

€ 1.114,- aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van veertien dagen na de datum van dit arrest;
– verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Schadevergoeding en verjaring

93

Predispositie: toekomst is hoe dan ook ongewis

Hoge Raad
22 april 2021, nr. 20/03771,
ECLI:NL:HR:2022:590
(mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Lock)
(Concl. A-G Vlas)
Noot mr. E.W. Bosch

Onrechtmatige daad. Schadevergoeding. Predispositie.

[BW art. 6:98, 6:162]

Eiser is in een televisieprogramma beschuldigd van het helen van GAD-slots. In de uitzending is de naam van eiser en zijn echtgenote niet genoemd. Hun gezichten zijn onherkenbaar gemaakt. Desalniettemin is eiser door zijn werkgever en enkele van diens klanten herkend. Vervolgens is eiser op non-actief gesteld. Eiser heeft aangetoond dat hij de slots rechtmatig verkregen had, waarna een rectificatie werd uitgezonden. De kantonrechter ontbond, op verzoek van de werkgever, de arbeidsovereenkomst. Uit psychiatrisch onderzoek blijkt dat eiser arbeidsongeschikt is door psychische klachten.

Eiser vordert van zowel de producent van het programma als van de televisiezender die het programma uitzond de door hem geleden (immateriële) schade, waaronder ook medische kosten, verlies van arbeidsvermogen en buitengerechtigde kosten. Voor zover in cassatie van belang oordeelde de rechtbank dat, gezien de aard van

de aansprakelijkheid en de schade, alleen de immateriële schade door de aantasting van eer en goede naam aan gedaagden kan worden toegerekend. Het hof vernietigde het vonnis van de rechtbank, maar slechts waar het ging om de omvang van de immateriële schade.

De Hoge Raad casseert het arrest van het hof, omdat het hof de omstandigheid dat eiser letselschade heeft geleden niet heeft betrokken bij het onderzoek naar de in art. 6:98 BW bedoelde toerekening. Voorts verzuimde het hof bij het onderzoek te betrekken dat het deel van de letselschade dat (mede) is ontstaan of verergerd door een eventuele predispositie, waarvan niet aanneemelijk is dat die zonder de uitzending in de toekomst zou hebben geleid tot (dat deel van) het geestelijk letsel, in beginsel niet aan toerekening in de weg staat. Het oordeel dat redelijkerwijs te verwachten valt dat een predispositie tot nadeel zou hebben geleid in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis dient herleidbaar te zijn tot concrete aanwijzingen.

[eiser],
wonende te [woonplaats],
Eiser tot cassatie,
hierna ook: eiser,
advocaat: H.J.W. Alt,
tegen

1. *Talpa TV B.V., voorheen SBS Broadcasting B.V.*, gevestigd te Amsterdam,
2. *Noordkaap TV Producties B.V.*, gevestigd te Amsterdam,
Verweersters in cassatie,
hierna gezamenlijk: SBS c.s.,
niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Vlas)

In een uitzending van het televisieprogramma '[het televisieprogramma]' zijn beelden getoond waarbij eiser ten onrechte als heler van gestolen goederen is weggezet. Vast staat dat SBS c.s. hierdoor onrechtmatig hebben gehandeld en dat eiser door de uitzending een psychische stoornis heeft ontwikkeld. In cassatie staat onder andere het *condicio sine qua non*-verband tussen de gestelde schade en de uitzending centraal, alsmede de vraag in hoeverre de schade kan worden toegerekend.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan, kort samengevat, van de volgende feiten worden uitgegaan.¹ Noordkaap produceert het programma '[het televisieprogramma]'. Het programma wordt gepresenteerd door [de presentator] (hierna: [de presentator]). Talpa TV B.V. zendt '[het televisieprogramma]' uit op haar televisiezender SBS 6.

1.2. De uitzending van 21 oktober 2012 was (onder meer) gewijd aan de verduistering van een grote partij sloten van het merk GAD bij de distributeur van de sloten (Guard Lock Zaandam) door een ex-werknemer. In de uitzending kondigde [de presentator] aan dat hij op zoek gaat naar (weder) verkopers van de desbetreffende sloten om bewijs te verzamelen tegen deze ex-werknemer. [de presentator] heeft op marktplaats.nl diverse advertenties aangetroffen voor nieuwe sloten (van – volgens de 'voice-over' van het programma – exact hetzelfde type als de gestolen partij). Met twee van de aanbieders, waaronder eiser ('een marktplaatshandelaar uit [plaats]'), heeft [de presentator] een afspraak gemaakt om een slot te kopen voor € 20,-. Van de afspraak met eiser zijn opnamen gemaakt met een verborgen camera, die in de uitzending zijn getoond. De afspraak is gemaakt op straat voor de woning van eiser en zijn echtgenote. In de uitzending zijn de namen van eiser en van zijn echtgenote niet genoemd en zijn hun gezichten onherkenbaar gemaakt.

1.3. Op 24 oktober 2012 is eiser door zijn werkgever op non-actief gesteld, nadat deze werkgever en enkele van haar klanten eiser hadden herkend in de uitgezonden beelden.

1.4. Eiser heeft telefonisch en per e-mail van 24 oktober 2012 contact opgenomen met Noordkaap en gesteld dat de sloten niet afkomstig waren van diefstal maar van een brandschade.

1.5. Uit een brief van de directeur van [A] B.V. van 24 oktober 2012 volgt dat op 19 november 2011 een grote brand is geweest in een bedrijfsverzamelgebouw en dat zijn bedrijf opdracht heeft gekregen om sloop- en opruimingswerkzaamheden uit te voeren van hal 4 van het bedrijfsverzamelgebouw. Ook schrijft hij dat het gebruikelijk is dat bij brandschades alle vrijkomende materialen hun eigendom worden, dat bij de uitgevoerde

werkzaamheden diverse spullen zijn vrijgekomen, waaronder sloten die aan een derde zijn overgedragen.

1.6. Op 4 november 2012 heeft Noordkaap per e-mail aan eiser bevestigd dat tot rectificatie zou worden overgegaan in de uitzending van 25 november 2012, omdat gebleken is dat de sloten afkomstig zijn uit een brandschade. In de uitzending van [het televisieprogramma] op 25 november 2012 zijn door [de presentator] excuses gemaakt aan eiser (zonder zijn naam te noemen) en is meegedeeld dat na afloop van de uitzending is gebleken dat de sloten niet van diefstal afkomstig waren.

1.7. Bij beschikking van 12 juni 2013 heeft de kantonrechter in de rechtbank Rotterdam een verzoek van de werkgever van eiser tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst afgewezen.

1.8. Bij beschikking van 7 februari 2014 van de kantonrechter in de rechtbank Rotterdam is het dienstverband tussen eiser en zijn werkgever per 15 februari 2014 ontbonden. Daarbij is aan eiser ten laste van zijn werkgever een vergoeding naar billijkheid toegekend van € 12.000,- bruto.

1.9. In een deelgeschil tussen partijen heeft de rechtbank Amsterdam bij beschikking van 16 juli 2015 (hierna: de deelgeschilbeschikking) geoordeeld dat SBS c.s. hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door eiser als gevolg van de uitzending geleden schade.

1.10. Een psychiater heeft eiser in het kader van een arbeidsongeschiktheidsprocedure medisch beoordeeld en geconcludeerd dat eiser arbeidsongeschikt is vanwege psychische klachten.

1.11. Eiser heeft van SBS c.s. vergoeding gevorderd van de door hem geleden schade als gevolg van de uitzending, waaronder medische kosten, verhuiskosten, verlies van arbeidsvermogen, verlies van zelfwerkzaamheid, kosten in verband met de vaststelling van aansprakelijkheid en immateriële schade.

1.12. Bij vonnis van 6 juni 2018 heeft de rechtbank Amsterdam overwogen dat alleen de (immateriële) schade als gevolg van aantasting van de eer en goede naam toerekenbaar is en de schade begroot op een bedrag van € 2.500,-.² De rechtbank heeft geen grond aanwezig geacht om terug te komen van de bindende eindbeslissingen in de deelgeschilbeschikking inzake de onrechtmatigheid van

1 Zie rov. 2.1-2.18 van het in cassatie bestreden arrest van het hof Amsterdam van 18 augustus 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2301.

2 ECLI:NL:RBAMS:2018:3957.

het verweten handelen van SBS c.s. en de aanwezigheid van causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van SBS c.s. en de geleden schade.

1.13. Eiser heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld. SBS c.s. hebben incidenteel hoger beroep ingesteld.

