

Schadevergoeding op grond van de AVG: ter compensatie en/of handhaving?

NTBR 2022/9

1. Inleiding

Het recht op bescherming van persoonsgegevens is een grondrecht.² De Algemene verordening gegevensbescherming (AVG)³ regelt de voorwaarden waaronder persoonsgegevens mogen worden verwerkt, de rechten van degenen wier gegevens verwerkt worden en de verplichtingen van degenen die de gegevens verwerken of daarvoor verantwoordelijk zijn. Persoonsgegevens worden door de AVG ruim gedefinieerd als *alle* informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon.⁴ Ongetwijfeld om de effectiviteit van deze regels te bevorderen, is een belangrijk deel van de AVG gewijd aan het toezicht op de naleving daarvan door onafhankelijke nationale toezichthoudende instanties;⁵ in Nederland de Autoriteit Persoonsgegevens. Verder geeft de AVG in art. 82 lid 1 een recht op schadevergoeding aan eenieder die materiële of immateriële schade heeft geleden ten gevolge van een inbreuk op de AVG. Deze bijdrage gaat over de aard van dit recht op schadevergoeding: is hiermee louter een recht op compensatie van daadwerkelijk geleden schade gegeven, of dient vanuit handhavingsoogpunt ook schadevergoeding te worden betaald wanneer een inbreuk op de AVG niet tot concreet nadeel heeft geleid? Het antwoord op deze vraag is van wezenlijk belang. In allerlei gevallen zal namelijk een inbreuk op de AVG niet tot materiële of immateriële schade van betekenis leiden. Er is dan niets om te compenseren. Niettemin zou men kunnen menen dat toch schadevergoeding dient te worden betaald, om zo de regels in de AVG ten aanzien van het grondrecht van bescherming van persoonsgegevens ‘tanden te geven’ en de naleving van de verordening verder

te bevorderen. Temeer wellicht vanwege de berichten in de media dat de Autoriteit Persoonsgegevens kampt met een tekort aan middelen, waardoor sprake zou zijn van ‘enorme achterstanden’⁶ en er daarnaast bij de handhaving afhankelijkheid kan bestaan van niet steeds voldoende geëquipeerde en daadkrachtige toezichthouders in andere lidstaten.⁷ Voorbeelden van (massale) inbreuken op de AVG zonder dadelijk aanwijsbare schade zijn er te over. Is er schade als onrechtmatig geboortedata van talloze jonge kinderen worden opgeslagen en gedeeld? Of wanneer onrechtmatig locatiegegevens worden opgeslagen en geanalyseerd? Of als een profiel wordt gecreëerd op basis waarvan specifieke advertenties kunnen worden getoond? Of wanneer bij bron- en contactonderzoek ter beteugeling van de verspreiding van het coronavirus (medische) persoonsgegevens te eenvoudig en voor te veel mensen toegankelijk zijn?

Inmiddels zijn er diverse auteurs die het belang van private handhaving van de AVG benadrukken en daarbij met het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG méér willen dan alleen veroorzaakt nadeel compenseren.⁸ Tjong Tjin Tai heeft geschreven dat het Unierecht duidelijk meer gericht is op handhaving en daardoor sterker geïnteresseerd is in punitieve elementen. Wat hem betreft ligt voor de hand dat, gelet op de doeltreffendheid en de afschrikkende werking, moet worden gezocht naar manieren om bij een inbreuk op de AVG tot een hogere schadevergoeding te komen dan waartoe de gebruikelijke maatstaven zouden leiden.⁹

1 Citeerwijze: D.A. van der Kooij & J. van Kralingen, ‘Schadevergoeding op grond van de AVG: ter compensatie en/of handhaving?’, *NTBR* 2022/8, afl. 3. Diederik van der Kooij en Hans-Jan van Kralingen zijn beiden advocaat bij Houthoff te Amsterdam. De auteurs noch Houthoff zijn betrokken (geweest) bij de zaken over schadevergoeding op grond van de AVG die in dit artikel worden besproken.

2 Zie art. 8 lid 1 Handvest en art. 16 lid 1 VWEU en overweging 1 van de considerans van de AVG. Persoonsgegevens worden voorts beschermd als een onderdeel van de persoonlijke levenssfeer in de zin van art. 10 Grondwet en als onderdeel van het privéleven in de zin van art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR.

3 Verordening (EU) 2016/679 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens. Met de AVG is uitvoering gegeven aan art. 16 lid 2 VWEU. De AVG heeft Richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens vervangen. Deze richtlijn is door Nederland geïmplementeerd in de Wet bescherming persoonsgegevens (2001). De Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (2018) geeft op onderdelen een andere uitwerking aan de AVG.

4 Art. 4 sub (1) AVG. De term ‘identificeerbaar’ wordt daarbij ook ruim begrepen, zie nader art. 4 sub (1) AVG.

5 Zie art. 51 AVG t/m art. 67 AVG. Art. 16 lid 2 VWEU verplicht lidstaten overigens al tot het houden van dit toezicht.

6 Zie bijvoorbeeld het bericht in *Het Financieel Dagblad* van 12 maart 2021, <https://fd.nl/economie-politiek/1376994/autoriteit-persoonsgegevens-te-weinig-personeel-om-privacyklachten-af-te-handelen-nph1capquOLb> of het interview met de voorzitter van de AP (Wolfsen) in *Trouw* van 10 november 2020, <https://www.trouw.nl/binnenland/voorzitter-autoriteit-persoonsgegevens-de-achterstanden-zijn-zo-groot-dat-het-lachwekkend-is-bb44d7a8/> waarover deze krant vermeldt: “De achterstanden bij de privacywaakhond zijn zo groot dat het lachwekkend is zegt AP-voorzitter Aleid Wolfsen” en “De enorme achterstanden zijn volgens Wolfsen het gevolg van een tekort aan mankracht”. Op 21 december 2021 publiceerde de Nationale ombudsman een tamelijk kritisch rapport over het functioneren van de AP onder de titel ‘Voor een dichte deur, Een onderzoek naar hoe de Autoriteit Persoonsgegevens omgaat met ongenoegen van burgers over de behandeling van privacyklachten’.

7 Zie bijvoorbeeld voor de problematiek bij de Ierse toezichthouder het bericht in *de Volkskrant* van 13 september 2021, <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/hart-van-europese-privacywetgeving-verlamd-door-puinhoop-bij-ierse-toezichthouder-bd146e2c/>. Zie in dit verband echter HvJEU 15 juni 2021, C-645/19 (*Facebook*).

8 Vgl. naast de in de hoofdttekst genoemde auteurs ook S.D. Lindenberg, ‘Een kleine kroniek van het schadevergoedingsrecht’, *NTBR* 2020/30, p. 216 die schrijft over de “invulling van het schadebegrip in de AVG in het kader van privaatrechtelijke handhaving”. M.C. Samson, ‘Handhaving van het recht op bescherming van persoonsgegevens via het aansprakelijkheidsrecht’, *NTBR* 2021/2, p. 4 gaat ervan uit dat sprake dient te zijn van “effectieve civielrechtelijke handhaving van het recht op bescherming van persoonsgegevens”.

9 T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Een Europees schadebegrip’, *NTBR* 2018/5, p. 35-36. Zie over het Unierecht in het algemeen in eenzelfde zin ook S.D. Lindenberg, *Schadevergoeding algemeen, deel 1* (*Mon. BW B34*), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 21.

Walree heeft in zijn dissertatie betoogd dat, met het oog op de volle werking en doeltreffendheid van de AVG, de enkele schending van de AVG kan leiden tot een recht op schadevergoeding ook zonder dat de inbreuk concrete gevolgen had.¹⁰ Hartlief lijkt een dergelijke benadering aantrekkelijk te vinden¹¹ en Wolfsen – de voorzitter van de Autoriteit Persoonsgegevens – deelt deze opvattingen.¹²

In deze bijdrage komen wij tot andere conclusies. Naar ons oordeel is het recht op schadevergoeding zoals dat in art. 82 lid 1 AVG is neergelegd, gericht op de compensatie van daadwerkelijke schade, terwijl ook de nadere uitwerking van dit recht door het Nederlandse schadevergoedingsrecht meebrengt dat slechts schadevergoeding behoeft te worden betaald om concreet geleden nadeel te compenseren.¹³ In het navolgende bespreken wij eerst de ‘werkverdeling’ tussen het Unierecht en het nationale recht van de lidstaten bij de vormgeving van het recht op schadevergoeding (§ 2). Vervolgens bespreken wij de vormgeving van dit recht door de AVG (§ 3). De nadere vormgeving door het Nederlandse schadevergoedingsrecht komt daarna aan de orde (§ 4). Wij besluiten met een conclusie (§ 5).

2. De ‘werkverdeling’ tussen het Unierecht en het nationale recht bij de vormgeving van het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG

In welke mate wordt het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG vormgegeven door het Unierecht en in welke mate vindt deze vormgeving plaats door het nationale recht van de lidstaten? Twee principes strijden hier om voorrang. Vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is dat de eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel vereisen dat de bewoordingen van een bepaling van Unierecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Unie autonoom en uniform worden uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling.¹⁴ Het ligt voor de hand om deze regel ook toe te passen op art. 82 lid 1 AVG en dus aan de verschillende elementen van deze bepaling een autonome Unierechtelijke uitleg te geven.

Tegelijkertijd verwezenlijkt het Unierecht, en de daarin toegekende rechten, zich steeds door middel van het ‘voertuig’ van het nationale recht van de lidstaten.¹⁵ Vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is dat de lidstaten als uitgangspunt de regels geven ter zake van de remedies en procedures ter verwezenlijking van het Unierecht, met dien verstande dat de autonomie van de lidstaten op dit gebied wordt ingeperkt door de voorwaarden van gelijkwaardigheid (geen ongunstiger behandeling dan van soortgelijke vorderingen die uit het nationale recht volgen) en effectiviteit (de uitoefening van het Unierecht mag in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt).¹⁶ Omdat het Unierecht en de daarin toegekende rechten onderdeel zijn van de rechtsorden van de lidstaten,¹⁷ spreekt het doorgaans vrijwel vanzelf om de nationale regels ter zake van remedies en procedures ook op deze rechten toe te passen. Een expliciete verwijzing in de Unierechtelijke regeling naar deze nationale regels is niet nodig. Door voor remedies en procedures het nationale recht van de lidstaten te ‘gebruiken’, behoeft het Unierecht niet alles te regelen en blijft de eenheid van het nationale recht van de lidstaten behouden. Het komt ons daarbij voor dat het belang van uniformiteit van het Unierecht, dat nauw verbonden is met het functioneren van de interne markt, aanmerkelijk groter is waar het gaat om primaire rechten en verplichtingen dan waar het gaat om remedies en procedures. De AVG geeft, tot op zekere hoogte als uitzondering op dit systeem, naast primaire rechten en verplichtingen in verband met gegevensbescherming ook een recht op schadevergoeding. Ook dat recht zal echter onderworpen zijn aan het nationale recht van de lidstaten, bijvoorbeeld waar het gaat om de verjaring.

