

Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen?

Over het begrip ‘persoonsaantasting’ buiten lichamelijk en geestelijk letsel

NTBR 2019/20

Met het arrest van 15 maart 2019 heeft de Hoge Raad kleur gegeven aan de aantasting van de persoon ‘op andere wijze’ in art. 6:106 onder b BW. Daaronder valt niet alleen naar objectieve maatstaven vastgesteld geestelijk letsel, maar kunnen – afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan – ook gevallen worden begrepen waarin de gevolgen minder (geobjectiveerd) ernstig zijn. In deze bijdrage wordt verkend hoe deze ‘restcategorie’ van persoonsaantastingen moet worden geduid, wat er zoal onder kan vallen, en waarin begrenzingen kunnen worden gevonden.

1. Inleiding

Volgens vaste rechtspraak geldt behalve lichamelijk letsel en schending van eer en goede naam ook geestelijk letsel als aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 onder b BW, die een recht op smartengeld rechtvaardigt. In de literatuur is verdedigd en in de rechtspraak is aanvaard, dat ook buiten die gevallen onder omstandigheden een persoonsaantasting ‘op andere wijze’ in de zin van art. 6:106 onder b (slot) BW kan worden aangenomen. In de literatuur werd vooral gedoeld op schending van fundamentele (persoonlijkheids) rechten.² De Hoge Raad heeft eerder ernstige schendingen van de persoonlijke levenssfeer en van het fundamentele recht om zelf te beschikken over de eigen voortplanting aangemerkt als smartengeldwaardige persoonsaantastingen.³

In een wat cryptische formulering oordeelde de Hoge Raad in 2012 dat de ‘bijzondere ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor het slachtoffer’ een (hoge)⁴

1 Citeerwijze: S.D. Lindenbergh, ‘Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen? Over het begrip ‘persoonsaantasting’ buiten lichamelijk en geestelijk letsel’, *NTBR* 2019/20, afl. 6. Siewert Lindenbergh is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Onder meer S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer 1998, p. 150 e.v.; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, (diss. VU), Nijmegen 2001, p. 488; P. Abas, ‘Aantasting in een persoonlijkheidsrecht als bedoeld in art. 6:106 lid 1 BW’, *NTBR* 2007/24 (p. 194-198); T.H. Nguyen, ‘Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel’, *NJB* 2009/1408 (p. 1812-1818). Zie voor een overzicht de rijk gedocumenteerde conclusie van A-G Hartlief ECLI:NL:PHR:2018:1295, nr. 4.1 e.v.

3 HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (Groninger oudejaarsrellen); en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*). De bestuursrechter volgt hier de civiele rechter: CRvB 26 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2550.

4 De Hoge Raad sprak van ‘In uitzonderlijke gevallen’.

uitzondering kunnen rechtvaardigen op de regel dat geestelijk letsel noodzakelijk is voor het aannemen van een persoonsaantasting ‘op andere wijze’.⁵ In zijn arrest van 15 maart 2019 kiest hij uitdrukkelijk voor een nevenschikking:

‘Daarnaast [naast objectiveerbaar geestelijk letsel, auteur] kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde, meebrengen dat van de in art. 6:106 [...] onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is (...).’⁶

Deze veel algemenere formulering roept de vraag op hoe deze categorie van gevallen ten opzichte van de in de wet genoemde vormen van persoonsaantasting (lichamelijk letsel, schending van eer en goede naam) moet worden gepositioneerd, bepaald en begrensd.

Hierna ga ik eerst in op de wettelijke achtergrond van het recht op smartengeld (par. 2). Vervolgens bespreek ik wanneer in ieder geval een aanspraak op smartengeld wordt aanvaard (par. 3). Daarna verken ik de contouren van de restcategorie (persoonsaantasting ‘op andere wijze’ zonder dat sprake is van geestelijk letsel), welke typen gevallen daaronder kunnen worden gebracht, waarin zij haar begrenzing kan vinden en hoe de bestaande rechtspraak zich hiertoe verhoudt.