1.14. Bij arrest van 18 augustus 2020 heeft het hof Amsterdam het vonnis van de rechtbank vernietigd, voor zover daarbij SBS c.s. hoofdelijk zijn veroordeeld tot betaling aan eiser van een bedrag van € 2.500,-, met wettelijke rente en, opnieuw rechtdoende, SBS c.s. hoofdelijk veroordeeld tot betaling aan eiser van een bedrag van € 5.000,-. Voor het overige heeft het hof het vonnis waarvan beroep bekrachtigd.³

1.15. Voor zover in cassatie van belang heeft het hof daartoe, kort samengevat, als volgt overwogen:

– SBS c.s. hebben onrechtmatig gehandeld jegens eiser door het uitzenden van de met de verborgen camera gemaakte beelden van eiser, omdat in dit geval het belang van eiser bij bescherming van zijn privacy dient te prevaleren boven het belang van SBS c.s. bij bescherming van hun recht op vrijheid van meningsuiting (rov. 3.5-3.10).

– Ten aanzien van de problemen met zijn werkgever heeft eiser aangetoond dat hij niet in de problemen was geraakt waarin hij nu verkeert als de uitzending niet had plaatsgevonden. Eiser heeft voldoende onderbouwd dat hij tot eind 2012 zonder problemen heeft gefunctioneerd en pas naar aanleiding van de uitzending psychische klachten heeft ontwikkeld. Eiser heeft wat betreft de schade die met deze klachten verband houdt, het *condicio sine qua non*-verband aangetoond, behoudens de kosten bestaande uit het eigen risico voor de Zorgverzekeringswet. Ook heeft eiser het *condicio sine qua non*-verband aangetoond tussen de kosten van rechtsbijstand en de uitzending (rov. 3.12).

– Voor de schade die eiser stelt te hebben geleden doordat hij zich enkele jaren na de uitzending gedwongen achtte om te verhuizen, ontbreekt het *condicio sine qua non*-verband. Niet is aangetoond dat eiser als gevolg van de uitzending genoodzaakt was om te verhuizen, terwijl ook niet vaststaat dat hij zonder de uitzending niet verhuisd zou zijn. Ook het *condicio sine qua non*-verband tussen de uitzending en het gestelde

verlies aan zelfwerkzaamheid en de gestelde kosten voor huishoudelijke hulp en verzorging is niet aangetoond omdat eiser niet, althans onvoldoende onderbouwd heeft gesteld dat zijn gestelde beperkingen niet zouden hebben bestaan zonder de uitzending (rov. 3.13).

– Voor het vaststellen van de omvang van de aansprakelijkheid van de schuldenaar worden in art. 6:98 BW niet-limitatief de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade als gezichtspunten genoemd. Art. 6:98 BW biedt de ruimte om, naast de voorzienbaarheid van de schade ten tijde van de normschending, ook aan andere gezichtspunten die voor ruime of minder ruime toerekening pleiten, zoals de ernst van het verwijt dat aan de schuldenaar kan worden gemaakt, een plaats te geven (rov. 3.17).

– Het gaat hier om overtreding door SBS c.s. van een zorgvuldigheidsnorm die heeft geresulteerd in een inbreuk op de privacy van eiser. De mate van schuld van SBS c.s. is niet heel groot te noemen. De schade bestaat uit materiële en immateriële componenten. Dat de uitzending tot herkenning zou leiden was voorzienbaar te achten. Het commercieel belang van SBS c.s. acht het hof niet zonder belang, maar het hof neemt ook in ogenschouw de rol van SBS c.s. als ‘public watchdog’. Dat eiser de proceshouding van SBS c.s. als frustrerend en belemmerend voor zijn genezing heeft ervaren, is niet relevant in het kader van de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid. Deze gezichtspunten hebben in verband gezien tot het volgende oordeel over de toerekenbaarheid geleid (rov. 3.18).

– Het inkomensverlies als gevolg van het ontslag van eiser is weliswaar als toerekenbare schade te beschouwen, maar de van de werkgever ontvangen vergoeding naar billijkheid compenseert de financiële gevolgen voor eiser van het verlies van zijn baan in voldoende mate (rov. 3.20).

– Het was voor SBS c.s. niet voorzienbaar dat eiser als gevolg van de uitzending langdurig en volledig arbeidsongeschikt zou raken wegens psychische klachten. De reactie van eiser op het voorval is extreem heftig en langdurig. Ook als sprake was van een predispositie konden SBS c.s. hiermee niet bekend zijn. Het verlies van arbeidsvermogen door de voortdurende arbeidsongeschiktheid van eiser is daarom niet aan SBS c.s. toerekenbaar. Hetzelfde geldt voor de medische kosten bestaande uit de kosten voor psychologische hulp en de immateriële schade die eiser stelt te hebben gele-

3 ECLI:NL:GHAMS:2020:2301.

den en nog lijdt in verband met zijn psychische klachten (rov. 3.20).

– Het hof begroot de immateriële schade wegens aantasting van de eer en de goede naam van eiser op het gevorderde bedrag aan immateriële schadevergoeding van € 5.000,- (rov. 3.23).

– Voor de overige schadeposten die verband houden met de uitzending, waaronder arbeids- en vermogensschade, en pensioenschade, vordert eiser verwijzing naar de schadestaatprocedure. Dat eiser als gevolg van de uitzending dergelijke schade zou lijden, acht het hof evenmin voorzienbaar en daarom niet toerekenbaar aan SBS c.s., zodat ook de gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure zal worden afgewezen (rov. 3.26).

1.16. Eiser heeft (tijdig) cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. Tegen SBS c.s. is verstek verleend. Eiser heeft zijn cassatieberoep schriftelijk toegelicht.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 Het middel bestaat, na een weergave van de kern van de zaak en feiten, uit drie onderdelen (2.1 t/m 2.3).

2.2. *Onderdeel 2.1* valt uiteen in twee subonderdelen, die in de procesinleiding abusievelijk beide zijn genummerd als 2.1-I. Deze subonderdelen zijn gericht tegen rov. 3.13 en 3.16 van het bestreden arrest, waarin het hof heeft geoordeeld dat eiser niet heeft aangetoond dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de uitzending en de gestelde schade, bestaande uit (i) verhuiskosten wegens een verhuizing enkele jaren na de uitzending, (ii) verlies aan zelfwerkzaamheid en (iii) kosten voor huishoudelijke hulp en verzorging.

2.3. Het onderdeel (in het eerste 2.1-I) klaagt dat het hof bij de beoordeling van het *condicio sine qua non*-verband tussen de uitzending en de genoemde schades (verhuiskosten, verlies aan zelfwerkzaamheid en kosten voor huishoudelijke hulp en verzorging) de door de psychiater vastgestelde gevolgen van de uitzending had moeten betrekken. Het hof had eerst de ernst en de omvang van de direct geleden schade dienen vast te stellen, alvorens het kon oordelen of de schadeposten die daarvan het gevolg zijn in *condicio sine qua non*-verband staan met de onrechtmatige daad (de uitzending). Volgens de klacht is het oordeel van het hof onjuist dan wel onbegrijpelijk.

2.4. De klacht neemt ten onrechte tot uitgangspunt dat de door eiser gestelde schade het gevolg is van de door de uitzending veroorzaakte psychische klachten. Weliswaar heeft eiser aangevoerd dat de schade het gevolg is van de door de uitzending veroorzaakte psychische klachten, maar het hof heeft dit niet vastgesteld en beoordeelt nu juist (indirect) of dit verband aanwezig is. Het hof is uiteindelijk tot het oordeel gekomen dat het *condicio sine qua non*-verband tussen de uitzending en de gestelde schade ontbreekt. Daarmee heeft het hof impliciet dus ook geoordeeld dat voor zover door de uitzending psychische klachten zijn ontstaan, tussen de gestelde schade en die psychische klachten geen *condicio sine qua non*-verband bestaat. Hieruit volgt dat het hof niet heeft miskend dat het bij de beoordeling van het *condicio sine qua non*-verband ook van belang kan zijn of schade voortvloeit uit andere door de schadeveroorzakende gebeurtenis geleden schade. Het is echter niet nodig, zoals de klacht vooropstelt, om eerst de omvang van de direct geleden schade vast te stellen. Volstaan kan worden met een beoordeling of de gestelde schade in *condicio sine qua non*-verband staat met de schadeveroorzakende gebeurtenis, zolang dit dan ook de vraag omvat of die schade voortvloeit uit andere door de schadeveroorzakende gebeurtenis geleden schade. De klacht stuit hierop af.