De enigszins netelige kwestie is nu in hoeverre het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG door het Unierecht wordt bepaald en op welk punt het nationale recht van de lidstaten de vormgeving van dit recht overneemt.¹⁸ De AVG verwijst bij het recht op schadevergoeding niet uitdrukkelijk naar het nationale recht. Niettemin maakt naar ons oordeel de aard van dit recht dat het lidstatelijke recht een belangrijke functie zal hebben bij de nadere vormgeving daarvan. Die aard doet gelet op het voorgaande namelijk al voor de hand liggen om de verdere nationale regels van het schadevergoedingsrecht toe te passen: het recht

10 T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 124, 144 en 145.

11 T. Hartlief, ‘(Smarten)geld zetten op de AVG?’, *NJB* 2021/39, p. 3241.

12 A. Wolfsen, ‘Een brief...!? En ‘(Smarten)geld zetten op de AVG?’, *NJB* 2021/41, p. 3406.

13 Vgl. E.F.D. Engelhard, ‘Immateriële schade als gevolg van data-inbreuken: het ondergeschoven kindje van de AVG’, *NTBR* 2019/30, p. 195, zij schrijft dat met de aanspraak op schadevergoeding “niet althans niet primair” beoogd is om naleving van gedragsregels te bevorderen.

14 HvJEG 18 januari 1984, C-327/82, ECLI:EU:C:1984:11 (*Ekro*), punt 11; HvJEG 19 september 2000, C-287/98, ECLI:EU:C:2000:468 (*Linster*), punt 43; HvJEG 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, (*Infopaq International*), punt 27; HvJEU 21 oktober 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620 (*Padawan*), punt 32.

15 L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht* (Mon. BW A30), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 6 en 83 e.v.

16 Deze standaardvoorwaarden is het Hof van Justitie gaan hanteren in HvJEG 16 december 1976, 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*). De inhoud van deze voorwaarden is niet steeds gelijk geweest, zie over deze ontwikkeling P. Craig & G. de Búrca, *EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 263 e.v. Het gaat bij de regels over remedies en procedures ook om nationaal recht van materiële aard, zie Asser/Hartkamp 3-1 2019, nr. 111 en zie ook P. Craig & G. de Búrca, *EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 282.

17 HvJEG 15 juli 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*), p. 1218. Zie voor de betekenis van dit arrest voor de toepassing en handhaving van het Unierecht ook P.J. Kuijper e.a. (red.), *The Law of the European Union*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2018, p. 413 e.v.

18 Zie meer in het algemeen over het soms lastig te maken onderscheid tussen ‘substantive Union law’ en ‘national procedural autonomy’ M. Dougan, ‘Remedies and Procedures for Enforcing Union Law’, in: P. Craig & G. de Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 435.

op schadevergoeding is immers onderdeel van de nationale rechtsordes waardoor het in beginsel beheerst zal worden door het nationale schadevergoedingsrecht. Ook maakt die aard een stevige rol van deze nationale regels vrijwel onontkoombaar. Een recht op schadevergoeding vereist namelijk een gecompliceerde regeling om steeds tot een redelijk resultaat te kunnen leiden. Om die reden is in ons burgerlijk wetboek in afdeling 6.1.10 de verplichting tot schadevergoeding gedetailleerd nader geregeld, met bijvoorbeeld regels over de toerekening van schade (art. 6:98 BW), voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) en eigen schuld (art. 6:101 BW). Ten aanzien van deze onderwerpen bevat de AVG geen regeling. Naar ons oordeel ligt het niet voor de hand dat art. 82 lid 1 AVG recht geeft op schadevergoeding, zonder dat daarbij een rol kan spelen of de schade in een zeer ver verwijderd verband staat met de inbreuk, de benadeelde door de inbreuk tevens voordelen heeft verkregen of de benadeelde aan zijn schade aanzienlijke eigen schuld heeft. Evenmin ligt het onzes inziens voor de hand om het Hof van Justitie regels over deze onderwerpen te laten ontwikkelen door interpretatie van de bewoordingen van art. 82 lid 1 AVG.¹⁹ Dat zou een langdurig proces zijn en tot aanzienlijke rechtsonzekerheid leiden, terwijl deze regels al door het lidstatelijke recht gegeven worden.

Op grond van het voorgaande is onze opvatting dat uit het Unierecht de contouren van het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG volgen. Deze contouren dienen te worden bepaald door interpretatie van de AVG. Wat met deze interpretatie mogelijk is, heeft zijn grenzen,²⁰ zij het dat deze grenzen niet op voorhand exact gegeven zijn. Binnen deze door interpretatie van de AVG te bepalen contouren, geeft vervolgens het nationale recht van de lidstaten het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG nader vorm, waarbij het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel gelden.

Eenzelfde enigszins gecompliceerde ‘werkverdeling’ tussen het Unierecht en het lidstatelijke recht valt overigens waar te nemen bij de andere uit het Unierecht voortvloeiende rechten op schadevergoeding, zoals het recht op schadevergoeding in het geval van de schending van het Unierecht door een lidstaat en in het geval van een inbreuk op het mededingingsrecht. Ook hier volgen uit het Unierecht bepaalde contouren van het recht op schadevergoeding. Zo geldt bijvoorbeeld dat de vergoeding van de door de schending van het Unierecht aan particulieren veroorzaakte schade adequaat dient te zijn ten opzichte van de geleden schade en ontoelaatbaar is om in het algemeen de voor vergoeding in aanmerking komende schade te beperken tot

de schade veroorzaakt aan bepaalde, in het bijzonder beschermde individuele goederen, met uitsluiting van de door de particulieren gederfde winst.²¹ De nadere invulling van deze contouren wordt vervolgens aan het nationale recht van de lidstaten overgelaten, waarbij het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel in acht dienen te worden genomen.²²

3. De Unierechtelijke contouren van het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG

3.1 Interpretatie van art. 82 lid 1 AVG

Art. 82 lid 1 AVG bepaalt: “[e]nieder die materiële of immateriële schade heeft geleden ten gevolge van een inbreuk op de verordening, heeft het recht om van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker vergoeding daarvan te ontvangen”.²³ Een aantal contouren van het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG volgt onmiddellijk uit de bewoordingen van de bepaling. Het recht komt toe aan eenieder die materiële of immateriële schade heeft geleden ten gevolge van een inbreuk op de verordening. Het gaat om vergoeding van die, materiële of immateriële,²⁴ schade. De schadevergoeding kan worden gevorderd van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker. Naar ons oordeel maken de bewoordingen van het artikellid op zichzelf al vrij duidelijk dat het gaat om compensatie van daadwerkelijk geleden schade.

In het licht van overweging 146 van de considerans van de AVG worden deze contouren nog duidelijker. Overwogen wordt: “De verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker moeten alle schade vergoeden die iemand kan lijden ten gevolge van een verwerking die inbreuk maakt op deze verordening.”²⁵ Tevens wordt overwogen: de betrokkenen dienen “volledige en daadwerkelijke vergoeding van door hen geleden schade” te ontvangen. Ook deze overwegingen staan duidelijk in het teken van volledige compensatie van toegebracht nadeel. Verder wordt overwogen dat het begrip

19 In ons eigen recht zijn de gedetailleerde regels van het schadevergoedingsrecht, zoals tegenwoordig in afdeling 6.1.10 BW neergelegd, voor een belangrijk deel ontwikkeld in de jurisprudentie, waarbij algemene grondslagen van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid nader werden uitgelegd. Zie daarover bijvoorbeeld D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 32 e.v.

20 Vgl. in het algemeen hierover reeds A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 122.

21 HvJEG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du pêcheur*), punt 87; HvJEG 8 maart 2001, C-397/98 en C-410/98, ECLI:EU:C:2001:134 (*Metallgesellschaft*), punt 91; HvJEG 17 april 2007, C-470/03, ECLI:EU:C:2007:213 (*A.G.M.-COS.MET*), punt 95.

22 Zie voor lidstaataansprakelijkheid onder meer HvJEG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du pêcheur*), punt 83 en voor aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het mededingingsrecht onder meer HvJEG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), punt 26, waarbij overigens geldt dat Richtlijn 2014/104/EU het nationale recht van de lidstaten ten aanzien van schadevergoedingsvorderingen wegens schending van het mededingingsrecht verder harmoniseert.

23 In de leden 2 t/m 6 van art. 82 AVG worden bijzonderheden geregeld die hier verder niet van belang zijn.

24 In de jurisprudentie over aansprakelijkheid van de Unie op grond van art. 340 VWEU heeft het Hof van Justitie overigens bij herhaling geoordeeld dat de schade, in het bijzonder immateriële schade, “reëel en zeker” dient te zijn, zie HvJEU 4 april 2017, C-337/15, ECLI:EU:C:2017:256 (*Europese Ombudsman/Staeten*), punt 91 en 127 en de daar aangehaalde rechtspraak. Niet geheel zeker is of deze regel zonder meer kan worden toegepast bij art. 82 lid 1 AVG. De regel is echter erg basaal en geeft zeer weinig houvast.

25 Opvallend is overigens dat deze overweging ziet op de situatie waarin iemand schade lijdt “ten gevolge van een verwerking” die inbreuk maakt op de verordening, terwijl art. 82 lid 1 AVG een ruimer toepassingsbereik lijkt te hebben nu het in deze bepaling gaat om een inbreuk op de verordening.

schade “ruim” dient te worden uitgelegd “in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie, op een wijze die ten volle recht doet aan de doelstellingen van deze verordening”. Om welke rechtspraak van het Hof van Justitie het precies gaat, wordt niet vermeld. De doelstellingen van de AVG, waaraan in de overweging eveneens wordt gerefereerd, zijn het waarborgen van het fundamentele recht op gegevensbescherming en het garanderen van het vrije verkeer van persoonsgegevens tussen lidstaten.²⁶ De overweging dat het begrip schade ruim dient te worden uitgelegd, betekent naar ons oordeel vooral dat immateriële schade voor vergoeding in aanmerking dient te komen. In de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt het recht op schadevergoeding namelijk beschouwd als substituut van hetgeen door toekenning van het primaire Unierechtelijke recht aan de rechthebbende had moeten toekomen.²⁷ Hiervan uitgaande zal bij het recht op bescherming van persoonsgegevens de mogelijkheid moeten bestaan van vergoeding van immateriële schade, omdat rechten en verplichtingen van de AVG ook duidelijk immateriële belangen beogen te beschermen.²⁸ Dit lijkt in de overweging tot uitdrukking gebracht te worden. Daarbij valt te bedenken dat overweging 146 nog geen melding maakt van immateriële schade, maar art. 82 lid 1 AVG vervolgens wel uitdrukkelijk aanspraak geeft op vergoeding daarvan. Verder kan in de overweging dat het begrip schade ruim dient te worden uitgelegd ook gelezen worden dat “geen enkel aspect [van de schade] buiten beschouwing”²⁹ mag blijven en dus de volledige schade daadwerkelijk dient te worden vergoed.

