsbeneming rechtvaardigt en dat dit verblijf onrechtmatig was (hierna ook: 'de onrechtmatige periode') (rov. 4.1.).

2.5 Volgens de rechtbank vormt de omstandigheid dat [eiser] is veroordeeld tot een gevangenisstraf een rechtvaardiging voor de inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer die inherent is aan detentie, ongeacht de aard van de instelling waar de detentie wordt ondergaan. Voor het antwoord op de vraag of de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die door het EBI-regime ontstaat zodanig ernstig is dat als gevolg daarvan een aanspraak op vergoeding van immateriële schade ontstaat, moet volgens de rechtbank een vergelijking worden gemaakt tussen het EBI-regime dat voor [eiser] gold in de onrechtmatige periode en het GVM-regime dat nadien voor hem gold in de penitentiaire inrichting Leeuwarden (rov. 4.9.).

2.6 De rechtbank is tot het oordeel gekomen dat [eiser] onvoldoende heeft gesteld om een aanspraak op vergoeding van immateriële schade te kunnen rechtvaardigen. Volgens de rechtbank heeft [eiser] slechts algemeenheden gesteld over het EBI-regime (rov. 4.10.) en heeft hij niet geconcretiseerd hoe vaak hij in de onrechtmatige periode werd gefouilleerd en gevisiteerd en in hoeverre het

2 Bij het eerste bedrag is aansluiting gezocht bij de vergoedingen ex art. 89 Sv waarbij in geval van onrechtmatige vrijheidsberoving per dag verblijf in de EBI € 105 wordt gerekend (€ 80 als basisbedrag plus € 25 voor detentie in de EBI). [eiser] vordert die € 25 waaraan vervolgens nog € 15 per dag is toegevoegd in verband met vertraging van het resocialisatietraject en de gevolgen van de oogaandoening myopia. 350 maal € 40 per dag leidt dan tot € 14.000. Het tweede bedrag is gebaseerd op een vergelijking met een uitspraak in een vergelijkbare zaak (waarover hierna randnummer 4.57). Zie memorie van grieven, randnummers 45. e.v.

3 Zie rov. 2. van het in cassatie bestreden arrest van 4 juli 2017.

4 Zie rov. 2. en 5. van het in cassatie bestreden arrest van 4 juli 2017.

5 Deze weergave van het betoog van [eiser] is ontleend aan rov. 4.8. van het vonnis van de rechtbank van 17 februari 2016.

6 Het vonnis is gepubliceerd onder ECLI:NL:RBDHA:2016:1621.

EBI-regime op dit punt afweek van het GVM-regime (rov. 4.11.). Verder is niet aannemelijk geworden dat de omstandigheid dat [eiser] geen contact heeft gehad met zijn kinderen in verband staat met zijn verblijf in de EBI (rov. 4.12.). Ook is niet gebleken dat de in de EBI aan gedetineerden geboden faciliteiten op relevante wijze verschillen van hetgeen in andere penitentiaire inrichtingen wordt aangeboden (rov. 4.13.). Evenmin is sprake van een verschil ten opzichte van het GVM-regime in de mate waarin toezicht werd gehouden op telefoongesprekken en gesprekken met bezoekers (rov. 4.14.). Ook de omstandigheid dat gedetineerden in de EBI hun bezoek ontvangen in een ruimte waarin zij door een glazen wand worden gescheiden van de bezoekers, is volgens de rechtbank niet voldoende voor het aannemen van een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Weliswaar kent het GVM-regime geen systeem van bezoek "achter glas", maar ook onder dat regime stond het [eiser] niet vrij om te bepalen wie hij als bezoeker ontving, wanneer en op welke wijze (rov. 4.15.).

2.7 De rechtbank is aldus tot het oordeel gekomen dat [eiser] geen feiten of omstandigheden heeft gesteld die, indien bewezen, tot de conclusie kunnen leiden dat het voor hem geldende EBI-regime in de onrechtmatige periode en het nadien voor hem geldende GVM-regime zodanig van elkaar verschillen dat het EBI-regime in de onrechtmatige periode een zodanig ernstige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer vormde dat deze aanspraak op vergoeding van immateriële schade rechtvaardigt (rov. 4.16.). De rechtbank heeft de vorderingen van [eiser] daarom afgewezen.

2.8 [eiser] is bij appeldagvaarding van 12 mei 2016 van het vonnis in hoger beroep gekomen. Hij heeft bij memorie van grieven één grief tegen het vonnis gericht. Deze grief bestrijdt het oordeel dat (1) niet is gebleken dat [eiser] schade heeft geleden die ontstaan is door en toe te schrijven is aan de onrechtmatige periode die hij in de EBI verbleef en (2) hij daarom geen aanspraak kan maken op een immateriële schadevergoeding. In de toelichting op deze grief heeft [eiser] onder meer een aantal verschillen tussen het EBI-regime en het GVM-regime nader toegelicht en geconcretiseerd welke gevolgen hij van het zwaardere EBI-regime heeft ondervonden.<sup>7</sup> Zo heeft hij onder meer gesteld dat hij dagelijks tussen de vier en acht keer aan zijn kleding werd gefouilleerd en steeds voor en na transport, na het ontvangen van bezoek en op indicatie werd geïnspecteerd.<sup>8</sup> Ook werd hij dagelijks voorzien van handboeien.<sup>9</sup> Verder heeft hij zijn kinderen niet kunnen zien, omdat hij hen niet wilde blootstellen aan de wijze van bezoek waarbij het bezoek van de gedetineerde door een glaswand wordt gescheiden.<sup>10</sup> Dit alles is onder het GVM-regime niet of min-

der frequent het geval. [eiser] heeft verder nog gesteld dat hij zich door alle beperkingen onder het EBI-regime niet goed op zijn strafzaak heeft kunnen voorbereiden.<sup>11</sup>

2.9 Bij arrest van 4 juli 2017<sup>12</sup> heeft ook het hof Den Haag de vorderingen van [eiser] afgewezen. Het hof heeft, evenals de rechtbank, tot uitgangspunt genomen dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door [eiser] bijna een jaar langer in de EBI te laten verblijven dan was toegestaan (rov. 4.). Vervolgens heeft het hof vooropgesteld dat [eiser] op grond van art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW (hiervoor en hierna ook, kortweg, art. 6:106 lid 1 onder b BW) recht heeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien hij ten gevolge van dat verblijf lichamenlijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. Het hof heeft daarna beoordeeld of een van die gronden zich voordoet. Het hof heeft eerst vastgesteld dat van lichamenlijk letsel geen sprake is, omdat [eiser] zijn vordering ter zake van in de EBI opgelopen oogletsel heeft ingetrokken (rov. 5.) (hiervoor randnummer 2.2.). Aantasting van eer of goede naam is niet gesteld en daarvan is volgens het hof ook geen sprake (rov. 5.).

2.10 Het hof heeft vervolgens onderzocht of sprake is van een aantasting in de persoon "op andere wijze":

"6. De vraag die vervolgens voorligt is, of [eiser] op andere wijze in zijn persoon is aangetast in de zin van art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW. Om van persoonsaantasting te kunnen spreken is niet voldoende dat sprake is geweest van meer of minder sterk psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen. Voor de toewijsbaarheid van een vordering ter zake van persoonsaantasting is uitgangspunt dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld (HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356) [NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), A-G]. In elk geval dient de benadeelde voldoende concrete gegevens aan te voeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan, waartoe nodig is dat het bestaan van geestelijk letsel naar objectieve maatstaven is (of had kunnen worden) vastgesteld. (HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606) [NJ 2005/168 m.nt. W.D.H. Asser (*Beliën/provincie Noord-Brabant*), A-G]. Op het uitgangspunt dat geestelijk letsel moet zijn aangetoond kan nog wel een uitzondering worden gemaakt in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de ge-

<sup>7</sup> Memorie van grieven, randnummer 16.

<sup>8</sup> Memorie van grieven, randnummer 16, onder A. en B.

<sup>9</sup> Memorie van grieven, randnummer 16, onder C.

<sup>10</sup> Memorie van grieven, randnummer 16, onder D.

<sup>11</sup> Memorie van grieven, randnummer 16, onder T.

<sup>12</sup> Hof Den Haag 4 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1512,

JA 2017/127 m.nt. F.M. Ruitenbeek-Bart.



volgen daarvan voor de benadeelde. (HR 29 juni 2012, NJ 2012/410, ECLI:NL:HR:2012:BW1519)."

2.11 Het hof gaat ervan uit dat [eiser] zich beroept op de uitzondering als bedoeld in laatstgenoemd arrest, dat ook wel bekend staat als het *Blauw oog*-arrest:

"7. [eiser] heeft geen concrete gegevens aangevoerd waaruit het bestaan van enig geestelijk letsel als een in de psychiatrie erkend ziektebeeld naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld, althans waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan.

8. Resteert te onderzoeken of zich in dit geval een uitzondering voordoet op het uitgangspunt dat geestelijk letsel moet zijn aangetoond in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor [eiser]."

2.12 Volgens het hof heeft de Staat zich door [eiser] bijna een jaar langer dan toegestaan geplaatst te houden in het regime van de EBI schuldig gemaakt aan een schending van de norm dat met de vrijheidsbenaming niet meer inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is:

"9. Het hof stelt voorop dat de vrijheidsbenaming van [eiser] een ernstige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer is. Die inbreuk wordt echter gerechtvaardigd door de rechtmatige detentie van [eiser] en is daar inherent aan. Dat laatste neemt niet weg, dat de inbreuk op die persoonlijke levenssfeer niet groter mag zijn dan strikt noodzakelijk is.

10. De Staat erkent, dat het regime in de EBI strenger is dan in andere penitentiaire inrichtingen (PI's). Dat betekent dat in de EBI de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ernstiger is dan in andere PI's. De Staat stelt weliswaar dat tegenover dat strengere regime in de EBI extra voorzieningen staan, zoals uitgebreide mogelijkheden voor 'crea', meer sportfaciliteiten dan in de meeste andere PI's en ruimere kookmogelijkheden, maar die voorzieningen nemen de verregaande beperkingen van het recht van privacy en lichamelijke integriteit niet weg, zoals het feit dat men op elk moment aan kleding en lichaam kan worden onderzocht (zie huisregel 6.4 EBI op de niet weersproken lijst van de vergelijking van huisregels van EBI en andere PI's, productie 5 inleidende dagvaarding) en van de persoonlijke bewegingsvrijheid.

Door [eiser] ten onrechte bijna een jaar langer geplaatst te houden in dit strengste regime in plaats van in een regime waarin de verregaande beperkingen minder ingrijpend zijn, ook al is dat weinig, heeft de Staat zich schuldig gemaakt aan schending van de norm dat met de vrijheidsbenaming niet meer inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is."

2.13 Deze normschending rechtvaardigt op zichzelf volgens het hof echter, zo blijkt uit het ver-

volg, niet reeds een aanspraak op vergoeding van immateriële schade:

"11. Dit leidt echter nog niet tot de conclusie dat aan [eiser] een schadevergoeding als bedoeld in art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW toekomt. Omtrent de persoonlijke gevolgen voor [eiser] van voormelde normschending is niets komen vast te staan. Bij gelegenheid van pleidooi heeft [eiser] nog naar voren gebracht, dat hij het vonnis waarbij hem een levenslange gevangenisstraf werd opgelegd heeft moeten aanhoren zonder dat hij dit met zijn familie kon delen. De Staat betwist dit echter en brengt naar voren dat [eiser] er zelf voor heeft gekozen in de EBI zijn familie niet (meer) te ontvangen. Ook het bij pleidooi naar voren gebrachte feit dat [eiser] zijn strafzaak in de EBI niet goed heeft kunnen voorbereiden wordt door de Staat betwist, is niet te bewijzen aangeboden en dus niet komen vast te staan. Van de uitzonderingssituatie zoals omschreven in rechtsoverweging 8 kan, gelet op het voorgaande, niet worden uitgegaan."

2.14 Ten slotte heeft het hof het betoog van [eiser] beoordeeld, dat de door de RSJ toegekende vergoeding niet toereikend is om de door hem ervaren persoonsaantasting te vergoeden:

"12. [eiser] heeft ook nog betoogd dat de vergoeding die de RSJ hem heeft toegekend te laag is, gelet op de ernstige aantasting van zijn persoon en dat hem in deze procedure een hogere vergoeding moet worden toegekend.

13. Op grond van art. 68, zevende lid van de Penitentiaire Beginselenwet (Pbw) kan de RSJ een geldelijke tegemoetkoming vaststellen voor het geval een gedetineerde in een verkeerde instelling of onder een verkeerd regime wordt geplaatst. De RSJ, een onafhankelijk rechterlijk college dat bij uitstek de omstandigheden in de verschillende penitentiaire instellingen en regimes kent, kan beoordelen en waarderen, heeft op basis van die kennis voor de toepassing van art. 68, zevende lid Pbw een vergoedingstelsel ontwikkeld met forfaitair vastgestelde vergoedingen als billijkheidsvergoeding voor geleden ongemak in een dergelijk geval.

Aan het hof komt geen oordeel toe over dit vergoedingstelsel en de daaruit volgende tegemoetkoming die dit onafhankelijke rechtscollege heeft toegekend. Deze tegemoetkoming is ook uitdrukkelijk geen schadevergoeding, zoals de RSJ herhaaldelijk heeft overwogen, en dus niet de schadevergoeding als bedoeld in art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW.

Voor een hogere vergoeding dan de RSJ toekende, kan slechts plaats zijn in het geval de normschending dusdanige persoonlijke gevolgen voor [eiser] zou hebben gehad, dat de uitzonderingssituatie als bedoeld in rechtsoverweging 8 zich voordoet. Die uitzonderingssituatie doet zich, zoals hiervoor overwogen, niet voor.

Reeds daarom komt het hof aan een verhoging van dat bedrag niet toe."

2.15 Het hof is tot de slotsom gekomen dat de grief van [eiser] faalt en heeft het bestreden vonnis van 17 februari 2016 bekrachtigd en [eiser] veroordeeld in de proceskosten (rov. 14.).

2.16 Tegen dit arrest van 4 juli 2017 heeft [eiser] bij procesinleiding van 3 oktober 2017 en daarmee tijdig cassatie ingesteld. De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep en heeft tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Bij verweerschrift in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep heeft [eiser] geconcludeerd tot verwerping van het (voorwaardelijke) incidenteel cassatieberoep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. Namens [eiser] is gepliceerd in het principaal cassatieberoep.

### 3 Kern van de zaak

3.1 In deze zaak staat aansprakelijkheid van de Staat vast; [eiser] is bijna een jaar aan het zwaarste detentieregime onderworpen zonder dat daarvoor een titel bestond. In dat verband is hem een tegemoetkoming door de RSJ toegekend, maar daarmee heeft hij geen genoegen willen nemen. Hij wenst een hogere vergoeding en zoekt daarom zijn heil in schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Zijn vordering is daarbij beperkt tot vergoeding van immateriële schade en daarmee tot smartengeld. Het hof heeft deze vordering bij gebreke van een grondslag voor smartengeld in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW afgewezen. Van lichamelijk letsel is geen sprake (deze grondslag is althans niet (langer) aan de orde) en van geestelijk letsel evenmin. Het hof heeft, toepassing gevend aan het regime dat Uw Raad in het *Blauw oog*-arrest<sup>13</sup> heeft geformuleerd, ook geen ruimte gezien voor het aannemen van een aantasting in de persoon "op andere wijze" die niet bestaat in geestelijk letsel.

3.2 Zowel [eiser] als de Staat heeft cassatieberoep ingesteld, de Staat onder de voorwaarde dat het principaal cassatieberoep van [eiser] slaagt.

3.3 In de kern betoogt [eiser] in cassatie dat hij wel recht heeft op smartengeld, althans op een hogere vergoeding dan hem reeds door de RSJ is toegekend, gelet op de stand van ons recht met betrekking tot (het recht op) smartengeld mede in het licht van art. 5 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: 'EVRM') (en rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: 'EHRM') te dien aanzien). Hij verwijt het hof daarbij dat het de lat voor vergoeding van immateriële schade te hoog heeft gelegd en van hem qua stelplicht teveel heeft verlangd. In dit verband bestrijdt hij dus ook de consequenties die het hof verbindt aan het *Blauw oog*-arrest.

3.4 De Staat neemt in zijn voorwaardelijk ingestelde incidentele cassatieberoep als vertrekpunt dat het hof toepassing heeft gegeven aan de criteria uit het *Blauw oog*-arrest, (een ernstige normschending (de Staat spreekt hier in cassatie wel van het

"a-criterium") met ernstige gevolgen (het "b-criterium")) en de vordering van [eiser] heeft afgewezen, omdat niet is voldaan aan het "b-criterium". Voor zover het hof daarmee zou hebben geoordeeld dat wel voldaan is aan het "a-criterium", is dit volgens het middel onjuist althans onvoldoende gemotiveerd.

3.5 Deze zaak zou wellicht 'klein' kunnen worden gehouden en kort kunnen worden afgedaan. Wat het hof heeft gedaan, is in lijn met het *Blauw oog*-arrest en valt ook wel te verenigen met (de door [eiser] genoemde bepalingen uit) het EVRM. Het cassatieberoep van [eiser] zou dan falen en aan het cassatieberoep van de Staat zou Uw Raad dan niet toekomen.

3.6 Daarmee zou naar mijn indruk echter geen recht worden gedaan aan de zaak. Zij 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.

3.7 Onmiskenbaar is de afgelopen twee decennia, niet alleen in rechtspraak van Uw Raad maar ook onder invloed van het EVRM en rechtspraak van het EHRM, sprake van een *uitbreiding* van de gevallen waarin recht op smartengeld bestaat. Deze ontwikkeling vond, zowel waar het geestelijk letsel als de schending van fundamentele rechten<sup>14</sup> als zodanig betreft, plaats onder de noemer van de persoonsaantastingen of valt, waar het gaat om ontwikkelingen in EVRM-verband, in dat kader in te passen. Wat dat laatste betreft valt bijvoorbeeld te denken aan het toekennen van smartengeld wegens overschrijding van de redelijke termijn voor het nemen van een rechterlijke beslissing in de zin van art. 6 EVRM (hierna randnummer 4.24). Behalve het gegeven van de uitbreiding is ook van belang dat zij gepaard is gegaan met een zekere *verzelfstandiging* van de categorie van de schending van fundamentele rechten als zodanig ten opzichte van de gevallen van geestelijk letsel.

3.8 Deze ontwikkeling past bij en wordt ook gevoeld 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.

3.9 In het onderhavige geval is juist de vraag of vanuit deze laatste perspectieven voldoende recht is gedaan: uiteraard staat voorop de vraag of [eiser] wel heeft gekregen wat hem toekomt, maar in het

<sup>13</sup> HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, NJ 2012/410 en JA 2012/147 m.nt. S.D. Lindenbergh.

<sup>14</sup> Ik hanteer in deze conclusie zelf zoveel mogelijk de term fundamenteel recht die niet alleen geschikt is als verzamelbegrip voor grond- en mensenrechten, maar ook de persoonlijkheidsrechten, zeg maar de privaatrechtelijke verschijningsvorm van grond- en mensenrechten in horizontale verhoudingen, afdekt. Zie in dit verband S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', TPR 1999, p. 1665 e.v.

verlengde daarvan is ook de vraag of op deze manier wel voldoende druk op de Staat wordt gelegd om langdurige onrechtmatige detentie te voorkomen.

3.10 Met de erkenning in de uitspraken met betrekking tot *Groninger oudejaarsrellen*<sup>15</sup> en *Wrongful life*<sup>16</sup> van de mogelijkheid van smartengeld vanwege de schending van fundamentele rechten *als zodanig* (hierna randnummers 4.15 e.v.) heeft Uw Raad zelf voedsel gegeven aan de gedachte dat hier inderdaad wat te halen valt, althans aan de gedachte dat de route van smartengeld wegens schending van een fundamenteel recht een zelfstandige is, die zich binnen de categorie van de aantasting in de persoon “op andere wijze” heeft ‘losgemaakt’ van de route van smartengeld wegens geestelijk letsel. In het latere *Blauw oog*-arrest, waarbij het hof in de onderhavige zaak nadrukkelijk aansluiting heeft gezocht, lijkt de ruimte voor deze route echter nogal beperkt en lijkt in ieder geval de route die langs geestelijk letsel voert voorop te staan.

3.11 Dat is om meerdere redenen ongelukkig. Zo kan schending van een fundamenteel recht weliswaar (ook) tot geestelijk letsel leiden, maar dat zal (gelukkig) in de regel niet het geval zijn. Het is dan enigszins merkwaardig om dan voor smartengeld wel dat vereiste (voorop) te stellen. Daar komt bij dat dat ook geen recht doet aan de zaak. Smartengeld wegens geestelijk letsel, mocht zich dat voordoen, is nu eenmaal geen smartengeld wegens inbreuk op het fundamentele recht *als zodanig*. Daar komt bij dat met de genoemde arresten *Groninger oudejaarsrellen* en *Wrongful life* ruimte is gegeven aan een ontwikkeling, denk bijvoorbeeld aan de erkenning van (het recht op vergoeding van) zogenaamde *integriteitsschade* in gevallen waarin een informatieverplichting van een arts is geschonden (hierna randnummer 4.23), die zeker nog niet is afgerond.<sup>17</sup> Het strakker aanhalen van de teugels tijdens dat ontwikkelingsproces ligt niet voor de hand. Aanleiding daarvoor is er ook niet; het is zeker niet zo dat er een breed gedragen gevoel is dat het met het smartengeld buiten de sfeer van lichamenlijk en geestelijk letsel de verkeerde kant opgaat of dat het

op dat vlak zelfs uit de hand loopt, integendeel.<sup>18</sup> Ten slotte verdient in dit verband vermelding dat ook een ontwikkeling als die met betrekking tot smartengeld wegens overschrijding van de redelijke termijn voor het nemen van een rechterlijke beslissing in de zin van art. 6 EVRM (hierna randnummer 4.24) moeilijk te verenigen valt met de terughoudende formulering uit het *Blauw oog*-arrest. Waar staan we anno 2018 dus met het (recht op) smartengeld?

3.12 Het antwoord op die vraag heeft een bredere betekenis. Behalve in de onderhavige zaak, heeft het antwoord bijvoorbeeld ook meerwaarde voor *angstschadeclaims* die zich recentelijk in een toenemende belangstelling mogen verheugen.<sup>19</sup> Ook in dat verband wordt de ruimte in het wettelijk systeem geëxploreerd en gaat het in het bijzonder om de vraag welke ruimte de restcategorie van art. 6:106 lid 1 onder b BW (aantasting in de persoon “op andere wijze” (dan door lichamenlijk letsel of schending van eer of goede naam)) biedt voor vergoeding van immateriële schade in gevallen waarin van geestelijk letsel geen sprake is. Angst kan weliswaar tot *geestelijk letsel* leiden en dan eventueel ook aanspraak geven op smartengeld naast vergoeding van eventuele vermogensschade die door dat geestelijk letsel is veroorzaakt, maar de vraag is of de aanspraak op smartengeld vanwege angst tot de gevallen van geestelijk letsel beperkt moet blijven. Niet ondenkbaar is dat, ook zonder dat sprake is van geestelijk letsel, een aantasting in de persoon (“op andere wijze”) aan de orde is.<sup>20</sup>

3.13 Om conclusies te kunnen trekken is eerst meer zicht nodig op de in randnummer 3.7 genoemde ontwikkelingen. Dat probeer ik in paragraaf 4. te geven. In dat kader komt nadrukkelijk ook rechtspraak van Uw Raad in beeld. Het aldus ge-

18 Dat wil niet zeggen dat er geen enkel kritisch geluid klinkt. Recent is bijvoorbeeld terughoudendheid bepleit door K.J.O. Jansen, ‘Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw. Over autonomedenken en constitutionalisering van het schadevergoedingsrecht’, *WPNR* 7133 (2017), p. 39 e.v.