2.5. Het onderdeel (in het tweede 2.1-I) klaagt dat het oordeel van het hof innerlijk tegenstrijdig en dus onbegrijpelijk is. De klacht betoogt dat het oordeel van het hof dat eiser het *condicio sine qua non*-verband tussen de uitzending en de gestelde schade niet heeft aangetoond, niet te rijmen zou zijn met het oordeel in rov. 3.12 dat eiser het *condicio sine qua non*-verband heeft aangetoond tussen de uitzending en de gestelde schade die met de psychische klachten van eiser verband houden. Het hof zou met dit laatste oordeel het *condicio sine qua non*-verband hebben aangenomen ten aanzien van *alle* door eiser gestelde schade die hij als gevolg van de uitzending en de daardoor ontwikkelde psychische klachten heeft geleden. Daarmee zou niet te rijmen zijn dat het hof ten aanzien van enkele van die gestelde schades alsnog tot het oordeel komt dat het *condicio sine qua non*-verband ontbreekt.⁴

4 Zie ook onder 1.2 van de schriftelijke toelichting, waar wordt opgemerkt dat het oordeel 'in redelijkheid niet

2.6. De klacht gaat uit van een onjuiste lezing van het arrest van het hof. Het hof oordeelt in rov. 3.12 weliswaar dat eiser het *condicio sine qua non*-verband heeft aangehouden tussen de uitzending en de gestelde schade die verband houdt met de psychische klachten, maar daarmee doelt het hof niet op *alle* gestelde schade die mogelijk met de psychische klachten verband houdt. Het hof doelt kennelijk slechts op de medische kosten die in verband met de psychische klachten zijn gemaakt. Dit volgt reeds uit het gegeven dat het hof een uitzondering maakt voor de kosten bestaande uit het eigen risico, maar ook dat het hof het oordeel in rov. 3.12 direct laat volgen door een beoordeling in rov. 3.13 of de overige gestelde schadeposten die met de psychische klachten verband zouden houden (te weten de verhuiskosten, de kosten wegens verlies aan zelfwerkzaamheid en de kosten voor huishoudelijke hulp en verzorging) in *condicio sine qua non*-verband staan met de uitzending. Hieruit volgt ook dat het hof in rov. 3.12 slechts het oog heeft op de medische kosten die in verband met de psychische klachten zijn gemaakt. De klacht faalt daarom.

2.7. Ten overvloede merk ik nog op dat de cassatieklachten zich niet rechtstreeks richten tegen de overwegingen van het hof dat eiser geenszins heeft aangetoond dat hij als gevolg van de uitzending genoodzaakt was te verhuizen terwijl ook niet vaststaat dat hij zonder de uitzending niet verhuisd zou zijn. Hetzelfde geldt voor de overwegingen van het hof dat eiser ten aanzien van het gestelde verlies aan zelfwerkzaamheid en de gestelde kosten voor huishoudelijke hulp en verzorging onvoldoende onderbouwd heeft gesteld dat zijn gestelde beperkingen niet zouden hebben bestaan zonder de uitzending. De schriftelijke toelichting bevat onder 1.7 en 1.8 nog wel de klachten dat het hof zou hebben miskend dat bij het aannemen van een *condicio sine qua non*-verband tussen de uitzending en de schade een psychische predispositie geen rol zou mogen spelen en dat het niet aan eiser is om aan te tonen dat de schade zonder de onrechtmatige daad zou zijn uitgebleven. In de procesinleiding zijn deze klach-

ten niet opgenomen, zodat deze klachten te laat zijn ingesteld.

2.8. De slotsom is dat onderdeel 2.1 geheel faalt.

2.9. *Onderdeel 2.2* is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.17-3.20 dat bepaalde schades niet aan de onrechtmatige uitzending kunnen worden toegerekend, alsmede tegen de daarop voortbouwende overwegingen in rov. 3.21 t/m rov. 4. Het onderdeel valt uiteen in zeven subonderdelen (2.2.I t/m 2.2.VII), waarin klachten worden herhaald, uitgewerkt en aangevuld.

2.10. *Onderdeel 2.2.I* bevat verschillende klachten. Het onderdeel klaagt, kort gezegd, dat het hof zich bij de toerekening van de schade ten onrechte heeft beperkt tot een tweetal gezichtspunten (de voorzienbaarheid van de schade en de ernst van het verwijt dat de schuldenaar kan worden gemaakt), terwijl het hierbij ook als gezichtspunt had moeten betrekken dat sprake was van letselschade. Het hof heeft miskend dat voor de toerekening van schade als bedoeld in art. 6:98 BW alle gezichtspunten van belang zijn en dat wanneer sprake is van letselschade dit tot een ruimere toerekening leidt. Ook klaagt het onderdeel dat het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting over het begrip 'aard van de schade' als bedoeld in art. 6:98 BW, nu dit ook eventuele letselschade zou omvatten. Hierbij sluit de klacht (onder 2.2.IIa) aan met het betoog dat het hof ten onrechte niet is ingegaan op de als essentieel aan te merken stelling van eiser dat sprake is van letselschade.

2.11. Anders dan het onderdeel betoogt, heeft het hof in rov. 3.17-3.20 bij zijn oordeel over de toerekening niet slechts twee gezichtspunten betrokken. Het hof heeft in rov. 3.17 terecht onderkend dat alle relevante gezichtspunten in de beoordeling dienen te worden betrokken en heeft in rov. 3.18 ook de concrete gezichtspunten genoemd waarmee rekening is gehouden. Het hof heeft overwogen dat het de aard van de schade (zoals art. 6:98 BW expliciet voorschrijft) als gezichtspunt in zijn oordeel betreft en dat in deze zaak de schade bestaat uit zowel materiële componenten (inkomensderving, medische kosten, kosten van rechtsbijstand) als immateriële componenten (smartengeld). Het hof heeft zich dus niet tot twee gezichtspunten beperkt, zodat in zoverre de klacht uitgaat van een onjuiste lezing van het arrest en dus faalt.

2.12. Bij de bespreking van de klacht dat het hof heeft miskend dat onder 'aard van de schade' ook

anders kan worden geduid en begrepen dan dat dat verband omvat *alle* door [eiser] gestelde, als gevolg van het ongeval geleden schade'. Met het 'ongeval' wordt kennelijk bedoeld op de uitzending.

letselschade valt, stel ik voorop dat de rechtbank in haar vonnis heeft geoordeeld dat het bij een aantal schadeposten om letselschade gaat⁵, en dat eiser in hoger beroep heeft aangevoerd dat niet slechts een *aantal* maar *alle* schadeposten zijn aan te merken als letselschade (en dat dit aanleiding geeft tot een ruime toerekening).⁶ Hoewel het hof heeft vooropgesteld dat ook de aard van de schade als gezichtspunt dient te worden meegewogen en dat in deze zaak de schade bestaat uit zowel materiële als immateriële componenten, heeft het hof niet kenbaar betrokken dat in onderhavige zaak sprake zou zijn van letselschade. Dit terwijl voor de toerekening van schade relevant is of sprake is van letselschade. Algemeen wordt aangenomen dat letselschade eerder moet worden toegerekend dan zaakschade, en dat in zo'n geval aan de voorzienbaarheid niet al te strenge eisen worden gesteld.⁷ Het hof is niet ingegaan op de als essentieel aan te merken stelling van eiser dat sprake is van letselschade.⁸ Het hof heeft miskend dat onder 'aard van de schade' ook letselschade valt en dat letselschade in beginsel aanleiding geeft voor een ruimere toerekening, zodat het oordeel van het hof hetzij getuigt van een onjuiste rechtsopvatting hetzij niet voldoende begrijpelijk is gemotiveerd. De klacht slaagt.

2.13. De klacht (onder 2.2-IIb) betoogt dat het hof bij zijn oordeel over de toerekening heeft miskend dat wanneer sprake is van schuldaansprakelijkheid waarbij een belangrijke maatschappelijke norm of fundamenteel recht wordt geschonden, de overige omstandigheden niet af zouden kunnen doen aan de verwijtbaarheid, en dat schending van een grondrecht (privacy of meer in het bijzonder het recht om verschoond te blijven van onrechtmatige verdachtmakingen aan de persoon, zeker waar het zo'n indringend medium

betreft als de landelijke televisie) wat betreft de toerekening ex artikel 6:98 BW (minimaal) gelijkgesteld worden aan de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm.