Voorts blijkt ook uit de systematiek van de AVG dat het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG bedoeld is ter compensatie van daadwerkelijke schade en niet als verdergaande handhavende sanctie. Naast het recht op schadevergoeding regelt de AVG, als sluitstuk van de uitvoerige regeling van het toezicht op de naleving van de AVG, in art. 83 AVG de voorwaarden voor het opleggen van administratieve boetes door de toezichthoudende autoriteit. Verder bepaalt art. 84 AVG dat de lidstaten de regels vaststellen inzake andere sancties die van toepassing zijn op inbreuken op deze verordening.³⁰ Van belang is nu dat in art. 83 en 84 AVG de standaard Unierechtelijke

sanctieterminologie³¹ wordt gebruikt: de administratieve geldboetes en de overige sancties dienen “doeltreffend, evenredig en afschrikkend” te zijn. Dergelijke terminologie wordt niet gebruikt in het kader van de schadevergoedingsaanspraak van art. 82 lid 1 AVG. Daaruit volgt naar ons oordeel dat het recht op schadevergoeding bedoeld is om nadeel van slachtoffers te compenseren en niet om verwerkers of verwerkingsverantwoordelijken af te schrikken van het overtreden van de AVG. Daarbij komt dat in overweging 148 in verband met de aanvullende sancties van art. 84 AVG, wordt vermeld: “Met het oog op een krachtiger handhaving van de regels van deze verordening dienen straffen, met inbegrip van administratieve geldboetes, te worden opgelegd voor elke inbreuk op de verordening, naast of in plaats van passende maatregelen die door de toezichthoudende autoriteiten ingevolge deze verordening worden opgelegd.” Als de Uniewetgever had gemeend dat ook het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG ter handhaving van de regels van de verordening diende, dan had naar ons oordeel voor de hand gelegen dat dit recht ook in deze overweging zou zijn genoemd.

3.2 Meer in het algemeen hebben Unierechtelijke rechten op schadevergoeding niet een punitieve strekking

Op grond van het voorgaande zijn wij, bij de huidige stand van de rechtspraak van het Hof van Justitie, van mening dat het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG compensatoir van aard is en er zonder concreet nadeel geen recht bestaat op schadevergoeding. Deze interpretatie past goed bij andere door het Unierecht gegeven aanspraken op schadevergoeding. Het Hof van Justitie heeft namelijk in diverse andere situaties waarin uit het Unierecht een recht op schadevergoeding volgt, geoordeeld dat als uitgangspunt op grond van het Unierecht geen punitieve schadevergoeding behoeft te worden betaald, en dat eerst anders wordt als het nationale recht in vergelijkbare situaties wél recht geeft op punitieve schadevergoeding. In een dergelijke situatie brengt namelijk het gelijkwaardigheidsbeginsel mee dat hetzelfde dient te gelden voor het Unierechtelijke recht op schadevergoeding. In *Brasserie du pêcheur*³² oordeelde het Hof van Justitie dit voor het recht op schadevergoeding in het geval van de schending van het Unierecht door een lidstaat. Onder verwijzing naar dit arrest, kwam het hof in *Manfredi*³³ tot eenzelfde oordeel voor aansprakelijkheid wegens inbreuk op het mededingingsrecht. In *Camacho*³⁴ gaf het Hof van Justitie, onder verwijzing naar *Manfredi*, dit oordeel voor de situatie van de schending van het beginsel van

26 Considerans AVG, overweging 3 en 9.

27 Zie paragraaf 3.2 hierna.

28 Analooch heeft het Hof van Justitie bij lidstaataansprakelijkheid vanwege de schending van het Unierecht en bij aansprakelijkheid wegens schending van het mededingingsrecht – welk type schendingen veelal zullen leiden tot winstderving – geoordeeld dat ook vergoeding van gedeelde winst aan de orde moet zijn, zie bijvoorbeeld HvJEG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du pêcheur*), punt 87 en HvJEG 13 juli 2006, C-295/04 t/m C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, NJ 2007/34, m.nt. M.R. Mok (*Manfredi*), punt 95, 96.

29 HvJEG 2 augustus 1993, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335 (*Marschall II*), punt 31.

30 In Nederland verbindt art. 17 UAVG ter uitvoering hiervan een bestuurlijke boete aan de overtreding van art. 10 AVG en art. 31 UAVG.

31 Zie daarover D. Chalmers, G. Davies & G. Monti, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, p. 214 en P. Graig & G. de Búrca, *EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 266. Zie ook: HvJEG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 & C-403/02, ECLI:EU:C:2018:295 (*Berlusconi e.a.*), HvJEU 27 maart 2014, C-565/12, ECLI:C:2014:190 (*LCL Le Crédit Lyonnais*); HvJEU 2 mei 2018, C-574/15, ECLI:C:2018:295 (*Scialdone*).

32 HvJEG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du pêcheur*), punt 89, 90.

33 HvJEG 13 juli 2006, C-295/04 t/m C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, NJ 2007/34, m.nt. M.R. Mok (*Manfredi*).

34 HvJEU 17 december 2015, C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 (*Camacho*), punt 43.

gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Deze lijn van het Hof van Justitie past naar ons oordeel goed bij de realiteit waarin bepaalde lidstaten van de Unie wel punitieve schadevergoeding kennen en andere lidstaten niet. Ook past deze lijn goed bij de fundering door het Hof van Justitie van het recht op schadevergoeding als substituut voor hetgeen door toekenning van een Unierechtelijk recht aan de rechtshabende had moeten toekomen.³⁵ Overigens kan hierbij nog worden bedacht dat in diverse wetgevingstrajecten van de Europese Unie het invoeren van punitieve elementen is voorgesteld (in verband met handhaving van IE-rechten, de naleving van aanbestedingsregels en het mededingingsrecht) maar dat steeds op aanzienlijke weerstand stuitte en tot vergaande aanpassingen van deze voorstellen leidde.³⁶ Eveneens kan bij het voorgaande worden bedacht dat in de considerans van de richtlijn representatieve vorderingen wordt overwogen dat om misbruik van representatieve vorderingen te voorkomen, punitieve schadevergoeding moet worden vermeden.³⁷

3.3 De aan het Unierecht en de AVG ontleende argumenten voor handhavende schadevergoeding overtuigen niet

De argumenten die in de literatuur worden gegeven ten betoge dat het Unierecht méér dan compensatie zou verlangen, overtuigen naar ons oordeel niet. De opvatting van Tjong Tjin Tai dat het Unierecht duidelijk meer gericht is op handhaving en daardoor sterker geïnteresseerd is in punitieve elementen,³⁸ lijkt gebaseerd te zijn op achterhaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie over de sanctivering van de schending van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Het Hof van Justitie heeft op dit terrein aanvankelijk in diverse arresten verlangd dat de door lidstaten op te leggen sanctie bij discriminatie een “echt afschrikkende werking”³⁹ of een “reële afschrikkende werking”⁴⁰ dient te hebben. In de Nederlandse literatuur over schadevergoeding vanwege de schending van persoonlijkheidsrechten wordt regelmatig op deze rechtspraak gewezen en benadrukt dat het Hof van Justitie ‘afschrikkende’

schadevergoeding verlangt.⁴¹ In het recentere *Camacho* heeft het Hof van Justitie echter verduidelijkt dat “de beoogde reële afschrikkende werking niet impliceerde dat aan een persoon die schade leed als gevolg van discriminatie op grond van geslacht, een punitieve schadevergoeding werd toegekend die verder ging dan de volledige vergoeding van de daadwerkelijk geleden schade en neerkwam op een sanctie”.⁴² Wat ons betreft is hierom twijfelachtig of de opvatting van Tjong Tjin Tai dat gelet op de doeltreffendheid en de afschrikkende werking, moet worden gezocht naar manieren om bij de schending van de AVG tot een hogere schadevergoeding te komen dan waartoe de gebruikelijke maatstaven zouden leiden, nog wel een basis heeft in het Unierecht.

Ook Walree betoogt in zijn dissertatie dat met het oog op de volle werking en doeltreffendheid van de AVG, de enkele schending van de AVG kan leiden tot een recht op schadevergoeding ook zonder dat de inbreuk concrete gevolgen had.⁴³ Walree wijst er daartoe op dat volgens overweging 146 het schadebegrip dient te worden uitgelegd op een wijze die ten volle recht doet aan de doelstellingen van de verordening. Volgens Walree is een van die doelstellingen van de AVG de handhaving van deze verordening en zou aldus de handhavingsgedachte een rol moeten spelen bij de uitleg van het schadebegrip.⁴⁴ Naar ons oordeel zal bij vrijwel elke regeling bedoeld zijn dat deze gehandhaafd wordt. Dat de Uniewetgever ook deze bedoeling in overweging 146 op het oog heeft gehad en dat een bijzondere betekenis zou hebben voor de invulling van het schadebegrip, is wat ons betreft vanwege het generieke karakter van dit doel niet aannemelijk. Voor de hand zou in dat geval hebben gelegen dat de AVG ook ten aanzien van het recht op schadevergoeding had bepaald dat het “doeltreffend, evenredig en afschrikkend” dient te zijn. Bovendien zien wij niet in waarom op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens wat anders zou gelden dan bijvoorbeeld bij de aansprakelijkheid vanwege een inbreuk op het mededingingsrecht of een schending van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen: ook op deze terreinen is de handhaving van het Unierecht van belang, maar betekent dat niet dat de verplichting tot schadevergoeding méér inhoudt dan het daadwerkelijk veroorzaakte nadeel te compenseren.

35 Zie fraai HvJEG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du pêcheur*), punt 20 en vgl. ook HvJEG 2 augustus 1993, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335 (*Marschall II*), punt 24; HvJEG 11 oktober 2007, C-460/06, ECLI:EU:C:2007:601 (*Paquay*), punt 45 waar het Hof van Justitie oordeelt dat het doel van de schadevergoeding is “om die gelijkheid [van kansen, zonder discriminatie] te herstellen wanneer zij niet in acht is genomen”.

36 Zie daarover nader F. Wilman, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2015, p. 283, 284.

37 Richtlijn (EU) 2020/1828 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG, overweging 10.

38 T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Een Europees schadebegrip’, *NTBR* 2018/5, p. 35-36.

39 HvJEG 2 augustus 1993, C-271/91, ECLI:EU:C:1993:335 (*Marschall II*), punt 24.

40 HvJEG 22 april 1997, C-180/95, ECLI:EU:C:1997:208, *NJ* 1998/435 (*Draehmpaehl*), punt 25; HvJEG 11 oktober 2007, C-460/06, ECLI:EU:C:2007:601 (*Paquay*), punt 45; en HvJEU 17 december 2015, C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 (*Camacho*), punt 31.