2. Achtergrond: het limitatieve wettelijke stelsel

Uitgangspunt van de wet is dat alleen een aanspraak op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade bestaat wanneer de wet die met zoveel woorden biedt (art. 6:95 lid 1 BW). Afgezien van enkele bijzondere wetsbepalingen⁷ – waaronder sinds 1 januari 2019 ook art. 6:107 lid 1 onder b BW en 6:108 lid 3 BW die een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden bieden – somt art. 6:106 BW daartoe limitatief de gevallen op waarin een dergelijke aanspraak bestaat.

5 HR 22 juni 2012, *NJ* 2012/410 (*Blauw oog*). Zie A.J. Verheij, ‘Wil de Hoge Raad plegers van bijzonder ernstige normschendingen steviger aanpakken?’, *AV&S* 2013/1.

6 HR 15 maart 2019, *NJ* 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*X/Staat*).

7 Onder meer art. 7:510 BW inzake gemist reisgenot. Zie voor andere bepalingen *Schadevergoeding* (Lindenbergh) art. 95, aant. 4.2.

De achtergrond van het limitatieve karakter is de bedoeling van de wetgever om niet in alle gevallen waarin aansprakelijkheid bestaat en ander nadeel dan vermogensschade is geleden een aanspraak op vergoeding daarvan te aanvaarden. Ten tijde van de totstandkoming van de wet is gediscussieerd over de vraag onder welke omstandigheden een aanspraak op smartengeld gerechtvaardigd is.⁸ De leidende gedachte daarbij was dat de vergoeding van ander nadeel in beginsel slechts mogelijk moest zijn in gevallen waarin het oude recht die aanspraak al bood.⁹ Naar oud recht was in de wet alleen vergoeding van 'onstoffelijk nadeel' erkend in geval van opzettelijke belediging (art. 1408 en 1412 oud BW). In de rechtspraak waren daaraan in 1943 lichamelijk letsel en misdrijven tegen de persoon ('schaking, willekeurige aanhouding en verkrachting') toegevoegd.¹⁰ Tijdens de parlementaire behandeling zijn verder 'ernstige psychische storingen'¹¹ en 'schending van de privacy'¹² genoemd als gevallen waarin ook een aanspraak op smartengeld zou kunnen bestaan. Verdriet om de verwonding of het verlies van een naaste zou niet voor vergoeding in aanmerking moeten komen, omdat dat zou leiden tot commercialisering van verdriet en tot onsmakelijke procespraktijken.¹³ De visie op dit laatste thema is sindsdien geleidelijk veranderd, wat heeft geresulteerd in de uitbreiding per 1 januari 2019 van de art. 6:107 en 6:108 BW met een recht op smartengeld voor naasten van een ernstig en blijvend gewonde en voor nabestaanden ('affectieschade').

De terughoudendheid die in de parlementaire behandeling doorklinkt is tot op zekere hoogte terug te voeren op de tijdgeest. Niettemin kennen eigenlijk alle wettelijke stelsels die een aanspraak op smartengeld aanvaarden beperkingen ten aanzien van de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade.¹⁴ Het Duitse recht kent voor de toewijzing van smartengeld buiten gevallen lichamelijk letsel een forse drempel voor geestelijk letsel¹⁵ en erkent daarnaast alleen in geval van aansprakelijkheid gebaseerd op schuld een recht op smartengeld bij ernstige aantastingen van het *allgemeine Persönlichkeitsrecht*.¹⁶ Naar Engels recht geldt als uitgangspunt dat *mere mental or emotional distress*, anders dan *recognised psychiatric illness*, niet voor vergoeding in aanmerking komt, tenzij een bijzondere *tort* (denk aan *defamation, false imprisonment, trespass to the person*) dit rechtvaardigt.¹⁷ Het Belgische en Franse recht zijn, in ieder geval

in theorie, ruimhartiger omdat het in art. 1382 CC neergelegde begrip *schade/dommage* geen wettelijke beperkingen kent. De rechtspraak beperkt de aanspraken op vergoeding in de praktijk niettemin door middel van het vereiste dat de schade 'persoonlijk' en 'voldoende zeker' moet zijn.¹⁸ De diepere grond voor deze algemene terughoudendheid is waarschijnlijk, behalve het probleem van afgrenzing en de wens om triviale claims te voorkomen, de gedachte dat psychisch onbehagen – als het op compensatie aankomt – een lagere prioriteit toekomt dan fysiek letsel en geestelijk letsel die als objectieerbare aantastingen van de gezondheid kunnen worden aangemerkt.¹⁹