2.14. Ik lees de klacht aldus dat het hof heeft miskend dat wanneer sprake is van schuldaansprakelijkheid voor de schending van een maatschappelijke norm of een fundamenteel recht, er in beginsel toegerekend moet worden en dat de mate van verwijtbaarheid en de voorzienbaarheid niet meer van belang zijn, een en ander overeenkomstig de toerekening bij verkeers- en veiligheidsnormen. Ik meen dat deze klacht faalt. Het is juist dat de aard van de overtreden norm een relevante factor voor de toerekening is en dat dit ook invloed heeft op de aan de voorzienbaarheid en de verwijtbaarheid te stellen eisen. De gezichtspunten dienen immers gezamenlijk te worden afgewogen. Ook is juist dat bij verkeers- en veiligheidsnormen de norm bij uitstek wil beschermen tegen opgetreden schades en dat dit tot een ruime toerekening leidt, zodat aan de voorzienbaarheid minder vergaande eisen behoeven te worden gesteld. In het algemeen beoogt zo'n norm immers te beschermen tegen de mogelijkheid van ernstige schade. Hoe die schade zich dan precies voordoet en of de schade bijvoorbeeld door een predispositie wordt veroorzaakt, is dan niet zozeer van belang. Voor de toerekening betekent dit dat ook schade kan worden toegerekend die niet of nauwelijks voorzienbaar was. Schending van fundamentele rechten kan voor de toerekening niet worden gelijkgesteld aan schending van een verkeers- en veiligheidsnorm. Het verschil is dat bij fundamentele rechten de norm niet noodzakelijk strekt tot bescherming tegen de mogelijkheid van ernstige schade. Hiermee is overigens niet uitgesloten dat schending van een fundamenteel recht reden kan zijn om eerder toe te rekenen dan in het geval van een schending van een andere norm, maar het is niet zo dat, zoals de klacht betoogt, deze wat betreft toerekening gelijk gesteld dient te worden aan de schending van verkeers- of veiligheidsnormen. Het hof heeft in deze zaak overigens in rov. 3.18 onderkend dat van belang is dat sprake is van een schending van een zorgvuldigheidsnorm die heeft geresulteerd in een inbreuk op de privacy. Het hof is echter tot het oordeel gekomen dat niet kan worden toegerekend. Uit rov. 3.20 volgt dat het hof daarvoor met name van belang heeft geacht dat de ernstige gevolgen niet voorzienbaar waren. De klacht stuit hierop af.

5 Zie het vonnis van de rechtbank Amsterdam 6 juni 2018, rov. 4.21.

6 Zie memorie van grieven onder 29-32. Door SBS c.s. is dit bestreden, zie memorie van antwoord onder 120-127.

7 Zie onder andere Asser/Sieburgh 6-II 2017/65 en 66; R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, Hartkamps vermogensrecht 2017/393; T&C Vermogensrecht, art. 6:98 BW, aant. 4 (S.D. Lindenbergh); T. Hartlief, Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, 2018, nr. 218 e.v.

8 Zie voor de vindplaatsen p. 15 en 16 van de procesinleiding.

2.15. *Onderdeel 2.2-III* bevat grotendeels een herhaling van eerdere klachten en behoeft in zoverre geen bespreking. Voor zover het onderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat geen sprake was van enige predispositie⁹, berust de klacht op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof heeft immers in rov. 3.20 in het midden gelaten of bij eiser al dan niet sprake is geweest van een bijzondere psychische gesteldheid en of een psychische stoornis al latent aanwezig was. Het onderdeel klaagt verder dat het hof heeft miskend dat (kennis van) een eventuele predispositie niet van belang is voor de toerekening, omdat het slachtoffer genomen dient te worden zoals hij is.¹⁰ De klacht gaat er kennelijk vanuit dat sprake is van letselschade en dat in zo'n geval een weinig voorzienbaar gevolg samenhangend met een predispositie toch toegerekend zou moeten worden. Voor zover deze klacht voortbouwt op subonderdelen 2.2-I en 2.2-IIa, slaagt de klacht om dezelfde redenen. Indien er vanuit wordt gegaan dat sprake was van letselschade, kon het hof niet volstaan met de overweging dat SBS c.s. niet bekend konden zijn met de psychische gesteldheid van eiser. In het geval van het toebrengen van letsel zullen de gevolgen van de door de predispositie bepaalde reactie in het algemeen als een gevolg van de daad aan de dader moeten worden toegerekend en is het niet van belang of de dader daarmee bekend was of kon zijn.¹¹ In zoverre getuigt het oordeel van het hof van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is het onvoldoende gemotiveerd.

2.16. *Onderdeel 2.2-IV* is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.13 dat het *condicio sine qua non*-verband tussen de uitzending en de verhuizing ontbreekt. Het onderdeel betoogt dat indien de verhuizing het gevolg is van letselschade en de daaruit voortvloeiende psychische klachten die weer op hun beurt het gevolg zijn van de uitzending, wel degelijk ook een *condicio sine qua non*-verband bestaat en de schade moet worden

toegerekend aan de onrechtmatige gedraging. Volgens het onderdeel heeft het hof dit miskend.

2.17. De klacht gaat er aan voorbij dat het hof heeft vastgesteld dat het *condicio sine qua non*-verband ontbreekt tussen de verhuizing en de uitzending en daarmee dus ook tussen de verhuizing en de door de uitzending ontstane psychische klachten. De klacht gaat dan ook uit van een onjuiste lezing van het arrest van het hof en faalt.

2.18. *Onderdeel 2.2-V* herhaalt de klachten over de toerekening van de schade, meer specifiek gericht op het oordeel dat het verlies van arbeidsvermogen door de voortdurende arbeidsongeschiktheid van eiser niet kan worden toegerekend. Deze klachten behoeven in het licht van de onderdelen 2.2 en 2.2-I geen nadere bespreking.

2.19. Daarnaast klaagt het onderdeel nog dat het hof buiten het debat van partijen is getreden door bij zijn oordeel over het inkomensverlies als gevolg van het ontslag te betrekken dat (i) de vergoeding naar billijkheid als een voldoende compensatie kwalificeert omdat eiser een beroep kan doen op sociale uitkeringen en (ii) het hof aanneemt dat eiser gezien zijn leeftijd, opleiding en werkervaring er binnen redelijke tijd in geslaagd had kunnen zijn om een vergelijkbaar inkomen uit ander werk te verwerven. Dit zou door partijen niet zijn aangevoerd, aldus de klacht.

2.20. SBS c.s. hebben echter in eerste aanleg¹² erop gewezen dat de kantonrechter bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst rekening heeft gehouden met het verlies aan inkomen en dat de ontslagvergoeding die door de werkgever betaald moest worden daarop is gebaseerd. Niet onbegrijpelijk is dat het hof daarin ook het verweer heeft gelezen dat eiser een beroep kan doen op sociale uitkeringen en dat hij binnen een redelijke termijn een vergelijkbaar inkomen uit ander werk kan verwerven. De klacht faalt daarom.

2.21. Voor zover de klacht tot uitgangspunt neemt dat als gevolg van de uitzending sprake is van volledige arbeidsongeschiktheid en dat dit toegerekend moet worden, gaat het uit van een onjuiste lezing van het arrest van het hof. Het hof is immers slechts uitgegaan van een beperkt inkomensverlies die het gevolg is van de problemen die tussen eiser en zijn werkgever zijn ontstaan als gevolg van de uitzending. Het overige inkomens-

9 Zie subonderdeel 2.2-III onder c.

10 Zie subonderdeel 2.2-III onder b en d.

11 Asser/Sieburgh 6-II 2017/66; Groene Serie Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 5.4.1 (R.J.B. Boonekamp); zie o.a. HR 9 juni 1972, ECLI:NL:HR:1972:AC0891, NJ 1972/360, m.nt. G.J. Scholten; HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4960, NJ 1986/136, m.nt. C.J.H. Brunner; HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1032, NJ 1993/667, m.nt. P.A. Stein; HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391, m.nt. J. Spier.

12 Conclusie van antwoord onder 111.

verlies als gevolg van arbeidsongeschiktheid acht het hof niet toerekenbaar.

2.22. Het onderdeel bevat nog de klacht dat het hof zou hebben miskend dat eiser om verwijzing naar de schadestaatprocedure heeft verzocht. Dit verzoek ziet echter niet op het verlies in arbeidsvermogen over de jaren 2014 tot en met 2017, maar op de periode daarna.¹³ Het verzoek ziet dan ook niet op het verlies van arbeidsvermogen door de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar op het verlies van arbeidsvermogen dat verband houdt met de arbeidsongeschiktheid. Volgens het hof is die laatste schade niet toerekenbaar, zodat daarom ook geen verwijzing naar de schadestaatprocedure kan volgen. De klacht faalt.

2.23. *Onderdeel 2.2-VI* bevat twee klachten. De eerste klacht houdt in dat het oordeel van het hof in rov. 3.20 onbegrijpelijk is, dat voor SBS c.s. niet voorzienbaar was dat eiser arbeidsongeschikt zou raken door de reactie van eiser die extreem heftig en langdurig was. Eiser wijst er daarbij op dat het voor een professionele partij als SBS c.s. kenbaar zou moeten zijn dat met de uitzending sprake was van een risico op beschadiging c.q. aantasting van iemands persoon, en dat dit onder omstandigheden een zodanige impact kan hebben dat daardoor psychische schade ontstaat.