41 W.H. van Boom, ‘Effectuerend handhaven in het privaatrecht’, *NJB* 2007/16, p. 982; T. Hartlief, ‘Handhaving met smartengeld’, *AV&S* 2008/34, § 6; S.D. Lindenbergh, ‘Schending en schade. Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht’, in: *Rechtseenheid en vermogensrecht* (BW-krant Jaarboek) 2005, p. 316; S.D. Lindenbergh, ‘Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten’, in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 86.

42 HvJEU 17 december 2015, C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831 (*Camacho*), punt 34.

43 T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 124, 144, 145.

44 T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 123-124.

Verder betoogt Walree dat uit overweging 75 en 85 van de considerans zou volgen dat het 'verlies van controle over persoonsgegevens' en de 'beperking van de rechten door de betrokkene' door de Uniewetgever als schade wordt gezien.⁴⁵ Deze overwegingen zijn echter niet gegeven in de context van een aanspraak op schadevergoeding.⁴⁶ In overweging 75 gaat het om de bij de verwerking van persoonsgegevens te nemen maatregelen en de in dat verband te beoordelen risico's van de persoonsgegevensverwerking. In overweging 85 gaat het om de verplichting van de verwerkingsverantwoordelijke om, zodra hij weet dat een inbreuk in verband met persoonsgegevens heeft plaatsgevonden, de toezichthoudende autoriteit daarvan in kennis te stellen. Om deze reden is reeds twijfelachtig of deze overwegingen van betekenis zijn voor de invulling van het schadebegrip van art. 82 lid 1 AVG. In ieder geval begrijpen wij deze overwegingen niet zodanig dat het 'verlies van controle over persoonsgegevens' of de 'beperking van de rechten door de betrokkene' gelden als schade. In overweging 75 staat dat persoonsgegevensverwerking "kan resulteren" in schade wanneer de betrokkenen hun rechten en vrijheden niet kunnen uitoefenen of worden verhinderd controle over hun persoonsgegevens uit te oefenen. Wij lezen daarin niet dat het verlies aan controle over persoonsgegevens zélf schade is. Enigszins anders ligt dit met overweging 85 die luidt: "Een inbreuk in verband met persoonsgegevens kan, wanneer dit probleem niet tijdig en op passende wijze wordt aangepakt, resulteren in lichamelijke, materiële of immateriële schade voor natuurlijke personen, zoals verlies van controle over hun persoonsgegevens of de beperking van hun rechten, discriminatie, identiteitsdiefstal of -fraude, financiële verliezen, ongeoorloofde ongedaanmaking van pseudonimisering, reputatieschade, verlies van vertrouwelijkheid van door het beroepsgeheim beschermde persoonsgegevens, of enig ander aanzienlijk economisch maatschappelijk nadeel voor de natuurlijke persoon in kwestie." Walree wijst er, op zichzelf terecht, op dat door het gebruik van de term 'zoals' het verlies van controle over persoonsgegevens als schade lijkt te worden aangemerkt. Onze indruk is echter dat deze overweging minder zuiver is geformuleerd. Ook zaken zoals "identiteitsdiefstal of -fraude", "ongedaanmaking van pseudonimisering" en "verlies van vertrouwelijkheid van door het beroepsgeheim beschermde persoonsgegevens" zouden, deze redenering volgend, reeds op zichzelf schade zijn, terwijl dit naar ons oordeel typisch zaken zijn die tot schade kunnen leiden maar die niet zelf al als schade zijn aan te merken. Juist door de van overweging 75 afwijkende formulering dringt zich bij ons de gedachte op dat overweging 85 niet zuiver is geformuleerd en dat niet bedoeld is het verlies van controle over persoonsgegevens op zichzelf als schade aan te merken. Hierbij is van betekenis dat deze overwegingen niet zijn gegeven ter uitwerking van

het schadebegrip waardoor het verschil in formulering voor de Uniewetgever minder relevant was.⁴⁷

3.4 Tussenconclusie

Op grond van het voorgaande zijn wij, bij de huidige stand van de rechtspraak van het Hof van Justitie, van mening dat het Unierechtelijke recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG compensatoir is bedoeld en de handhavingsgedachte geen rol speelt bij de vormgeving daarvan. Naar verwachting zal het Hof van Justitie zich overigens op afzienbare termijn uitlaten over de vragen of reeds de enkele inbreuk op de AVG als zodanig volstaat voor de toekenning van schadevergoeding, of bij de berekening van de schadevergoeding alleen de beginselen van effectiviteit en gelijkwaardigheid van toepassing zijn en of het aanbrengen van een zekere drempel bij de toekenning van de vergoeding van immateriële schade verenigbaar is met het Unierecht.⁴⁸

4. Nadere vormgeving van het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG door het Nederlandse recht

4.1 Aanhechting van het Nederlandse schadevergoedingsrecht op art. 82 lid 1 AVG

Het is echter niet het Unierecht maar het Nederlandse recht dat, binnen de door art. 82 lid 1 AVG gegeven contouren en onder toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel, het laatste woord heeft bij de verdere vormgeving van het recht op schadevergoeding. Deze in paragraaf 3.1 hiervoor besproken contouren zijn zo algemeen van aard dat het Nederlandse recht van een wezenlijke betekenis is om in een concrete situatie tot een concreet schadebedrag en een concrete schadevergoedingsverplichting te komen. Hoe geeft het Nederlandse recht nader vorm aan het Unierechtelijke recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG? Het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG en de verplichting die daarvan het spiegelbeeld vormt, zijn onderdeel van de Nederlandse rechtsorde. Onzes inziens ligt het voor de hand om deze verplichting aan te merken als een wettelijke verplichting tot schadevergoeding waarop afdeling 6.1.10 BW als uitgangspunt van toepassing is. Ook het gelijkwaardigheidsbeginsel verlangt in beginsel de toepassing van deze afdeling.

De toepasselijkheid van afdeling 6.1.10 BW brengt mee dat de bijzonderheden die het Nederlandse schadevergoedingsrecht biedt, zoals de mogelijkheid van art. 6:104 BW om schade te begroten op de door de normschender

45 T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 124.

46 Ook E.F.D. Engelhard, 'Immateriële schade als gevolg van data-inbreuken: het ondergeschoven kindje van de AVG', *NTBR 2019/30*, p. 193 wijst daarop, en door Walree wordt dit overigens onderkend (p. 122).

47 Rechtbank Noord-Nederland oordeelde onzes inziens terecht dat het verlies van controle nog geen schade oplevert, maar dat dit verlies tot negatieve gevolgen moet hebben geleid voordat een aanspraak op schadevergoeding ontstaat. Zie Rb. Noord-Nederland 15 januari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:247 (X/NDC Mediagroep), rov. 4.107. Het Engelse Supreme Court kwam in de uitspraak van 10 november 2021 (*Google/Lloyd*), zij het ter zake van de Richtlijn 95/46/EG, tot hetzelfde oordeel.

48 Een tweetal prejudiciële procedures is bij het Hof van Justitie aanhangig onder de zaaknummers C-300/21 en C-340/21.

gemaakte winst⁴⁹ en de mogelijkheid om de schade te begroten op de waarde van een gemiste kans,⁵⁰ ook toegepast kunnen worden bij het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG. Indien vermogensschade ten gevolge van een inbreuk op de AVG ontstaat, lijkt de toepassing van het Nederlandse schadevergoedingsrecht niet tot moeilijkheden te leiden en gaat het in beginsel om het compenseren van concreet geleden nadeel.⁵¹ Nadere aandacht behoeft wel de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade. De rechten en verplichtingen van de AVG beogen, als gezegd, namelijk ook duidelijk immateriële belangen te beschermen. Juist door het toekennen van smartengeld zou bovendien het recht op schadevergoeding handhavend kunnen worden ingezet.

4.2 Vergoeding van ‘ander nadeel’ en de ‘aantasting in de persoon op andere wijze’

Uit art. 6:95 lid 1 BW volgt dat ‘ander nadeel’ dan vermogensschade slechts vergoed behoeft te worden indien daarvoor een ‘nadere’⁵² wettelijke grondslag bestaat.⁵³ Een algemene en de in ons schadevergoedingsrecht ook belangrijkste nadere wettelijke grondslag voor de vergoeding van ander nadeel wordt gegeven door art. 6:106 BW.⁵⁴ Deze bepaling specificeert niet welk ander nadeel dient te worden vergoed, maar bepaalt in welke situaties de benadeelde recht heeft op een naar billijkheid vast te stellen vergoeding van dit nadeel. Centraal in deze bepaling staat de persoonsaantasting. Art. 6:106 onder b BW noemt drie typen: lichamelijk letsel, geschaad zijn in de eer of goede naam, en de aantasting in de persoon op andere wijze. Het laatste type persoonsaantasting, de aantasting in de persoon op andere wijze, is hier vooral van belang. In de rechtspraak is deze categorie nader vormgegeven.

Al geruime tijd is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat, in aansluiting bij het in de wet genoemde lichamelijk

letsel, geestelijk letsel als aantasting in de persoon op andere wijze kan gelden.⁵⁵ Verder heeft de Hoge Raad in een aantal sterk uiteenlopende gevallen waarin een fundamenteel persoonlijkheidsrecht is geschonden, aanvaard dat sprake was van een aantasting in de persoon op andere wijze.⁵⁶ De Hoge Raad heeft in de arresten *Blauw oog*⁵⁷ en *EBI*⁵⁸ meer overkoepelende kaders gegeven. In het arrest *Blauw oog* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor de toewijsbaarheid van een vordering wegens aantasting in de persoon op andere wijze het “*uitgangspunt*” is dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat “*niet in alle gevallen [is] 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*”.⁵⁹ In het *EBI*-arrest veranderde de Hoge Raad de presentatie van een uitgangspunt met uitzonderingsgevallen in een nevenschikking van gevaltypen en is de Hoge Raad naast de *ernst* van de normschending en de gevolgen daarvan, ook de *aard* van de normschending en de gevolgen daarvan gaan noemen. De Hoge Raad oordeelde dat naast de situatie waarin de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen “*de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde*” mee kunnen brengen dat sprake is van een aantasting in zijn persoon op andere wijze.⁶⁰ Naar het oordeel van de Hoge Raad zal “*in beginsel*” 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, naar het oordeel van de Hoge Raad, 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.⁶¹ Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 onder b BW, is, zo oordeelde de Hoge Raad ten slotte, niet reeds

49 De Hoge Raad heeft in HR 18 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0893, NJ 2015/32, m.nt. T. Hartlief rov. 3.6 (*Doerga/Ymere*) over de toepassing van art. 6:104 BW geoordeeld dat “*niet noodzakelijk is dat concreet nadeel door de benadeelde wordt aangetoond; voldoende is dat de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is.*” Maar tevens: “*Aangezien de wijze van schadebegroting waarin art. 6:104 voorziet niet, ook niet mede, het karakter heeft van een punitieve maatregel (...) behoort de rechter bij de toepassing van dit voorschrift in zoverre terughoudendheid in acht te nemen dat, indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de schade in beginsel wordt begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst.*”

50 Zie over die mogelijkheid nader Asser/*Sieburgh 6-II* 2021, nr. 79 e.v.

51 Zie nader over soorten nadeel die als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen en de begroting van deze schade, D.A. van der Kooij, ‘*Wat is vermogensschade? Een overzicht van tien verschillende soorten nadeel*’, *RMThesis* 2021/4, p. 159–174.