19 Zie over vergoeding van angstschade recentelijk F.F. Langemeijer, ‘Angst en onzekerheid als schadefactor’, in M. Faure en T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 103 e.v., A.M. Overheul, ‘Angst als juridisch relevante schade’, *AV&S* 2017, p. 176 e.v. en A.J. Verheij, ‘Vergoedbaarheid van angstschade’, *NTBR* 2018, p. 12 e.v. In elk van deze bijdragen staat de vraag centraal welke ruimte het systeem kent om buiten het geval van (lichamelijk of) geestelijk letsel vergoeding van immateriële schade toe te kennen vanwege de angst als zodanig en wordt, zij het voorzichtig, gepleit voor uitbreiding van deze ruimte. Deze problematiek raakt die van de gaswinning in Groningen die ook tot smartengeldvorderingen aanleiding heeft gegeven. Ik volsta nu met verwijzing naar E. Gijsselaar, R. Rijnhout en J. Emaus, ‘Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM’, *Ars Aequi* 2014, p. 811 e.v. en naar Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, *JA* 2017/88 m.nt. F.J. van Dorsser.

20 Daarbij dient dan wel te worden bedacht dat dat zou leiden tot een qua omvang andere vergoeding dan bij geestelijk letsel. Zie hierna randnummers 4.35 e.v. Het zijn immers verschillende gevallen waarin ook andere aspecten om voorrang vragen (erkenning en genoegdoening in plaats van compensatie).

15 HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, *NJ* 2005/391 m.nt. J.B.M. Vranken, *JA* 2004/3 m.nt. J.A.F. Peters en J.M. Menge, *Gst.* 2004/210 m.nt. J.A.E. van der Does en *AB* 2005/23 m.nt. G.A. van der Veen.

16 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken en *JA* 2005/34 m.nt. F.M. Ruitenbeek-Bart.

17 In de sfeer van de medische aansprakelijkheid is het zeker niet zo dat toekenning van een vergoeding van integriteitsschade schering en inslag is. Rechtspraak en literatuur zijn nog zoekende. Tegelijkertijd wordt wel bepleit om de gedachte van vergoeding van integriteitsschade door te trekken naar de sanctiëring van andere fundamentele rechten of beginselen. Zie in dit verband bijvoorbeeld I. Giesen, ‘De sanctiëring van schendingen van de beginselen van burgerlijk procesrecht’, *NTBR* 2016, p. 1 e.v. en ook T.F. Walree, ‘De vergoedbare schade bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens’, *WPNR* 7172 (2017), p. 921 e.v. (in het bijzonder p. 926 e.v.).

boden algemeen kader vormt vervolgens de basis voor de bespreking van het middel van [eiser] in het principale cassatieberoep (paragraaf 5.) en van het middel van de Staat in het (voorwaardelijk ingestelde) incidentele cassatieberoep (paragraaf 6.).

3.14 Hoewel de uiteindelijk door mij getrokken conclusies het niet zonder de hierna volgende beschouwingen kunnen stellen en deze basis daarom moeilijk kan worden overgeslagen, kan ik voor degenen die liever meteen weten waar het heen gaat, alvast een tipje van de sluier oplichten en de volgende leeswijzer meegeven. Aan het slot van paragraaf 4. geef ik de Hoge Raad in overweging afstand te nemen van (de formulering van) het *Blauw oog*-arrest om in het kader van de aantasting in de persoon "op andere wijze" meer ruimte te bieden voor vergoeding van immateriële schade buiten de gevallen van geestelijk letsel dan tot nu toe lijkt te worden gedaan. In het verlengde daarvan kom ik in paragraaf 5. tot de slotsom dat het hof de vordering van [eiser] inderdaad niet had mogen afwijzen op de grond dat hij onvoldoende in beeld zou hebben gebracht welke gevolgen de normschending (onrechtmatige blootstelling aan het detentieregime van de EBI) voor hem heeft gehad.

#### 4 Waar staan we anno 2018 met het (recht op) smartengeld?

Smartengeld in ontwikkeling. Inleiding en plan van behandeling

4.1 Aan het front van de vergoeding van immateriële schade is de afgelopen twee decennia het nodige gebeurd. Voor de onderhavige zaak vallen diverse relevante ontwikkelingen te onderscheiden. Zij kennen verschillende inspiratiebronnen en 'motoren' die soms autonoom optreden, maar elkaar een enkele keer ook versterken.

4.2 Naar mijn inschatting is in ieder geval van betekenis dat:

- de afgelopen twintig jaar verschillende dissertaties aan (het recht op) smartengeld zijn gewijd die niet alleen ontwikkelingen in kaart hebben gebracht, maar ook nieuwe lijnen hebben uitgezet;<sup>21</sup>
- in de rechtspraak van Uw Raad met betrekking tot de vraag *wanneer* (in welke gevallen dus) recht bestaat op smartengeld een zekere uitbreiding van gevallen aan de orde is.<sup>22</sup> De categorie van de persoonsaantasting (aantasting in de persoon "op andere wijze") is daarbij nader geëxploreerd, hetgeen in ieder geval heeft opgeleverd dat niet alleen geestelijk letsel, maar ook schending van een fundamenteel recht *als zodanig* onder omstandigheden aanspraak geeft op smartengeld (nader hierna randnummers 4.15 e.v.);

– dit laatste weer aansluit bij een meer algemene trend die in de regel in verband wordt gebracht met het EVRM en de rechtspraak van het EHRM en die in de sleutel staat van een toenemende aandacht voor fundamentele rechten (mensen- en/of grondrechten, persoonlijkheidsrechten), ook in 'horizontale relaties',<sup>23</sup> en voor de rechtsmiddelen bij of ter voorkoming van schending van deze rechten (rechtshandhaving);<sup>24</sup>

– specifieke aandacht uitgaat naar (instrumentele inzet van een recht op) smartengeld in het debat over de vraag of en zo ja hoe het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kunnen bijdragen aan het effectueren van rechten en het handhaven van

23 Groeiende aandacht voor meer of minder grijpbare aspecten van persoonlijkheid is soms weer terug te voeren op nieuwe technologieën, bijvoorbeeld in de medische wereld, maar ook met de ontwikkelingen in en de gevaren van de digitale en virtuele wereld. Zie onder meer Ti Hanh Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009, p. 1812 e.v., M. Samsom, 'Aansprakelijkheid in tijden van kinderen op bestelling. Aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van pre-implantatie genetische diagnostiek', in H.N. Schelhaas, A.I. Schreuder en K.K.E.C.T. Swinnen (red.), *Nieuwe technologieën, nieuw privaatrecht?*, Den Haag: Bju 2017, p. 51 e.v. en T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid bij datalekken', *WPNR* 7110 (2016), p. 459 e.v.

24 Ik volsta nu met verwijzing naar C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Deel I Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*, Den Haag: Bju 2015, A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss., Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002 en S.D. Lindenberg, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 71 e.v. (en over smartengeld in het bijzonder p. 89 e.v.), C.C. van Dam, 'Het aansprakelijkheidsrecht 25 jaar later', *VR* 2015, p. 223 e.v. spreekt van een perspectiefwisseling in het aansprakelijkheidsrecht: minder is de aandacht gericht op vergoeding van (overige) schade, maar juist meer op herstel van de rechtsinbreuk. Het belang hiervan komt nadrukkelijk in beeld wanneer van (overige) schade geen sprake is. Met smartengeld kan hier alsnog worden gereageerd in zaken die voorheen het aansprakelijkheidsrecht niet werkelijk bereikten. J. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten middels het aansprakelijkheidsrecht*, diss., Den Haag: Bju 2013 gaat nog verder en bepleit, vanwege de in haar ogen nog steeds te sterke oriëntatie van het aansprakelijkheidsrecht op schade, voor het toevoegen van een nieuwe verbintenis aan het bestaande instrumentarium, die juist tot het herstel (rechtzetting) bij schending van fundamentele rechten moet leiden. Daartegen G.E. van Maanen, 'Hoe moet het EVRM doorwerken in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?', *NTBR* 2013, p. 327 e.v. met reactie van J. Emaus, *NTBR* 2014, p. 14 e.v. Gereserveerd over de trend van 'fundamentalisering' van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht toont zich K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw. Over autonomen denken en constitutionalisering van het schadevergoedingsrecht', *WPNR* 7133 (2017), p. 39 e.v.

21 S.D. Lindenberg, *Smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 1998, A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss., Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002 en G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 2009.

22 Zie onder meer S.D. Lindenberg, *Smartengeld. Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 17 e.v.

plichten en daarmee aan het uitvoeren van de beleidsagenda van wetgever en politiek.<sup>25</sup>

4.3 Het is in het onderhavige bestek niet nodig in te gaan op de vraag welke functies aan (een recht op) smartengeld (kunnen) worden toegedicht. Hier kan worden volstaan met de vaststelling dat wordt aangenomen dat het (recht op) smartengeld niet alleen het aansprakelijkheidsrecht ondersteunt bij het vervullen van functies als rechtshandhaving,<sup>26</sup> schadevergoeding en preventie, maar ook nog kan bijdragen aan zaken als genoegdoening, erkenning en recht doen aan andere meer immaterieel getinte behoeften van getroffen. Binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zorgt juist ook (de regeling van) het smartengeld voor een zekere dynamiek; nieuwe schadevormen en nieuwe functies of taken worden in eerste instantie vaak in de

context van smartengeld ex art. 6:106 BW aan de orde gesteld.<sup>28</sup>

4.4 Een van de belangrijke katalysatoren van de ontwikkelingen aan het front van het smartengeld is de gedachte dat smartengeld een nuttige rol kan vervullen zowel bij het inhoud of betekenis geven aan rechten als bij de handhaving van rechten en plichten (rechtshandhaving). Als gezegd heeft dat geleid tot de erkenning dat smartengeld ook op zijn plaats kan zijn in gevallen waarin van lichamelijk of geestelijk letsel geen sprake is. Uiteindelijk is in rechte erkend dat schending van fundamentele rechten *als zodanig* grond kan zijn voor smartengeld. Zo wordt niet alleen recht gedaan aan hetgeen benadeelde is overkomen, maar wordt ook een prijskaartje verbonden aan onwenselijk gedrag. Dat kan weer van pas komen bij de rechtshandhaving of, anders gezegd, bij de sanctionering van rechten en plichten in het bijzonder wanneer van (andere) schade niet direct sprake is.

4.5 De sanctionering van rechten en plichten is natuurlijk niet het exclusieve domein van het smartengeld. Het is veeleer zo dat (het recht op) smartengeld hier een bijrol, zij het een niet onbelangrijke, speelt in het theater van het aansprakelijkheidsrecht. Daarom wordt hierna eerst iets gezegd over de sanctionering van rechten en plichten in het aansprakelijkheidsrecht. Vervolgens wordt aandacht besteed aan het recht op smartengeld en het systeem van de wet op dat punt, de uitbreiding die in de rechtspraak aan de orde is onder de noemer van de aantasting in de persoon "op andere wijze" en het betrekkelijke belang van geestelijk letsel in dit verband. Deze uitbreiding maakt een instrumentele inzet van het recht op smartengeld mogelijk. Uiteindelijk is zo erkend dat enkele schending van een fundamenteel recht reeds schade kan zijn en dat niet pas van schade sprake is als de schending nadelige gevolgen heeft gehad. Zonder problemen is deze ontwikkeling niet. Zo geeft zij aanleiding tot allerlei vragen zoals de vraag hoe de omvang van het smartengeld moet worden bepaald en de vraag of een recht op vergoeding van overige (vermogens- of immateriële) schade niet de meerwaarde van smartengeld wegens schending van het betrokken fundamenteel recht als zodanig wegneemt. In dit verband volgt een korte beschouwing over de vraag wat de sanctionering in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht moet inhouden: is schadevergoeding al dan niet bestaande in smartengeld steeds noodzakelijk of kan het constateren van de schending in de vorm van een verklaring voor recht al genoeg(doening) zijn? Uiteindelijk is hier de conclusie,

25 Zie over de algemene trend ((rechts)handhaving van en door het privaatrecht) onder veel meer W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract And Tort*, oratie, Den Haag: Bju 2006, T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR 6772* (2008), p. 769 e.v., J.S. Kortmann en C.H. Sieburgh, *Handhaving door Nederlands privaatrecht*, preadvies voor de Vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Bju 2009, p. 209 e.v. en E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Bju 2009. Meer specifiek over de rol van het recht op smartengeld in dit verband: S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 89 e.v. en T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S 2008*, p. 237 e.v.

26 S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Mon. BW B34, Deventer: Kluwer 2014, nr. 5 denkt in termen van handhaving van door het recht erkende aanspraken. A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss., Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 445 e.v. stelt de rechtshandhavingfunctie centraal: het privaatrecht dient in staat te zijn om te reageren op de inbreuk op een privaatrechtelijk recht. Verheij noemt dat logische noodzaak: zonder (re)actie geen recht. Handhaving is voor hem de kern van het aansprakelijkheidsrecht juist om inhoud te geven aan door het recht verleende rechten. Daarbij heeft het recht op smartengeld dan nadrukkelijk ook een functie.

27 Zie onder meer S.D. Lindenbergh, *Smartengeld. Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 6 e.v., S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 89 e.v., T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR 6772* (2008), p. 769 e.v. en T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S 2008*, p. 237 e.v. Zie ook R.J.S. Schwitters, 'Smartengeld, afkopsom of genoegdoening?', *AV&S 2014*, p. 10 e.v. alsmede A.J. Verheij, 'Nieuwe inzichten over vergoeding van immateriële schade', *VR 2015*, p. 49 e.v.

28 Zie in dit verband onder meer, met wisselende accenten, de bijdragen aan het eerste nummer van *NTBR 2018*, gewijd aan nieuwe schadesoorten en ingeleid door E.F.D. Engelhard, I. Giesen en A.C. van Schaick, 'Nieuwe schadesoorten', *NTBR 2018*, p. 1 e.v., maar ook K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw. Over autonomiegedenken en constitutionalisering van het schadevergoedingsrecht', *WPNR 7133* (2017), p. 39 e.v., die ook toekomst aan de toenemende aandacht voor *punitive damages*.

mede gelet op ontwikkelingen in rechtspraak van zowel het EHRM als Uw Raad, dat van een eenduidige strakke aanpak geen sprake kan zijn, maar dat variatie en nuancering bij de sanctionering de voorkeur verdienen. De brug naar paragraaf 5. wordt daarna geslagen met een bespreking van het *Blauw oog*-arrest. Geeft dat de stand van ons recht nu juist weer of is het te beperkt geformuleerd en zit het verdere ontwikkeling mogelijk in de weg? Vlak voor aanvang van paragraaf 5. zijn de brede beschouwingen uit het begin van paragraaf 4. steeds verder versmald en keren we terug naar de zaak in de vorm van een tussenbalans (hierna randnummers 4.55 e.v.).

Sanctionering van rechten en plichten in het aansprakelijkheidsrecht

4.6 Waar het gaat om sanctionering van rechten en plichten, komen in de regel diverse instrumenten en routes in beeld (straf- of bestuursrecht, tuchtrecht, toezicht, civiel recht) die (al dan niet in combinatie) kunnen worden benut om te bewerkstelligen dat betrokkene krijgt waar hij recht op heeft c.q. te voorkomen dat er iets misgaat.

4.7 Dat is ook in de onderhavige zaak het geval. [eiser] heeft niet alleen de specifieke in de toepasselijke regelgeving geopende weg bewandeld om zijn recht te halen — een procedure waarin de RSJ uiteindelijk zijn beroep tegen de verlengingsbeslissing van de selectiefunctionaris gegrond heeft verklaard en hem een vergoeding van € 1375 heeft toegekend — maar hij benut nu ook het civiele recht, meer in het bijzonder het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

4.8 Wanneer deze rechtsgebieden in beeld komen, gaat het in de regel om *achteraf praten* (het kwaad is veelal al geschied)<sup>29</sup> en gaat het er vooral om de *gevolgen* van het gewraakte handelen goed te maken door schadevergoeding.<sup>30</sup> Daarbij gaat het voor zover (feitelijk) herstel mogelijk is, om (door de aansprakelijke persoon te bekostigen) herstel (maatregelen) en voor zover dat niet mogelijk is, om financiële compensatie daarvoor. Dat laatste kan ook betrekking hebben op immateriële schade, zodat de vergoeding in zoverre dus bestaat in smartengeld.

4.9 In het aansprakelijkheidsrecht is het aangrijppingspunt dus meestal de schade die samenhangt met de gevolgen van het gewraakte handelen en is de centrale vraag vervolgens of en zo ja welke schadevergoeding in verband daarmee aangewezen is. Die gevolgen kunnen bijvoorbeeld bestaan in li-

chamelijk letsel, zoals bij ongevallen, medische fouten of misdrijven het geval is. In zulke gevallen is er soms ook nog sprake van psychische schade of, anders gezegd, geestelijk letsel. Geestelijk letsel doet zich echter ook voor in gevallen waarin van lichamelijk letsel geen sprake is. Die gevallen vormen een breed spectrum. Vaak gaat het om gedrag of gebeurtenissen die (tamelijk) rechtstreeks met (geestelijke) gezondheid te maken hebben; denk aan stress op het werk of een posttraumatische stressstoornis die bijvoorbeeld hulpverleners, treinmachinisten of conducteurs tijdens hun werk kunnen oplopen na een ongeval of vergelijkbaar incident. In andere gevallen dringt het verband tussen het gewraakte handelen en het (beweerde) geestelijk letsel zich minder snel op. Het gaat dan om geheel andere typen gevallen waarbij het gewraakte handelen niet primair op de gezondheid van de getroffen betrokkene heeft. Te denken valt bijvoorbeeld aan geschillen met de fiscus of andere overheidsinstanties of met een financiële instelling. Ook zulke geschillen kunnen een zware wissel trekken op het welzijn en de gezondheid van de betrokkene en zelfs aanleiding geven tot geestelijk letsel.<sup>31</sup> Ook in zo'n geval kan de aangesproken persoon, aangenomen dat sprake is van een grondslag voor aansprakelijkheid en leerstukken als dat van relativiteit (art. 6:163 BW) of toerekening naar redelijkheid (art. 6:98 BW) geen roet in het eten gooiën,<sup>32</sup> eventueel tot vergoeding van de schade (zoals eventuele vermogensschade maar ook hier kan het tevens immateriële schade betreffen) gehouden zijn. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht grijpen ook dan aan bij de *gevolgen* van het gewraakte handelen, in dit laatste geval het eventuele geestelijk letsel.

4.10 In de praktijk is sanctionering in het aansprakelijkheidsrecht daarmee sterk afhankelijk van eventuele schade die ik voor het gemak nu even 'gevolgschade' noem; bij gebreke daarvan zijn de mogelijkheden tot sanctionering in het aansprakelijkheidsrecht beperkt. Zo is ons recht, dat heeft de *Jeffrey*-zaak<sup>33</sup> wel geleerd, dan niet erg royaal met toewijzing van een enkele verklaring voor recht bijvoorbeeld. In gevallen waarin 'gevolgschade' ontbreekt of een causaal verband met gestelde 'gevolgschade' niet aannemelijk kan worden gemaakt, zoals bijvoorbeeld het geval kan zijn bij schending van de informatieplicht van een arts (hierna randnummer 4.23), kan dat ertoe leiden dat een (mogelijk ook ernstige) normschending civielrechtelijk 'onbestraft' blijft.

29 Ik laat de zogenoemde schadevoorkomingsclaims hier nu onbesproken. Zie daarover, met verschillende accenten, onder meer A.L.M. Keirse, 'Schadevoorkomingsclaims', *Letsel & Schade* 2017-2, p. 6 e.v., A. Kolder, 'Het aansprakelijkheidsrecht van morgen', *AV&S* 2018, p. 193-194 en T. Hartlief, 'Leefbaar Nederland', *NJB* 2017, p. 2303.

30 Eén van de neveneffecten van deze sanctionering in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is dat de dader 'het voelt' en zijn gedrag (mede) om die reden mogelijk aanpast. Bijvangst kan ook zijn dat de zaak uitstraling heeft naar andere gevallen en andere potentiële laedentes, zodat ook daar winst wordt geboekt aan het front van de preventie.

31 Zie in dit verband nadrukkelijk HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, NJ 2005/168 m.nt. W.D.H. Asser en *JBPR* 2003/56 m.nt. J.C.M. Leijten (*Beliën/provincie Noord-Brabant*), rov. 5.2.1 en verder wat gevalstypen betreft ook nog HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366 m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*) en HR 2 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2365, NJ 1997/662 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kip en Sloetjes/Rabobank*).

32 A.J. Verheij, 'Vergoedbaarheid van angstschade', *NTBR* 2018, p. 14 e.v.

33 HR 9 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, NJ 1998/853.

4.11 Vanuit dit perspectief positief te waarderen is dat steeds meer nadruk wordt gelegd op het belang van een 'sanctie' of remedie als een verklaring voor recht<sup>34</sup> en dat op dit vlak daadwerkelijk een verzuim aan de orde lijkt ten opzichte van het Jeffrey-arrest.<sup>35</sup>

4.12 In dit bestek is belangrijker, en ook dat lijkt mij een positieve ontwikkeling, dat met succes is gepleit voor het toekennen van smartengeld vanwege de schending van een recht (en daarmee van het gewraakte handelen) *als zodanig*. De enkele schending van een recht (en dus niet pas de gevolgen daarvan) geeft onder omstandigheden reeds recht op smartengeld. Schending is dan in wezen dus op zich al schade. Het wettelijk systeem biedt daarvoor ook de ruimte.<sup>36</sup>

Smartengeld en het systeem van de wet

4.13 Ingevolge art. 6:95 BW is voor smartengeld, anders dan voor vergoeding van vermogensschade, een nadere wettelijke grondslag vereist.<sup>37</sup> Een aanspraak op vergoeding van immateriële schade bestaat alleen indien de wet daarin voorziet. Dat doet de wet op diverse plaatsen, onder meer in het BW (art. 6:106 en art. 7:510 bijvoorbeeld) maar een enkele keer ook buiten het BW, zoals bijvoorbeeld in art. 89 Wetboek van Strafvordering en in art. 106 Vreemdelingenwet. De belangrijkste bepaling, die bij gebreke van een (nog) specifieke(r) wetsartikel in

de onderhavige zaak ook steeds in beeld komt, is art. 6:106 BW. In dit geval staat de categorie gevallen centraal die benoemd is in art. 6:106 lid 1 onder b BW. Daar is voorzien in een recht op schadevergoeding "indien de benadeelde lichamenlijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast". In het onderhavige geval staat niet ter discussie dat, voor zover een aanspraak op schadevergoeding bestaat, deze wordt gebaseerd op de derde 'subcategorie' die eigenlijk een *restcategorie* is: aantasting in de persoon "op andere wijze" (dan door lichamenlijk letsel of aantasting in eer of goede naam).