2.24. Met deze klacht geeft eiser slechts een onderbouwing waarom de psychische schade voorzienbaar was. Daaruit volgt nog niet dat het oordeel van het hof dat de reactie van eiser extreem heftig en langdurig was, onbegrijpelijk is. De klacht faalt daarom.

2.25. De tweede klacht is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.20 dat de mate van schuld van SBS c.s. niet heel groot is te noemen, omdat SBS c.s. wel enigermate hebben getracht om herkenning van eiser te voorkomen door zijn gezicht onherkenbaar te maken en dat van opzet om hem ten onrechte in de uitzending als heler af te schilderen geen sprake is geweest. Geklaagd wordt dat onjuist en/of onbegrijpelijk is dat het met de schuld wel meevalt omdat men de gezichten heeft 'geblurd'.¹⁴

2.26. Deze klacht gaat uit van een onjuiste lezing van het arrest van het hof. Uitgangspunt voor het hof is dat SBS c.s. onrechtmatig hebben gehandeld

doordat zij onzorgvuldig hebben gehandeld.¹⁵ In het kader van de toerekening heeft het hof vervolgens overwogen dat de mate van schuld niet heel groot was, omdat SBS c.s. wel enige voorzorgsmaatregelen hadden getroffen en van opzet geen sprake was. Ik lees in het oordeel van het hof dan ook niet dat het met de schuld wel mee zou vallen, maar slechts dat de mate van verwijtbaarheid groter had kunnen zijn. Daarmee faalt deze klacht.

2.27. *De onderdelen 2.2-VII en 2.3* bevatten slechts voortbouwklachten en behoeven geen bespreking.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en tot verwijzing.

Hoge Raad

1. Procesverloop

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

a. de vonnissen in de zaak C/13/633273 / HA ZA 17-761 van de rechtbank Amsterdam van 21 februari 2018 en 6 juni 2018;

b. de arresten in de zaak 200.247.222/01 van het gerechtshof Amsterdam van 23 oktober 2018 en 18 augustus 2020.

Eiser heeft tegen het arrest van het hof van 18 augustus 2020 beroep in cassatie ingesteld.

Tegen SBS c.s. is verstek verleend.

De zaak is voor eiser toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot vernietiging en tot verwijzing.

De advocaat van eiser heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Noordkaap produceert het programma '[het televisieprogramma]'. Het programma wordt gepresenteerd door [de presentator] (hierna: [de presentator]). Talpa TV B.V. zendt 'Undercover in Nederland' uit op haar televisiezender SBS 6.

(ii) De uitzending van 21 oktober 2012 was (onder meer) gewijd aan de verduistering van een grote partij sloten van het merk GAD bij de distri-

13 Zie inleidende dagvaarding onder 22 tot en met 33 en memorie van grieven onder p. 25 onder c) en h).

14 Zie procesinleiding p. 20 tweede alinea.

15 Zie rov. 3.5 tot en met 3.10.

buteur van de sloten door een ex-werknemer van GAD. In de uitzending kondigde [de presentator] aan dat hij op zoek gaat naar (weder)verkopers van de desbetreffende sloten om bewijs te verzamelen tegen de ex-werknemer. [de presentator] heeft op marktplaats.nl diverse advertenties aangevraagd voor nieuwe sloten van – volgens de ‘voice-over’ van het programma – exact hetzelfde type als de gestolen partij. Met twee van de aanbidders, onder wie eiser (‘een marktplaatshandelaar uit [woonplaats]’), heeft [de presentator] een afspraak gemaakt om een slot te kopen voor € 20,--. Van de afspraak met eiser zijn opnamen gemaakt met een verborgen camera, die in de uitzending zijn getoond. De afspraak is gemaakt op straat voor de woning van eiser en zijn echtgenote. In de uitzending is te zien hoe aanvankelijk alleen met de echtgenote en later ook met eiser de koop van de sloten wordt afgehandeld. De ‘voice-over’ zegt op enig moment: “En dat is inderdaad het merk en type slot dat (...) importeert en het bewijs dat deze jongen gestolen spullen verkoopt. Zelf weet hij ook niet precies waar hij ze vandaan heeft.” In de uitzending zijn de namen van eiser en van zijn echtgenote niet genoemd en zijn hun gezichten onherkenbaar gemaakt.

(iii) Nadat eiser door zijn werkgever en enkele van haar klanten was herkend in de uitgezonden beelden, is hij op 24 oktober 2012 door zijn werkgever op non-actief gesteld.

(iv) Eiser heeft telefonisch en per e-mail van 24 oktober 2012 contact opgenomen met Noordkaap en gesteld dat de sloten niet afkomstig waren van diefstal maar van een brandschade.

(v) Uit een brief van de directeur van [A] B.V. van 24 oktober 2012 volgt dat op 19 november 2011 een grote brand is geweest in een bedrijfsverzamelgebouw en dat zijn bedrijf opdracht heeft gekregen om sloop- en opruimingswerkzaamheden uit te voeren in hal 4 van het bedrijfsverzamelgebouw. Voorts is daarin vermeld dat het gebruikelijk is dat bij brandschades alle vrijkomende materialen eigendom worden van degene aan wie die de sloop- en opruimwerkzaamheden zijn opgedragen, dat bij de uitgevoerde werkzaamheden diverse spullen zijn vrijgekomen, waaronder sloten die aan een derde zijn overgedragen.

(vi) Op 4 november 2012 heeft Noordkaap per e-mail aan eiser bevestigd dat tot rectificatie zou worden overgegaan in de uitzending van 25 november 2012, omdat is gebleken dat de sloten afkomstig zijn uit een brandschade. In de uizen-

ding van Undercover in Nederland op 25 november 2012 zijn door [de presentator] excuses gemaakt aan eiser (zonder diens naam te noemen) en is meegedeeld dat na afloop van de uitzending is gebleken dat de sloten niet van diefstal afkomstig waren.

(vii) Bij beschikking van 12 juni 2013 heeft de kantonrechter een verzoek van de werkgever van eiser tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst afgewezen.

(viii) Bij beschikking van 7 februari 2014 van de kantonrechter is het dienstverband tussen eiser en zijn werkgever per 15 februari 2014 ontbonden. Daarbij is aan eiser ten laste van zijn werkgever een vergoeding naar billijkheid toegekend van € 12.000,-- bruto.

(ix) In een deelgeschil tussen eiser en SBS c.s. is bij beschikking van 16 juli 2015 (hierna: de deelgeschilbeschikking) geoordeeld dat SBS c.s. hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door eiser als gevolg van de uitzending geleden schade.

(x) Een psychiater heeft eiser in het kader van een arbeidsongeschiktheidsprocedure medisch beoordeeld en is tot de conclusie gekomen dat eiser arbeidsongeschikt is wegens psychische klachten. 2.2. Eiser heeft van SBS c.s. vergoeding gevorderd van de door hem geleden schade als gevolg van de uitzending, waaronder medische kosten, verhuiskosten, verlies van arbeidsvermogen, verlies van zelfwerkzaamheid, kosten in verband met de vaststelling van aansprakelijkheid en immateriële schade. Voor zover in cassatie van belang heeft de rechtbank geoordeeld dat gezien de aard van de aansprakelijkheid en de schade alleen de (immateriële) schade ter zake van aantasting van eer en goede naam als gevolg van de onrechtmatige publicatie aan SBS toerekenbaar is. Zij heeft deze schade begroot op € 2.500,-- en SBS c.s. hoofdelijk veroordeeld tot betaling daarvan.¹⁶

2.3. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd, voor zover daarbij SBS c.s. hoofdelijk zijn veroordeeld tot betaling van € 2.500,-- aan immateriële schade en heeft SBS c.s. hoofdelijk veroordeeld tot betaling van € 5.000,-- aan immateriële schade. Voor het overige heeft het hof het

16 Rechtbank Amsterdam 6 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3957.

vonnis van de rechtbank bekrachtigd.¹⁷ Daaraan heeft het hof het volgende ten grondslag gelegd.

Uitzending onrechtmatig?