52 Nader, omdat deze grondslag in het algemeen zal staan naast de grondslag voor aansprakelijkheid.

53 De vraag of art. 82 lid 1 AVG niet alleen de grondslag geeft voor de verplichting tot schadevergoeding, maar bovendien de door art. 6:95 lid 1 BW vereiste nadere grondslag kan vormen om ander nadeel voor vergoeding in aanmerking te laten komen, behandelen wij in paragraaf 4.7 hierna.

54 Diverse specifieke bepalingen, zowel in het Burgerlijk Wetboek als daarbuiten, geven zo’n vereiste nadere grondslag voor de vergoeding van ander nadeel, zie art. 6:107 lid 1 onder n BW, art. 108 lid 3 BW en art. 7:510 BW, en zie buiten het Burgerlijk Wetboek art. 89 Sv en art. 106 Vreemdelingenwet.

55 HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2551, NJ 1998/366, rov. 3.3, 3.4 (*B./FIOM*); HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*), rov. 5; HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, NJ 2012/410 (*Blauw oog*), rov. 3.5 en HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*), rov. 4.2.1.

56 Zie in verband met de persoonlijke levenssfeer: HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD003, NJ 1988/277, m.nt. L. Wichers Hoeth (*Naturistengids*); HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0393, NJ 1992/58 (*K./Staat*); HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oudejaarsrellen*); HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*).

57 HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, NJ 2012/410 (*Blauw oog*).

58 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*).

59 HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, NJ 2012/410 (*Blauw oog*), rov. 3.5.

60 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*), rov. 4.2.1.

61 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*), rov. 4.2.1. De Hoge Raad verwijst daarbij naar HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oudejaarsrellen*) en HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*).

sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.⁶²

4.3 Compensatie en/of handhaving?

In het *EBI*-arrest heeft de Hoge Raad naar ons oordeel de vergoeding van immateriële schade in het geval van een aantasting in de persoon op andere wijze stevig in de sleutel van de compensatie van nadeel geplaatst.⁶³ De significantie van deze uitspraak wordt met name duidelijk in het licht van de standpunten die in de literatuur waren ingenomen vóór deze uitspraak. Waar volgens de – inmiddels wat oudere – parlementaire geschiedenis de verplichting tot vergoeding van immateriële schade gericht is op het goedmaken van het ondergane leed en tevens op het bevredigen van het geschokte rechtsgevoel door het verlangen van een offering van de wederpartij,⁶⁴ is in de literatuur vooral sinds het proefschrift van Verheij⁶⁵ steeds sterker de opvatting naar voren gebracht dat het toekennen van smartengeld met name in het geval van de schending van fundamentele persoonlijkheidsrechten (ook) een handhavende functie heeft.⁶⁶ De probleemstelling is inmiddels klassiek: als een fundamenteel persoonlijkheidsrecht wordt geschonden, maar daardoor niet of nauwelijks schade voor de benadeelde ontstaat, dan lijkt het privaatrecht geen effectieve remedie te bieden. Het 'kwaad' is al geschied, waardoor een rechterlijk verbod of bevel weinig uithaalt. Schadevergoeding is niet of nauwelijks mogelijk. Een verklaring voor recht biedt weinig soelaas. Het fundamentele persoonlijkheidsrecht wordt dan 'zinloos'⁶⁷ of 'weerloos'⁶⁸ genoemd. Door het toekennen van smartengeld op de enkele grond dat een bepaalde (belangrijke) norm is geschonden, kan de dader, in de woorden van Hartlief, worden "ingescherpt dat een hoogwaardig belang geschonden is en dat dit niet had mogen gebeuren".⁶⁹

Met name Verheij,⁷⁰ Lindenbergh⁷¹ en Hartlief⁷² hebben, met de nodige onderlinge nuanceverschillen, een (meer) handhavende inzet van smartengeld bij de schending van fundamentele persoonlijkheidsrechten bepleit. Bovendien is meer in het algemeen, vooral door Van Boom, een meer instrumentele kijk op remedies bepleit, waarin beoordeeld wordt of de remedie bijdraagt aan de nakoming van de primaire rechten en verplichtingen.⁷³ Van Boom heeft betoogd dat de schadevergoedingsremedie tekort kan schieten in de vervulling van deze handhavende functie wanneer een norm-schendende gedraging niet tot schade leidt (of dat niet aangetoond kan worden) en heeft daarom het experimenteren met "post-facto incentive damages", een vorm van punitieve schadevergoeding, bepleit.⁷⁴

Dat de Hoge Raad in het *EBI*-arrest niet met deze betogen is meegegaan en ook bij immateriële schade aan het compensatoire paradigma vasthoudt, blijkt allereerst sprekend uit de beslissing in het concrete geval. De eiser tot cassatie was door de Staat bijna een jaar lang opgesloten geweest in een Extra Beveiligde Inrichting, en zo onderworpen geweest aan het meest zware gevangenisregime dat ons land kent, terwijl hij slechts aan een lichter 'GVM-regime'⁷⁵ onderworpen had mogen worden. Aldus stond vast dat inbreuk was gemaakt op zijn persoonlijke levenssfeer. Op die

62 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*), rov. 4.2.2. De Hoge Raad heeft het criterium van het *EBI*-arrest al in verschillende arresten herhaald en toegepast, zie HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, NJ 2019/379, m.nt. W.H. Vellinga (*Overzichtsarrest vordering benadeelde partij*) en HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024.

63 Zo ook, zij het niet met instemming, A.J. Verheij, 'EBI-arrest: een nieuwe koers', *NJB* 2020/12, p. 828.

64 *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 377 (TM). In HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2149, NJ 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (*Coma*), rov. 3.5 is geoordeeld dat het "geschokte rechtsgevoel" een rol zal spelen bij de bepaling naar billijkheid van de omvang van de vergoeding.

65 A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam, VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

66 Zie voetnoten 67 t/m 72 hierna.

67 Deze term gebruikt A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam, VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 464.

68 Deze term gebruikte Lindenbergh in zijn dissertatie, S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 152 en in verschillende latere publicaties. De opvatting dat deze 'weerloosheid' van (fundamentele) persoonlijkheidsrechten kan worden voorkomen door het toekennen van smartengeld vanwege de enkele schending van zo'n persoonlijkheidsrecht, komt vooral naar voren in S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 93-95.

69 T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008/34, § 10.

70 A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam, VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 445-448.

71 Lindenbergh benadrukt in zijn dissertatie sterk de compensatoire functie van smartengeld, zie S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 44-49. In opeenvolgende publicaties lijkt hij meer gewicht toe te zijn gaan geven aan een handhavende functie bij de inbreuk op fundamentele persoonlijkheidsrechten, zie S.D. Lindenbergh, 'Schending en schade, Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht', in: *Rechtseenheid en vermogensrecht* (BW-krant Jaarboek) 2005, p. 305-306; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 13-14; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam, VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 447-448; S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 93-95; en S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen?', *NTBR* 2019/20, p. 128.

72 T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008/34 en conclusie A-G T. Hartlief vóór HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*), § 4.23 waar Hartlief betoogde dat "aansprakelijkheidsrecht bij gebreke van (gevolg)schade eigenlijk 'tandeloos' is en als het ware gered wordt door het recht op smartengeld".

73 W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006; en W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007/16, p. 982-991 wijst daarbij specifiek ook op smartengeld bij aantasting van persoonlijkheidsrechten.

74 W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 35-37. W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007/16, p. 989 wijst daarbij specifiek ook op smartengeld bij aantasting van persoonlijkheidsrechten. Zie daarover ook T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR* 2008/6772, p. 772. Zie kritisch hierover J.S. Kortmann & C.H. Sieburgh, *Handhaving door Nederlands privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 257-261; J.S. Kortmann, *The tort law industry* (oratie Amsterdam, UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA, p. 20-23; K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw. Over autonomen denken en constitutionalisering van het schadevergoedingsrecht', *WPNR* 2017/7133, p. 45.

75 GVM staat voor Gedetineerden met een Vlucht- en/of Maatschappelijk risico.

grond werd aanspraak gemaakt op smartengeld ten belope van EUR 25,- per dag. Ondanks de langdurige inbreuk op een zwaarwegend recht, sanctioneerde de Hoge Raad, anders dan advocaat-generaal Hartlief adviseerde, de afwijzing door het hof van deze vordering op de grond dat concreet nadeel onvoldoende was gesteld. Uit deze beslissing volgt helder dat de Hoge Raad de immateriële schadevergoeding niet handhavend wil inzetten, althans niet wanneer dat zou meebrengen dat méér dan de geleden schade wordt vergoed. Voorts oordeelde de Hoge Raad met zoveel woorden dat de enkele schending van een fundamenteel recht nog niet maakt dat sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze. Ook deze overweging maakt duidelijk dat hij de vergoeding van immateriële schade niet zuiver handhavend wil inzetten. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze acht de Hoge Raad, naast de aard en de ernst van de normschending, ook de aard en de ernst van de gevolgen daarvan voor de benadeelde van belang. Die gevolgen dienen, naar zijn oordeel, als uitgangspunt door de benadeelde te worden onderbouwd.⁷⁶ De Hoge Raad heeft daarbij geoordeeld dat de aard en de ernst van de normschending kunnen meebrengen dat de nadelige gevolgen zo voor de hand liggen dat de aantasting in de persoon kan worden aangenomen. Hij wijst daarbij echter op een tweetal zaken, *Oudejaarsrellen*⁷⁷ en *Wrongful life*,⁷⁸ waarin het immateriële nadeel dat de normschending heeft veroorzaakt zich bij de vaststaande feiten zonder moeite laat invoelen.

4.4 Geen voldoende argumenten voor handhavende schadevergoeding

De compensatoire inslag van de aanspraak op immateriële schadevergoeding is naar ons oordeel ook terecht. Ten eerste is daarbij van belang dat het in afdeling 6.1.10 BW en in art. 6:95 BW en art. 6:106 BW gaat om een nadere uitwerking van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding. Deze gerichtheid op het vergoeden van schade verhoudt zich op zichzelf al minder goed met het aanvaarden van een zuiver handhavende schadevergoeding waarbij zonder dat schade is veroorzaakt toch schadevergoeding dient te worden betaald. Uit de parlementaire geschiedenis volgt daarbij bovendien dat de wetgever juist heeft

willen voorkomen dat de vergoeding van immateriële schade een straffend karakter krijgt: “[d]e goedmaking geschiedt niet door het opleggen van een maatregel van poenale aard, maar door het toekennen van een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding,⁷⁹ zoals de aanhef van het artikel uitdrukkelijk zegt”.⁸⁰ En: niet de bedoeling is dat de schadevergoeding “ontaardt in een privaatrechtelijke straf voor een gepleegde overtreding”.⁸¹ Dit alles maakt naar ons oordeel dat, hoewel vergoeding van immateriële schade zowel dient ter compensatie als genoegdoening, dergelijke schadevergoeding eerst zuiver handhavend ingezet kan worden als de grondslag voor de verplichting tot schadevergoeding daartoe zelf dwingt.