4.14 In deze restcategorie valt in ieder geval geestelijk letsel en inmiddels ook de schending van fundamentele rechten.<sup>38</sup> In de rechtspraak van Uw Raad is eerst aangenomen dat geestelijk letsel, dat anders dan lichamenlijk letsel dus niet met zoveel woorden in art. 6:106 lid 1 onder b BW is genoemd, een aantasting in de persoon "op andere wijze" kan opleveren, zij het dat van geestelijk letsel niet zomaar sprake is. Te noemen vallen arresten als *Ontvanger/Bos* en *Wrongful birth I* waarin Uw Raad duidelijk heeft gemaakt dat meer nodig is dan gevoelens van meer of minder sterk psychisch onbehagen.<sup>39</sup> Gevoelens van frustratie, teleurstelling, onzekerheid, angst of verdriet, ook al zijn zij sterk, zijn dus niet voldoende. In latere rechtspraak heeft Uw Raad dat uitgewerkt. In het *Taxibus*-arrest heeft Uw Raad aangegeven dat geestelijk letsel in beginsel pas kan worden aangenomen wanneer sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld,<sup>40</sup> althans is, zo overweegt Uw Raad in het arrest *Beliën/provincie Noord-Brabant*, daartoe vereist dat de benadeelde "voldoende concrete gegevens [aanvoert], waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel is of had kunnen

34 Zie S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 83 e.v. met verdere verwijzingen.

35 Zie onder meer de genuanceerde beschouwing van A.L.M. Keirse, 'Een verklaring voor recht als mijlpaal', *WPNR* 6903 (2011), p. 869 e.v. en ook Asser Procesrecht/J. Giesen, *Deel 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nrs. 110 e.v., die mede naar aanleiding van HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, *NJ 2010/172* en *JBPR* 2010/42 m.nt. H.L.G. Wieten (*Chipshol/Staat*) signaleert dat (toewijzing van) een verklaring voor recht op grond van onrechtmatige daad aan de orde kan zijn bij enkele schending van een procesrechtelijk beginsel. Giesen zet dat in de sleutel van een trend waarin inbreuken op fundamentele rechten sanctiewaardig zijn onafhankelijk van de vraag of schade is ontstaan. Vermeld wordt ook HR 27 maart 2015,

ECLI:NL:HR:2015:760, *NJ 2016/77* m.nt. J.B.M. Vranken, *JA* 20015/76 m.nt. M.R. Hebly, *JBPR* 2015/34 m.nt. D.F.H. Stein en J.M. Truijens Martinez en *JIN* 2015/88 m.nt. J. van Weerden (*AI/GX*) waarin aanvaard is dat eiser voldoende belang heeft bij een verklaring voor recht als de mogelijkheid van schade aannemelijk is, ook als er geen schadevergoeding gevorderd wordt. Zie verder N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht*, diss., Deventer: Wolters Kluwer 2015.

36 Zie in dit verband ook A.J. Verheij, 'Twee benaderingen van vergoeding van immateriële schade. Een analyse van de consequenties voor de hoogte van smartengeld en voor vergoeding van shock- en affectieschade', in F.T. Oldenhuis en H. Vorseelman (red.), *De waarde van smartengeld*, Den Haag: Bju 2013, p. 45 e.v. die de opkomst van een 'rights based'-benadering naast de 'damage based'-benadering bespreekt.

37 Zie Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-II. De verbintenissen in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nrs. 142 e.v. en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 71 e.v.

38 Zie onder meer S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 1998, p. 134-138, S.D. Lindenbergh, *Smartengeld. Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 31-37, T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 248, G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 2009, p. 19-21. Zie ook Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-II. De verbintenissen in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 143.

39 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, *NJ 1997/366* m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/Bos*), rov. 5 en HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, *NJ 1999/145* m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*), rov. 3.14. Zie ook HR 2 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2365, *NJ 1997/662* m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kip en Sloetjes/Rabobank*), rov. 3.8.

40 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ 2002/240* m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), rov. 4.3.

zijn vastgesteld.”<sup>41</sup> De lat ligt daarmee dus tamelijk hoog.<sup>42</sup>

4.15 Uit latere rechtspraak is gebleken dat ook schending van een fundamenteel recht *als zodanig* onder omstandigheden recht geeft op smartengeld.<sup>43</sup> Daarvoor is dus niet (langer) vereist dat sprake is van geestelijk letsel. Het gaat (inmiddels) om een zelfstandige categorie van gevallen die zich als het ware van de gevallen van geestelijk letsel heeft losgemaakt. In het oog springende arresten in dit verband zijn die inzake *Groninger oudejaarsrellen* en *Wrongful life*.

4.16 In het tot het arrest inzake *Groninger oudejaarsrellen*<sup>44</sup> aanleiding gevende geval hadden de eisers in een zeer bedreigende situatie lange tijd vergeefs moeten wachten op ingrijpen door de politie. Uw Raad liet (na sprongcassatie) het oordeel van de rechtbank in stand dat de aard en de ernst van deze nalatigheid dusdanig waren dat deze een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van de persoon en de veiligheid van de woning van eisers opleverden, en daarmee een aantasting in hun persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Daarvoor is dan niet nodig dat ook psychische schade (geestelijk letsel) is vastgesteld. Het tweede belangrijke arrest is dat inzake *Wrongful life*, waarin door een beroepsfout van een verloskundige niet aan het licht was gekomen dat een ongeboren kind aan een chromosomale afwijking leed, terwijl tevens vaststond dat de ouders er, als zij dat hadden geweten, voor hadden gekozen de zwangerschap te laten afbreken.<sup>45</sup> Volgens Uw Raad leverde het feit dat hen die keuze was ontrokken een schending van een fundamenteel recht op.<sup>46</sup>

“4.7 Het LUMC en de verloskundige hebben voorts aangevoerd dat de vordering van de ouders tot vergoeding van hun immateriële schade niet kan worden toegewezen, nu zij door de fout van de verloskundige niet in hun persoon zijn aangetast als bedoeld in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW.

4.8 Dit verweer is terecht door het hof verworpen ten aanzien van de vordering van de moeder. In onze rechtsorde is het recht van de moe-

der tot afbreking van haar zwangerschap immers binnen zekere grenzen erkend, welke grenzen in het onderhavige geval niet zouden zijn overschreden. Die erkenning berust op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking. *Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden door een fout van een verloskundige en zij daarmee, zoals in de onderhavige zaak, niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, wordt een ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht en is dus niet sprake van affectieschade (kort gezegd: schade die men lijdt door verdriet om het leed of het overlijden van een naaste), waarover de Hoge Raad in zijn arrest van 22 januari 2002, nr. C00/227, NJ 2002, 240, heeft overwogen dat deze ingevolge het wettelijk stelsel geen recht geeft op vergoeding. Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.” [cursiveringen toegevoegd, A-G]*

4.17 Deze laatste ontwikkeling is verrassender dan die in het kader van het arrest inzake *Groninger oudejaarsrellen*. Dat ziet immers op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer ‘in fysieke zin’ en ligt in het verlengde van de rechtspraak van Uw Raad waarin al een recht op smartengeld was aangenomen in zaken waarin ook het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer aan de orde was maar de nadruk lag op *privacy*-aspecten.<sup>47</sup> Opmerkelijker is de ontwikkeling in het *Wrongful life*-arrest dat ziet op het zelfbeschikkingsrecht, omdat daarin, overigens in lijn met eerdere literatuur,<sup>48</sup> een andere koers is ingeslagen dan in twee eerdere *Wrongful birth*-zaken waarin Uw Raad nog had beslist dat schending van het zelfbeschikkingsrecht als zodanig geen recht gaf op smartengeld.<sup>49</sup>

4.18 Wat daarvan zij, beide arresten geven uitdrukking aan een belangrijke ontwikkeling. Niet langer loopt de route naar vergoeding van immateriële schade via geestelijk letsel, maar is zij rechtstreeks. In geval van schending van het recht *als zodanig* kan smartengeld aangewezen zijn. In ieder geval heeft Uw Raad aanvaard dat:

41 HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, NJ 2005/168 m.nt. W.D.H. Asser en JBPR 2003/56 m.nt. J.C.M. Leijten (*Belien/provincie Noord-Brabant*), rov. 5.2.3.

42 Ik zou het daarom liever wat scherper stellen dan Uw Raad pleegt te doen en in plaats van een mogelijkheid te suggereren (geestelijk letsel ‘kan’ een aantasting in de persoon opleveren) willen aannemen dat geestelijk letsel steeds een persoonsaantasting oplevert.

43 Zie nader Ti Hanh Nguyen, ‘Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel’, NJB 2009, p. 1812 e.v.

44 HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:A07721, NJ 2005/391 m.nt. J.B.M. Vranken, JA 2004/3 m.nt. J.A.F. Peters en J.M. Menge, Gst. 2004/210 m.nt. J.A.E. van der Does en AB 2005/23 m.nt. G.A. van der Veen.

45 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken en JA 2005/34 m.nt. F.M. Ruitenbeek-Bart.

46 Geëciteerd is hier het oordeel ten aanzien van de vordering van de moeder, ten aanzien van smartengeldvordering van de vader geldt in wezen hetzelfde (rov. 4.9).

47 Zie bijvoorbeeld HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, NJ 1988/277 m.nt. L. Wichers Hoeth (*Naturistengids*) en HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0393, NJ 1992/58 (*K/Staat*).

48 Ik noem in dit verband C.J.H. Brunner in zijn noot bij HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145 (*Wrongful birth I*) onder 4, S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 1998, p. 160 e.v. en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss., Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, nr. 397.

49 Zie HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145 m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*) en HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2117, RvdW 2002/132 (*Wrongful birth II*). In beide gevallen werd smartengeld afgewezen bij gebreke van geestelijk letsel.



– ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer kan worden gekwalificeerd als 'aantasting in de persoon' die een recht op smartengeld meebrengt en dat daarvoor het aanwezig zijn van geestelijk letsel geen vereiste vormt;<sup>50</sup>

– dat een medische fout waardoor ouders de mogelijkheid is ontnomen om zelf geïnformeerd te beslissen over het al dan niet krijgen van een kind een aantasting vormt van hun zelfbeschikkingsrecht en op die grond een recht op smartengeld rechtvaardigt, opnieuw zonder dat sprake hoeft te zijn van geestelijk letsel.<sup>51</sup>

4.19 De route via geestelijk letsel, die werd bewandeld omdat in ieder geval aanvankelijk de enkele inbreuk op een fundamenteel recht geen recht gaf op smartengeld,<sup>52</sup> is in deze gevallen dus niet (langer) nodig. Dat is wat mij betreft een gelukkige ontwikkeling, omdat in wezen sprake was van een omweg die bovendien, vanwege de strenge eisen die Uw Raad stelt aan geestelijk letsel, tot gevolg had dat alleen degenen die slachtoffer werden van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld daadwerkelijk kans op vergoeding maakten (hiervoor randnummer 4.14).

4.20 Dat is dus niet langer het geval. Nu ook schending van fundamentele rechten als het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of het recht op zelfbeschikking als zodanig een grondslag voor smartengeld kan opleveren, is niet langer nodig dat (tevens) geestelijk letsel wordt aangevoerd en vastgesteld.<sup>53</sup> Op dit vlak is duidelijk sprake van een zekere *verzelfstandiging*.<sup>54</sup>

4.21 Daarmee is in de rechtspraak van Uw Raad onmiskenbaar sprake van een ontwikkeling waarbij het voor het ontstaan van een recht op smartengeld niet langer noodzakelijk is dat de normschending tot (lichamelijk en/of) geestelijk letsel aanleiding heeft gegeven. Ook zonder dergelijke gevolgen kan een recht op smartengeld onder omstandigheden gebaseerd worden op een aantasting in de persoon (zij het op andere wijze dan door letsel (of schending van eer of goede naam)). Zo heeft ons recht een

ontwikkeling doorgemaakt naar een status quo waarin (ook) 'schending schade is' en niet pas van schade kan worden gesproken wanneer schending (verdere) *gevolgen* heeft gehad.

#### Instrumentele inzet van (het recht op) smartengeld

4.22 Art. 6:106 BW geeft zo ruimte aan een *instrumentele inzet* van het recht op smartengeld: daar waar concrete (andere) schade ontbreekt en toch een zekere financiële druk op potentiële laedentes en/of een erkenning in financiële zin nodig is van hetgeen getroffen en is overkomen, kunnen art. 6:106 BW en een in dat verband aangenomen recht op smartengeld soms uitkomst bieden.

4.23 Een bekend voorbeeld betreft de sanctiëring van de schending van de verplichting van een arts om de patiënt te informeren over de risico's die zijn verbonden aan een voorgestelde of voorgenomen behandeling. Wanneer de behandeling inderdaad tot complicaties aanleiding heeft gegeven of uiteindelijk zelfs verkeerd is afgelopen, wordt achteraf niet alleen over onjuiste uitvoering van de behandeling maar vaak ook over schending van die informatieverplichting geklaagd. De redenering is dan dat de patiënt bij tijdige (juiste) informatie niet voor de behandeling had gekozen, waarmee de patiënt de latere complicaties (of het niet succesvol verlopen van de behandeling) zou hebben ontlopen. Aansprakelijkheid van de arts op deze grondslag vereist echter dat aannemelijk wordt gemaakt dat de behandeling bij (juiste) informatie niet zou zijn gekozen en dat blijkt in de regel moeilijk.<sup>55</sup> Gevolg daarvan is dat in die gevallen op eventuele schending van de informatieverplichting, afgezien van een eventuele rechterlijke uitspraak waarin deze schending wordt geconstateerd (een verklaring voor recht), eigenlijk geen civielrechtelijke sanctie staat. Schending van deze fundamentele verplichting van de arts blijft dan 'onbestraft'. In dit verband is daarom wel bepleit dat aanspraak op smartengeld zou (moeten) bestaan nu de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht een aantasting in de persoon is die aanspraak geeft op smartengeld. In de feitenrecht-spraak wordt een dergelijke aansprakelijkheid voor zogenoemde *integriteitsschade* inderdaad ook wel

50 HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, NJ 2005/391 m.nt. J.B.M. Vranken, JA 2004/3 m.nt. J.A.F. Peters en J.M. Menge, Gst. 2004/210 m.nt. J.A.E. van der Does en AB 2005/23 m.nt. G.A. van der Veen (*Groninger oudejaarsrellen*).

51 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken en JA 2005/34 m.nt. F.M. Ruitenbeek-Bart (*Wrongful life*).

52 Zie in dit verband bijvoorbeeld de *Wrongful birth*-arresten (hiervoor randnummer 4.17).

53 Opvallend is dat strafrechters, die veel vaker met vorderingen ter zake van smartengeld worden geconfronteerd dan civilisten denken, hun eigen koers varen en tamelijk gemakkelijk tot toewijzing overgaan in gevallen waarin van (lichamelijk of geestelijk) letsel geen sprake is. Zie in dit verband J. Candido en S.D. Lindenbergh, 'Strafrechter en smartengeld', *NTBR* 2014, p. 173 e.v. (in het bijzonder par. 3.2) en ook A.H. Sas, 'Smartengeld voor slachtoffers van strafbare feiten: drie wegen', in F.T. Oldenhuis en H. Vosselman (red.), *De waarde van smartengeld*, Den Haag: Bju 2013, p. 97 e.v.

54 Deze ontwikkeling is eerder bepleit door S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 1998, hoofdstuk 5 en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss., Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 487 e.v.

55 Zo blijkt onder meer ook uit HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002/386 en HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Zenuwbeschadiging en Spondylodose*) waarin Uw Raad heeft beslist dat de zogenoemde omkeringsregel niet aan de orde is bij schending van de informatieverplichting van de arts.

aangenomen.<sup>56</sup> Geheel uitgekristalliseerd is deze ontwikkeling nog niet, maar interessant is zij zeker. Zij is immers een mooi voorbeeld van een geval waarin het aansprakelijkheidsrecht bij gebreke van (gevolg)schade eigenlijk 'tandeloos' is (hiervoor randnummer 4.9) en als het ware gered wordt door het recht op smartengeld. Dat geeft alsnog daadwerkelijke inhoud of betekenis aan de verplichting van de arts tot en daarmee 'tanden' aan het recht van de patiënt op het verschaffen van informatie.

4.24 Een tweede ook niet onbelangrijk voorbeeld biedt de problematiek van de (schending van de) *redelijke termijn* voor het nemen van een rechterlijke beslissing. Hier heeft het EHRM de weg gewezen: staten zijn bij schending van het in art. 6 EVRM beschermde recht op een rechterlijke beslissing binnen een redelijke termijn verplicht hetzij te bewerkstelligen dat de procedure wordt versneld, hetzij compensatie toe te kennen.<sup>57</sup> In dit verband biedt schending van het in art. 6 EVRM beschermde recht op een rechterlijke beslissing binnen een redelijke termijn als zodanig recht op vergoeding van immateriële schade.<sup>58</sup> Daarbij worden spanning en frustratie verondersteld, zodat deze niet aannemelijk gemaakt of bewezen hoeven te worden. Bovendien is dit ook voldoende voor (een recht op) smartengeld. Het is dus niet nodig om geestelijk letsel aan te voeren; dat is in deze gevallen geen vereiste voor smartengeld. Spanning en frustratie worden,

als gezegd, verondersteld<sup>59</sup> en voor de duur van de overschrijding wordt vervolgens een forfaitaire vergoeding toegekend. Nadat verschillende bestuursrechters in het kielzog van het EHRM inderdaad aansprakelijkheid van de Staat wegens schending van de redelijke termijn hadden aangenomen en in dit verband smartengeld hadden toegekend,<sup>60</sup> heeft Uw Raad zich in 2014 uitgesproken over het regime in civiele zaken waarin als bijzondere complicatie aan de orde is dat de overheid laat staan de Staat in de regel niet in de procedure betrokken is.<sup>61</sup> In dit arrest wordt de lijn van de bestuursrechters gevolgd en is ook nog uitgewerkt hoe een op schending van de redelijke termijn gebaseerde claim tegen de Staat aan de orde kan worden gesteld, namelijk in een zelfstandige procedure tegen de Staat voor de kantonrechter. In het onderhavige kader is van belang dat Uw Raad zich wat betreft de omvang van de vergoeding van een eventueel smartengeld heeft aangesloten bij de diverse bestuursrechters, te weten € 500 per zes maanden overschrijding, maar ook

56 Zie over integriteitsschade onder meer *GS Onrechtmatige daad* VI.3.9.4.3 (R.P. Wijne), M.C.G. van Essen, 'De sanctivering van de schending van het zelfbeschikkingsrecht in het kader van de WGBO', in S.D. Lindenbergh en I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2011, p. 113 e.v., R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, diss., Den Haag: Bju 2013, p. 430 e.v., I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: integriteitsschade', in E.C. Huijsmans en M. van der Weij (red.), *Schade en herstel*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 43 e.v., A.M. Overheul, 'Vergoeding van integriteitsschade mede vanuit mensenrechtelijk perspectief', *TVP* 2016, p. 1 e.v., Asser Procesrecht/I. Giesen, *Deel 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 145 en R.J.P. Kottenhagen en K.G. Watson, 'Informed consent en medische aansprakelijkheid: naar een nieuwe benadering', *TGMA* 2018/2, p. 7 e.v. Zie bijvoorbeeld hof Arnhem 25 april 2006,

ECLI:NL:GHARN:2006:BM5194, Hof Arnhem 4 december 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BM5197, Rb. Midden-Nederland 12 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:691, *GZR-Updates.nl* 2014-0299 en Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695, JA 2018/45 m.nt. M.S.E. van Beurden en JGR 2018/20 m.nt. H.M.J. Later-Nijland. Zie ook de noot van R.W.M. Giard bij Rb. Zeeland-West-Brabant 9 februari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:851, JA 2017/64.

57 EHRM 26 oktober 2000, zaaknr. 30210/96, ECHR 2000-XI, *EHRC* 2000/89 m.nt. J. van der Velde (*Kudla t. Polen*).

58 Zie onder meer EHRM 29 maart 2006, zaaknr. 62361/00, ECLI:NL:XX:2006:AX7382, *JB* 2006/134 m.nt. A.M.L. Jansen (*Riccardi Pizzati t. Italië*).

59 S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in S.D. Lindenbergh en G.E. van Maanen, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 92 en 101-112 acht, zo begrijp ik, deze benadering in die zin minder gelukkig dat zo alsnog de indruk wordt gewekt dat smartengeld wordt toegekend vanwege de feitelijke gevolgen van een schending van een persoonlijkheidsrecht, terwijl het juist om de schending zelf gaat. Ik til daar niet minder zwaar aan; het is immers ook mogelijk de nadruk daarop te leggen dat schending van fundamentele rechten nu eenmaal per definitie immateriële ongemakken of nadelen inhoudt, zodat deze inderdaad verondersteld kunnen worden. De kern blijft dan echter dat de schending *als zodanig* reeds schade is.

60 HR 20 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1461, *NTRF* 2014/1800 m.nt. J.M. van der Vegt, *BNB* 2014/200 m.nt. P.G.H. Albert, *Belastingblad* 2014/357 m.nt. S. Bosma, HR 17 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2981, *FED* 2014/107 m.nt. E. Thomas, *BNB* 2015/39 m.nt. S. Bosma, ABRvS 6 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA6496, *AB* 2007/220 m.nt. A.M.L. Jansen en CBB 24 juni 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD6052. Zie voor de laatste stand van zaken B.J. van Ettekenen e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2018: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2018, p. 93 e.v. Zie verder onder meer F.F. Langemeijer, 'Angst en onzekerheid als schadefactor', in T. Hartlief en M. Faure (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 105-106 en M.F. Sterkenburg, 'Smartengeld wegens schending van de redelijke termijn: de rechterlijke macht heeft zijn best gedaan, nu is de wetgever aan zet', in S.D. Lindenbergh en I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2011, p. 137-158. De gedachte dat bij overschrijding van een beslistermijn spanning en frustratie kunnen worden verondersteld en derhalve niet hoeven te worden aannemelijk gemaakt, is ook terug te vinden in HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, *NJ* 1997/682 m.nt. J. de Boer (*W./Staat*) en HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:926, *NJ* 2015/345 m.nt. J. Legemaate.

61 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, *NJ* 2014/525 m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser, *Ars Aequi* 2014, p. 636 e.v. m.nt. S.D. Lindenbergh, *AB* 2014/190 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmmerik, *O&A* 2015/43 m.nt. J.A.M.A. Sluysmans en *JBPR* 2014/48 m.nt. M.L.O.J. de Folter (*X. c.s./gemeente De Bilt*). Ik volsta verder met verwijzing naar J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds*, diss., Deventer: Kluwer 2016, par. II.5.2.2.3, die verdere literatuur en rechtspraak noemt.

heeft beslist dat bij een geringe overschrijding het constateren van de overschrijding volstaat.

4.25 Het is vervolgens de vraag hoe een en ander zich verhoudt tot art. 6:106 BW. Naar het oordeel van Lindenbergh, en ik ben geneigd hem bij te vallen, valt dit regime in te passen in het systeem van art. 6:106 BW; aan te nemen valt immers dat sprake is van een aantasting in de persoon "op andere wijze" in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW.<sup>62</sup> Het bijzondere van deze categorie is dan wel, en ook daarvoor laat art. 6:106 lid 1 onder b BW ruimte, dat frustratie, ergernis en dergelijke worden verondersteld, zodat degene die aanspraak maakt op vergoeding op dit punt geen stelplicht heeft. Tegelijkertijd, en dat is wat mij betreft geen toeval, is de omvang van de eventuele vergoeding beperkt: het gaat om betrekkelijk lage en bovendien forfaitaire bedragen. Dit gegeven is niet onbelangrijk: het ene fundamenteel recht is het andere niet en de ene schending is de andere weer niet. Dat dat consequenties heeft voor de omvang van een eventuele vergoeding of zelfs voor het recht op vergoeding als zodanig (bij een geringe overschrijding volstaat immers het constateren van de overschrijding) en (mede) daarom ook voor de stelplicht van degene die aanspraak maakt op smartengeld ligt voor de hand (hierna randnummer 4.54).