Voor het aanvaarden van een recht op smartengeld buiten aantasting van de gezondheid in de vorm van lichamelijk of geestelijk letsel is dus systematisch gezien alleen bij uitzondering plaats. Dat betekent enerzijds dat dergelijke aanspraken een bijzondere rechtvaardiging verdienen en anderzijds dat de gevallen waarin zij worden aangenomen moeten kunnen worden afgegrensd van gevallen waarin een dergelijke aanspraak niet wordt aanvaard. Voor het nader gronden van deze aanspraken zal hierna eerst worden verkend op welke wijze in welke gevallen in de wet een aanspraak op smartengeld is erkend.

3. Wanneer (wel) smartengeld?

Art. 6:106 BW duidt niet aan om welk nadeel het gaat, maar formuleert als het ware toegangspoorten naar een recht op smartengeld. De categorieën van gevallen waarin een aanspraak op smartengeld bestaat, zijn van verschillende aard: soms ligt de nadruk op de verwerpelijke intentie van de laedens (art. 6:106 onder a BW: oogmerk om zodanig nadeel toe te brengen), soms op het gevolg (art. 6:106 onder b BW: lichamelijk letsel), en soms op de handeling en het daardoor geschonden belang (schending van eer en goede naam, art. 6:106 onder b en c²⁰). Het begrip 'op andere wijze in zijn persoon is aangetast' (art. 6:106 onder b, slot) kan in het verlengde van deze kleurschakeringen worden geïnterpreteerd.

De categorie 'oogmerk' is in de praktijk van geringe betekenis, omdat zij is beperkt tot gevallen waarin het oogmerk van de aansprakelijke was gericht op het toebrengen van ander nadeel dan vermogensschade. Dat doet zich in de praktijk niet vaak bewijsbaar voor.²¹ Zij vindt haar rechtvaardiging in de breed erkende gedachte dat het opzettelijk

8 Vraagpunten, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 371 e.v.

9 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 373.

10 HR 21 mei 1943, NJ 1943/455 (*Van Kreuning/Bessem*).

11 EV I, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 389.

12 VV II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 379; en MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 380.

13 Bijv. EV I, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 388-389.

14 Zie voor een overzicht van de wijzen van vormgeving daarvan in verschillende Europese rechtssystemen C.C. van Dam, *European tort law*, Oxford 2013, p. 362 e.v.; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 64 e.v.; en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, (diss. VU), Nijmegen 2001, p. 15 e.v.

15 Vgl. art. 823 BGB: het moet gaan om aantasting van de *Gesundheit*. Volgens vaste rechtspraak moet geestelijk letsel daarom *Krankheitswert* hebben, BGH 11 mei 1971, BGHZ 56, 163.

16 BGH 14 februari 1958, BGHZ 26, 349.

17 Vgl. Lord Ackner in *Alcock/Chief Constable of South Yorkshire Police* (1992) 1 AC 401.

18 Zie voor België: A. van Oevelen e.a., 'Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling' (1993-2006)(1), *TPR* 2007, p. 933 e.v.

19 Vgl. de uitvoerige analyse van Mullany & Handford, *Tort liability for psychiatric damage*, Sydney: Thomson Law Book Co. 2006, p. 80.

20 Naar de letter van art. 106 onder c BW en naar de bedoeling van de wetgever is deze categorie beperkt tot schending van eer en goede naam van de overledene.