Ten tweede zou zuiver handhavende schadevergoeding ook minder goed passen in ons schadevergoedingsrecht. In ieder geval buiten het gebied van de immateriële schade is namelijk breed aanvaard dat als een normschendende gedraging niet tot schade heeft geleid, dader en ‘slachtoffer’ in zoverre geluk hebben gehad, de normschending zonder betekenis is geweest en geen schadevergoeding behoeft te worden betaald.⁸² Hiermee laat zich onzes inziens moeilijk rijmen om dan bij bepaalde normschendingen toch schadevergoeding toe te kennen vanwege het enkele feit dat een norm is geschonden. Ook zouden hierdoor niet eenvoudig op te lossen afgrenzingsproblemen ontstaan: waarom geeft de ene normschending op zichzelf wel recht op schadevergoeding en de andere normschending niet? Meer in het algemeen geldt bovendien dat het vormgeven van de schadevergoedingsremedie aan de hand van de handhavingsgedachte zich slecht verhoudt tot tal van leerstukken in het schadevergoedingsrecht. Ook als vaststaat dat een toerekenbare normschending schade heeft veroorzaakt, zijn er in ons recht namelijk tal van redenen die kunnen maken dat deze schade niet of niet geheel behoeft te worden vergoed. Het gaat om onder meer de relativiteit van de onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 1 en art. 6:163 BW) en van de wanprestatie (art. 6:74 BW),⁸³ de beperkingen aan de voor vergoeding in aanmerking komende materiële en immateriële schade (art. 6:95, 6:96 en 6:106 BW), het vereiste van toerekenbaarheid van schade (art. 6:98 BW), voordeels-toerekening (art. 6:100 BW), eigen schuld (art. 6:101 BW), het limitatieve stelsel van art. 6:107, 6:107a en 6:108 BW, en de matigingsregeling (art. 6:109 BW).⁸⁴ Deze leerstukken beperken de handhavende werking die van het privaatrecht

76 Naar het oordeel van de Hoge Raad kunnen “de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde” meebrengen dat sprake is van een aantasting van de benadeelde in zijn persoon op andere wijze, als bedoeld in art. 6:106 onder b BW. De vervolgzin dat degene die zich hierop beroept de aantasting met concrete gegevens zal moeten onderbouwen, lijkt ons ook betrekking te hebben op de aard en de ernst van de gevolgen van de normschending voor de benadeelde. Uit de bewoordingen volgt dat ook die gevolgen als uitgangspunt dienen te worden onderbouwd.

77 In HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:A07721, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oudejaarsrellen*) was de 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.

78 In HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213 (*Wrongful life*) bestond die aantasting in de ernstige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder waardoor zij niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen.

79 Het woord ‘schadevergoeding’ is cursief in het origineel.

80 *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 388 (EV I).

81 *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 371 (Vraagpunt 11).

82 Dat is immers de essentie van de vereisten van causaal verband en schade.

83 Met de relativiteit van de wanprestatie wordt hier bedoeld dat als uitgangspunt slechts de schuldeiser aanspraak heeft op schadevergoeding (net zoals bij de rechtsinbreuk, volgt de relativiteit van deze aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis dadelijk uit de relativiteit van het onderliggende recht) én bovendien aanmerkelijk lijkt dat in het kader van art. 6:98 BW geen schadevergoeding behoeft te worden betaald indien de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals geleden.

84 Alleen het eigenschuldleerstuk valt nog tot op zekere hoogte te rijmen met de handhavingsgedachte, omdat door de vermindering van schadevergoeding ook het laakbare gedrag van de benadeelde een voor hem nadelige consequentie krijgt.

uit zou kunnen gaan: soms blijft hierdoor een toerekenbare normschendende gedraging ongesanctioneerd, zelfs als deze gedraging wel tot schade heeft geleid. Deze constatering is van betekenis, omdat in de literatuur de situaties waarin ten gevolge van een toerekenbare normschending geen schade ontstaat worden geproblematiseerd, en voor die situaties wordt betoogd dat de schadevergoedingsremedie tekortschiet in haar vermeende handhavende functie. De hiervoor genoemde leerstukken laten echter zien dat de handhavingsgedachte op een veel breder front conflicteert met het geldende schadevergoedingsrecht. Om die reden volgt naar ons oordeel uit deze, breed aanvaarde, leerstukken dat voor zover handhaving al als doel van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan worden aangemerkt, dat doel steeds ondergeschikt is en zo nodig moet wijken voor het doel van het komen tot een redelijke compensatie van daadwerkelijk veroorzaakte schade.

Ten derde hebben wij ook geen overtuigende beleidsanalyse gezien waaruit volgt dat zuiver handhavende schadevergoeding wenselijk is. Zo'n beleidsanalyse zou waar het gaat om de bescherming van persoonsgegevens, naar ons oordeel enerzijds moeten aantonen dat zonder nadere handhavende maatregelen inderdaad sprake is van een weerloos of inhoudsloos recht op bescherming van persoonsgegevens en anderzijds dat het inzetten van de schadevergoedingsremedie buiten de compensatoire kaders de maatschappelijk wenselijke oplossing hiervoor is. Onze indruk is dat reeds het enkele feit dat het normenkader van de AVG bestaat, grote betekenis heeft gehad voor de wijze waarop in organisaties met persoonsgegevens wordt omgegaan.⁸⁵ Bovendien is er een toezichthoudende autoriteit met vergaande bevoegdheden die zeer forse boetes kan opleggen in geval van schending van de AVG. Inbreuken op de AVG zullen voorts in allerlei gevallen wél tot concrete nadelen leiden, waarvoor dan schadevergoeding dient te worden betaald. Vooralnog is dus wat ons betreft in ieder geval geen sprake van weerloze of inhoudsloze rechten. Ook als men zou menen dat deze rechten niettemin onvoldoende worden gehandhaafd, is de vraag of het privaatrecht wel de maatschappelijk wenselijke mogelijkheid tot nadere handhaving biedt.⁸⁶ Onze indruk is dat gerechtelijke procedures kostbaar zijn en lang kunnen duren, terwijl de rechterlijke macht niet direct om meer werk verlegen lijkt te zitten. Handhaving door middel van gespecialiseerde toezichthouders met opsporingsbevoegdheden en de bevoegdheid om (aanzienlijke) boetes op te leggen lijkt ons voorshands efficiënter en vanuit maatschappelijk oogpunt verkieslijk. Indien dit publieke toezicht tekort zou schieten, is dat wat ons betreft vooral reden om wat aan de bemiddeling van de toezichthouders te doen, in plaats van deze handhaving deels te privatiseren. Een pleidooi voor zuiver handhavende schadevergoeding

wordt onzes inziens pas overtuigend indien het tegendeel zou worden aangetoond.

4.5 Nadere interpretatie EBI-arrest: het belang van de gevolgen van de normschending

Hoe werkt de in het EBI-arrest gegeven formule uit voor de vaststelling of sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze en welke factoren zijn van belang voor de omvang van de schadevergoeding? Lindenbergh heeft de belangrijke vraag gesteld wat in de praktijk nog precies de rol is van de gevolgen van de normschending bij de beoordeling of sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze. Hij meent dat in vrijwel alle gevallen de aard en de ernst van de normschending beslissend zullen zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van zo'n persoonsaantasting.⁸⁷ In het verlengde daarvan betoogt hij dat het voor de hand ligt om de omvang van de schadevergoeding te relateren aan de aard en de ernst van de normschending.⁸⁸

Wij vragen ons af of de gevolgen van de normschending niet belangrijker zijn dan deze opvattingen lijken te impliceren. Eenzelfde normschending kan namelijk, vanwege verschillen in de overige omstandigheden van het geval, heel uiteenlopende gevolgen hebben en daardoor ook tot sterk uiteenlopend immaterieel nadeel leiden. Tot welk immaterieel nadeel de normschending in het concrete geval leidt, kan naar ons oordeel, allereerst, van beslissende betekenis zijn voor het wel of niet aanwezig zijn van een aantasting in de persoon op andere wijze, terwijl onzes inziens voorts dit immateriële nadeel centraal dient te staan bij de bepaling van de omvang van de schadevergoeding. Wij geven enkele voorbeelden ter verduidelijking. Illustratief is ten eerste de casus van het EBI-arrest. Ter onderbouwing van de aanspraak op vergoeding van immateriële schade van EUR 25,- per dag was door de eiser tot cassatie aangevoerd dat onder het strengere EBI-regime sprake was van beperkingen van de rechten op privacy en lichamelijke integriteit, waardoor gedetineerden op elk moment aan kleding en lichaam konden worden onderzocht.⁸⁹ Met deze stelling bleven de gevolgen van de normschending tamelijk abstract: het ging slechts om het toepasselijke regime en niet om wat concreet was voorgevallen. Als zou zijn aangevoerd en vastgesteld dat de eiser tot cassatie onder het strengere EBI-regime dagelijks ingrijpend aan het lichaam zou zijn onderzocht, dan had naar ons oordeel voor de hand gelegen om een aantasting in de persoon op andere wijze aan te nemen. Hetzelfde zou onzes inziens kunnen gelden indien hij zou hebben aangetoond dat de ruimere mogelijkheden tot fouilleren onder het EBI-regime vanwege zijn bijzondere eigenschappen, ervaringen of omstandigheden tot zeer sterke gevoelens van onbehagen hebben geleid. De concrete gevolgen van de normschending zijn hier dus wezenlijk voor de beoordeling of sprake is van een aantasting in de

85 Vgl. het position paper van F. Zuiderveen Borgesius voor een rondetafelgesprek van de Tweede Kamer op 19 november 2020 over 'Twee jaar toepassing van de AVG', te downloaden op https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2020A04637.

86 Zie daarover ook J.S. Kortmann, *The tort law industry* (oratie Amsterdam, UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2009, p. 20-23.