Schending van een fundamenteel recht: genoegdoening enkel door vergoeding?

4.26 Het is dus voor het verkrijgen van smartengeld niet langer noodzakelijk om het (buiten de gevallen van lichamelijk letsel en schending van eer of goede naam) steeds over de band van (geestelijk) letsel te spelen. Soms is enkele schending van het betrokken fundamentele recht ook voldoende voor smartengeld. Daarmee is echter nog niet gezegd dat elke schending van een fundamenteel recht dwingt tot het aannemen van een persoonsaantasting die daarmee leidt tot het ontstaan van een recht op smartengeld.<sup>63</sup> Zowel bij het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als bij het zelfbeschikkingsrecht lijkt een (voldoende) ernstige inbreuk noodzakelijk, terwijl dat bij het recht op een rechterlijke beslissing binnen redelijke termijn juist niet vereist is.

62 S.D. Lindenbergh in zijn *Ars Aequi*-noot bij HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525 m.nt. P.C.E. van Wijnen en W.D.H. Asser, AB 2014/190 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, S.D. Lindenbergh, *Ars Aequi* 2014, p. 636 e.v. (in het bijzonder p. 640 e.v.), O&A 2015/43 m.nt. J.A.M.A. Sluysmans en JBRP 2014/48 m.nt. M.L.O.J. de Folter (*X. c.s./gemeente De Bilt*).

63 K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw. Over autonomiegedenken en constitutionalisering van het schadevergoedingsrecht', *WPNR* 7133 (2017), p. 44 e.v. lijkt bezorgd over verruiming van de mogelijkheden tot verkrijgen van smartengeld bij fundamentele rechten. Ik geloof niet dat het zo'n vaart zal lopen. Dat iedere schending van willekeurig welk recht aanleiding zou geven tot een aanspraak is geenszins aan de orde. Ook in de door mij voorgestane benadering (randnummers 4.26 e.v.) moet worden aangenomen dat andere remedies eventueel ook voldoende soelaas (genoegdoening) bieden.

4.27 Verdedigd wordt wel dat het antwoord op de vraag of schending van een fundamenteel recht aanleiding geeft tot een recht op smartengeld afhankelijk is van een nadere afweging aan de hand van factoren als de aard van het bij het in concreto geschonden recht betrokken belang (persoonlijke levenssfeer, bewegingsvrijheid, zelfbeschikking over voortplanting, gelijke behandeling, non-discriminatie), de wijze van schending, de ernst van de gevolgen en de vraag of niet reeds voldoende op andere wijze dan door smartengeld kan worden gereageerd op de normschending.<sup>64</sup> Is, met andere woorden, zinvolle sanctiëring ook op andere wijze mogelijk, bijvoorbeeld door een declaratoir of anderszins?

4.28 Daarbij komen diverse opties in beeld: zo is er de ruimte om in gevallen waarin er geen (andere) schade is toch smartengeld toe te kennen ex art. 6:106 BW wegens schending van een fundamenteel recht, maar kan er in andere gevallen juist reden zijn genoeg te nemen met een verklaring voor recht. De redenering zou in dat laatste geval zijn dat de genoegdoening die bestaat in het constateren van een schending volstaat.

4.29 Deze laatste benadering kennen we van 'Straatsburg' waar het EHRM op basis van art. 41 EVRM een 'billijke genoegdoening' aan de benadeelde kan toekennen indien in geval van schending van het EVRM het nationale recht van een verdrag-sluitende staat slechts gedeeltelijk rechtsherstel biedt. Bij toepassing van deze discretionaire bevoegdheid heeft het EHRM bij herhaling aangenomen dat vaststelling door het EHRM van een schending van een fundamenteel recht reeds op zichzelf genoegdoening ('satisfaction') voor de benadeelde kan meebrengen.<sup>65</sup> De omvang van een eventuele vergoeding kan dan relatief bescheiden blijven en eventueel kan vergoeding zelfs achterwege blijven.<sup>66</sup>

64 Zie onder meer S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 1998, p. 155 e.v., dezelfde, *Smartengeld. Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 35 en ook nog in 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 92 e.v. Ik heb mij bij deze lijn van denken aangesloten. Zie T. Hartief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008, p. 242 en ook G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 2009, p. 163 en R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, diss., Den Haag: Bju 2013, p. 432 lijken positief over deze benadering of denken in dezelfde richting.

65 Zie bijvoorbeeld EHRM 27 september 1995, *Reports* 1996-I, 97 (*McCann/Verenigd Koninkrijk*), par. 219.

66 Zie in dit verband onder meer M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten*, diss., Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997, p. 139 e.v., S.D. Lindenbergh, 'Schending en schade. Over de aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht', in E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, BW-Krant jaarboek, Deventer: Kluwer 2005, p. 305 e.v. en A.L.M. Keirse, 'Een verklaring voor recht als mijlpaal', *WPNR* 6903 (2011), p. 871.

4.30 Dicht tegen deze benadering aan ligt de uitspraak waarin Uw Raad heeft geoordeeld dat er bij de bepaling van de schadevergoeding voor een psychiatrische patiënt ten aanzien van wie procedurevoorschriften waren geschonden rekening mee diende te worden gehouden dat in het enkele feit dat de rechter de schending van voorschriften vaststelt reeds een zekere genoegdoening is gelegen.<sup>67</sup>

4.31 Anders dan het EHRM bij art. 41 EVRM heeft de rechter naar Nederlands recht geen discretionaire bevoegdheid om al dan niet schadevergoeding toe te kennen. Het recht op schadevergoeding ontstaat op het moment dat aan door de wet gestelde vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, ongeacht of een rechter zich daaromtrent heeft uitgelaten. In de sfeer van het smartengeld is wel sprake van een zekere rechterlijke beleidsruimte, zij het dat ook in het kader van art. 6:106 BW niet het *bestaan* van het recht op vergoeding, maar slechts de vaststelling van de *omvang* ervan aan het billijkheidsoordeel van de rechter is overgelaten.<sup>68</sup> Desondanks heeft Uw Raad in een geval van belediging geoordeeld dat de rechter bij de begroting van de immateriële schade een discretionaire bevoegdheid heeft, die niet alleen inhoudt dat hij met alle omstandigheden van het geval rekening moet houden maar ook de bevoegdheid insluit om, indien de rechter daartoe gronden aanwezig acht, geen schadevergoeding toe te kennen.<sup>69</sup> In een dergelijk geval zou dan, hoewel eerst een persoonsaantasting is aangenomen, vervolgens toch geen schadevergoeding worden toegekend. Beter lijkt het in zo'n geval aan te nemen dat van een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW geen sprake is. Dat kan ook: juist bij persoonsaantastingen zoals schending van eer of goede naam en schending van (andere) fundamentele rechten ligt de nadruk op de *handeling* van de laedens en niet zozeer, zoals bij lichamenlijk en geestelijk letsel het geval is, op de *gevolgen* voor de bena-

deelde.<sup>70</sup> Bij het beoordelen van dat handelen als zodanig en daarmee bij de vraag of sprake is van een persoonsaantasting kan dan ook de wenselijkheid in de gegeven omstandigheden van het al dan niet toekennen van een vergoeding worden betrokken (hiervoor randnummer 4.27).

4.32 In dat verband rijst soms ook de vraag of een verklaring voor recht niet reeds genoegdoening biedt. Zeker wanneer schending heeft geleid tot vermogensschade, denk alleen al aan de kosten die zijn gemoeid met het beëindigen of wegnemen van de schending, of ander feitelijk nadeel zoals letsel, zal moeilijk kunnen worden aangenomen dat *dat* nadeel door een vaststelling van de schending in rechte wordt verminderd of weggenomen. En toch kan in andere gevallen een rechterlijke uitspraak wel degelijk iets goedmaken of rechtzetten. Lindenbergh heeft in dit verband gewezen op de immateriële schade die bestaat uit het 'geschokte rechtsgevoel', zoals bijvoorbeeld bij schending van bepaalde procedurele rechten aan de orde kan zijn. De route zou dan zijn dat de rechter in zijn oordeel tot uitdrukking brengt dat weliswaar sprake is van een schending, maar dat de schending en haar gevolgen onvoldoende ernstig zijn om te kunnen worden aangemerkt als een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW.<sup>71</sup> Aldus kan de beslissing 'technisch' worden ingebed, maar de achterliggende reden is eigenlijk een andere, namelijk dat met zijn oordeel al voldoende goed is gemaakt. Dat werkt uiteraard niet indien van 'gevolgschade' sprake is, maar eventueel wel bij het ontbreken daarvan.

4.33 Een andere vraag is of smartengeld wegens schending van het fundamentele recht ook nodig is, wanneer er wel sprake is van relevante 'gevolgschade' en met de vergoeding daarvan dan dus al genoegdoening in het geding is. In die gevallen waarin is erkend dat schending van het betrokken fundamentele recht als zodanig aanspraak geeft op smartengeld, zouden we dat recht niet werkelijk serieus nemen wanneer die aanspraak alsnog zou worden ontzegd, omdat al sprake is van vergoeding in

67 HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997/682 m.nt. J. de Boer (*W/Staat*). Opvallend is dat het hier ook gaat om schending van voorschriften in verband met detentie (zij het dat geen sprake is van (aansprakelijkheid op grond van) onrechtmatige daad). Dan geeft art. 5 EVRM recht op vergoeding, waarin art. 35 BOPZ beoogt te voorzien. Uw Raad neemt aan dat art. 6:106 BW niet aan de orde is, hoewel het mogelijk was geweest een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW aan te nemen. Zie de NJ-noot van J. de Boer die onder 5 ingaat op het gevaar dat dan iedere schending van het EVRM een aantasting in de persoon zou opleveren. Uw Raad voelt hier kennelijk niet voor. Zie ook nog HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:926, NJ 2015/345 m.nt. J. Legemaate.

68 Vgl. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 380.

69 HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1337, NJ 2002/91 m.nt. C.J.H. Brunner.

70 Zie S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 1998, p. 156 en verder uitgewerkt in S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in S.D. Lindenbergh en G.E. van Maanen, *EVVM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 96 e.v. Lindenbergh verbindt daaraan ook consequenties voor de omvang van de eventuele vergoeding. Hij hecht aan eenheid in het 'huis' van de vergoedingen van immateriële schade (p. 100) en acht in dit verband terecht van belang dat het aangrijpingspunt bij schending van fundamentele rechten anders is dan bij (lichamelijk of geestelijk) letsel. Bij schending van fundamentele rechten ligt het accent minder op de feitelijke gevolgen maar in plaats daarvan juist meer op de handeling als zodanig en in het verlengde ervan op de aard van het recht. Eerder dan bij letsel is daarom ook enige vorm van normering of zelfs gestandaardiseerde afdoening mogelijk. Zie nog hierna randnummers 4.35 e.v.

71 S.D. Lindenbergh, 'Schending en schade. Over de aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht', in E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, BW-Krant Jaarboek, Deventer: Kluwer 2005, par. 4.3.2.

aanmerking komende 'gevolgsschade'.<sup>72</sup> Het meest zuiver is het dan naast de vergoeding van deze 'gevolgsschade' ook nog een vergoeding ter zake van de schending van het recht als zodanig aan te nemen. Uiteindelijk zou een vergoeding dan een tweetal componenten kennen: schadevergoeding bestaande in het goed maken van de gevolgen die schending heeft gehad en schadevergoeding ter zake van de schending van het recht als zodanig.

4.34 Wanneer eenmaal de stap is gezet dat schending van het recht als zodanig recht geeft op smartengeld, is het immers geworpen om in gevallen waarin schending ook tot andere gevolgen heeft geleid, die met vergoeding van vermogensschade te corrigeren zijn, de vergoeding daartoe te beperken en smartengeld af te wijzen. Dat zien we bijvoorbeeld ook in de *Wrongful birth*-zaken. Daar was al duidelijk dat in beginsel recht op vergoeding van opvoedkosten en inkomensschade bestaat.<sup>73</sup> Sinds het *Wrongful life*-arrest weten we ook dat schending van het zelfbeschikkingsrecht als zodanig grond geeft voor smartengeld. Dat al sprake is van een substantiële vergoeding ter zake van opvoedkosten en inkomensschade staat aan smartengeld niet in de weg. Een ander oordeel zou ook moeilijk verteerbaar zijn.

Welke omvang heeft dan de vergoeding?

4.35 Met de erkenning van een recht op smartengeld bij schending van fundamentele rechten rijst ook nog de vraag naar de omvang. Het gaat hier dus om de schade die bestaat in de schending als zodanig, en niet om de overige immateriële schade, de meer genoemde 'gevolgsschade' die bijvoorbeeld aan de orde is bij lichamenlijk of geestelijk letsel. Het gaat hier om verschillende zaken. De aard en functie van de schadevergoeding wegens de schending als zodanig zijn anders, immers meer gericht op sanctienering of erkenning, dan de aard van de vergoeding van de gevolgen, waarbij veeleer concreet herstel en compensatie vooropstaan.<sup>74</sup>

4.36 In dit verband is illustratief dat het Arnhemse hof dat schadevergoeding toekeende aan een moeder van twee (door de vader) ontvoerde kinderen, oordeelde dat, nu de toewijzing van immateriële schade op een andere grond was komen te rusten dan in eerste instantie (niet geestelijk letsel maar schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer), de omvang van het toe te wijzen bedrag opnieuw diende te worden beoordeeld.<sup>75</sup>

4.37 Daarmee is nog niet gezegd dat het bepalen van de omvang van het smartengeld bij schending van fundamentele rechten eenvoudig is. Ook hier is van belang dat er een behoorlijke variëteit aan gevallen aan de orde is. Lindenbergh heeft met recht betoogd dat juist — omdat het bij schending van fundamentele rechten, anders dan bij lichamenlijk of geestelijk letsel, veel minder gaat om de gevolgen en veel meer om de gedraging (de inbreuk) gaat — deze categorie zich ook eerder leent voor genormeerde afdoening en eventueel zelfs voor forfaitaire vergoedingen.<sup>76</sup> De benadering bij de overschrijding van de redelijke termijn is daarvan een goed voorbeeld. De vraag is echter of dat over de gehele linie kan. Dat betwijfel ik: in bepaalde gevallen ontkomen we er toch niet aan ook te kijken naar de uitwerking van de schending.

4.38 Dat leert wat mij betreft in ieder geval het *Wrongful life*-arrest<sup>77</sup> waarin de ouders van het betrokken meisje Kelly, afgezien van de kosten van verzorging en opvoeding, ook smartengeld vorderden. Uw Raad geeft in het kader van de positie van de moeder aan dat haar recht op abortus binnen zekere grenzen in onze rechtsorde is erkend en dat deze erkenning berust op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking. Wanneer haar de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden door een fout van een verloskundige en zij niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, wordt een ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht. "Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht" is een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld. De inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht als zodanig kan een recht op vergoeding van immateriële schade dragen.

4.39 Niet zonder reden zal Uw Raad hebben willen benadrukken dat het hier gaat om een "zo ingrijpende aantasting (...) van een zo fundamenteel recht". P-G Hartkamp deed die suggestie reeds om zo alsnog de terughoudendheid bij het toewijzen van smartengeld mogelijk te maken die anders reeds vanwege het vereiste van geestelijk letsel aan de orde is.<sup>78</sup> De gekozen formulering laat ruimte voor differentiatie al naar gelang aard en inhoud van het betrokken fundamenteel recht. Zo is er in de sfeer van de persoonlijkheidsrechten<sup>79</sup> bijvoorbeeld niet alleen het recht om zelf te bepalen of en zo ja wanneer men een kinderwens in vervulling wil (proberen te) laten gaan, maar bijvoorbeeld ook het

72 Zie ook G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 2009, p. 163.

73 HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145 m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*).

74 Zie S.D. Lindenbergh, 'Schending en schade. Over de aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht', in E.M. Hoogvorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, BW-Krant Jaarboek, Deventer: Kluwer 2005, par. 4.4.

75 Hof Arnhem 22 maart 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT2244, JA 2005/47.

76 S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in S.D. Lindenbergh en G.E. van Maanen, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 100.

77 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken en JA 2005/34 m.nt. F.M. Ruitenbeek-Bart.

78 Conclusie (ECLI:NL:PHR:2005:AR5213), randnummer 40.

79 Zie in dit verband uitgebreid S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1665 e.v.

recht om te weten van wie men afstamt.<sup>80</sup> Differentiatie op een ander vlak lijkt ook mogelijk. De ene inbreuk is de andere bijvoorbeeld niet: een medische fout kan leiden tot doorkruising van de gezinsplanning in een situatie dat de ouders het gezin compleet achten, in een situatie dat gezinsuitbreiding 'op dit moment niet zou uitkomen' maar ook in een situatie zoals in het *Wrongful life*-arrest waarin de ouders, hadden zij tijdig geweten van de afwijking, voor abortus hadden gekozen.

4.40 Differentiatie lijkt niet alleen mogelijk, maar ook aangewezen. De door Uw Raad gekozen formulering in het *Wrongful life*-arrest laat ruimte voor de conclusie dat:

— sommige rechten fundamenteeler zijn dan andere, zodat in de laatste categorie wellicht toch enkel smartengeld aan de orde is wanneer tevens sprake is van geestelijk letsel;<sup>81</sup>

— ook bij meer fundamentele rechten niet iedere inbreuk recht geeft op smartengeld, zodat ook dan eventueel alleen smartengeld aan de orde is wanneer tevens sprake is van geestelijk letsel;<sup>82</sup>

— de omvang van de vergoeding afhankelijk is van de ernst van de inbreuk en de aard van het persoonlijkheidsrecht.

4.41 Hoewel dus denkbaar is het betrokken fundamentele recht een waarde in zichzelf toe te kennen of aan schending een genormeerde vergoeding of zelfs een forfaitair bedrag te verbinden, lijkt het mij niet reëel om daarvoor steeds, ongeacht aard en inhoud van het betrokken fundamentele recht, te kiezen. In sommige gevallen, zo bleek zojuist bij bespreking van de consequenties van het *Wrongful life*-arrest, ligt het meer in de rede bij het bepalen van de omvang van een eventueel smartengeld ook oog te hebben voor de context en de belangen die op het spel staan. Daarmee komen ook de concrete gevolgen voor de rechthebbenden in kwestie in beeld. Zo zal doorkruising van de gezinsplanning door een medische fout tot een wat omvang betreft uiteenlopend smartengeld aanleiding geven al naar gelang de situatie die aan de orde is (ouders achten het gezin compleet, gezinsuitbreiding zou hen 'op dit moment niet goed uitkomen', ouders zouden voor abortus hebben gekozen wanneer zij tijdig hadden geweten dat van een afwijking sprake was) (hiervoor randnummer 4.39).<sup>83</sup>

De route via geestelijk letsel als noodweg?

4.42 Wanneer enkele schending van het betrokken fundamentele recht (nog) niet voldoende is voor smartengeld (omdat aard en inhoud van het recht niet zo zwaar wegen, omdat van een voldoende

de ingrijpende aantasting van het recht geen sprake is of omdat het systeem reeds op andere wijze (voldoende) recht kan doen aan de normschending en daarvoor niet ook nog een recht op smartengeld behoeft te introduceren), rest voor diegenen die toch aanspraak menen te kunnen maken op smartengeld alsnog een zoektocht naar een andere grondslag in het systeem. Bij gebreke van lichamelijk letsel blijft dan geestelijk letsel als een soort 'terugvaloptie' over. Rechtvaardigt de concrete zaak die kwalificatie dan vindt vergoeding van immateriële schade niet plaats vanwege schending van het recht *als zodanig*, maar vanwege de gevolgen ervan, het geestelijk letsel dat bij het gewraakte handelen is ontstaan. In wezen vallen we hier dan dus, uit nood, terug op de 'oude' route van de schadevergoeding wegens geestelijk letsel dat het gevolg is van onrechtmatig handelen.

4.43 Die 'oude' route was (buiten de gevallen van lichamelijk letsel en schending van eer of goede naam) aanvankelijk 'normaal', immers de enige. Dat is, dat is wel duidelijk, niet langer het geval: nu leiden twee wegen naar Rome. Dat de ene route in de praktijk belangrijker is dan de andere, rechtvaardigt niet de ene (geestelijk letsel) regel te noemen en de andere (schending van een fundamenteel recht) uitzondering. Zij hebben op verschillende gevallen betrekking.<sup>84</sup> hebben dus zelfstandige betekenis en leiden ook tot uiteenlopende vergoedingen ter zake van immateriële schade.<sup>85</sup>

Wat dan te denken van het Blauw oog-arrest?

4.44 In dit verband is het *Blauw oog-arrest*<sup>86</sup> van Uw Raad echter minder gelukkig. Hoewel Uw Raad in dat arrest mogelijk heeft geprobeerd in de formulering ook de ontwikkeling die spreekt uit eerdere arresten als die inzake *Groninger oudejaarsrellen* en *Wrongful life* 'te vangen', suggereert het arrest toch dat binnen de restcategorie van de aantasting in de persoon "op andere wijze" geestelijk letsel eerste viool speelt en dus vooropstaat. Weliswaar is er naast deze gevallen, bij wijze van uitzondering, nog wel enige ruimte voor het aannemen van een persoonsaantasting, maar die ruimte is, zo suggereert de tekst van de rechtsoverweging waar het om gaat (rov. 3.5.), heel beperkt en verlangt het nodige van eiser op het punt van de stelplicht. De lat ligt daarmee hoog.

4.45 In het geval dat aanleiding gaf tot dat arrest had het slachtoffer als gevolg van een mishandeling

80 Zie HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, NJ 1994/608 m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd (*Valkenhorst*).

81 In wezen is 'geestelijk letsel' dan een 'terugvaloptie'. Zie hierna randnummers 4.42-4.43.

82 In wezen is 'geestelijk letsel' dan een 'terugvaloptie'. Zie hierna randnummers 4.42-4.43.

83 In deze zin ook G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 2009, p. 162-163.

84 Daargelaten uiteraard de gevallen waarin beide mogelijkheden zich tegelijkertijd voordoen en zich dus een zekere overlap voordoet bijvoorbeeld wanneer niet alleen schending van een fundamenteel recht aan de orde is, maar tevens geestelijk letsel. Zie onder meer hierna randnummer 4.49.

85 S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in S.D. Lindenbergh en G.E. van Maanen, *EV/VM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 96 e.v.

86 HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, NJ 2012/410 en JA 2012/147 m.nt. S.D. Lindenbergh.

een blauw oog opgelopen. Hij vorderde vervolgens vergoeding van immateriële schade, zowel vanwege zijn lichamelijke letsel als op de grond dat hij door de mishandeling in zijn persoon zou zijn aangetast, onder meer doordat hij pijn zou hebben geleden en angstgevoelens had ervaren. Het hof wees de vordering af: wat lichamenlijk letsel betreft omdat het letsel te gering zou zijn en wat een aantasting in de persoon "op andere wijze" betreft omdat geen sprake was van geestelijk letsel. Beide oordelen werden in cassatie aangevallen. Aan het front van (de afwijzing van vergoeding van immateriële schade wegens) lichamenlijk letsel boekte de getroffen(e) succes:

"3.4. De klachten zijn in zoverre gegrond dat de door het hof als vaststaand aangemerkte omstandigheid dat A. aan de mishandeling een blauw oog heeft overgehouden, en dus lichamenlijk letsel heeft opgelopen, hem op de voet van art. 6:106 lid 1, onder b, BW recht geeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien dat dit letsel te gering is om voor enige vergoeding in aanmerking te komen."