SBS c.s. hebben onrechtmatig gehandeld jegens eiser door het uitzenden van de met de verborgen camera van hem gemaakte beelden, omdat in dit geval het belang van eiser bij bescherming van zijn privacy dient te prevaleren boven het belang van SBS c.s. bij bescherming van hun recht op vrijheid van meningsuiting. (rov. 3.5-3.10)

Conditio sine qua non-verband uitzending en gestelde schade

Ten aanzien van de problemen met zijn werkgever heeft eiser aangetoond dat hij niet in de problemen was geraakt waarin hij nu verkeert als de uitzending niet had plaatsgevonden. Eiser heeft voldoende onderbouwd dat hij tot eind 2012 zonder problemen heeft gefunctioneerd en pas naar aanleiding van de uitzending psychische klachten (geestelijk letsel) heeft gekregen. Eiser heeft ook wat betreft de schade die met deze klachten verband houdt, het conditio sine qua non-verband aangetoond, behoudens de kosten bestaande in het eigen risico voor de Zorgverzekeringswet. Ook heeft eiser het conditio sine qua non-verband aangetoond tussen de kosten van rechtsbijstand en de uitzending. Het conditio sine qua non-verband tussen de uitzending en het gevorderde voorschot op smartengeld is door SBS c.s. niet bestreden en wordt dus als vaststaand aangenomen. (rov. 3.12)

Voor de schade die eiser stelt te hebben geleden doordat hij zich enkele jaren na de uitzending gedwongen achtte om te verhuizen, ontbreekt het conditio sine qua non-verband. Niet is aangetoond dat eiser als gevolg van de uitzending genoodzaakt was om te verhuizen, terwijl evenmin vaststaat dat hij zonder de uitzending niet verhuisd zou zijn. Het conditio sine qua non-verband tussen de uitzending en het gestelde verlies aan zelfwerkzaamheid en de gestelde kosten voor huishoudelijke hulp en verzorging is evenmin aangetoond omdat eiser niet, althans onvoldoende onderbouwd heeft gesteld dat zijn gestelde beperkingen zonder de uitzending niet zouden hebben bestaan. (rov. 3.13)

Toerekenbaarheid van de gestelde schade in de zin van art. 6:98 BW

Voor zover de vordering van eiser betrekking heeft op de gestelde schade als gevolg van de verhuizing, het verlies van zelfredzaamheid en kosten voor huishoudelijke hulp en verzorging, is zij niet toewijsbaar op de in rov. 3.13 vermelde grond. Het hof hoeft derhalve alleen nog te beoordelen of en, zo ja, in hoeverre de overige gestelde schadeposten, bestaande in verlies van arbeidsvermogen, medische kosten (met uitzondering van de kosten ter zake van het eigen risico voor de Zorgverzekeringswet), (voorschot op) kosten als bedoeld in art. 6:96 BW en (voorschot op) smartengeld, toerekenbaar en toewijsbaar zijn. (rov. 3.16)

Voor het vaststellen van de omvang van de aansprakelijkheid van de schuldenaar geeft art. 6:98 BW niet-limitatief de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade als gezichtspunten. Art. 6:98 BW biedt de ruimte om, naast de voorzienbaarheid van de schade ten tijde van de normschending, andere gezichtspunten bij de toerekening te betrekken, zoals de ernst van het verwijt dat de schuldenaar kan worden gemaakt. (rov. 3.17)

De schending door SBS c.s. van een zorgvuldigheidsnorm heeft geleid tot een inbreuk op de privacy van eiser. De mate van schuld van SBS c.s. is niet heel groot. De schade bestaat uit materiële (inkomstenderving, medische kosten, kosten van rechtsbijstand) en immateriële (smartengeld) componenten. Dat de uitzending tot herkenning van eiser door zijn werkgever zou leiden was voorzienbaar. Het commerciële belang van SBS c.s. is niet zonder belang, en ook de rol van SBS c.s. als 'public watchdog' wordt in ogenschouw genomen. Dat eiser de proceshouding van SBS c.s. als frustrerend en belemmerend voor zijn genezing heeft ervaren, is niet relevant in het kader van de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid. Deze gezichtspunten leiden, in onderling verband bezien, tot het volgende oordeel over de toerekenbaarheid. (rov. 3.18)

Verlies van arbeidsvermogen

Het inkomensverlies als gevolg van het ontslag van eiser is als toerekenbare schade te beschouwen, maar de van de werkgever ontvangen vergoeding naar billijkheid van € 12.000,- en de mogelijkheid een beroep te doen op sociale uitkeringen, compenseren de financiële gevolgen

17 Gerechtshof Amsterdam 18 augustus 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2301.

voor eiser van het verlies van zijn baan in voldoende mate, waarbij dient te worden meegewogen dat niet kan worden uitgesloten dat eiser zonder de uitzending zijn baan in de jaren na 2012 ook, maar dan om andere redenen, zou hebben verloren. Daarbij wordt aangenomen dat eiser, gezien zijn leeftijd, opleiding en werkervaring, er dan binnen redelijke tijd in geslaagd had kunnen zijn om een vergelijkbaar inkomen uit ander werk te verwerven. (rov. 3.19)

Het was voor SBS c.s. niet voorzienbaar dat eiser als gevolg van de uitzending langdurig en volledig arbeidsongeschikt zou raken wegens psychische klachten. De reactie van eiser op het voorval is extreem heftig en langdurig. Ook als sprake was van een predispositie, konden SBS c.s. hiermee niet bekend zijn. Het verlies van arbeidsvermogen door de voortdurende arbeidsongeschiktheid van eiser is daarom niet aan SBS c.s. toerekenbaar. Hetzelfde geldt voor de medische kosten bestaande in kosten voor psychologische hulp en de immateriële schade in verband met de psychische klachten van eiser. (rov. 3.20)

(Voorschot) op smartengeld

Het hof begroot de immateriële schade (smartengeld) wegens aantasting van de eer en goede naam van eiser op € 5.000,-- (rov. 3.22-3.24)

Schadestaatprocedure

Voor de overige schadeposten die verband houden met de uitzending, waaronder arbeids- en vermogensschade, en pensioenschade, vordert eiser verwijzing naar de schadestaatprocedure. Dat eiser als gevolg van de uitzending dergelijke schade zou lijden, acht het hof evenmin voorzienbaar en daarom niet toerekenbaar aan SBS c.s., zodat de gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure eveneens zal worden afgewezen. (rov. 3.26)

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. In cassatie staat vast dat SBS c.s. onrechtmatig hebben gehandeld jegens eiser door het uitzenden van de beelden en dat *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de uitzending en de psychische klachten (het geestelijk letsel) van eiser. Eiser heeft dus letselschade geleden, waaronder dient te worden begrepen schade die het gevolg is van het door de uitzending veroorzaakte geestelijk letsel. De aard van deze schade is een omstandigheid die bij het onderzoek naar de in

art. 6:98 BW bedoelde toerekening moet worden betrokken. Uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad volgt voor zover voorts in deze zaak relevant nog het volgende.

In geval van schade die bestaat in fysiek of geestelijk letsel moet het deel van die schade dat (mede) is ontstaan of verergerd door een eventuele persoonlijke predispositie van de benadeelde waarvan niet aannemelijk is dat deze zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis in de toekomst zou hebben geleid tot (dat deel van) die schade, in beginsel op grond van art. 6:98 BW aan de aansprakelijke worden toegerekend.¹⁸

Het bestaan en de omvang van schade door verminderd arbeidsvermogen – waaronder pensioenschade – na een aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis dienen te worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen het inkomen van de benadeelde in de feitelijke situatie na die gebeurtenis en het inkomen dat de benadeelde in de hypothetische situatie zonder die gebeurtenis zou hebben verworven. De stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van de schade liggen in beginsel op de benadeelde. Aan de benadeelde mogen in dit verband echter geen strenge eisen worden gesteld; het is immers de aansprakelijke die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontworpen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied. Bij de beoordeling van de hypothetische situatie komt het dan ook aan op hetgeen hieromtrent redelijkerwijs te verwachten valt. In dat verband dienen de goede en kwade kansen te worden afgewogen, bij welke afweging de rechter een aanzienlijke mate van vrijheid heeft. Hoewel het resultaat van die afweging in cassatie beperkt toetsbaar is, dient het oordeel van de rechter wel consistent en begrijpelijk te zijn.¹⁹ Het voorgaande betekent dat het oordeel dat redelijkerwijs te verwachten valt dat een predispositie tot nadeel zou hebben geleid in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis herleidbaar moet zijn tot concrete aanwijzingen.

Kosten van huishoudelijke hulp moeten door de aansprakelijke persoon aan de benadeelde wor-

¹⁸ Vgl. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (Groningenveld), rov. 2.10.4.

¹⁹ Vgl. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, rov. 3.3.2.

den vergoed indien deze ten gevolge van het letsel niet langer in staat is de desbetreffende werkzaamheden zelf te verrichten, voor zover het gaat om werkzaamheden waarvan het in de situatie waarin het slachtoffer verkeert normaal en gebruikelijk is dat zij worden verricht door professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners.²⁰

3.1.2. De onderdelen 2.2-I, 2.2-IIa, 2.2-III, 2.2-IV, 2.2-V en 2.2-VII van het middel zijn gericht tegen rov. 3.16 in verband met rov. 3.13, 3.17-3.24 en 3.26 en bevatten klachten die erop neerkomen dat het hof heeft miskend dat vergoeding is gevorderd ter zake van letselschade, ten aanzien waarvan toerekening in ruime mate plaatsvindt, althans dat deze oordelen onvoldoende zijn gemotiveerd.