87 S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen?', *NTBR* 2019/20, p. 127-128.

88 Zie annotatie bij HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (EBI), § 18.

89 Zie rov. 10 van het hof.

persoon op andere wijze. Het belang van de gevolgen van de normschending blijkt ook uit andere zaken. In *Wrongful life*,⁹⁰ waarnaar de Hoge Raad in het *EBI*-arrest verwijst, was een verloskundige nalatig bij het uitvoeren van prenatale diagnostiek. Ten gevolge daarvan werd een kindje geboren met een chromosomale afwijking dat levenslang ernstig gehandicapt zal zijn. Zou echter de verloskundige precies dezelfde beroepsfout hebben gemaakt – geen nadere prenatale diagnostiek terwijl de omstandigheden daartoe wel aanleiding gaven⁹¹ – maar zou het kindje gezond en zonder chromosomale afwijking ter wereld zijn gekomen, dan ligt het naar ons oordeel niet voor de hand om aan te nemen dat de ouders in hun persoon zijn aangetast. Ook hier zijn het naar ons oordeel de gevolgen van de normschending geweest die maken dat een aantasting in de persoon kon worden aangenomen. Meer in de context van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer valt te wijzen op *K./Staat*.⁹² Politieagenten vertelden bij een onderzoek naar een woninginbraak aan een van de dochters van de bewoner van de woning waarin was ingebroken, dat de vriend van haar zus 'bekend was bij de politie ter zake van diefstal'. De dochter aan wie dit was verteld, gaf de informatie door aan haar vader, die daarop verlangde dat de zus de relatie met haar vriend zou verbreken, wat deze zus ook deed, met, naar de latere stellingen van de vriend, naast groot verdriet ook studievertraging van de vriend tot gevolg. Als de dochter echter de informatie niet zou hebben doorgegeven aan haar vader of als de vader anders zou hebben gereageerd, bijvoorbeeld omdat hij al met de informatie bekend was, of omdat de betrokkenheid van de vriend bij de eerdere diefstal beperkt was en inmiddels verder zonder betekenis werd geacht, dan is het wat ons betreft de vraag of dezelfde normschending van de politieagenten tot een aantasting in de persoon op andere wijze van de vriend zou hebben geleid.

Het voorgaande illustreert dat eenzelfde normschending, afhankelijk van de verdere omstandigheden van het geval, tot heel verschillende feitelijke gevolgen en mede daardoor tot sterk uiteenlopend immaterieel nadeel kan leiden en dat daarvan kan afhangen of sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze. Om die reden is het naar ons oordeel terecht dat de Hoge Raad de aard en de ernst van de gevolgen van de normschending voor de benadeelde, naast de aard en de ernst van de normschending, noemt als factor bij de beoordeling of sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze. Deze gevolgen zullen dus ook gesteld en onderbouwd moeten worden.

Het voorgaande maakt tevens duidelijk dat de overweging van de Hoge Raad dat 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, enigszins te beperkt is geformuleerd. In bijvoorbeeld *Wrongful life* kunnen de relevante nadelige gevolgen onzes inziens niet worden aangenomen vanwege de aard en de ernst van de normschending op zichzelf, maar op grond van het feit dat als gevolg van deze normschending een kindje werd geboren met een chromosomale afwijking dat levenslang ernstig gehandicapt zal zijn. Ook in *K./Staat* zijn wat ons betreft de feitelijke gevolgen van de normschending (de zus verbreekt op verzoek van haar vader de relatie met haar vriend) wezenlijk voor het aan te nemen immateriële nadeel. Wij gaan ervan uit dat de Hoge Raad, ondanks de wat beperkte formulering, heeft bedoeld dat de aard en de ernst van de normschending én de feitelijke gevolgen daarvan kunnen meebrengen dat de relevante nadelige gevolgen (het immateriële nadeel) voor de benadeelde zo voor de hand liggen dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen.

4.6 Omvang van de schadevergoeding: relevante factoren

De omvang van de schadevergoeding voor het toegebrachte immateriële nadeel dient op grond van art. 6:106 BW naar billijkheid te worden vastgesteld. Met deze regel zal uitwerking zijn gegeven aan het uitgangspunt in art. 6:97 BW dat de schade dient te worden begroot in overeenstemming met de aard ervan. Volgens de parlementaire geschiedenis dient bij de bepaling van de omvang van de schadevergoeding naar billijkheid rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.⁹³ Formeel is dat bij de begroting van vermogensschade niet anders.⁹⁴ Algemeen wordt aangenomen dat, omdat het gaat om schadebegroting, de omvang van het smartengeld primair dient te worden vastgesteld aan de hand van factoren die geacht moeten worden de omvang van het nadeel, dus van het leed of de vermindering in het welzijn, te bepalen.⁹⁵ Ook bij de persoonsaantasting op andere wijze door schending van een fundamenteel recht gaat het erom een beeld te vormen van het geleden nadeel.⁹⁶ Dat is ook in overeenstemming met de compensatoire inslag die de Hoge Raad in het *EBI*-arrest daaraan heeft gegeven. Het zou onzes inziens ongerijmd zijn om bij een enkele ernstige schending van een persoonlijkheidsrecht, in overeenstemming met dit arrest, geen aanspraak op schadevergoeding aan te nemen omdat geen concreet nadeel is geleden, en op het moment dat er wel enig concreet nadeel is geleden en sprake is van een aantasting in de persoon op

90 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*).
 91 De als gevolg van een chromosomale afwijking gehandicapte neef van een van de ouders.
 92 HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0393, NJ 1992/58 (*K./Staat*).

93 *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 377 (TM).
 94 Zie HR 5 december 2008, NJ 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*), rov. 3.3 en 3.4; HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208, NJ 2017/134, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Donata/New India Assurance*), rov. 3.3.3; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*X/NAM*), rov. 2.11.3; en HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:315, NJ 2020/247, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Liander/Aon*), rov. 3.1.
 95 *GS Schadevergoeding*, art. 6:106 BW, aant. 4.1 (S.D. Lindenbergh). Zie ook S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 232 en G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 140. In verband met de compensatiefunctie van smartengeld dient er 'evenredigheid' te bestaan tussen het bedrag van de vergoeding en de omvang van het nadeel, zie *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 377 (TM).
 96 *GS Schadevergoeding*, art. 6:106 BW, aant. 4.17 (S.D. Lindenbergh).

andere wijze, bij de omvang van het smartengeld niet dat nadeel maar de ernst van de normschending maatgevend te maken.

Wel geldt dat het leed of de vermindering van het welzijn bij de verschillende typen persoonsaantastingen doorgaans niet rechtstreeks wordt 'gemeten', maar de omvang daarvan indirect aan de hand van meer objectieve factoren wordt vastgesteld.⁹⁷ Zo pleegt men bijvoorbeeld bij lichamelijk letsel de aard en de ernst van het letsel primair bepalend te laten zijn voor de omvang van de vergoeding van de immateriële schade.⁹⁸ Hier speelt het verschijnsel dat de Hoge Raad ook in het *EBI*-arrest benoemt en bruikbaar acht: bij bepaalde feiten valt goed in te voelen wat de vermindering in welzijn en dus het daardoor te lijden immateriële nadeel zal zijn. Die feiten kunnen de aard en de ernst van letsel zijn maar evenzeer de aard en de ernst van de normschending. Voor zover de aard en de ernst van de normschending licht werpen op de omvang van de vermindering in welzijn ten gevolge van de normschending, kunnen deze factoren naar ons oordeel van betekenis zijn voor de omvang van de schadevergoeding.⁹⁹ Uit de in paragraaf 4.5 hiervoor besproken voorbeelden volgt echter dat er bepaald geen een-op-een-verband bestaat tussen de aard en de ernst van de normschending en het daardoor te lijden immateriële nadeel (een veel duidelijker verband zal doorgaans bestaan tussen de aard en de ernst van lichamelijk letsel en het daardoor te lijden immateriële nadeel). Naar ons oordeel zullen soms ook de feitelijke gevolgen van de normschending licht kunnen werpen op de omvang van het immateriële nadeel. Ook is denkbaar dat het immateriële nadeel zelf wordt gesteld en onderbouwd. Steeds gaat het er echter om dat een beeld wordt gevormd van de omvang van het door de schending van het persoonlijkheidsrecht toegebrachte immateriële nadeel. Voor de genoegdoeningsfunctie van smartengeld zien wij, voor zover zij anders is dan de compensatiefunctie,¹⁰⁰ niet dadelijk een rol bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding. Slechts in heel bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld het opzettelijk schenden van de norm of toebrengen van het immateriële nadeel, zou naar ons oordeel daardoor binnen het billijkheidskader tot een hogere schadevergoeding gekomen kunnen worden.

4.7 Toepassing op art. 82 lid 1 AVG

In het voorgaande bespreken wij wat het Nederlandse schadevergoedingsrecht bepaalt over de vergoeding van

immateriële schade bij een aantasting in de persoon op andere wijze. De toepassing van deze regels op het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG is echter niet geheel zonder complicaties. In de rechtspraak¹⁰¹ en literatuur¹⁰² is de dominante benadering om binnen het systeem van art. 6:106 BW te beoordelen of op grond van art. 82 lid 1 AVG aanspraak bestaat op vergoeding van immateriële schade.¹⁰³ De vraag rijst echter of art. 82 lid 1 AVG niet alleen de grondslag geeft voor de verplichting tot schadevergoeding, maar bovendien de door art. 6:95 lid 1 BW vereiste nadere grondslag kan vormen om ander nadeel voor vergoeding in aanmerking te laten komen.¹⁰⁴ Art. 82 lid 1 AVG bepaalt immers dat eenieder die immateriële schade heeft geleden ten gevolge van een inbreuk op die verordening het recht heeft om vergoeding daarvan te ontvangen. Een volgende complicatie is dat art. 6:106 BW niet het te vergoeden immateriële nadeel nader specificceert, maar de omstandigheden waarin dat nadeel vergoed dient te worden. Om die reden is niet op voorhand uitgesloten dat art. 6:106 BW in bepaalde omstandigheden in strijd komt met de contouren van het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG omdat geen sprake is van omstandigheden waarin volgens art. 6:106 BW immateriële schade vergoed dient te worden, maar art. 82 lid 1 AVG wel bepaalt dat immateriële schade vergoed dient te worden.

Zou men art. 82 lid 1 AVG als de door art. 6:95 BW verlangde nadere grondslag voor de verplichting tot vergoeding van ander nadeel zien, dan ligt onzes inziens voor de hand om de immateriële schade net als bij toepassing van art. 6:106 BW naar billijkheid te begroten. Een dergelijke begroting zal immers nog steeds het meest in overeenstemming met de aard van de schade zijn. Bij deze begroting zal de omvang van het immateriële nadeel als uitgangspunt maatgevend zijn en zal dat nadeel onderbouwd moeten worden. Ziet men art. 82 lid 1 AVG echter niet als de door art. 6:95 BW verlangde nadere grondslag, dan zal voor een aanspraak op vergoeding van immateriële schade doorgaans een aantasting in de persoon op andere wijze in de zin van art. 6:106 onder b BW nodig zijn. Of sprake is van een aantasting van

97 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 232 schrijft dat men bij de begroting van dit nadeel aangewezen is op een soort 'afgeleiden'.

98 *GS Schadevergoeding*, art. 6:106 BW, aant. 4.9.1 (S.D. Lindenbergh).