4.46 Het negatieve oordeel van het hof omtrent de persoonsaantasting werd in cassatie bestreden met de klacht dat niet in alle gevallen geestelijk letsel nodig is voor het aannemen van een persoonsaantasting, waarbij ter onderbouwing naar het *Groninger oudejaarsrellen*-arrest werd verwezen. Uw Raad liet het oordeel van het hof over de persoonsaantasting echter in stand:

"3.5. De motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat A. onvoldoende heeft onderbouwd dat hij door de mishandeling ook op andere wijze in zijn persoon is aangetast in de zin van de zojuist aangehaalde wetsbepaling, faalt echter. Voor de toewijsbaarheid van een hierop gerichte vordering is uitgangspunt dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. *Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt 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." [cursivering toegevoegd, A-G]

4.47 Hoewel de uitkomst in het betrokken geval misschien niet zo gek is,<sup>87</sup> roept deze laatste overweging wel vragen op waar het gaat om de verhouding tussen persoonsaantastingen die bestaan in geestelijk letsel en gevallen waarin van geestelijk letsel geen sprake is. Waar arresten als die inzake *Groninger oudejaarsrellen* en *Wrongful life* juist een

zekere verzelfstandiging van de categorie schending van fundamentele rechten inhouden en daarmee een nevenschikking van deze categorie met die van het geestelijk letsel binnen de restcategorie aantasting in de persoon "op andere wijze" (hiervoor randnummers 4.17 e.v.), ademt het *Blauw oog*-arrest een andere sfeer. Hier lijkt in het kader van de restcategorie immers een soort voorrangpositie voor het geval van geestelijk letsel weggelegd. In beginsel is geestelijk letsel vereist (uitgangspunt) en slechts bij uitzondering is dat voor het aannemen van een aantasting in de persoon "op andere wijze" anders.<sup>88</sup> Daarbij wordt de lat ook nog hoog gelegd gelet op de verwijzingen naar de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer. Bovendien lijkt het aan eiser om daarop voldoende zicht te geven. In de *Blauw oog*-zaak mocht het hof in ieder geval aannemen dat eiser daartoe onvoldoende had gesteld.

4.48 In deze lezing, waarvan kennelijk ook partijen in de onderhavige zaak uitgaan,<sup>89</sup> heeft Uw Raad met deze uitzondering bedoeld te verwijzen naar de beperkte ruimte die er is om *buiten* het geval van geestelijk letsel een aantasting in de persoon "op andere wijze" aan te nemen. Daarmee zou dan indirect zijn verwezen naar de categorie schending van een fundamenteel recht, hetgeen zou betekenen dat de door Uw Raad genoemde gezichtspunten (ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer) moeten worden gezien als onderdelen, cumulatieve vereisten zelfs, van een toetsingsmaatstaf voor het toekennen van smartengeld wegens schending van een fundamenteel recht. In die lezing zou daarvoor dus slechts plaats zijn indien behalve van een voldoende ernstige normschending sprake is van (voldoende ernstige) gevolgen (in de zin van nadelen) voor het slachtoffer. Onder anderen Ruitenbeek-Bart gaat in haar commentaar op het hier bestreden hofarrest uit van die lezing, die zij overigens bekritiseert.<sup>90</sup> Zojuist (hiervoor randnummer 4.44) noemde ik deze lezing al als de optie waarin Uw Raad heeft getracht in de bepalende rechtsoverweging ook de rechtsontwikkeling uit arresten als die inzake *Groninger oudejaarsrellen* en *Wrongful life* 'te vangen'.<sup>91</sup>

4.49 Ook dan is de formulering in het *Blauw oog*-arrest echter om meerdere redenen ongeluk-

88 Kritisch is ook A.J. Verheij, 'Vergoedbaarheid van angstschade', *NTBR* 2018, p. 16 e.v.

89 Zie in ieder geval ook de schriftelijke toelichting van de Staat, randnummers 2.10 e.v. Zie voor deze lezing ook FF. Langemeijer, 'Angst en onzekerheid als schade-factor', in T. Hartlief en M. Faure (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 106 e.v.

90 F.M. Ruitenbeek-Bart in haar annotatie bij hof Den Haag 4 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1512, JA 2017/127, onder 10.

91 A.J. Verheij, 'Vergoedbaarheid van angstschade', *NTBR* 2018, p. 16-17 acht het inderdaad mogelijk dat het *Blauw oog*-arrest aldus gelezen moet worden, juist ook omdat het cassatiemiddel expliciet verwees naar het arrest inzake *Groninger oudejaarsrellen*.

87 Zie in dit verband ook A-G Wuisman in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2012:BW1519) voor het arrest, randnummer 2.15. die erop wijst dat de toewijsbaarheid van een vordering tot vergoeding van immateriële schade sterk afhangt van wat ten aanzien van de schade is aangevoerd. Het in dit kader aangevoerde geeft wat hem betreft wel zicht op hetgeen is voorgevallen, maar nog (steeds) niet op de immateriële schade die voor eiser uit dat voorval zou zijn voortgevloeid.

92 In de eerste plaats omdat zo toch 'eerst' naar geestelijk letsel zou moeten worden gekeken,<sup>93</sup> terwijl het daar bij schending van fundamentele rechten in de kern niet om gaat (dat bij gevallen van schending van fundamentele rechten soms ook geestelijk letsel kan ontstaan, is wat anders). In de tweede plaats omdat dat met het 'eerst' kijken naar geestelijk letsel de nadruk zou liggen op de 'gevolgsschade' in plaats van op de gedraging (de inbreuk) als zodanig. In de derde plaats omdat deze benadering niet goed aansluit bij de persoonlijkheidsrechten waar het onder meer om gaat. Met het fundamentele karakter van dergelijke rechten verdraagt zich niet goed dat schending alleen tot compensatie zou leiden wanneer de benadeelde daarvan (concrete, aanwijsbare) gevolgen heeft ondervonden. Het gaat immers juist om waarden en belangen die tamelijk 'ongrijpbaar' zijn, zodat de gevolgen van schending moeilijk kunnen worden geobjectiveerd en die juist (daarom) op zichzelf bescherming behoeven.<sup>94</sup> En in de vierde plaats omdat nu wordt gesuggereerd dat het bij smartengeld wegens schending van fundamentele rechten steeds zou moeten gaan om ernstige inbreuken en de gevolgen daarvan voor de rechthebbende, terwijl het, denk alleen maar aan de *redelijke termijn*-rechtspraak (hiervoor randnummer 4.24), wel degelijk ook kan gaan om gevallen waarin deze lat juist niet zo hoog wordt gelegd.

4.50 Daarmee is nog steeds niet gezegd dat iedere schending van een persoonlijkheidsrecht of ander fundamenteel recht steeds een aanspraak op smartengeld rechtvaardigt. Hiervóór is de stelling betrokken (randnummer 4.27) dat dit afhankelijk is van een nadere afweging van gezichtspunten waarbij ook het optreden van gevolgen voor de rechtheb-

bende alsmede de aard en ernst van deze gevolgen gewicht in de schaal kunnen leggen.<sup>95</sup>

4.51 Het *Blauw oog*-arrest is dus ongelukkig geformuleerd, zet ten onrechte geestelijk letsel voorop en suggereert opnieuw ten onrechte dat de ruimte voor het aannemen van een persoonsaantasting buiten dat geval heel beperkt is en per definitie verlangt dat sprake is van een ernstige normschending en door de getroffene aannemelijk te maken gevolgen. Behalve dat zo naar mijn indruk het geldende recht niet optimaal wordt weergegeven, bevordert het *Blauw oog*-arrest een verdere rechtsontwikkeling bepaald niet en zit het arrest haar in feite in de weg. Ik zou Uw Raad daarom in overweging willen geven afstand te nemen van (de formulering uit) dat arrest.

Sanctionering vraagt om variatie en -ancering

4.52 Uiteindelijk is het totaalplaatje bij art. 6:106 lid 1 onder b BW gevarieerd. Niet problematisch is de categorie van lichamelijk letsel, zij het dat dient te worden bedacht, zo heeft het *Blauw oog*-arrest nog bevestigd (hiervoor randnummer 4.45), dat ook (zeer) licht letsel aanspraak geeft op (uiteraard in omvang (zeer) beperkt) smartengeld. De categorie van de schending van eer of goede naam kan hier onbesproken blijven. De rechtsontwikkeling vindt plaats aan het front van de aantasting in de persoon "op andere wijze".

4.53 Als zodanig kwalificeert in ieder geval geestelijk letsel: dat is niet snel aan de orde, de lat ligt hier hoog, maar daar staat tegenover dat serieuze bedragen in het geding zijn. Het is aan de benadeelde om geestelijk letsel aannemelijk te maken. Geestelijk letsel is een voorbeeld van een geval waarin vergoeding aan de orde is vanwege de gevolgen van het gewraakte handelen (en dat kan ook de schending van een fundamenteel recht zijn). Het gaat hier dus om 'gevolgsschade'. Dat ligt anders bij de tweede in dit verband te onderscheiden categorie van de schending van een fundamenteel recht. Daar is de schending *als zodanig* immateriële schade en geeft de schending *als zodanig* ook recht op smartengeld. Daarbij treffen we vervolgens meerdere varianten aan. De *eerste* is die waarbij het recht op smartengeld afhankelijk is van een beoordeling op aard en inhoud van het fundamentele recht en op de ernst van de inbreuk en gevolgen daarvan ('zo fundamenteel' en 'zo ingrijpend' in het *Wrongful life*-arrest (hiervoor randnummers 4.38 e.v.)). Op deze punten is het aan de getroffene aannemelijk te maken dat deze smartengeld rechtvaardigen. De eventuele vergoeding kan ook weer een serieuze omvang hebben, van een standaardvergoeding is in ieder geval geen sprake. Dat is juist weer anders bij de *tweede* variant die we kennen van de rechtspraak met be-

92 Minder aannemelijk lijkt mij de door A.J. Verheij, 'Vergoedbaarheid van angstschade', *NTBR* 2018, p. 17-18 gopperde mogelijkheid dat Uw Raad met de uitzondering heeft bedoeld op een *derde* categorie van gevallen waarin een persoonsaantasting "op andere wijze" (dan lichamelijk letsel of schending van eer of goede naam) kan bestaan, *naast* geestelijk letsel en *naast* schending van fundamentele rechten.

93 Ik laat nog daar dat ook andere nadelen aan het vooropstellen van de route van geestelijk letsel verbonden kunnen zijn. Zo wordt de uitkomst van de zaak, wanneer zij in de sleutel van geestelijk letsel wordt gezet, bepaald door de resultaten van psychiatrisch onderzoek die op hun beurt weer sterk worden beïnvloed door de niet in steen gebeitelde inzichten in de psychiatrie (denk aan de ontwikkeling van een diagnosticeringsstelsel als de Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders). Zie in dit verband ook, zij het in de context van shockschade, A.J. Verheij, 'Twee benaderingen van vergoeding van immateriële schade. Een analyse van de consequenties voor de hoogte van smartengeld en voor vergoeding van shock- en affectieschade', in F.T. Oldenhuis en H. Vorrsselman (red.), *De waarde van smartengeld*, Den Haag: Bju 2013, p. 50 e.v.

94 Vgl. bijvoorbeeld S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 1998, p. 152 en 156 en dezelfde, *Smartengeld. Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 12-15.

95 Zie uitvoerig S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss., Deventer: Kluwer 1998, p. 150-171 en verder T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008, p. 240. Zie ook Ti Hanh Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009, p. 1812 e.v.



trekking tot de overschrijding van de redelijke termijn binnen welke een rechterlijke beslissing moet worden genomen: daar worden de immateriële gevolgen juist verondersteld en heeft de benadeelde het dus gemakkelijk, maar dat heeft een prijs, want daar staat tegenover dat hij genoeg moet nemen met een beperkte vergoeding, het gaat zelfs om een forfaitair bedrag. Het systeem laat ook toe dat op de schending van een recht *als zodanig* geen aanspraak op smartengeld kan worden gegrond, bijvoorbeeld omdat voldoende heil wordt verwacht van sanctiëring langs andere weg (vergoeding van 'gevolg-schade' bijvoorbeeld) of omdat met de vaststelling van de schending al voldoende recht is gedaan (eerder heb ik daarbij steeds verklaring voor recht genoemd, in sommige gevallen kan ook een rectificatie uitkomst bieden). Het systeem laat dan de ruimte om aan te nemen dat van een persoonsaantasting geen sprake is (hiervoor randnummers 4.31 en 4.32). Zo is variatie troef en biedt het systeem ruimte voor rechterlijk beleid op het vlak van sanctiëring.

4.54 Uiteindelijk is sprake van een genuanceerd stelsel waarin soms, zoals bij geestelijk letsel maar ook bij schending van bijvoorbeeld het zelfbeschikingsrecht, serieuze bedragen in het geding zijn. De omvang van een vergoeding in deze gevallen wordt door de omstandigheden van het geval bepaald. Deze gevallen lenen zich dus niet voor een gestandaardiseerde toepassing, terwijl in andere gevallen, zoals bij de overschrijding van de redelijke termijn, juist met een vrij laag forfaitair bedrag wordt gewerkt. Dat heeft logischerwijs consequenties voor de aan het recht op smartengeld te stellen vereisten en de in verband daarmee aan de orde zijnde 'stelplicht' voor de benadeelde. Bij genormeerde afdoening tegen lage bedragen past geen serieuze stelplicht met betrekking tot de vraag welke concrete gevolgen voor eiser aan de orde zijn, terwijl dat bijvoorbeeld bij geestelijk letsel juist wel passend is.

Terug naar de zaak

4.55 In de onderhavige zaak is naar mijn inschatting van belang dat:

- het gaat om schending door de Staat van een door het EVRM beschermd recht;
- [eiser] zonder dat daarvoor een titel bestond is blootgesteld aan het zwaarste detentieregime dat bestaat;
- in dit verband relatief lage bedragen in beeld komen zoals ook al blijkt uit de RSJ-vergoedingspraktijk: het gaat niet om ten onrechte vastzitten, maar om ten onrechte vastzitten in het zwaarste detentieregime waar een nog steeds zwaar regime aangewezen was;
- de inzet van [eiser] is dat hij recht heeft op meer dan de reeds door de RSJ aan hem toegekende vergoeding;
- zijn vordering door het hof is afgewezen, omdat niet voldaan zou zijn aan het regime van het *Blauw oog*-arrest waarin een ernstige normschending met gevolgen vereist wordt, althans omdat [eiser] onvol-

doende in beeld heeft gebracht welke gevolgen voor hem in het geding waren.

4.56 Daarmee lijkt [eiser], hoewel hij bijna een jaar lang ten onrechte is blootgesteld aan het zwaarste detentieregime dat ons land kent, niet bepaald soepel tegemoet getreden. Veel meer dan wat hij heeft geprobeerd te doen, namelijk consequenties 'in beeld brengen' van het EBI-regime en zo concreet mogelijk worden waar het gaat om de verschillen tussen het zwaarste onterrecht toegepaste EBI-regime en het wel toepasselijke GVM-detentieregime, kan van hem moeilijk worden verlangd,<sup>96</sup> zeker wanneer men niet alleen bedenkt dat de Staat als geen ander het verschil tussen beide regimes zou moeten kennen,<sup>97</sup> maar ook dat de vergoeding die in het verschiet zou liggen ook in het aansprakelijkheidsrecht nog altijd betrekkelijk laag zou zijn.<sup>98</sup> Dat blijkt onder meer ook uit de feitenrechtspraak waarin situaties als de onderhavige (onterrecht verblijf in een te zwaar detentieregime) bij mijn weten tweemaal aan de orde zijn geweest en waarin wél smartengeld vanwege een persoonsaantasting is toegewezen.<sup>99</sup>

4.57 In de eerste zaak ging het net als in de onderhavige, om onterrechte plaatsing in de EBI, in dat geval gedurende een periode van vijf maanden.<sup>100</sup> Wederom net zoals in de onderhavige zaak had de gedetineerde daarvoor al een tegemoetkoming van

96 Op dit punt verschilt de onderhavige zaak duidelijk van de zaak die in het *Blauw oog*-arrest centraal stond. Daar kon A-G Wuisman in zijn conclusie voor dat arrest (randnummer 2.15.) wellicht met recht optekenen dat eiser wel voldoende zicht kon geven op wat er was gebeurd, maar niet op welke immateriële schade daarvan voor hem het gevolg was (hiervoor voetnoot 87 en randnummer 4.48). [eiser] heeft wat dat betreft echt meer gedaan. Zie, behalve de in eerdere instanties in het geding gebrachte rapporten en publicaties die een beeld van het regime in de EBI geven, ook de diverse plaatsen in het dossier waarop [eiser] heeft getracht aan te geven wat dat regime met hem heeft gedaan. Zie onder meer dagvaarding in eerste aanleg, randnummers 11 e.v., proces-verbaal comparitie van partijen 7 oktober 2015, p. 4 (randnummers 1. en 8. bijvoorbeeld), akte uitlating na comparitie gehouden op 7 oktober 2015, randnummers 7. e.v., in het bijzonder memorie van grieven, randnummer 16 en ook pleitnota in appel, randnummers 14. e.v.

97 Daarom is ook niet geheel onbegrijpelijk dat [eiser] heeft toegevoegd, daargelaten of het klopt, dat juist op de Staat een verzwaarde stelplicht zou rusten. Zie bijvoorbeeld zijn procesinleiding in cassatie, randnummers 1.9.d. en 1.12.

98 In het algemeen is het natuurlijk verstandig ter ondersteuning van een smartengeldvordering zo concreet mogelijk te worden over het leed dat betrokkene is aangedaan en de gevolgen voor hem zo goed mogelijk in beeld te brengen. Zelfs bij lichamelijk letsel waar de bedragen van geheel andere orde van grootte zijn dan waar het in de onderhavige zaak om gaat, valt daar nog altijd vooruitgang te boeken. Zie in dit verband bijvoorbeeld Chr.H. van Dijk, 'De rol van partijen in de discussie over de hoogte van het smartengeld', in F.T. Oldenhuis en H. Vorrsselman (red.), *De waarde van smartengeld*, Den Haag: Bju 2013, p. 73 e.v. alsmede G. de Groot, 'Smartengeld en de rechter', in F.T. Oldenhuis en H. Vorrsselman (red.), *De waarde van smartengeld*, Den Haag: Bju 2013, p. 61 e.v.

99 [eiser] heeft ook aandacht gevraagd voor deze twee zaken. Zie bijvoorbeeld memorie van grieven, randnummers 21., 31. en 42. en pleitnota in appel, randnummers 8. en 9.

100 Rb. Den Haag 23 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP6865.

de RSJ gekregen van in totaal € 550. De rechtbank Den Haag oordeelde dat het feit dat eiser aan het zware EBI-regime was blootgesteld inderdaad een aantasting in de persoon opleverde:

“4.3. (...) Voorop gesteld wordt dat de in de EBI op [eiser] van toepassing zijnde maatregelen (zoals de visitaties, bewegingsbeperking etc.) op zichzelf genomen een ernstige inbreuk op de integriteit van [eiser] zijn, wat door de Staat ook niet is betwist. Onder aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 sub b BW vallen onder meer zodanige ernstige inbreuken op de integriteit van de persoon dat van een aantasting van de persoon kan worden gesproken. Daarvoor is niet nodig dat ook geestelijk letsel wordt vastgesteld.”

In deze zaak had de Staat aangevoerd dat het regime waaronder de gedetineerde anders zou zijn geplaatst, net als in het onderhavige geval het GVM-regime, nauwelijks van het EBI-regime verschilde. De rechtbank verwierp dat verweer met de volgende motivering:

“4.4. (...) In het betoog van de Staat (verschilt nauwelijks) ligt reeds besloten dat het binnen de EBI geldende regime verschilt van het toezichtregime waaronder [eiser] zou hebben verkeer, de onrechtmatige plaatsingsbesluiten weggedacht. Met [eiser] is de rechtbank van oordeel dat het regime in de EBI veel zwaarder is dan de toezichtmaatregelen die in de [plaats inrichting] ten aanzien van [eiser] zijn getroffen. Als onbetwist staat immers onder meer vast dat [eiser] in de EBI vier tot acht keer per dag werd gefouilleerd aan zijn kleding en in de ruim vijf maanden dat hij in de EBI verbleef ten minste zestien maal is gevisiteerd, dagelijks werd voorzien van handboeien tijdens alle interne transporten naar bezoekersruimte, recreatie- en sportruimte, bezoek slechts achter een glaswand kon worden ontvangen, de eerste tweemaal maand geen bezoek heeft ontvangen en in die periode niet heeft kunnen telefoneren, tijdens transporten werd geblinddoekt, en dagelijkse celinspecties had te ondergaan. Een vergelijking met de in onderdeel 2.7 vermelde toezichtmaatregelen laat geen andere conclusie toe dan dat het EBI regime een verder gaande beperking van het recht van privacy en persoonlijke (bewegings)vrijheid bevatte dan het toezichtregime waaronder [eiser] in de [plaats inrichting] verkeerde. De rechtbank ziet dit bevestigd in het door [eiser] ter comparatie overgelegde stuk ‘vergelijking tussen EBI en GVM-plaatsing’, welk stuk door de Staat niet is bestreden. Het vorenstaande voert dan ook tot de slotsom dat de beperkingen in de privacy en persoonlijke vrijheid van [eiser] in de EBI vele malen ernstiger zijn geweest dan het regime waaronder [eiser] zou hebben verkeer indien hij niet in de EBI zou zijn geplaatst.”

De rechtbank kende ten slotte smartengeld toe. Zij ging echter niet mee in het betoog van eiser dat voor de berekening daarvan moest worden aangesloten

bij art. 89 Sv, dat ziet op vergoeding van onrechtmatig ondergane voorlopige hechtenis, omdat eiser juist rechtmatig was gedetineerd. De rechtbank wees in aanvulling op de reeds door de RSJ toegekende vergoeding een bedrag van € 1500 toe:

“4.6. Bij de vaststelling van de schadevergoeding naar billijkheid neemt de rechtbank in aanmerking, naast de bedragen die in de Nederlandse rechtspraak in soortgelijke zaken worden vastgesteld, de duur van de periode (ruim vijf maanden) en de omvang van de beperkingen die [eiser] toen heeft moeten ervaren. Rekening houdend met de reeds door de RJS [RSJ, A-G] toegekende compensatie zal de rechtbank de vordering tot een bedrag van € 1.500 toewijzen.”

4.58 De rechtbank kwam in deze zaak dus tot een bedrag van € 1500 voor een verblijf van vijf maanden in de EBI. In de tweede zaak had een gedetineerde ten onrechte in totaal 4 weken in afzondering in de eigen cel of verblijfsruimte moeten verblijven. In dat verband kende de kantonrechter bij de rechtbank Den Haag € 400 smartengeld toe, wederom rekening houdend met een reeds toegekende RSJ-tegemoetkoming.<sup>101</sup> Annotator Janssen onderschrijft deze uitspraak en acht het toegewezen bedrag in verhouding met het bedrag waartoe de rechtbank Den Haag in de andere, zojuist besproken, zaak kwam.<sup>102</sup>

4.59 Hoewel het maar om een enkele uitspraak gaat en het dus niet zonder meer gewettigd is daaraan stevige conclusies te verbinden, valt wel op dat in beide zaken is geoordeeld dat de onterechte detentie in een te zwaar regime op zichzelf een persoonsaantasting oplevert die aanspraak geeft op smartengeld in aanvulling op de reeds door de RSJ toegekende vergoeding.