21 Vgl. niettemin HR 21 oktober 2001, NJ 2002/216, m.nt. J.B.M. Vranken (vader vermoordt, teneinde zijn vrouw te kwetsen, hun beider kind); Hof Arnhem-Leeuwarden 5 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2015:2723, JA 2016/88, m.nt. A.I. Schreuder (elf jaar lange anonieme en intensieve campagne van *stalking*, laster en doodbedreiging).

toebrengen van leed zo ernstig is dat het leed in ieder geval in die gevallen moet worden vergoed.²² Komt een dergelijk oogmerk vast te staan, dan gelden voor het bestaan van een aanspraak geen nadere eisen aan de gevolgen: ook frustratie, ergernis en ander onbehagen komen dan voor vergoeding in aanmerking. Voor de omvang van het smartengeld zullen de ernst en omvang van de gevolgen natuurlijk wel relevant zijn.²³

Veel belangrijker is in de praktijk de categorie lichamelijk letsel. Doorgaans is duidelijk wanneer daarvan sprake is. Is dat het geval, dan bestaat een aanspraak op smartengeld. Een ondergrens geldt hier niet,²⁴ maar de geringe ernst van het letsel kan tot uitdrukking komen in de omvang van het smartengeld.

In het verlengde van lichamelijk letsel is in de rechtspraak ook (enkel) geestelijk letsel erkend als aantasting van de persoon 'op andere wijze' in de zin van art. 6:106 onder b (slot) BW. Hier zijn de aard en ernst van de gevolgen beslissend. Van geestelijk letsel is in ieder geval sprake wanneer een in de psychiatrie erkend ziektebeeld is vastgesteld.²⁵ De formule luidt:

'Degene die zich hierop beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel kan worden vastgesteld.'²⁶

Volgens vaste rechtspraak is meer of minder sterk psychisch onbehagen daarvoor onvoldoende.²⁷ In de praktijk betekent dit dat het bestaan van geestelijk letsel zal moeten worden onderbouwd met psychiatrische of psychologische expertise, waarbij de in die disciplines gehanteerde classificatiesystemen voor diagnose (DSM-5 en ICD 11) als 'objectieve maatstaven' maatgevend zullen zijn. In de rechtspraak is aanvaard dat zeer uiteenlopende gevallen kunnen leiden tot geestelijk letsel dat een aanspraak op smartengeld rechtvaardigt: zakelijke geschillen,²⁸ burenhinder,²⁹ weigering tot opname in een inrichting.³⁰

Naast gevallen van oogmerk, lichamelijk en geestelijk letsel geeft ook schending van eer of goede naam aanspraak op smartengeld (art. 6:106 lid 1 onder b en c).³¹ Waar schending van eer en goede naam – een categorie van gevallen waarvoor niet als eis geldt dat sprake is van aantasting van de gezondheid – in de afgelopen decennia in de praktijk aan belang heeft ingeboet, zijn andere persoonlijkheidsbelangen juist een hogere waardering gaan genieten. Zo werden aantastingen van de persoonlijke levenssfeer al onder het oude recht, in het verlengde van belediging, aanvaard als grondslag voor vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade.³² Hier is het *getroffen belang*, wellicht in combinatie met de aard van de handeling bepalend, ongeacht of de handeling heeft geresulteerd in objectiveerbare gevolgen voor de gezondheid.

Men zou dit kunnen zien als een spectrum. Aan het ene uiteinde ervan bevinden zich gevallen waarin een normschending, in beginsel ongeacht de aard en ernst ervan, leidt tot een objectiveerbare *gezondheidsaantasting* in de vorm van lichamelijk of geestelijk letsel. Aan het andere uiteinde bevinden zich gevallen waarin de *aard van de gedraging of het type normschending* zonder meer een aanspraak op smartengeld rechtvaardigt. Het door de wetgever uitdrukkelijk erkende voorbeeld van dit laatste is het geval waarin de aansprakelijke het oogmerk had om ander nadeel dan vermogensschade toe te brengen (art. 6:106 onder a BW): een aanspraak op smartengeld bestaat dan zonder meer.³³ Tussen deze 'polen' bevindt zich – in zekere zin in het verlengde van de in de wet genoemde schending van eer en goede naam – een scala aan denkbare gevallen waarin het van de aard en ernst van de normschending, het daardoor getroffen belang (opmerkelijk is dat de Hoge Raad dit evident relevante aspect niet noemt) en de ernst van de feitelijke gevolgen afhangt of kan worden gesproken van een aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 onder b BW. De genoemde gezichtspunten fungeren hier tot op zekere hoogte als communicerende vaten. Van deze restcategorie worden hierna de contouren onderzocht en verschillende typen voorbeelden verkend.