3.1.3. Het hof heeft de omstandigheid dat eiser letselschade heeft geleden niet betrokken bij het onderzoek naar de in art. 6:98 BW bedoelde toerekening. Het hof heeft voorts verzuimd bij het onderzoek te betrekken dat het deel van de letselschade dat (mede) is ontstaan of verergerd door een eventuele predispositie waarvan niet aanneemelijk is dat deze zonder de uitzending in de toekomst zou hebben geleid tot (dat deel van) het geestelijk letsel, in beginsel op grond van art. 6:98 BW aan SBS c.s. moet worden toegerekend. Evenmin heeft het hetgeen overigens in 3.1.1 is overwogen kenbaar in zijn oordeel betrokken. De hiervoor in 3.1.2 genoemde, hierop gerichte klachten slagen. Na verwijzing dient het toerekeningsverband tussen de uitzending en de schade opnieuw te worden onderzocht.

3.2. De onderdelen 2.1, 2.2-IIb en 2.2-VI kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het name-lijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

Onderdeel 2.3 mist zelfstandig belang en behoeft om die reden geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

– vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 18 augustus 2020;

– verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;
– veroordeelt SBS c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 526,07 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien SBS c.s. deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

NOOT

Dit arrest valt om twee redenen op. Op de eerste plaats omdat daaruit blijkt dat psychische schade door een onterechte diffamerende publicatie niet alleen recht geeft op vergoeding van de (immateriële) schade ter zake van aantasting van eer en goede naam, maar door de ruime toerekening bij letselschade recht geeft op vergoeding van de geleden letselschade. Op de tweede plaats laat de Hoge Raad zich uit over de gevolgen van een predispositie op de begroting van de schade. De Hoge Raad bepaalt in dit arrest dat het oordeel dat redelijkerwijs te verwachten valt dat een predispositie tot nadeel zou hebben geleid in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis herleidbaar moet zijn tot concrete aanwijzing. Dit is reden om nader stil te staan bij de predispositieleer.

1. Het verschil tussen predispositie en pre-existentie

Daarbij is het van belang om een onderscheid te maken tussen pre-existentie en predispositie. Deze begrippen worden soms door elkaar gebruikt (vgl. hof Den Bosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:1847 «JA» 2017/95, m.nt. Bosch), terwijl het om twee verschillende leerstukken gaat, met ieder een eigen gevolg. Van pre-existentie is sprake wanneer het slachtoffer voorafgaand aan het aansprakelijkheid schepende voorval al gezondheidsklachten had. Bij de begroting van de schade moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie met het aansprakelijkheid schepende voorval en de hypothetische situatie zonder dat voorval. Aangezien het slachtoffer in beide situaties de pre-existente klachten heeft, ontstaat door pre-existente gezondheidsklachten geen schade. Een predispositie is aanwezig indien er sprake is van een bijzondere lichamelijke of geestelijke kwetsbaarheid bij

20 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998 (Rijnstate), rov. 3.5.1.

de gelaedeerde. De gelaedeerde hoeft hiervan geen klachten te hebben, het kan zelfs voorkomen dat de gelaedeerde niet op de hoogte is van zijn predispositie. Een klassiek voorbeeld van een predispositie is te vinden in het *Coronaire trombose-arrest* (HR 21 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5560, NJ 1975/372 m.nt. Scholten, VR 1975, 85 m.nt. Brunner). In die zaak ging het om een tractorbestuurder die een verkeersfout maakt, waardoor een botsing met een brommer ontstaat. De bestuurder van de brommer raakt niet gewond. Maar door het ongeval is hij wel overstuurd. Drie uur na het ongeval overlijdt hij aan een hartziekte: coronaire trombose. Door de aanwezigheid van een hartconditie was hij kwetsbaarder dan een ‘gemiddeld’ persoon. Bij schending van een verkeers- of veiligheidsnorm staat een predispositie niet aan toerekening in de zin van art. 6:98 BW in de weg. De aansprakelijke is ook aansprakelijk voor de schade die voor hem nauwelijks te voorzien was en mede zijn oorzaak vindt in de verhoogde kwetsbaarheid van het slachtoffer.

2. De beperking van de looptijd wegens een predispositie

Deze ruime toerekening werd in het verleden nogal eens ‘gecorrigeerd’ bij de begroting van de schade. Dit door verkorting van de looptijd van de schade, omdat ervan uit werd gegaan dat het slachtoffer door zijn predispositie hoe dan ook op enig moment zou uitvallen, waarna *ex aequo et bono* een bekorting van de looptijd werd geschat. Hartlief was in zijn bijdrage in de *AV&S* nogal kritisch op deze handelwijze. Hij wijst erop dat voor een bekorting van de looptijd eigenlijk nodig is dat de rechter zou moeten weten of en zo ja wanneer en met welk effect de bijzondere gesteldheid zich ook in de hypothetische situatie zonder ongeval zou hebben gemanifesteerd. Bij gebreke van statistische gegevens blijken deskundigen hier voorzichtig. In de lagere rechtspraak komt men desalniettemin, al dan niet onder de noemer van een beslissing *ex aequo et bono*, gevallen tegen waarin de rechter bij het begroten van de schade wel degelijk rekening houdt met de geestelijke kwetsbaarheid van de benadeelde. Vooral daar waar deskundigen zegen geen zinnige voorspelling te (hebben) kunnen doen, kan men zich afvragen of rechters hier wel een juiste koers varen (T. Hartlief, ‘Prognoses in het personenschaderecht’, *AV&S* 2005, 27).

Jaren later keert ook de Hoge Raad zich tegen deze wijze van schade begroten. In HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397, NJ 2016/138, m.nt. Lindenbergh, «JA» 2016/14, m.nt. Schreuder (*Jerrycan*) casseert de Hoge Raad het oordeel van het hof: ‘Zonder nadere motivering is niet begrijpelijk op grond waarvan het hof van oordeel is dat de enkele omstandigheid dat werknemer in het onderhavige geval op relatief gering letsel heeft gereageerd met een ernstige psychische reactie, aannemelijk maakt dat werknemer op enig ander moment in zijn leven – en in ieder geval uiterlijk omstreeks 55-jarige leeftijd – op eenzelfde wijze zou hebben gereageerd op een al dan niet ernstig life-event. Het hof heeft in het bijzonder niets vastgesteld omtrent reeds voorgevallen andere gebeurtenissen in het leven van werknemer die als een dergelijk “al dan niet ernstig life-event” kunnen worden aangemerkt en aldus evenmin beoordeeld in hoeverre de reactie van werknemer op een dergelijke gebeurtenis dit aannemelijk maakt. Het hof heeft voorts niet toereikend gemotiveerd waarom een psychische reactie zoals die van werknemer in het onderhavige geval, in zijn algemeenheid aannemelijk maakt dat de betrokkene ook als gevolg van andere gebeurtenissen dan een dergelijk arbeidsongeval, niet meer in staat zal zijn loonvormende arbeid te verrichten. De enkele omstandigheid dat volgens de door het hof geraadpleegde deskundigen ook bij andersoortig letsel of andere stressvolle omstandigheden een dergelijke reactie “niet is uit te sluiten” volstaat – zoals het hof ook heeft onderkend – daartoe niet.’ Lindenbergh schrijft in zijn annotatie in de *NJ* onder dit arrest dat hij het redelijk acht om bij afwezigheid van aanwijzingen voor een doorwerking van een predispositie in de looptijd van de schade uit te gaan van de verwachting dat die doorwerking zich niet zal realiseren.