4.60 Ik kom nu toe aan bespreking van het middel in het principale cassatieberoep.

## 5 Bespreking van het cassatiemiddel in het principale cassatieberoep

5.1 Het cassatiemiddel in het principale beroep bestaat uit twee onderdelen.

5.2 De kern van *onderdeel 1* van het cassatiemiddel is dat het hof ten onrechte de vorderingen van [eiser] heeft afgewezen op de grond dat hij niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij gevolgen heeft ondervonden van de normschending (het onterechte verblijf in de EBI). Daarmee heeft het hof blijkens de vooropstelling in rov. 6. en 8. toepassing gegeven aan de uitzondering uit het *Blauw oog*-arrest. Het hof heeft vervolgens onderzocht of [eiser] persoonlijke gevolgen heeft ondervonden van de normschending. Onder ‘gevolgen’ verstaat het hof, blijkens rov. 11., specifieke nadelen die voor [eiser] uit de detentie onder het EBI-regime zouden zijn voortgevloeid, zoals de gestelde omstandigheid dat hij

<sup>101</sup> Ktr. Den Haag 4 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5043, JA 2016/113 m.nt. C.C. Janssen.

<sup>102</sup> Annotatie C.C. Janssen bij Ktr. Den Haag 4 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5043, JA 2016/113.

het vonnis waarin hem een levenslange gevangenisstraf werd opgelegd heeft aangehoord zonder dat hij dat met zijn familie kon delen. Het hof is vervolgens tot de conclusie gekomen dat onvoldoende is komen vast te staan omtrent de gevolgen voor [eiser], zodat zijn vorderingen moeten worden afgevoerd.

5.3 Het cassatiemiddel bestrijdt het uitgangspunt van het hof dat nodig is dat de benadeelde gevolgen heeft ondervonden van de normschending. Uit het voorgaande blijkt wat mij betreft dat een dergelijke stelplicht niet in algemene zin geldt wanneer het gaat om schending van fundamentele rechten. Uit het *Blauw oog*-arrest zou anders kunnen worden afgeleid. Het hof heeft dit arrest uitdrukkelijk tot uitgangspunt genomen en het daarin neergelegde regime toegepast met een voor [eiser] negatieve uitkomst. Uw Raad zou de klachten van [eiser] hierop kunnen laten afstuiten en dus de straffe lijn kunnen blijven aanhouden van het *Blauw oog*-arrest (hiervoor randnummer 3.5).

5.4 Die uitkomst lijkt mij echter ongelukkig, zoals ik hiervoor (randnummers 4.47 e.v.) heb toegelicht. In zijn algemeenheid geldt niet, althans zou niet moeten gelden, dat schending van een fundamenteel recht enkel recht geeft op smartengeld wanneer sprake is van een (bijzonder) ernstige schending met gevolgen voor de benadeelde die hij ook aannemelijk zou moeten maken. Ik kom dan ook tot de slotsom dat het hof de vordering van [eiser] niet kon afwijzen op de enkele grond dat onvoldoende is komen vast te staan over de gevolgen die hij van de normschending heeft ondervonden.

5.5 Voordat ik aan een nadere toelichting toekom, merk ik op dat onderdeel 1 van het middel in mijn optiek daarmee weliswaar slaagt, maar op basis van een andere redenering dan strikt genomen in het onderdeel zelf is terug te vinden. In de toelichting op het middel wordt namelijk niet als zodanig het uitgangspunt van het hof bestreden dat voor toewijzing van een vordering op grond van persoonsaantasting ex art. 6:106 lid 1 onder b BW altijd moet worden aangetoond dat er gevolgen zijn, maar wordt in de kern betoogd dat dat uitgangspunt strijdig is met bepalingen uit het EVRM. In zijn verweer heeft de Staat erop gewezen dat [eiser] zich in feitelijke instanties juist steeds op art. 6:106 lid 1 onder b BW (en meer specifiek op de uitzondering uit het *Blauw oog*-arrest) heeft beroepen, zodat het middel, aldus nog steeds de Staat, berust op ontoelaatbare nova in cassatie dan wel feitelijke grondslag mist.<sup>103</sup>

5.6 Met het middel ben ik, als gezegd, van oordeel dat het hof in dit geval niet kon verlangen dat door [eiser] gevolgen van de normschending werden aangetoond althans dat meer van hem kon worden verlangd dan dat hij op dit punt heeft gedaan. Het middel zet daarbij zijn geld op de stelling dat het regime van art. 6:106 lid 1 onder b BW in strijd is met (bepalingen uit) het EVRM. Dat is volgens mij niet nodig: dat regime staat immers toe dat

een persoonsaantasting wordt vastgesteld en daarvoor vergoeding wordt toegekend zonder dat sprake is van gevolgen, en kan dus EVRM-conform worden uitgelegd voor zover het EVRM zou vereisen dat in dergelijke gevallen een aanspraak op schadevergoeding bestaat.<sup>104</sup> Het is dus, wat mij betreft, niet zo dat het regime van art. 6:106 lid 1 onder b BW als zodanig niet deugt, maar dat aan dat regime in het onderhavige geval een verkeerde toepassing is gegeven. Dat onderdeel 1 van het cassatiemiddel een andere redenering volgt, staat er niet aan in de weg dat het slaagt: mijns inziens is duidelijk waarom het hof volgens het onderdeel van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan<sup>105</sup> (namelijk omdat het de vordering op het "gevolgen-criterium" heeft laten stranden) en de Staat heeft de klacht ook in die zin begrepen.<sup>106</sup> Er is evenmin sprake van ontoelaatbare nova of een gebrek aan feitelijke grondslag: [eiser] heeft zijn vorderingen steeds uitdrukkelijk gestoeld op een inbreuk op zijn recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en daartoe feiten en omstandigheden aangedragen,<sup>107</sup> waarbij ook de toepasselijke EVRM-bepalingen zijn benoemd.<sup>108</sup> Het was vervolgens aan het hof om hierop de juiste 'deelregel' van het regime van art. 6:106 lid 1 onder b BW toe te passen.<sup>109</sup> Van ontoelaatbare nova is geen sprake. Ik zie ook geen andere cassatietechnische reden die het falen van onderdeel 1 zou moeten meebrengen.

5.7 Daarmee kom ik nu toe aan de nadere toelichting op mijn oordeel dat onderdeel 1 doel treft. Als gezegd heeft [eiser] steeds gesteld dat zijn onterechte verblijf in de EBI een inbreuk op zijn recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer oplevert.<sup>110</sup> Ter feitelijke onderbouwing heeft hij onder meer beschreven in hoeverre het EBI-regime verschilt van het GVM-regime, met name waar het gaat om de intensiteit en frequentie van onderzoek aan lichaam en kleding en om de mate waarin contact met familie of een advocaat is toegestaan. Mijns inziens is duidelijk — en dat staat ook eigenlijk niet ter discussie, nu ook het hof daarvan is uitgegaan (rov. 10.) — dat de onterechte opsluiting van [eiser] onder

<sup>104</sup> Volgens EHRM 27 september 1990, zaaknr. 12535/86, ECLI:NL:XX:1990:AD1237, NJ 1991/625 m.nt. E.A. Alkema (*Wassink t. Nederland*), dat overigens nog betrekking had op het regime van art. 1401 BW (oud), staat het onder meer door [eiser] naar voren geschoven art. 5 EVRM er niet aan in de weg dat het nationale recht vereist dat het bestaan van materiële of immateriële schade wordt aangetoond (rov. 38).

<sup>105</sup> Bij rechtsklachten wordt van het cassatiemiddel verwacht dat met bepaaldheid wordt aangegeven welk oordeel rechtens onjuist is en waarom: Asser Procesrecht/E. Korhals Altes en H.A. Groen, *Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 218.

<sup>106</sup> Schriftelijke toelichting van de Staat, randnummers 2.1 e.v.

<sup>107</sup> Memorie van grieven, randnummers 9-11 met verdere uitwerking in de daarop volgende randnummers.

<sup>108</sup> Memorie van grieven, onder meer randnummers 16, onder G, en 35.

<sup>109</sup> Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *TCR* 2012, p. 29 e.v.

<sup>110</sup> Memorie van grieven, randnummers 9-11 met verdere uitwerking in de daarop volgende randnummers.

<sup>103</sup> Schriftelijke toelichting van de Staat, randnummers 2.1-2.8.

het EBI-regime een inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer oplevert die in zijn geval niet gerechtvaardigd was.

5.8 Verder is duidelijk dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer een fundamenteel recht is in de zin van (de rechtspraak over) art. 6:106 lid 1 onder b BW. Uw Raad heeft dat reeds eerder uitgemaakt in de zaak *J./Staat* in het kader van vrijheidsbeneming in strijd met voorschriften uit de Wet Bijzondere Opname in Psychiatrische Ziekenhuizen (Wet BOPZ)<sup>111</sup> en ook in het kader van rechtspraak waarin andere dimensies van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer aan de orde waren.<sup>112</sup> Dit fundamentele recht is geschonden.

5.9 Dat betekent nog niet dat deze schending zonder meer ook een aantasting in de persoon in de zin van (de rechtspraak over) art. 6:106 lid 1 onder b BW oplevert die daadwerkelijk aanspraak geeft op smartengeld. Niet iedere schending van een fundamenteel recht levert immers een aantasting in de persoon en daarmee een recht op smartengeld op (hiervoor randnummers 4.26 e.v.). In het onderhavige geval heeft het hof dit echter niet beoordeeld, maar de vorderingen van [eiser] afgewezen reeds omdat niets, althans onvoldoende, omtrent de gevolgen voor hem was komen vast te staan. Na cassatie en verwijzing zal alsnog moeten worden beoordeeld of in dit geval smartengeld moet worden toegekend.<sup>113</sup>

5.10 Zonder daarop te willen vooruitlopen, merk ik op dat de onderhavige zaak gelijkenissen vertoont met de hiervoor (randnummer 5.8) genoemde zaak *J./Staat*, nu in beide gevallen vrijheidsbeneming door de Staat in strijd met de geldende voorschriften aan de orde was. In de zaak *J./Staat* werd de vrijheidsbeneming uiteindelijk niet onrechtmatig geacht, omdat het ging om een verlen-

ging van een rechtmatige vrijheidsbeneming.<sup>114</sup> Om die reden, en omdat, aldus Uw Raad, in de enkele constatering dat de betrokken voorschriften geschonden zijn, reeds een zekere genoegdoening was gelegen, was er in dat geval geen aanleiding om smartengeld toe te kennen.<sup>115</sup> In het onderhavige geval staat daarentegen vast dat de opsluiting van [eiser] onder het EBI-regime onrechtmatig was. Anders dan in de zaak *J./Staat* waren de beperkingen die [eiser] onder het EBI-regime heeft ervaren wel degelijk onrechtmatig.

5.11 Ten tweede merk ik, eigenlijk ten overvloed, op dat het EVRM – anders dan het middel toegt – niet vereist dat voor iedere schending van elk van de daarin neergelegde grondrechten een schadevergoeding wordt toegekend. Een uitzondering is de eerder besproken overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM (hiervoor randnummer 4.24). Een andere specifieke grondslag is art. 5 lid 5 EVRM, op grond waarvan een ieder die het slachtoffer is geweest van vrijheidsbeneming in strijd met de bepalingen uit dat artikel recht heeft op schadeloosstelling. Voor het overige biedt het EVRM geen algemeen recht op schadevergoeding en heeft het EHRM erkend dat ook de vaststelling dat sprake is van een schending op zichzelf genoegdoening kan bieden (hiervoor randnummer 4.29).<sup>116</sup>

5.12 Voorts is van belang dat, zoals reeds is besproken (hiervoor randnummers 4.57 e.v.), in de (schaarse) gevallen in de rechtspraak die lijken op de onderhavige steeds smartengeld wegens aantasting in de persoon is toegekend in aanvulling op de reeds door de RSJ toegekende vergoeding. Zowel bij de beoordeling of daarvoor in het onderhavige geval aanleiding bestaat als bij de vaststelling van het eventueel toe te kennen bedrag zal, binnen de marges aangegeven in randnummer 4.59 (één zwaluw maakt nog geen zomer), op deze uitspraken acht kunnen worden geslagen.<sup>117</sup>

5.13 Of en zo ja in hoeverre de door de RSJ toegekende tegemoetkoming bij een eventueel smartengeld in aanmerking zou moeten worden genomen, komt in het kader van de bespreking van

111 HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997/682 m.nt. J. de Boer (*J./Staat*).

112 HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, NJ 1988/277 m.nt. L. Wichers Hoeth (*Naturistengids*) en HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0393, NJ 1992/58 (*K/Staat*). Zie hiervoor randnummer 4.17.

113 Denkbaar is dat in dit type gevallen, waarin van onrechtmatige blootstelling aan een bepaald detentieregime sprake is, vanwege de schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als zodanig standaard een bepaald, eventueel ook weer genormeerd (ingeval van EBI-regime bijvoorbeeld hoger dan bij andere detentieregimes), bedrag wordt toegekend, in aanvulling op de tegemoetkoming op basis van de PBW. Daarmee zou dan niet alleen recht worden gedaan aan gedupeerden (krijgt hun recht immers 'tastbare' inhoud), maar wordt tegelijkertijd gerealiseerd dat de overheid beter 'voelt' wat zij heeft aangericht (hiervoor randnummers 3.8, 3.9 en 4.4). Dat kan dan eventueel weer leiden tot verbetering voor de toekomst, ook al weet ik dat de vraag is welke meerwaarde het aansprakelijkheidsrecht vanuit dit perspectief daadwerkelijk heeft. Dat de Staat meent dat er geen grond is voor zo'n standaardbenadering (zie bijvoorbeeld pleitnota in appel, randnummer 1.3), heb ik gezien, maar lijkt me niet beslissend.

114 De schending van de betrokken voorschriften (art. 8 en 17 Wet BOPZ) had niet tot gevolg dat de vrijheidsbeneming van de betrokkene onrechtmatig was, omdat daarvoor tevens een grondslag kon worden gevonden in art. 48 Wet BOPZ. Zie HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997/682 m.nt. J. de Boer (*J./Staat*), rov. 3.3.

115 HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997/682 m.nt. J. de Boer (*J./Staat*), rov. 3.7.

116 Zie S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in S.D. Lindenbergh en G.E. van Maanen, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies voor de Nederlandse vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 83-87 en 101-107.

117 Waar het gaat om de vaststelling van de omvang van het smartengeld is vaste rechtspraak van Uw Raad dat aansluiting moet worden gezocht bij vergelijkbare gevallen. Zie bijvoorbeeld HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/275 m.nt. A.R. Bloembergen en *AVeS* 2001, p. 26 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Druif/B.C.E. Bouw*) en eerder al HR 8 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0665, NJ 1992/714 (*AMC/O.*).

onderdeel 2 van het middel (hierna randnummers 5.15 e.v.) kort aan de orde.

5.14 *Onderdeel 1* van het middel is wat mij betreft dus terecht voorgesteld.

5.15 *Onderdeel 2* van het middel klaagt over het oordeel van het hof dat aan een “verhoging van het door de RSJ toegekende bedrag” niet wordt toegekomen. Het middelonderdeel bouwt voort op onderdeel 1 en klaagt dat het hof deze “verhoging” ten onrechte heeft afgewezen vanwege het ontbreken van gevolgen voor [eiser]. Nu onderdeel 1 slaagt, geldt dat ook voor *onderdeel 2*.

5.16 Hoewel het middelonderdeel daartoe strikt genomen niet verplicht en het hof daarover feitelijk ook geen oordeel heeft gegeven, zal ik kort ingaan op de vraag of en zo ja in hoeverre een reeds door de RSJ toegekende tegemoetkoming als hier aan de orde is in aanmerking zou moeten worden genomen bij de toekenning van schadevergoeding op de voet van art. 6:106 BW.

5.17 Het gaat in dit geval om een tegemoetkoming toegekend door de RSJ op grond van art. 68 lid 7 Penitentiaire Beginselenwet (PBW). Een dergelijke tegemoetkoming kan blijkens die bepaling worden toegekend bij gegrondbevinding van het beklag van een gedetineerde over een hem betreffende beslissing van de (gevangenis)directeur (art. 60 lid 1 PBW). Een zodanige beslissing kan, zoals in het onderhavige geval, bijvoorbeeld betrekking hebben op de plaatsing van een gedetineerde in een bepaald detentieregime. Wordt het beklag gegrond verklaard, dan kan dus een tegemoetkoming worden toegekend. Dat lijkt ook geregeld te gebeuren.<sup>118</sup>

5.18 Voor de berekening van de tegemoetkoming hanteert de RSJ standaardbedragen.<sup>119</sup> Zo wordt voor een gegronde klacht tegen opsluiting in een afzonderingscel een bedrag van € 10 per dag toegekend. Voor een onterechte opsluiting in de EBI geldt een standaardbedrag van € 125 per maand, hetgeen in het onderhavige geval ook is toegekend (11 maanden x € 125 per maand heeft in casu geleid tot een vergoeding van € 1375). Dit zijn standaardbedragen, die ‘automatisch’ worden toegekend: er wordt van de gedetineerde niet verlangd dat hij stelt en zo nodig bewijst welke (psychische) gevolgen hij van de maatregelen heeft ondervonden.

5.19 Zoals het hof in rov. 13. van het bestreden arrest overweegt, is het vaste rechtspraak van de beroepscommissie van de RSJ dat een tegemoetkoming geen schadevergoeding is. Daarmee wordt bedoeld dat de tegemoetkoming niet moet worden gezien als schadevergoeding in civielrechtelijke

zin.<sup>120</sup> Verder lijkt met dit uitgangspunt ook te worden bedoeld dat schadevergoeding (bijvoorbeeld voor het beschadigen van eigendommen van de gedetineerde door de bewaking) op een andere wijze dan via een procedure bij de RSJ kan worden gevorderd, namelijk door een verzoek bij de directeur van de desbetreffende inrichting of via de civiele rechter.<sup>121</sup> Sinds 2008 lijkt de RSJ echter (uit praktische overwegingen) de lijn te volgen dat een schadevergoeding tevens in de tegemoetkoming kan worden verdisconteerd.<sup>122</sup> Een tegemoetkoming op grond van art. 68 lid 7 PBW kan dus mede bedoeld zijn om materiële schade te vergoeden, maar is dat in beginsel niet.<sup>123</sup>

5.20 Hoewel het uitgangspunt dus is dat een tegemoetkoming geen schadevergoeding in civielrechtelijke zin is, is wel duidelijk dat de tegemoetkoming overeenkomsten heeft met smartengeld. Het gaat immers om een geldbedrag dat wordt toegekend als vast is komen te staan dat een gedetineerde zwaardere beperkingen in zijn bewegingsvrijheid en communicatie en zwaardere inbreuken op zijn lichamelijke integriteit heeft moeten ondergaan dan in zijn geval gerechtvaardigd was. De tegemoetkoming is bovendien, blijkens het gegeven dat daarnaast ook schadevergoeding kan worden gevorderd voor materiële schade, juist ook bedoeld om te compenseren voor het ongemak dat de gedetineerde heeft ervaren. Het ligt daarom voor de hand, zoals de rechters in zaken die met de onderhavige zaak vergelijkbaar zijn in wezen ook hebben gedaan (hiervoor randnummers 4.57 e.v.), de tegemoetkoming als uitgangspunt te nemen en de vraag te stellen of in aanvulling daarop smartengeld aangewezen is. De door de RSJ toegekende tegemoetkoming kan worden gezien als een vergoeding wegens immateriële ongemakken of nadelen en zal, in geval van een persoonsaantasting derhalve, in de regel vergoeding van immateriële schade inhouden zij het geen toereikende. Dat de vergoeding in de regel niet toereikend zal zijn, heeft daarmee te maken dat het vergoedingenregime van de RSJ ook andere gevallen, waarin van onrechtmatige persoonsaantasting geen sprake is, moet afdekken. In de hiervoor (randnummers 4.57 e.v.) besproken gevallen werd smartengeld toegekend voor een onterecht verblijf in een te zwaar detentieregime en werd daarbij rekening gehouden met de reeds toegekende tegemoetkoming. Het smartengeld kwam daar vervol-

118 Zie RSJ 11 januari 2005, 04/2456/GBC, RSJ 7 december 2007, 07/2435/GB, RSJ 3 maart 2010, 09/3491/GBT, RSJ 27 augustus 2013, 13/1852/GB, RSJ 8 mei 2017, 16/4257/GBT en RSJ 24 augustus 2017, 17/1278/GB. Deze uitspraken zijn te raadplegen via <https://www.rsj.nl>.

119 [https://www.rsj.nl/binaries/tegemeetkomingsbedragen%20januari%202018\\_tcm26-88196.pdf](https://www.rsj.nl/binaries/tegemeetkomingsbedragen%20januari%202018_tcm26-88196.pdf).

120 C.C. Janssen in de noot bij Ktr. Den Haag 4 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5043, JA 2016/113.

121 RSJ 3 november 2003, 03/1862/GA.

122 RSJ 18 november 2008, 08/1643/GA, *Sancities* 2009/9 m.nt. W.J.B. ten Kate. Zie ook *Tekst & Commentaar Strafrecht*, art. 68 PBW, aant. 1 (P.M. Schuyt en P. Jacobs).

123 Zie C. Kelk en M. Boone, *Nederlands detentierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 5.4.2.

gens 'bovenop'.<sup>124</sup> Dat lijkt mij, als gezegd, de juiste benadering.

5.21 De slotsom luidt dat *onderdelen 1 en 2* in het principale cassatieberoep terecht zijn voorgesteld.

## 6 *Bespreking van het cassatiemiddel in het voorwaardelijke incidentele beroep*

6.1 Het cassatiemiddel in het voorwaardelijke incidentele beroep van de Staat is voorgesteld voor het geval het cassatiemiddel in het principale beroep (gedeeltelijk) slaagt. Nu aan die voorwaarde wat mij betreft is voldaan, zal ik de klachten in het incidentele beroep bespreken.

6.2 Het middel in het incidentele cassatieberoep gaat ervan uit dat het hof de criteria uit het *Blauw oog*-arrest, een ernstige normschending (de Staat spreekt hier van het "a-criterium") met ernstige gevolgen (in de woorden van de Staat: het "b-criterium"), heeft toegepast op de onderhavige zaak en de vordering van [eiser] heeft afgewezen omdat niet is voldaan aan het "b-criterium". Voor zover het hof daarmee zou hebben geoordeeld dat dus wel voldaan is aan het "a-criterium", is dit volgens het middel onjuist althans onvoldoende gemotiveerd: er is geen sprake van een (bijzonder) ernstige normschending, omdat het verschil tussen het regime waaraan [eiser] is blootgesteld en het regime waaraan hij anders zou zijn blootgesteld daarvoor te gering is, zodat de inbreuken die hij heeft ervaren te weinig ingrijpend zijn om een persoonsaantasting op te leveren.