4. Een verdere verkenning

4.1 Criterium en prototype

De Hoge Raad heeft in het arrest van 15 maart 2019 meer in het algemeen aanvaard dat buiten gevallen van 'oogmerk' en fysiek of geestelijk letsel een aanspraak op smartengeld kan bestaan indien de *aard en ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde* dat rechtvaardigen. Enerzijds is de *enkele schending van een funda-*

22 Vgl. voor de VS reeds de *Restatement of Torts (Supplement)* 1948, par. 46.

23 Vgl. de toewijzing van fl. 100.000 in het geval van het ombrengen van een kind om de moeder te kwetsen, te kennen uit HR 26 oktober 2001, NJ 2002/216, m.nt. J.B.M. Vranken (*Oogmerk*).

24 HR 22 juni 2012, NJ 2012/410 (*Blauw oog*).

25 HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*).

26 HR 15 maart 2019, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*X./Staat*), ro. 3.2.2. In vergelijkbare zin reeds HR 9 mei 2003, NJ 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*B./Noord-Brabant*); en HR 19 december 2003, NJ 2004/348 (*J./Staat*).

27 HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/B.*); en HR 21 februari 1997, NJ 1999/145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth*).

28 Vgl. HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. C.J.H. Brunner (*Ontvanger/B.; geschil over belastingaanslag*); HR 2 mei 1997, NJ 1997/662, m.nt. J.M. Maeijer (*K./Rabobank; geschil over gedwongen aandelenverkoop*); HR 26 juni 1998, NJ 1998/778 (*K./ABN AMRO; geschil over kredietverlening*); HR 9 mei 2003, NJ 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (*B./Noord-Brabant; geschil over bedrog door provincie*).

29 Vgl. HR 1 november 1996, NJ 1997/134 (*hinder door kraaiende hanen*).

30 Vgl. HR 23 januari 1998, NJ 1998/366 (*B./Fiom*).

31 Het recht op smartengeld wegens aantasting van de nagedachtenis van een overledene is uitdrukkelijk beperkt tot gevallen van schending van diens eer en goede naam, aldus MO, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 383.

32 HR 30 oktober 1987, NJ 1988/270 (*Naturistengids*) en HR 1 november 1991, NJ 1992/58 (*K./Staat*).

33 Zie over 'rights based' versus 'damage based' benadering in het kader van smartengeld A.J. Verheij, 'Twee benaderingen van vergoeding van immateriële schade', in: F.T. Oldenhuis & A. Vorsselman (red.), *De waarde van smartengeld*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 45-60.

menteel recht daarvoor niet voldoende. Anderzijds kunnen de aard en ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante *nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen*, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen.³⁴

Men zou kunnen zeggen dat het wettelijke 'prototype' van deze categorie is de schending van eer en goede naam (art. 6:106 onder b BW). Het betreft hier gevallen waarin van oudsher een aanspraak op smartengeld is aanvaard. Voor 1992 gold daarvoor als eis dat het ging om opzettelijke belediging.³⁵ Die eis geldt onder het huidige recht niet meer. Dit type gevallen heeft als kenmerken dat door onrechtmatig handelen een hoogwaardig persoonsbelang wordt aangetast waardoor doorgaans ongenoegen van een zekere ernst wordt toegebracht, terwijl in veruit de meeste gevallen geen sprake zal zijn van objectiveerbaar geestelijk letsel. Die eis geldt ook niet voor toewijsbaarheid van smartengeld op deze grond.³⁶ Hoewel van oudsher schending van eer en goede naam als 'smartengeldwaardig' is gekwalificeerd, worden gevallen van belediging nog maar zelden aan de rechter voorgelegd. Andere belangen, zoals bescherming van de persoonlijke levenssfeer, hebben juist aan gewicht gewonnen. Dat rechtvaardigt om ook aantasting van die belangen met een aanspraak op smartengeld te redresseren.