99 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 258 verdedigt dat de omvang van het smartengeld kan worden bepaald aan de hand van de aard en het gewicht van het geschonden belang, de wijze waarop de schending plaatsvond en de ernst van de gevolgen van de schending. Lindenbergh betoogt in zijn annotatie bij HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*), § 18 dat de omvang van de schadevergoeding bij inbreuken op fundamentele rechten kan worden gerelateerd aan de aard en ernst van de normschending.

100 Zie daarover nader: S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 44-49.

101 Rb. Overijssel 28 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1827 (*X/Deventer*), rov. 9; Rb. Amsterdam 2 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490 (*X/UWV*), rov. 18 (derde alinea); ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898 (*Pieter Baan Centrum*), rov. 31; ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:899 (*Deventer/X*), rov. 25-26; ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:900 (*X/Borsele*), rov. 38-39; ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:901 (*X/Harderwijk*), rov. 38-39 en Rb. Rotterdam 12 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6822, rov. 3.4.

102 T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van de persoonsgegevens* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 125; F.C. van der Jagt-Vink, 'Schadevergoeding onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming', *MvV* 2019, p. 288, 290; E.F.D. Engelhard, 'Immateriële schade als gevolg van data-inbreuken: het ondergeschoven kindje van de AVG', *NTBR* 2019/30, p. 196; M.C. Samson, 'Handhaving van het recht op bescherming van persoonsgegevens via het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2021/2, p. 9.

103 Alleen door de Rb. Noord-Nederland wordt de schadevergoeding niet (uitdrukkelijk) op art. 6:106 BW gebaseerd, maar anderzijds baseert zij de schadevergoeding ook niet op art. 6:95 BW jo. art. 82 AVG. Zie Rb. Noord-Nederland 15 januari 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:247 (*X/NDC Mediagroep*), rov. 4.105-4.106.

104 Aldus recent ook T. Hartlief, '(Smarten)geld zetten op de AVG?', *NJB* 2021/39, p. 3241.

de persoon op andere wijze zal, zoals hiervoor aan de orde kwam, afhangen van de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde. Teneinde de toepassing van art. 6:106 BW verenigbaar te houden met de AVG, ligt het onzes inziens voor de hand om bij een inbreuk op de AVG aan te nemen dat op het front van de aard en de ernst van de normschending voldoende is komen vast te staan en alleen van de aard en de ernst van de gevolgen van deze inbreuk afhangt of een aantasting van de persoon op andere wijze kan worden aangenomen. Of sprake is van een aantasting in de persoon, zal aldus ervan afhangen of de normschending en/of de feitelijke gevolgen daarvan zodanig zijn dat immaterieel nadeel verondersteld kan worden, dan wel het veroorzaakte immateriële nadeel overtuigend wordt gesteld en onderbouwd. Voor de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding naar billijkheid is vervolgens de omvang van het immateriële nadeel als uitgangspunt maatgevend.

In beide gevallen wordt de schade aldus naar billijkheid begroot. Bij de toepassing van de benadering waarin via art. 6:106 BW wordt toegepast, is er een zekere drempel omdat pas aanspraak op vergoeding van immateriële schade bestaat als de aard en ernst van de gevolgen van de normschending zodanig zijn dat een aantasting in de persoon op andere wijze kan worden aangenomen. Die drempel is van belang, omdat in allerlei situaties waarbij een inbreuk op de AVG iets minder aangenaams zou kunnen hebben, beoordeeld moet worden of immaterieel nadeel dient te worden vergoed. Te denken valt bijvoorbeeld aan het in strijd met de AVG verwerken van locatiegegevens. Onzes inziens zijn dan de aard en de ernst van de gevolgen van de inbreuk te gering om een aantasting in de persoon op andere wijze aan te nemen. Indien de benadering wordt gevolgd waarin art. 82 lid 1 AVG zelf de nadere grondslag vormt voor de vergoeding van immateriële schade, bestaat ook een zekere drempel: er moet sprake zijn van immateriële schade, anders is er niets om te begroten. Onzes inziens zal in deze benadering pas sprake van immateriële schade kunnen zijn als de aard en de ernst van de gevolgen van de inbreuk op de AVG zodanig zijn dat sprake is van een persoonsaantasting op andere wijze in de zin van art. 6:106 sub b BW.

Onzes inziens maakt het dus weinig uit of de vergoeding van immateriële schade in het geval van een inbreuk op de AVG al dan niet via art. 6:106 BW loopt en laat de toepassing van art. 6:106 BW zich met de AVG verenigen.

4.8 *Evaluatie enkele uitspraken*

Of men het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG, zoals wij in het voorgaande hebben bepleit, compensatoir inzet, of dat men aan deze schadevergoeding ook een handhavingselement geeft, kan aanzienlijk verschil maken. De betekenis van het door ons bepleite standpunt illustreren wij nu aan de hand van een tweetal uitspraken waarin vanwege een inbreuk op de AVG schadevergoeding

werd toegekend. Anders dan Walree,¹⁰⁵ kunnen wij ons goed vinden in de benadering van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State waarin vrij strak de *EBI*-criteria worden toegepast.¹⁰⁶ In bijvoorbeeld de kwestie *Pieter Baan Centrum* had de directeur van dit centrum in een tegen hem gerichte klachtprocedure, zonder toestemming en buiten medeweten van de betrokkene, medische gegevens, waaronder psychologische en psychiatrische onderdelen van Pro Justitia-rapportages waarin strikt vertrouwelijke persoonsgegevens van betrokkene waren opgenomen, verstrekt aan het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Zwolle. Nadat dit was gebleken, had het tuchtcollege op verzoek van de betrokkene spoedig laten weten deze persoonsgegevens buiten behandeling te zullen laten in de klachtprocedure. De Afdeling kende hier naar billijkheid EUR 500,- aan schadevergoeding toe, gelet op de omstandigheden van dit geval, waaronder de aard, duur en ernst van de inbreuk. Het hele bijzondere karakter van deze persoonsgegevens, de wijze waarop zij waren verkregen en waarop zij aan het tuchtcollege waren verstrekt, doen onzes inziens het immateriële nadeel als gevolg van de inbreuk op de AVG voor de hand liggen. De spoedige en voor de betrokkene gunstige reactie van het tuchtcollege maakte dat dit nadeel wel beperkt bleef. Overigens wordt niet duidelijk wat precies in de psychologische en psychiatrische onderdelen van de rapporten stond, maar blijkens het feit dat de directeur deze gegevens had verstrekt in een klachtprocedure tegen hemzelf, zal uit die onderdelen wel geen gunstig beeld van de betrokkene volgen.

Illustratief voor een benadering waarin de gevolgen van de schending van de AVG naar ons oordeel te veel in het midden blijven en het toekennen van schadevergoeding ten onrechte een handhavend karakter krijgt, is de uitspraak van rechtbank Rotterdam van 12 juli 2021.¹⁰⁷ Eind 2014 heeft de betrokkene het college van burgemeester en wethouders van Rotterdam verzocht medische gegevens uit haar dossier te verwijderen. Nadat dit verzoek bij besluit tot twee keer toe door het college wordt afgewezen, deelt het college begin 2018 aan betrokkene mee dat alle medische gegevens uit 2008 en 2009 uit haar dossier worden verwijderd. Om welke medische gegevens en wat voor soort dossier het gaat, blijkt verder niet. Evenmin blijkt in welk kader deze gegevens zijn verkregen. De rechtbank neemt tot uitgangspunt dat de gegevens ongeveer tien jaar lang door het college zijn bewaard, ondanks verschillende verzoeken van verzoekster tot vernietiging van de gegevens. De rechtbank acht voldoende aannemelijk dat in die tien jaar de persoonlijke gegevens van verzoekster zijn verwerkt en meerdere personen en/of instanties van de inhoud kennis hebben kunnen nemen zonder dat zij daartoe gerechtigd waren en

105 T.F. Walree, *Schadevergoeding bij de onrechtmatige verwerking van de persoonsgegevens* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 135, 136.

106 Zie ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:898 (*Pieter Baan Centrum*) en ECLI:NL:RVS:2020:899 (*Deventer/X*), ECLI:NL:RVS:2020:900 (*X/Borsele*) en ECLI:NL:RVS:2020:901 (*X/Harderwijk*).

107 Rb. Rotterdam 12 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6822 (*X/Rotterdam*).

dat verzoekster op grond daarvan immateriële schade heeft geleden. De schade begroot de rechtbank, onder verwijzing naar de hiervoor besproken uitspraak waarin de inbreuk van kortere duur was, op EUR 2.500,-. Naar ons oordeel is in deze zaak te weinig vastgesteld om een aantasting in de persoon op andere wijze aan te kunnen nemen. Uit de uitspraak blijkt niet dat concreet immaterieel nadeel is gesteld. De heel beperkte vastgestelde feiten doen naar ons oordeel evenmin het immateriële nadeel zo voor de hand liggen dat het verondersteld kan worden. De rechtbank heeft hier naar ons oordeel ten onrechte de focus vooral op de normschending gelegd in plaats van op de gevolgen daarvan.

5. Conclusie

Onze conclusie is dat bij de huidige stand van de rechtspraak van het Hof van Justitie het recht op schadevergoeding van art. 82 lid 1 AVG compensatoir van aard is en geen aanspraak bestaat op schadevergoeding enkel vanwege een (ernstige) inbreuk op de AVG. De AVG geeft slechts de contouren van het recht op schadevergoeding. Dit recht wordt, onder toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel, nader vormgegeven door het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Waar het gaat om vermogensschade lijkt de toepassing van dat schadevergoedingsrecht zonder moeilijkheden te zijn en gaat het in beginsel om het compenseren van concreet geleden nadeel. Waar het gaat om immateriële schade zijn er enige complicaties. In de literatuur zijn stemmen opgegaan om bij de schending van (fundamentele) persoonlijkheidsrechten de schadevergoeding (mede) een handhavend karakter te geven. De Hoge Raad heeft echter in het *EBI*-arrest de vergoeding van immateriële schade bij dit type normschendingen duidelijk in een compensatoire sleutel gezet. Naar ons oordeel is dat ook terecht nu het volgens de wet gaat om schadevergoeding, ook meer in het algemeen de handhavingsgedachte niet goed bruikbaar is om de schadevergoedingsremedie vorm te geven en een overtuigende beleidsanalyse waaruit blijkt dat handhavende schadevergoeding nodig en wenselijk is, ontbreekt. Of men art. 82 lid 1 AVG wel of niet aanmerkt als de door art. 6:95 BW vereiste nadere grondslag om recht te hebben op vergoeding van ander nadeel, maakt naar ons oordeel niet uit. Steeds zal voor een aanspraak op vergoeding van immateriële schade vanwege een inbreuk op de AVG nodig zijn dat de normschending en/of de feitelijke gevolgen daarvan zodanig zijn dat het immateriële nadeel verondersteld kan worden, dan wel het veroorzaakte immateriële nadeel overtuigend wordt gesteld en onderbouwd. De omvang van dat nadeel is als uitgangspunt ook maatgevend voor de omvang van de vergoeding.