6.3 Zoals toegelicht ben ik van oordeel dat uit het *Blauw oog*-arrest beter niet wordt afgeleid dat cumulatieve criteria gelden die voor de beoordeling van een smartengeldvordering vanwege schending van een fundamenteel recht steeds zouden gelden (hiervoor randnummers 4.47 e.v.). In die opvatting zou een klacht over de miskennen van die criteria strikt genomen belang missen. Ik zal toch op de klacht ingaan, omdat niet uit te sluiten valt dat Uw Raad vast blijft houden aan de formulering uit het *Blauw oog*-arrest en omdat het vereiste van een (voldoende) ernstige normschending naar mijn indruk eerder dan het gevolgen-criterium aanspraak zou kunnen maken op een zekere algemene gelding.

6.4 Het hof heeft in rov. 9. en 10. van het bestreden arrest inderdaad geoordeeld dat sprake is

van een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van [eiser] door zijn te lange verblijf in de EBI. Anders dan de Staat in (de toelichting op) het cassatiemiddel in het incidentele beroep acht ik dat onderdeel juist en ook begrijpelijk. Zoals hiervoor (randnummer 5.8) is toegelicht, gaat het hier om een inbreuk op een fundamenteel recht, namelijk het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Op zichzelf is juist dat niet iedere inbreuk op een fundamenteel recht een persoonsaantasting oplevert (hiervoor randnummers 4.26 e.v.) en dat de ernst van de normschending daarbij een gezichtspunt is of anders gezegd: dat niet iedere inbreuk, ongeacht het recht waar het om gaat, ernstig genoeg is om een recht op smartengeld te rechtvaardigen. In dit geval staat echter vast dat [eiser] onrechtmatig, dus zonder noodzaak, heeft verbleven in het zwaarste detentieregime dat in Nederland bestaat, hetgeen gepaard gaat met veelvuldige en vergaande inbreuken op het recht van privacy en de lichamelijke integriteit en beperkingen van de bewegingsvrijheid (rov. 10.). Wat mij betreft kon het hof binnen de door Uw Raad gestelde kaders oordelen dat het ontbreken van een rechtvaardiging voor die beperkingen een ernstige normschending oplevert. Daarop stuit het *middel in het incidentele cassatieberoep* af.

7 *Conclusie in het principale cassatieberoep*  
De conclusie strekt tot vernietiging en tot verwijzing.

## Hoge Raad:

### 1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak C/09/485075/HA ZA 15-346 van de rechtbank Den Haag van 17 februari 2016;
  - b. het arrest in de zaak 200.191.348/01 van het gerechtshof Den Haag van 4 juli 2017.
- Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

### 2 *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De Staat heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De procesinleidingen het verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van de Staat heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

### 3 *Uitgangspunten in cassatie*

3.1.1 Het gaat in deze zaak erom of een gedetineerde op wie ten onrechte een te streng detentieregime is toegepast, (naast de door hem ontvangen

<sup>124</sup> Ktr. Den Haag 4 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5043, JA 2016/113 m.nt. C.C. Jansen en Rb. Den Haag 23 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BP6865. Dat resultaat kan, zoals hier, worden bereikt door in wezen van meet af aan de vraag te stellen welk smartengeld in aanvulling op de tegemoetkoming gepast is, maar kan ook worden gerealiseerd door (de omvang van) het smartengeld vast te stellen en vervolgens de tegemoetkoming in mindering te brengen. Dat laatste kan zowel langs de weg van schadebegroting (art. 6:97 BW) als door middel van voordeelstoerekening ex art. 6:100 BW. Zie in dit verband HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262 m.nt. S.D. Lindenbergh en J.S. Kortmann, *Ars Aequi* 2017, p. 41 e.v. m.nt. W.H. van Boom en JOR 2016/322 m.nt. M.M.C. van de Moosdijk (*TenneT/ABB*).

tegenoetkoming op de voet van art. 68 lid 7 Penitentiaire beginselenwet (PBW)) recht heeft op vergoeding van immateriële schade op de voet van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW en zo ja, welke voorwaarden daarvoor gelden.

3.1.2 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiser] is op 29 januari 2013 veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf. Hij is in februari 2008 in het kader van voorlopige hechtenis geplaatst in de Extra Beveiligde Inrichting van Penitentiaire Inrichting Vught (hierna: de EBI).

(ii) Nadat de selectiefunctionaris van de Staat bij beslissing van 19 november 2012 had besloten tot verlenging van het verblijf van [eiser] in de EBI, heeft [eiser] daartegen met succes beroep ingesteld bij de Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming (hierna: de RSJ). Bij beslissing van de beroepscommissie van de RSJ van 6 juni 2013 is het beroep gegrond verklaard en de beslissing van de selectiefunctionaris vernietigd. Bij afzonderlijke beslissing van 12 juli 2013 heeft de beroepscommissie van de RSJ aan [eiser] een financiële vergoeding van € 1.375 toegekend, omdat hij vanaf 14 juni 2012 ten onrechte in de EBI gedetineerd is geweest.

(iii) Kort voor de beslissingen van de beroepscommissie van de RSJ, op 27 mei 2013, was [eiser] geselecteerd voor overplaatsing naar de penitentiaire inrichting Leeuwarden. Op 30 mei 2013 is hij naar die inrichting overgebracht. [eiser] is op de lijst met Gedetineerden met een hoog Vlucht-/Maatschappelijk risico (hierna: GVM) geplaatst met het profiel hoog. Voor gedetineerden op de GVM-lijst gelden specifieke toezichts- en veiligheidsmaatregelen.

3.2.1 In dit geding vordert [eiser] veroordeling van de Staat tot vergoeding van schade die hij heeft geleden doordat hij 350 dagen ten onrechte gedetineerd is geweest in de EBI. Hij baseert deze vordering op art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW en vordert, voor zover in cassatie van belang, € 25 voor iedere dag dat hij onrechtmatig in de EBI heeft verbleven en € 10 per dag op de grond dat zijn resocialisatietraject door het onrechtmatige verblijf in de EBI met een jaar is vertraagd.

De rechtbank heeft de vordering van [eiser] afgewezen, kort gezegd, omdat niet is gebleken dat [eiser] schade heeft geleden. Van door hem geleden lichamelijk of geestelijk letsel is niet gebleken. [eiser] heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die, indien bewezen, tot de conclusie kunnen leiden dat het voor hem geldende EBI-regime in de onrechtmatige periode en het nadien voor hem geldende GVM-regime zodanig van elkaar verschilden dat het EBI-regime in de onrechtmatige periode een zodanig ernstige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer vormde dat zij een aanspraak op een immateriële schadevergoeding rechtvaardigt.

3.2.2 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. De relevante overwegingen van het hof houden, kort weergegeven, het volgende in.

Ook in hoger beroep staat vast dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door [eiser] bijna een

jaar langer in de EBI te laten verblijven dan was toegestaan. Op grond van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW heeft [eiser] dan ook recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien hij ten gevolge van dat verblijf lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. (rov. 4)

Het hof gaat ervan uit dat geen sprake is van lichamelijk letsel en evenmin van aantasting in eer of goede naam. (rov. 5)

De vraag die vervolgens voorligt is, of [eiser] op andere wijze in zijn persoon is aangetast in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW. Voor het aannemen van een persoonsaantasting is niet voldoende dat sprake is geweest van meer of minder sterk psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen. Voor de toewijsbaarheid van een vordering ter zake van persoonsaantasting is uitgangspunt dat het bestaan van geestelijk letsel waardoor iemand in zijn persoon is aangetast in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld (HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356 (NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken; *red.*)). In elk geval dient de benadeelde voldoende concrete gegevens aan te voeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan, waartoe nodig is dat het bestaan van geestelijk letsel naar objectieve maatstaven is (of had kunnen worden) vastgesteld (HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606 (NJ 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser; *red.*)). Op het uitgangspunt dat geestelijk letsel moet zijn aangetoond kan nog wel een uitzondering worden gemaakt in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor de benadeelde (HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519 (NJ 2012/410; *red.*)). (rov. 6)

[eiser] heeft geen concrete gegevens aangevoerd waaruit het bestaan van enig geestelijk letsel als een in de psychiatrie erkend ziektebeeld naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld, althans waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan. (rov. 7)

Wat betreft de vraag of zich in dit geval een uitzondering voordoet op het uitgangspunt dat geestelijk letsel moet zijn aangetoond in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor [eiser], stelt het hof voorop dat de vrijheidsbeneming van [eiser] een ernstige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer is. Die inbreuk wordt echter gerechtvaardigd door de rechtmatige detentie van [eiser] en is daaraan inherent. Dat laatste neemt niet weg dat de inbreuk op die persoonlijke levenssfeer niet groter mag zijn dan strikt noodzakelijk is. (rov. 8-9)

Het regime in de EBI is strenger dan in andere penitentiaire inrichtingen. Door [eiser] ten onrechte bijna een jaar langer geplaatst te houden in dit

strengste regime in plaats van in een regime waarin de beperkingen minder ingrijpend zijn, ook al is dat weinig, heeft de Staat zich schuldig gemaakt aan schending van de norm dat met de vrijheidsbenaming niet meer inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is. (rov. 10)

Dat leidt echter nog niet ertoe dat aan [eiser] een schadevergoeding als bedoeld in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW toekomt. Omtrent de persoonlijke gevolgen voor [eiser] van de voormelde normschending is niets komen vast te staan. Daarom kan niet worden uitgegaan van de in rov. 8 bedoelde uitzonderingssituatie. (rov. 11)

Aan het hof komt geen oordeel toe over de vergoeding die de RSJ aan [eiser] heeft toegekend op grond van art. 68 lid 7 Pbw. Voor een hogere vergoeding dan de RSJ heeft toegekend is slechts plaats als de normschending voor [eiser] dusdanige persoonlijke gevolgen zou hebben gehad dat de in rov. 8 bedoelde uitzonderingssituatie zich voordoet. Nu die situatie zich niet voordoet, komt het hof niet toe aan een verhoging van het door de RSJ toegekende bedrag. (rov. 12-13)

#### 4 Beoordeling van het middel in het principaal beroep

4.1 In cassatie dient tot uitgangspunt dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door [eiser] bijna een jaar lang in de EBI geplaatst te houden in plaats van onder een regime waarin de beperkingen minder ingrijpend zijn. Voorts dient tot uitgangspunt dat [eiser] geen geestelijk letsel heeft opgelopen. Vast staat dat de beroepscommissie van de RSJ aan [eiser] een financiële vergoeding heeft toegekend (zie hiervoor in 3.1.2 onder (ii)). In de kern betoogt [eiser] dat hij recht heeft op vergoeding van immateriële schade, althans op een hogere vergoeding dan hem reeds door de beroepscommissie van de RSJ is toegekend.

##### Uitgangspunten

4.2.1 Als de schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad nadeel omvat dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde ingevolge art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien hij lichamenlijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast.

Van de in art. 6:106 lid 1, onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze is in ieder geval sprake indien de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Degene die zich hierop beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel kan worden vastgesteld (vgl. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2551, rov. 3.4 (NJ 1998/366; red.)).

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 (NJ 2012/410; red.) (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 liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. In HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721 (NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken; red.) (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 (NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken; red.) (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.

4.2.3 Op grond van de Penitentiaire beginselenwet kan een gedetineerde opkomen tegen een hem betreffende beslissing. Indien de bestreden beslissing wordt vernietigd en de rechtsgevolgen van die beslissing niet meer ongedaan gemaakt kunnen worden, kan de RSJ de gedetineerde een tegemoetkoming toekennen (art. 68 lid 7 Pbw en art. 73 lid 4 Pbw). Deze tegemoetkoming kan bestaan in niet-geldelijke compensatie, bijvoorbeeld door klager alsnog de faciliteiten toe te kennen die hem ten onrechte zijn onthouden. Indien deze vorm van tegemoetkoming niet goed mogelijk is, kan de tegemoetkoming bestaan in een financiële compensatie (zie Kamerstukken II 1994/95, 24263, nr. 3, p. 79-80). Een financiële compensatie kan zien op gederfd loon en immateriële schade (vgl. Kamerstukken II 1995/96, 24263, nr. 6, p. 37).

De RSJ hanteert bij het toekennen van een geldelijke tegemoetkoming gestandaardiseerde bedragen. Indien de klager daarnaast schade heeft geleden die eenvoudig is te begroten, kan de RSJ daarvoor een bijkomende vergoeding toekennen.

4.2.4 Indien de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven, kan naast de hiervoor in 4.2.3 bedoelde gestandaardiseerde tegemoetkoming vergoeding van immateriële schade op de voet van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW op haar plaats zijn. Daarvoor is vereist dat de aard en de



ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde, meebrengen dat sprake is van de in art. 6:106 lid 1, onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze (zie hiervoor in 4.2.1).

#### Beoordeling van de klachten

4.3.1 De onderdelen 1.3, 1.10 en 1.13-1.15 van het middel klagen dat het hof heeft miskend dat bij schending van de art. 3, 5 en 6 EVRM verondersteld moet worden dat nadeel is geleden, ook als geen sprake is van (feitelijk aangetoonde) immateriële schade als bedoeld in art. 6:106 lid 1 BW, en dat dit nadeel in een geval als het onderhavige voor vergoeding in aanmerking komt naast de tegemoetkoming die is toegekend door de beroepscommissie van de RSJ. Deze klacht stuit af op hetgeen hiervoor in 4.2.1, 4.2.2 en 4.2.4 is overwogen.

4.3.2 Onderdeel 1.12 klaagt dat onbegrijpelijk is dat het hof in dit geval niet heeft verondersteld dat de normschending door de Staat heeft geleid tot schade die is aan te merken als aantasting in de persoon van [eiser].

Het hof heeft terecht onderzocht of het EBI-regime voor [eiser] zwaarder is geweest dan het GVM-regime zou zijn geweest indien dat in de relevante periode op hem was toegepast. Partijen hebben daarover samengevat het volgende gesteld.

[eiser] heeft blijkens de dagvaarding in eerste aanleg en de memorie van grieven aanvankelijk alleen in algemene bewoordingen in beeld gebracht hoe ingrijpend het EBI-regime is en hoe het GVM-regime in een penitentiaire inrichting (hierna: PI) verschilt van het EBI-regime.

De Staat heeft zich in feitelijke instanties op het standpunt gesteld dat [eiser] geen geestelijk letsel heeft geleden en dat hij niet concreet heeft gesteld welke immateriële schade uit zijn verblijf in de EBI is voortgevloeid. De Staat heeft tijdens de zitting bij de rechtbank betoogd dat zowel het EBI-regime als het GVM-regime in een PI ruimte biedt voor aanpassingen in individuele gevallen en dat beide regimes in het geval van [eiser] niet in die mate van elkaar verschillen dat sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze.

Dit heeft [eiser] niet gemotiveerd weersproken. Hij 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.

Het hof heeft geoordeeld dat omtrent de persoonlijke gevolgen voor [eiser] van de normschending niets is komen vast te staan. Gezien hetgeen hiervoor in 4.2.1 en 4.2.4 is overwogen en tegen de achtergrond van het zojuist weergegeven partijdebat is dat oordeel niet onbegrijpelijk. De daartegen gerichte motiveringsklacht faalt.

4.3.3 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechts-

vragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.4 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

#### 5 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 2.672,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

#### Noot

##### *Te streng detentieregime geen persoons-aantasting*

1. Is plaatsing van een gedetineerde onder een te streng detentieregime een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 onder b BW die een aanspraak op smartengeld rechtvaardigt? Die vraag is de aanleiding voor deze uitspraak. De Hoge Raad neemt tevens de gelegenheid te baat om zijn eerdere rechtspraak over art. 6:106 (voorheen lid 1) onder b BW nader uit te leggen.

2. Vast staat dat de Staat jegens de eiser, die tot levenslang is veroordeeld, onrechtmatig heeft gehandeld door hem gedurende bijna een jaar onder een te zwaar gevangenisregime vast te houden. Ook staat vast dat de eiser geen geestelijk letsel heeft opgelopen. Wel heeft de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ), die de beslissing tot plaatsing onder het te strenge regime heeft vernietigd, hem een forfaitaire financiële tegemoetkoming toegekend voor het verblijf onder het te zware regime. In deze zaak vordert de eiser in aanvulling daarop vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade. Daartoe is nodig (art. 6:95 lid 1 BW) dat is voldaan aan een van de gevallen waarin de wet (art. 6:106 BW) voorziet in een aanspraak op smartengeld. Nu geen sprake was van oogmerk om immateriële schade toe te brengen en de eiser geen lichamelijk letsel heeft opgelopen of in zijn eer en goede naam is geschaad, komt het aan op interpretatie van het begrip 'op andere wijze in zijn persoon is aangetast' (art. 6:106 onder b, slot, BW).

3. Het hof had, nadat het keurig de stand van het recht op dit punt had verwoerd, de vordering afgewezen, in essentie omdat het de plaatsing onder het te strenge regime een geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer vond en niets was komen vast te staan omtrent de persoonlijke gevolgen die dit voor de eiser had gehad. A-G Hartlief maakt zich, in een uitvoerige uiteenzetting over de ruimte die art. 6:106 onder b BW biedt om naast gevallen van geestelijk letsel ook bij schending van fundamentele rechten een recht op smartengeld te aanvaarden,

sterk voor vernietiging van het hofarrest. De Hoge Raad laat dat arrest in stand, in essentie omdat het hof het verschil tussen het in casu ondergene detentieregime en het wel geoorloofde regime niet groot vond en omdat niet is komen vast te staan welk concreet nadeel de eiser hierdoor had geleden. Tegen de achtergrond van de stand van het recht en van het partijdebat acht de Hoge Raad dat niet onbegrijpelijk.

*Aantasting van de persoon*

4. De uitspraak is vooral van betekenis omdat de Hoge Raad, daartoe nadrukkelijk uitgenodigd, de stand van het recht ten aanzien van het begrip persoonsaantasting in art. 6:106 onder b BW poogt te verduidelijken. Over dit thema is (heel) veel geschreven. Gelet op de rijke en uitvoerig gedocumenteerde conclusie van A-G Hartlief, veroorloof ik mij om hierna verwijzing naar literatuur grotendeels achterwege te laten.

5. Uitgangspunt van de wet is dat alleen een aanspraak op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade bestaat wanneer de wet die met zoveel woorden biedt (art. 6:95 lid 1 BW). Afgezien van enkele bijzondere wetsbepalingen – waaronder sinds 1 januari 2019 ook art. 6:107 lid 1 onder b BW en 6:108 lid 3 BW die een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden bieden – somt art. 6:106 BW daartoe limitatief de gevallen op waarin een dergelijke aanspraak bestaat. In art. 6:106 BW wordt niet aangeduid om welk nadeel het gaat, maar zijn als het ware toegangspoorten geformuleerd naar een recht op smartengeld. Dat gebeurt tegen de achtergrond van de gedachte dat een dergelijke aanspraak alleen in ernstige gevallen gerechtvaardigd is (PG Boek 6, p. 371 en 373). De categorieën van gevallen waarin een aanspraak op smartengeld bestaat, zijn van verschillende snit: soms ligt de nadruk op de verwerpelijke intentie van de laedens (art. 6:106 onder a BW: oogmerk om zodanig nadeel toe te brengen), soms op het gevolg (art. 6:106 onder b BW: lichamelijk letsel), en soms op de handeling en het daardoor geschonden belang (art. 6:106 onder b en c BW: schending van eer en goede naam).

6. Het ligt in de rede – temeer omdat in andere landen een vergelijkbaar patroon valt waar te nemen – om de in art. 6:106 onder b (slot) BW verwoorde restcategorie ‘op andere wijze in zijn persoon is aangetast’ te interpreteren in het verlengde van de hiervoor beschreven categorieën persoonsaantastingen. Zo kan in het verlengde van lichamelijk letsel ook geestelijk letsel als smartengeldwaardig worden gekwalificeerd, omdat het evenzeer een aantasting van de gezondheid is. Hier is het objectieve *gevolg* dus telkens beslissend. In het verlengde van schending van eer en goede naam liggen schendingen van andere rechten die een hoogwaardig persoonsbelang beogen te waarborgen. Waar schending van eer en goede naam – een categorie van gevallen waarvoor niet als eis geldt dat sprake is van aantasting van de gezondheid (vgl. HR 19 sep-

tember 2014, NJ 2015/3, m.nt. S.D. Lindenbergh) – in de afgelopen decennia in de praktijk aan belang heeft ingeboet, zijn andere persoonlijkheidsbelangen juist een hogere waardering gaan genieten. Het ligt dan in de rede om serieuze aantastingen daarvan ook schadevergoedingsrechtelijk te ‘emanciperen’ tot smartengeldwaardig. Zo werden aantastingen van de persoonlijke levenssfeer onder het oude recht, in het verlengde van belediging, al aanvaard als grondslag voor vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade (HR 30 oktober 1987, NJ 1988/270 (*Naturistengids*) en HR 1 november 1991, NJ 1992/58 (*K/Staat*)). Soms kan een schending van eer en goede naam overigens tevens als schending van de persoonlijke levenssfeer worden gekwalificeerd (vgl. HR 4 oktober 2013, NJ 2013/479; openbaarmaking van foto van verdrachte van steekpartij). Hier is de *aard van de handeling en het daardoor getroffen belang* bepalend, ongeacht of de handeling heeft geresulteerd in objectievebare gevolgen voor de gezondheid. De – op dit punt begrijpelijkerwijs nog wat rudimentaire – parlementaire geschiedenis biedt aanknopingspunten voor deze interpretatiewijze: naast lichamen letsel werden ook ‘ernstige psychische storingen’ als persoonsaantasting gesuggereerd (PG Boek 6, p. 387) en naast schending van eer en goede naam werd ook schending van de *privacy* als mogelijke persoonsaantasting genoemd (PG Boek 6, p. 379-380). Ook de verder tijdens de parlementaire behandeling genoemde voorbeelden (PG Boek 6, p. 371, 372 en 378: misdrijven tegen de persoon zoals schaking, willekeurige aanhouding en verkrachting) zijn in die tweede categorie te vatten.

7. Bezie men de rechtspraak van de Hoge Raad, dan zijn daarin dezelfde twee lijnen te ontwaren: naast lichamen letsel vormt ook objectievebaar geestelijk letsel een persoonsaantasting en naast schending van eer en goede naam kunnen ook ernstige schendingen van andere hoogwaardige persoonsbelangen worden aangemerkt als aantasting van de persoon. Het onderhavige arrest bevestigt deze stand van zaken en werkt de categorie van het tweede type gevallen (aantasting buiten fysiek en psychisch letsel) iets nader uit. Ik besteed hierna aandacht aan beide typen aantasting van de persoon ‘op andere wijze’: geestelijk letsel (hierna onder 8) en schending van – kort gezegd – fundamentele rechten (hierna onder 11), en aan hun verhouding (hierna onder 18).

*Geestelijk letsel als persoonsaantasting*

8. Volgens vaste rechtspraak vormt geestelijk letsel een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 onder b, slot, BW. Daartoe is onvoldoende dat sprake is van ‘meer of minder sterk psychisch onbehagen’ (HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/B.*) en HR 21 februari 1997, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*)). Dit sluit aan bij de bedoeling van de wetgever: psychische storingen, ‘mits deze ernstig genoeg zijn om van ‘aantasting’ van de persoon te spreken’, rechtvaardigen een aanspraak op smartengeld (EV I, PG

Boek 6, p. 387). Het is inderdaad passend om naast fysieke aantastingen van de gezondheid psychische gezondheidsaantastingen evenzeer als smartengeldwaardig te kwalificeren: zij kunnen een mens immers evenzeer invalideren. Zie voor een principiële gelijkshakeling van normstelling voor aansprakelijkheid voor fysieke en psychische gevolgen in het kader van art. 7:658 BW HR 11 maart 2005, *NJ* 2010/309, m.nt. T. Hartlief (*ABN AMRO/N.*), r.o. 4.1.2. 9.