In deze gevallen ligt ook het accent in functies van smartengeld iets anders: bij gezondheidsaantastingen in de vorm van fysiek of psychisch letsel ligt de nadruk op compensatie van de (ernst van de) gevolgen, bij schending van eer en goede naam en andere hoogwaardige persoonlijkheidsbelangen verschuift het accent naar genoegdoening en rechtshandhaving.³⁷

Het criterium 'aard en ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde' omvat verschillende elementen: de aard van de normschending, de ernst van de normschending, de aard van de gevolgen en de ernst van die gevolgen. Zij hangen niettemin nauw met elkaar samen: de ernst van de normschending zal bijvoorbeeld veelal mede worden bepaald door de aard van het door de norm te beschermen belang. De door de Hoge Raad uit zijn eigen rechtspraak genoemde voorbeelden illustreren dat: het uitblijven van politieoptreden dat leidde tot urenlang in eigen huis verkeren onder zeer bedreigende omstandigheden; het achterwege laten van erfelijkheidsonderzoek dat resulteerde in de geboorte van een kind met zeer ernstige fysieke en geestelijke handicaps. En de ernst van de gevolgen zal, zoals de Hoge Raad ook verwoordt in het 'bewijsvermoeden', veelal kunnen worden afgeleid uit de aard en ernst van de normschending: van grove belediging mag worden aange-

nomen dat die leidt tot gevolgen van betekenis. Aldus kunnen deze aspecten tot op zekere hoogte met elkaar 'communiceren'.

4.2 Fundering en begrenzing: aard van het geschonden belang

Hoewel het nogal open geformuleerde criterium in potentie zeer veel typen gevallen omvat, is het de vraag of de Hoge Raad bedoelt om met het nieuwe criterium in meer gevallen dan voorheen een aanspraak op smartengeld te aanvaarden. Hij brengt zelf in ieder geval een belangrijke beperking aan door te overwegen dat niet de enkele schending van een fundamenteel recht een aanspraak op smartengeld rechtvaardigt.³⁸ Smartengeld is dus geen 'tarief' dat wegens schending van bepaalde normen zonder meer kan worden geïncasseerd. Daar is veel voor te zeggen,³⁹ omdat de ene schending van het ene fundamentele recht de andere niet is.⁴⁰ De zaak die aan de Hoge Raad voorlag illustreert dat: een gedetineerde had gedurende een jaar onder een te zwaar detentieregime verkeerd, maar had niet aannemelijk gemaakt in welke mate dat verschilde van het in zijn geval wel geoorloofde detentieregime en hoe hij daardoor was getroffen. Dat sprake was van een schending van het (fundamentele) recht op (onbeperkte) bewegingsvrijheid is evident, maar de situatie dwong volgens de Hoge Raad kennelijk niet tot het oordeel dat naast de forfaitaire tegemoetkoming die de gedetineerde had ontvangen smartengeld werd toegewezen. Ik lees dit oordeel aldus dat ten aanzien van het aannemen van een aantasting in de persoon wegens schending van een fundamenteel recht, zonder dat dit leidt tot een aantasting van de fysieke of geestelijke gezondheid, terughoudendheid op zijn plaats is.

Dat neemt niet weg dat juist in gevallen van schending van fundamentele rechten, die veelal met name belangen beogen te beschermen die nauw verband houden met de menselijke⁴¹ persoon(lijkheid), plaats zal zijn voor een aanspraak op smartengeld.⁴² Het begrip aantasting in de *persoon* rechtvaardigt dergelijke aanspraken te gronden op, maar ook te beperken tot, aantasting van belangen die nauw verband houden met de persoon(lijkheid) van de gelaedeerde.⁴³ In deze lijn liggen ook de door de Hoge Raad uit zijn eigen rechtspraak genoemde voorbeelden: beangstigende aantasting van de persoonlijke levenssfeer⁴⁴ en

34 HR 15 maart 2019, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (X./Staat).

35 Art. 1412 oud BW.

36 HR 19 september 2014, NJ 2015/3, m.nt. S.D. Lindenbergh.

37 Zie T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving', WPNR 2008/6772, p. 769-777; dezelfde 'Handhaving met smartengeld', AV&S 2008/34. Zie over accenten in functies in verschillende gevaltypen S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 13 e.v.