3. Oude wijn in nieuwe zakken: het verplaatsen van de discussie

Schultz wijst er in zijn annotatie onder het *Jerrycan*-arrest (HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397, ‘Predispositie en toekomstige schade’ *AV&S* 2016, afl. 2, nr. 11), op dat er in de praktijk meestal te weinig concrete aanwijzingen zullen zijn om – vanwege een bestaande predispositie – de looptijd van toekomstige schade te kunnen beperken en meent daarom dat het logischer is om in dat verband andere oplossin-

gen na te streven. Daartoe wijst hij op een betoog van De Hek dat het minder bezwarend is om een bestaande predispositie bij de schadebegroting een rol te laten spelen door daarmee rekening te houden bij de bepaling van de carrière in de hypothetische situatie zonder ongeval. De Hek schreef dat iemand met een kwetsbare persoonlijkheidsstructuur in zijn ogen minder snel voor bijvoorbeeld een promotie of urenitbreiding in aanmerking zal kunnen komen (in de hypothetische situatie zonder ongeval) dan iemand zonder een dergelijke predispositie (vgl. De Hek, 'Whiplash – observaties van een rechter', *TVP* 2011, afl. 2, p. 37-43). Dit betoog klinkt sympathiek. Schultz trekt echter zelf de conclusie dat voor alle benaderingen geldt dat er goede grond – in de zin van concrete aanwijzingen – moet zijn voor verlaging of verhoging van de schadevergoeding. Daaruit blijkt voldoende dat de door hem voorgestane 'oplossing' het essentiële probleem dat de toekomst naar zijn aard ongewis is, onverlet laat. Datzelfde geldt voor het betoog van Van Dijk tijdens het LSA Symposium in juni van dit jaar, waarin hij voortborduurde op het artikel dat hij in 2016 samen met Overes schreef (Chr. van Dijk en J.S. Overes, 'Predispositie en de omvang van de vergoeding van letselschade. Naar een onzekerheidscorrectie bij onzekerheid rondom predispositie?' *TLP* 2016, afl. 5, nr. 138). In dit artikel braken zij een lans voor de introductie van een onzekerheidscorrectie bij predispositie. Heel specifiek bepleiten zij de toepasbaarheid van een onzekerheidscorrectie in 'die gevallen waarbij sprake is van voldoende onzekerheid over de vraag of de predispositie in de situatie zonder ongeval evenzeer tot dezelfde voortdurende schade zou hebben geleid (de causaliteitsonzekerheid) en waarbij ten tweede de billijkheid noopt tot een onzekerheidscorrectie in plaats van een "alles-of-niets"-benadering'. Zij formuleerden een aantal gezichtspunten. Zo zou de looptijd van de schade van invloed zijn: hoe langer de looptijd, hoe meer plaats voor een correctie. Ook de duur van de predispositie achtten zij relevant: hoe langer de duur, hoe meer plaats voor een correctie. Vervolgens is ook de aard van de predispositie van belang: hoe meer de predispositie dezelfde schade zelfstandig zou kunnen hebben veroorzaakt, hoe meer een billijkheidscorrectie gepast is. Als laatste zou ook het oordeel van artsen over het hypothetisch intreden van schade door de predispositie van belang zijn: hoe nauw-

keuriger/krachtiger het oordeel van artsen dat de predispositie zonder ongeval gedurende de duur van de voortdurende schade (evenzeer) zou zijn ingetreden, hoe meer ruimte voor een billijkheidscorrectie wegens die predispositie. Van Dijk en Overes voegen daaraan toe dat deze factoren communicerende vaten zijn en onderling verschillende kanten op kunnen wijzen. Ook hier geldt dat het betoog mijns inziens sympathiek overkomt, maar dat het probleem van het 'niet weten' zich alleen verplaatst. Immers ontstaat dan geen discussie over de concrete aanwijzingen voor de duur van de looptijdbekorting, maar over diezelfde aanwijzingen voor de hoogte van de onzekerheidscorrectie. Het is mijns inziens dan ook oude wijn, in nieuwe zakken.

4. *Is de Hoge Raad strenger geworden?*

Hoezeer de praktijk ook een oplossing tracht te vinden voor het 'niet weten', ik vrees dat op dit punt de rechtspraak zal moeten (leren) omgaan met de onzekerheid die nu eenmaal inherent aan het leven is. Daarbij lijkt de lijn van de Hoge Raad in de laatste drie arresten op dit punt stringenter te zijn geworden. Deze lijn begon bij het hiervoor genoemde *Jerrycan*-arrest waarin de Hoge Raad van de rechter een deugdelijke onderbouwing verlangt bij de bekorting van de looptijd wegens een predispositie. Vervolgens oordeelde de Hoge Raad in het *Poolmolen*-arrest (HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, «JA» 2017/57 m.nt. Bosch) dat zonder nadere motivering het vervaardigde neuropsychologisch onderzoek het oordeel niet kon dragen dat aan gereede twijfel onderhevig was of de gelaedeerde een vergelijkbare carrière had kunnen realiseren als zijn studiegenoten. Het betreffende rapport vermeldde immers niet in hoeverre de persoonlijkheidsstructuur van de gelaedeerde in de hypothetische situatie zonder ongeval van invloed zou zijn geweest op zijn mogelijkheden om een zodanige carrière te realiseren. Reden waarom de Hoge Raad 's hofs arrest casseerde. Daaraan voegt het onderhavige arrest toe dat het oordeel dat redelijkerwijs te verwachten valt dat een predispositie tot nadeel zou hebben geleid in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis 'herleidbaar moet zijn tot concrete aanwijzingen'.

Of de Hoge Raad met de 'herleidbaarheid tot concrete aanwijzingen' bedoeld heeft de eisen (nog) verder aan te scherpen, of dat voor een

deugdelijke onderbouwing altijd al concrete aanwijzingen nodig waren om deugdelijk te kunnen zijn, kan wat mij betreft in het midden blijven. Uitgangspunt is dat voor bekorting van de looptijd wegens een predispositie een deugdelijke motivering noodzakelijk is, die teruggrijpt op concrete aanwijzingen. Zijn dergelijke aanwijzingen onvoldoende concreet om tot een beargumenteerde bekorting van de looptijd te komen, dan is het mijns inziens inderdaad redelijk om ervan uit te gaan dat voor een bekorting van de looptijd geen plaats is.

mr. E.W. Bosch
advocaat-partner bij Vogelaar Bosch Spijer Advocaten

94

Verhouding eigen recht ex art. 6 WAM en directe actie ex art. 7:954 BW bij verjaring eigen recht art. 6 WAM

Hoge Raad
22 april 2022, nr. 20/02946,
ECLI:NL:HR:2022:616
(mr. Tanja-van den Broek, mr. Wattendorff,
mr. Schaafsma, mr. Makkink)
(Concl. A-G Van Peursema)
Noot mr. J. Derksen

Directe actie. Eigen recht. Verjaring.

[BW art. 3:310, 7:954 lid 1 en 7; WAM art. 6 lid 1, 10 lid 1 en 5]

Dit arrest draait om de vraag of, gelet op art. 7:954 lid 7 BW, een benadeelde kan terugvallen op de directe actie op het moment dat het eigen recht ex art. 6 WAM verjaard is. Benadeelde is slachtoffer van een verkeersongeval en spreekt de WAM-verzekeraar van de schadeveroorzaker op grond van art. 6 lid 1 WAM rechtstreeks aan. Nadat de WAM-verzekeraar na enkele jaren de onderhandelingen afbreekt in de zin van art. 10 lid 5 WAM, laat benadeelde de driejarige verjaringstermijn uit art. 10 lid 1 WAM verlopen. Benadeelde spreekt hierop binnen de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 BW de nabestaanden van de inmiddels overleden schadeveroorzaker aan en stelt dat hij

de verjaring tijdig heeft gestuit en dat de WAM-verzekeraar zijn zaak op grond van art. 7:954 BW in behandeling dient te nemen.

De Hoge Raad oordeelt dat art. 7:954 lid 7 BW zo uitgelegd dient te worden dat de daarin neergelegde beperking, namelijk dat de directe actie niet van toepassing is wanneer de benadeelde op grond van de wet een eigen recht is toegekend, geen betrekking heeft op de situatie waarin het eigen recht uit art. 6 WAM is verjaard. Daartoe overweegt de Hoge Raad het volgende. Art. 7:954 lid 7 BW heeft de strekking de directe actie buiten toepassing te verklaren wanneer de ruimere slachtofferbescherming van het eigen recht van toepassing is. Gelet op deze strekking valt niet in te zien waarom in geval van verjaring van het eigen recht de benadeelde niet zou kunnen terugvallen op de (beperkte) bescherming van de directe actie. Bovendien, zo overweegt de Hoge Raad, ondervindt de verzekeraar geen nadeel van de directe actie, omdat de benadeelde daarmee slechts het recht van de verzekerde uitoefent en de verzekeraar jegens de benadeelde niet tot meer is gehouden dan waartoe zij jegens de verzekerde gehouden is.

1. [eiser 1],
wonende te [woonplaats],
2. [eiseres 2],
wonende te [woonplaats],
3. [eiseres 3],
wonende te [woonplaats],
4. Allianz Benelux N.V.,
gevestigd te Rotterdam,
Eisers tot cassatie,
hierna: [eisers],
advocaten: I.M.A. Lintel en T.T. van Zanten,
tegen
[verweerder],
wonende te [woonplaats],
Verweerder in cassatie,
hierna: [verweerder],
advocaat: K. Aantjes.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Van Peursema)

Op 29 februari 2000 heeft een aanrijding tussen twee auto's plaatsgevonden waarbij bestuurder [verweerder] letselschade heeft opgelopen. De actie uit hoofde van eigen recht van [verweerder] ex art. 6 WAM op de verzekeraar van de bestuur-