Van geestelijk letsel is in ieder geval sprake wanneer een in de psychiatrie erkend ziektebeeld is vastgesteld (HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*)). De formule – hier in volgens mij niet relevant andere woorden herhaald in r.o. 4.2.1, tweede alinea – luidt: 'Degene die zich hierop beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel kan worden vastgesteld.' Dat is vaste rechtspraak. Dat blijkt overigens niet zozeer uit het arrest waarnaar de Hoge Raad hier verwijst (HR 23 januari 1998, *NJ* 1998/366 (*B./Fiom*)), als wel uit HR 9 mei 2003, *NJ* 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*B./Noord-Brabant*) en HR 19 december 2003, *NJ* 2004/348 (*J./Staat*). In de praktijk betekent dit dat het bestaan van geestelijk letsel zal moeten worden onderbouwd met psychiatrische of psychologische expertise, waarbij de in die disciplines gehanteerde classificatiesystemen voor diagnose (DSM-5 en ICD 11) als 'objectieve maatstaven' maatgevend zullen zijn. Daarbij moet worden aangetekend dat dergelijke classificatie-instrumenten niet zijn opgesteld voor juridische doeleinden, maar ten behoeve van diagnose met het oog op te kiezen behandelingsstrategieën. Dat neemt niet weg dat het gebruik van een wetenschappelijk aanvaard classificatiesysteem het inzicht vergroot en daarmee kan bijdragen aan de kwaliteit van juridische oordelen over psychisch (dis)functioneren. De bedenking dat niet alle classificaties in DSM-5 in de psychiatrie onomstreden zijn, is in ieder geval geen reden om een dergelijk wetenschappelijk breed gedragen classificatiesysteem voor juridische doeleinden te diskwalificeren.

10. De rechtspraak van de Hoge Raad illustreert de breedte van het terrein waarop aanspraak op smartengeld wegens geestelijk letsel wordt gemaakt: HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/B.*; geschil over belastingaanslag); HR 1 november 1996, *NJ* 1997/134 (hinder door kraaiende hanen); HR 2 mei 1997, *NJ* 1997/662, m.nt. J.M.M. Maeijer (*K./Rabobank*; zakelijk geschil); HR 23 januari 1998, *NJ* 1998/366 (*B./Fiom*; weigering tot opname in inrichting); HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/778 (*K./ABN AMRO*; zakelijk geschil); HR 9 mei 2003, *NJ* 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*B./Noord-Brabant*; zakelijk geschil); HR februari 2002, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*; confrontatie met schokkende gevolgen van ongeval). Met name de laatste categorie van gevallen heeft, in het bijzonder ter zake van vorderingen van bena-

deelde partijen in het strafproces, een hoge vlucht genomen. Zie HR 27 september 2016 (Strafkamer), *NJ* 2017/88, m.nt. S.D. Lindenberg.

#### *Persoonsaantasting buiten gezondheidsaantasting en belediging*

11. Met het onderhavige arrest bevestigt de Hoge Raad dat onder omstandigheden ook buiten lichamenlijk letsel, geestelijk letsel en schending van eer en goede naam sprake kan zijn van een aantasting van de persoon. Nadat hij de stand van het recht ten aanzien van geestelijk letsel als persoonsaantasting heeft weergegeven, overweegt hij (r.o. 4.3.1, derde alinea): '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 [...] onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 379 en p. 380).' Hij bedoelt dit uitdrukkelijk als uitleg van HR 22 juni 2012, *NJ* 2012/410 (*Blauw oog*), waarin hij overwoog (r.o. 3.5): 'Voor de toewijsbaarheid van een hierop [smartengeld buiten lichamenlijk letsel of schending van eer en goede naam, SDL] gerichte vordering is uitgangspunt dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt 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.' Ten opzichte van het *Blauw oog*-arrest valt op dat nu niet meer wordt gesproken van een 'uitgangspunt' (geestelijk letsel) en een 'uitzondering op dit uitgangspunt', maar van een nevenschikking: 'Daarnaast...'. Dat is beter, omdat de categorie 'aantasting van de persoon op andere wijze' niet bestaande uit geestelijk letsel, zoals hiervoor is beschreven, van een andere snit is. Anders dan bij lichamenlijk en geestelijk letsel zijn hier niet de objectievebare gevolgen voor de gezondheid beslissend, maar kunnen juist de aard en ernst van de normschending en de aard van het daardoor getroffen belang rechtvaardigen dat, ook zonder dat medisch objectievebare ernstige gevolgen zijn vastgesteld, een persoonsaantasting wordt aangenomen in de zin van art. 6:106 onder b (slot) BW.

12. Dat niet meer wordt gesproken van 'uitgangspunt' en 'uitzondering' betekent volgens mij niet dat nu een principiële ruimere koers is ingezet. Dat bevestigt de overweging (4.2.2) dat niet de enkele schending van een fundamenteel recht reeds als aantasting van de persoon op andere wijze geldt. Ik denk dat dat ook verstandig is, niet alleen tegen de achtergrond van het wettelijk stelsel (art. 6:95 lid 1 BW: alleen smartengeld als de wet daar recht op geeft), maar ook tegen die van de ons omringende landen. Het Duitse recht kent voor de toewijzing van smartengeld naast lichamenlijk letsel een forse drempel voor geestelijk letsel (art. 823 BGB: *Gesundheitsverletzung, mit Krankheitswert*, BGH 11 mei

1971, BGHZ 56, 163) en erkent daarbuiten alleen een recht op smartengeld bij ernstige aantastingen van het *allgemeine Persönlichkeitsrecht* (BGH 14 februari 1958, BGHZ 26, 349), beperkt tot 'erhebliche Beeinträchtigung der Persönlichkeitsphäre und schweres Verschulden' (BVerfGE 34, 286; in BVerfGE 54, 129 heet het 'oder schweres Verschulden'). Naar Engels recht geldt als uitgangspunt dat *mere mental or emotional distress*, anders dan *recognised psychiatric illness*, niet voor vergoeding in aanmerking komt, tenzij een bijzondere *tort* (denk aan *defamation*, *false imprisonment*, *tresspass to the person*) dit rechtvaardigt. Het Belgische en Franse recht zijn, in ieder geval in theorie, ruimhartiger omdat het in art. 1382 Cc, thans 1240 Cc, neergelegde begrip schade/*dommage* geen wettelijke beperkingen kent. De rechtspraak grenst de aansprakelijkheid in de praktijk niettemin af via het vereiste dat de schade 'persoonlijk' en 'voldoende zeker' moet zijn. De diepere grond voor deze algemene terughoudendheid is waarschijnlijk, behalve het probleem van afgrenzing en de wens om triviale claims te voorkomen, de gedachte dat psychisch onbehagen – als het op compensatie aankomt – een lagere prioriteit toekomt dan fysiek letsel en geestelijk letsel dat als aantasting van de gezondheid kan worden aangemerkt (vgl. de uitvoerige analyse van Mullany & Handford, *Tort liability for psychiatric damage*, Sydney: Thomson Law Book Co 2006, p. 80). De terughoudendheid wordt bovendien tot uitdrukking gebracht in de bescheiden omvang van de bedragen die, in de bijzondere gevallen waarin niettemin een aanspraak wordt aanvaard, plegen te worden toegevoerd (dezelfden, p. 81).

13. Wel is de nu gekozen formulering tamelijk open: 'de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde [kunnen] meebrengen dat van de in art. 6:106 lid 1, onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is'. De 'aard en ernst van de normschending' houdt naar de letter ervan geen beperking in, bijvoorbeeld tot schending van fundamentele rechten die hun achtergrond vinden in de Grondwet of in mensenrechtenverdragen. Toch brengt de aard van het te interpreteren begrip – aantasting van de *persoon* – mee dat het wel zal moeten gaan om normschendingen die op min of meer rechtstreekse wijze een nauw met de persoon(lijkheid) verbonden belang raken. Zo kan opzettelijke weigering door een verkoper om een beeldscherm te leveren weliswaar als ernstige normschending worden aangemerkt, maar zal zij zonder dat zij in geestelijk letsel resulteert niet als persoonsaantasting kwalificeren. Nadeel in de vorm van beperkt gemist genot komt overigens ook niet langs de weg van 'gemist onstoffelijk voordeel' voor vergoeding in aanmerking (HR 5 december 2008, NJ 2010/579, m.nt. Jac. Hijma (*Pollen/Linssen*)). Het ligt dus voor de hand dat het moet gaan om schendingen van een zekere ernst van normen die beogen fundamentele persoonsbelangen te beschermen. Dat blijkt ook uit de voorbeelden die de Hoge Raad

ter illustratie uit zijn eigen rechtspraak aanhaalt: ernstige aantasting van de persoonlijke levenssfeer door langdurige belegering van een woning door relschoppers, waarbij de in de woning aanwezigen ernstige spanningen hadden ondervonden omdat de politie niet tijdig had ingegrepen (HR 9 juli 2004, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Groninger oudejaarsrellen*)), en ernstige aantasting van het fundamentele recht van ouders om zelf te beschikken over hun eigen voorplanting, waardoor een zeer ernstig gehandicapt kind ter wereld kwam (HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*)). De voorbeelden laten overigens zien dat de *ernst* van de normschending (niet tijdig verschijnen van politie, nalaten van erfelijkheidsonderzoek) vooral kan zijn gelegen in de feitelijke 'primaire' gevolgen die eruit kunnen voortvloeien: belegering van een huis, geboorte van een gehandicapt kind.

14. Door niet reeds de enkele schending van een fundamenteel recht als persoonsaantasting aan te merken heeft de Hoge Raad gekozen voor een zekere afgrenzing 'aan de onderkant'. Anders gezegd: smartengeld is geen 'tarief' dat steeds kan worden geïnd bij iedere schending van enig fundamenteel recht. De hier berechte zaak laat dat zien: plaatsing van een gedetineerde onder een te streng regime is weliswaar schending van een norm die beoogt een zwaarwegend persoonsbelang (bewegingsvrijheid, persoonlijke levenssfeer) te beschermen, maar rechtvaardigt op zichzelf nog geen aanspraak op smartengeld. De uitspraak suggereert dat als de eiser de concrete gevolgen meer handen en voeten had gegeven, er wel sprake zou kunnen zijn geweest van een persoonsaantasting. Toch zullen die gevolgen volgens mij ook dan van een zekere ernst moeten zijn geweest. Dat blijkt ook uit de eitwerking van de voor deze categorie geldende eisen (r.o. 4.2.1): '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 liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen.' Deze gedachte spreekt aan: naarmate op grond van de aard en ernst van de normschending eerder aannemelijk is dat de benadeelde daardoor ernstig zal zijn getroffen, worden aan de onderbouwing van de concrete gevolgen minder hoge eisen gesteld. De 'stam' van deze categorie van persoonsaantastingen – schending van eer of goede naam – vormt daarvoor het schoolvoorbeeld: bij een serieuze belediging is smartengeld op zijn plaats, ook zonder dat de benadeelde adstrueert welke concrete gevolgen de belediging voor hem heeft gehad.

15. Hier ontvouwt zich een spectrum. Aan het ene uiteinde ervan bevinden zich gevallen waarin de aard van de gedraging of het type normschending zonder meer een aanspraak op smartengeld rechtvaardigt. Het door de wetgever uitdrukkelijk

erkende voorbeeld hiervan is het geval waarin de aansprakelijke het oogmerk had om ander nadeel dan vermogensschade toe te brengen (art. 6:106 onder a BW): een aanspraak op smartengeld bestaat dan zonder meer. Aan het andere uiteinde bevinden zich gevallen waarin een normschending, in beginsel ongeacht de aard en ernst ervan, leidt tot een objectieveerbare gezondheidsaantasting in de vorm van lichamelijk of geestelijk letsel. Daartussen bevindt zich een scala aan gevallen waarin het van de aard en ernst van de normschending, het daardoor getroffen belang en de ernst van de feitelijke gevolgen afhangt of kan worden gesproken van een aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 onder b BW. De genoemde gezichtspunten fungeren hier tot op zekere hoogte als communicerende vaten.

16. De gevallen waarin in de rechtspraak tot nu toe buiten lichamelijk en geestelijk letsel en belediging persoonsaantastingen zijn aangenomen laten zich doorgaans goed in dit spectrum plaatsen. Voorbeelden van ernstige normschendingen die direct hooggewaardeerde persoonsbelangen raken en daarom ook zonder objectieve onderbouwing van de feitelijke gevolgen een aanspraak op smartengeld rechtvaardigen, zijn seksueel misbruik, ongewenste intimiteiten, ontneming van bewegingsvrijheid door ontvoering, opzettelijke onttrekking van kinderen aan een omgangsregeling door ze te ontvoeren (Hof Arnhem 22 maart 2005, JA 2005/47), discriminatie. Met wat goede wil zijn langs deze weg ook de door het EHRM aangedreven standaardvergoeding wegens schending van het recht op behandelings van een rechtszaak binnen een redelijke termijn (HR 28 maart 2014, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen & W.D.H. Asser (*X/Gemeente De Bilt*)) in art. 6:106 BW in te passen. In die gevallen is doorgaans geen sprake van geestelijk letsel, hoewel feitelijke gevolgen niet te worden geestruerd, maar worden 'spanning en frustratie' verondersteld. Hier ziet men dat de aanvaarding van een aanspraak op smartengeld mede kan zijn ingegeven door de wens om hooggewaardeerde rechten die anders weerloos zouden zijn, kracht bij te zetten. Die gedachte is bekend uit het Duitse recht, waar een recht op smartengeld in bepaalde gevallen uitdrukkelijk wordt ingezet om een 'Lücke im Rechtsschutz' van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' te dichten. Zie in dit verband over erkenning van 'integriteitsschade' ter handhaving van *informed consent* in medische zaken, de conclusie van A-G Hartlief onder 3.11 met verdere verwijzingen. De opmerking van de Hoge Raad dat de enkele schending van een fundamenteel recht geen aanspraak op smartengeld constitueert, staat verdere verkenning van deze typen gevallen in de rechtspraak volgens mij niet in de weg. Het gekozen criterium ('aard en ernst van de normschending en van de gevolgen') laat daarvoor immers ruimte.

17. Interessant zijn natuurlijk de 'tussengevallen', gevallen waarin weliswaar sprake is van een normschending, maar het niet gaat om een rechtstreekse aantasting van hoogwaardige persoonsbe-

langen, terwijl de gevolgen ook niet de vorm aannemen van objectieveerbare fysieke of psychische gezondheidsschade. Een voorbeeld daarvan vormen volgens mij de – recent vooral in de literatuur veelvuldig opgevoerde – vorderingen ter zake van 'angst' (zie, met verwijzingen, de conclusie van A-G Hartlief onder 3.12). Onder omstandigheden – opzettelijke bedreiging met een wapen – kunnen dergelijke gevallen vallen onder of zodanig aanleunen tegen de uitdrukkelijk erkende gevallen van oogmerk (art. 6:106 onder a BW), dat een recht op smartengeld kan worden aanvaard zonder dat geobjectiveerde gezondheidsschade wordt geestruerd. In andere gevallen (blootstelling aan een gevaarlijke stof tijdens het werk) ben ik geneigd vast te houden aan het vereiste van het bestaan van in het concrete geval geobjectiveerd geestelijk letsel. Dat laat de mogelijkheid van het aanvaarden van lagere grenzen in coulanceregelingen buiten rechte ('chroom 6') natuurlijk onverlet. Een alternatief is dat – in de formulering van de Hoge Raad – onder omstandigheden uit de aard en ernst van de normschending het bestaan van gevolgen van een bepaalde ernst wordt afgeleid. Dat biedt dan de mogelijkheid om het aanvaarden van een persoonsaantasting te begrenzen tot gevallen waarin aannemelijk is dat de gebeurtenis bij een rationele persoon redelijkerwijs substantiële angst veroorzaakt. Keuze voor deze 'route' kan dan ook tot uitdrukking worden gebracht in de omvang van de vergoeding.

18. Dat brengt mij op een laatste punt: wat is de relevantie van het verschil in type persoonsaantasting voor de vaststelling van de omvang van het smartengeld? Die omvang moet worden vastgesteld 'naar billijkheid' (art. 6:106 BW), hetgeen alle ruimte biedt voor differentiatie. Het ligt in de rede om in de gevallen waarin de ernst van de gevolgen voor de gezondheid beslissend is voor het aannemen van een persoonsaantasting (lichamelijk letsel, geestelijk letsel), de omvang van de vergoeding te relateren aan de aard, de ernst en de duur van deze gevolgen (vgl. HR 17 november 2000, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (*D/Bouw*)). Zo vormt in gevallen van letsel de aard en ernst van het letsel, en niet bijvoorbeeld de aard en ernst van de normschending, het primaire aanknopingspunt voor gevalsvergelijking. Bij – kort gezegd – schending van fundamentele rechten ligt het evenwel veel meer voor de hand om de omvang van de vergoeding te relateren aan de aard en ernst van de normschending. Daarbij gaat het immers veeleer om *veronderstelde* gevolgen. Dat laat, afhankelijk van het type geval, ook vrij goed tarifiering (categoriebedragen) van bedragen toe: bij massale inbreuk op de persoonlijke levenssfeer door een datalek van belangrijke privégegevens ligt het voor de hand om aan alle benadeelden eenzelfde bedrag toe te wijzen. Hybride gevallen zijn er natuurlijk ook: in gevallen van seksueel misbruik – ernstige rechtstreekse schending van een hoogwaardig persoonsbelang waarbij in de praktijk ernstige gevolgen vaak worden verondersteld – wordt de omvang van het smartengeld veelal vastgesteld aan de hand van de aard en ernst van het misbruik, maar

kunnen de feitelijke gevolgen ervan (ernst van het eventueel aanwezige geestelijk letsel) in het concrete geval aanleiding geven voor differentiatie.

#### Slot

19. Al met al verdient de door de Hoge Raad in dit arrest gekozen interpretatiewijze van het begrip persoonsaantasting 'op andere wijze' in art. 6:106 onder b BW instemming: zij biedt een stevige, maar tevens flexibele basis voor verdere rechtsontwikkeling. Die is aan de in Nederland op dit gebied door gaans prudente feitenrechter – toetsing van de door de Hoge Raad aangereikte criteria is immers in hoge mate met de feiten verweven – wel toevertrouwd. En waar die uit de spreekwoordelijke bocht vliegt, houdt de Hoge Raad controle via toetsing van de begrijpelijkheid van de motivering. Zo wordt de strafrechter, die zich steeds vaker buigt over vorderingen van benadeelde partijen en daarbij soms wel erg ruimhartig is in de interpretatie van art. 6:106, soms bijgestuurd. Vgl. HR 20 december 2016 (Strafkamer), ECLI:NL:HR:2016:2923; toewijzing van smartengeld aan benadeelde partij wegens geldopname met gestolen pinpas verdient heroverweging.

S.D. Lindenbergh

### NJ 2019/163

#### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

12 april 2019, nr. 18/03942

(Mrs. E.J. Numann, G. Snijders, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff; A-G mr. M.H. Wissink) met redactionele aantekening

Art. 392, 393 lid 9 Rv

RvdW 2019/491

ECLI:NL:HR:2019:591

ECLI:NL:PHR:2019:332

#### Prejudiciële beslissing op voet art. 392 Rv. HR ziet af van beantwoording.

*De procedure waarin de rechtbank prejudiciële vragen heeft gesteld, wordt op verzoek van partijen doorgehaald nadat tussen hen een schikking tot stand is gekomen. Omdat de vragen gelijklopend zijn aan de vragen die de rechtbank in de zaak 18/03941 heeft gesteld, en eventuele verschillen tussen de aan de zaken ten grondslag liggende feiten voor de beantwoording van de vragen niet van belang zijn, ziet de Hoge Raad in de onderhavige zaak af van beantwoording van de vragen.*

[Cliënt], eiser in eerste aanleg, adv. in de prejudiciële procedure: mr. T. van Malssen, tegen

Coöperatieve Rabobank U.A., te Amsterdam, verweerster in eerste aanleg, adv. in de prejudiciële procedure: mr. F.E. Vermeulen en mr. B.F.L.M. Schim.

### Rechtbank (tussenarrest 30 mei 2018):

#### 4. De beoordeling

4.1. De rechtbank laat het verjaringsverweer voor wat het is (mede omdat [Cliënt] betwist dat de eigenschappen waarover hij stelt te hebben gedwaald alle voldoende kenbaar waren uit de door Rabobank aan hem ter beschikking gestelde documentatie) en ziet aanleiding eerst de meest vergaande stelling van [Cliënt], te weten dat hij bij het aangaan van de renteswaps heeft gedwaald in de zin van artikel 6:228 BW, te behandelen, omdat [Cliënt] stelt dat hij op grond van dwaling de renteswap bij brief van 20 juli 2015 buitengerechtelijk heeft vernietigd. Aan de orde is derhalve de vraag of [Cliënt] heeft gedwaald bij het aangaan van de renteswap.

4.2. De rechtbank ziet aanleiding eerst de twee laatste in 3.3 genoemde dwalingsgronden te bespreken. [Cliënt] heeft gesteld dat Rabobank bij haar advisering aan [Cliënt] ten onrechte het angstbeeld heeft gecreëerd dat Euribor-rente zou gaan stijgen. De analisten van Rabobank hebben in september 2007 echter al aangegeven dat Euribor-rente zou gaan dalen in plaats van stijgen, aldus [Cliënt]. Naar het oordeel van de rechtbank mist deze stelling feitelijke grondslag. Uit het door [Cliënt] overgelegde overzicht van het verloop van Euribor-rente in 2007 en 2008 blijkt dat van een (substantiële) daling van Euribor in deze periode geen sprake is geweest. In december 2007 en in oktober 2008 was de Euribor zelfs hoger dan in oktober 2007, de maand waarin [Cliënt] de renteswap heeft afgesloten.

4.3. In aanvulling hierop wordt het volgende overwogen. Met de renteswap beoogde [Cliënt] zijn renterisico af te dekken voor een periode van 15 jaar. Zoals ter comparitie namens Rabobank is betoogd, is bij het afdekken van het renterisico voor de lange termijn niet de verwachting voor de korte termijn doorslaggevend, maar die voor de lange termijn. Het door [Cliënt] overgelegde overzicht maakt geen melding van een verwachting met betrekking tot de rentetarieven vanaf 2008. Dat Rabobank in september/oktober 2007 verwachtte dat de 3-maands Euribor ook in de periode vanaf 2008 tot 2022 zou dalen kan daaruit niet worden afgeleid. Nu [Cliënt] zijn stelling dat Rabobank verwachtte dat de voor hem in 2007 bij het afsluiten van de renteswap relevante rentetarieven ook op de langere termijn zouden dalen niet met andere bewijsstukken heeft onderbouwd, stranden de daarop gegronde vorderingen.

4.4. [Cliënt] heeft voor het eerst ter comparitie gesteld dat er gedurende ruim een half jaar (voor een deel) een "overhedge" is geweest. Het bouwdepot is immers in delen uitbetaald, waarbij pas op 1 juli 2008 het niveau van Lening II is bereikt, aldus [Cliënt]. Naar het oordeel van de rechtbank kan deze stelling evenmin leiden tot vernietiging van de renteswap op grond van dwaling. [Cliënt] heeft immers nagelaten feitelijk en concreet te stellen, dat indien hij hiervan op de hoogte was geweest, hij de renteswap niet had gesloten.