38 HR 15 maart 2019, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (X./Staat), r.o. 4.2.2.

39 Zie kritisch over smartengeld wegens (enkel) schending van fundamentele rechten, aangeduid als 'constitutionaliseringsstendens', K.J.O. Jansen, 'Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw', WPNR 2017/7133, p. 39-45.

40 Ook in deze zin A-G Hartlief ECLI:NL:HR:2018:1295 onder 4.26 en 4.40.

41 Zie uitvoerig over de aanspraak op smartengeld voor rechtspersonen Vanessa Wilcox, *A company's right to damages for non-pecuniary loss*, Cambridge University Press 2016.

42 Zie daarover G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011.

43 Zie niettemin het pleidooi voor een schadevergoedingsaanspraak wegens schending van fundamentele *processuele* rechten I. Giesen, 'De sanctionering van schendingen van beginselen van burgerlijk procesrecht', NTBR 2016/1 (p. 1-3), die dit overigens niet aan art. 6:106 BW verbindt.

44 HR 9 juli 2004, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (*Groninger oudejaarsrellen*).

schending van het recht om zelf te beschikken over eigen voortplanting, met langdurige ernstige gevolgen.⁴⁵ Hoewel dit aspect door de Hoge Raad niet met zoveel woorden is benoemd, zal het nauwe verband met de persoon(lijkheid) van de gelaedeerde dus van groot belang zijn. Het door de Hoge Raad gekozen criterium betekent volgens mij dan ook niet dat iedere ernstige wanprestatie (bijvoorbeeld het door grove nalatigheid leveren van een ondeugdelijke auto) of onrechtmatige daad (bijvoorbeeld het nemen van een evident onjuiste beschikking door een overheidsorgaan) aanspraak geeft op smartengeld, ook niet wanneer die aanleiding is tot ongenoegen van betekenis.⁴⁶ Ik vat de woorden 'aard van de normschending' dan ook aldus op dat het moet gaan om een normschending die naar zijn aard een fundamenteel persoonsbelang raakt: schending van de persoonlijke levenssfeer, schending van het recht op bewegingsvrijheid, et cetera.

Een relevante vraag is of 'enkele schending van een fundamenteel recht' wel een aantasting in de persoon *kan zijn*. Dat is relevant, omdat is bepleit en ook wel in de rechtspraak is aanvaard dat bepaalde schendingen van bepaalde fundamentele rechten vanuit het perspectief van rechtshandhaving een aanspraak op smartengeld rechtvaardigen. Het door de Hoge Raad gegeven criterium laat dit volgens mij wel toe, omdat 'de aard en de ernst van de normschending' kunnen meebrengen dat relevante gevolgen worden verondersteld: het gaat dan niet meer om de 'enkele schending van een fundamenteel recht'. Langs deze weg is met wat goede wil de tarifiering voor schending van het recht op rechtspraak binnen een redelijke termijn, waarin de aanwezigheid van 'spanning en frustratie' wordt verondersteld,⁴⁷ onder het begrip persoonsaantasting te brengen. Wellicht doelt de Hoge Raad hier op waar hij het mogelijk acht dat op grond van de aard en ernst van de normschending gevolgen van een zekere ernst kunnen worden verondersteld.⁴⁸ Denkbaar is ook dat de Hoge Raad deze gevallen ziet als een type *sui generis*, dat op grond van Straatsburgse rechtspraak een buitenwettelijke plaats heeft. Dan is het de vraag of het door de Hoge Raad gegeven criterium ook plaats biedt voor de vergoeding van 'integriteitsschade', immateriële schade wegens schending van het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit zonder *informed consent*.⁴⁹ Dat wordt in die gevallen niet door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens voorgeschreven.

Hoewel het dus voor de hand ligt om aanspraken op smartengeld buiten oogmerk en fysiek of geestelijk letsel te beperken tot gevallen van schending van fundamentele rechten die hoogwaardige persoonsbelangen beogen te waarborgen, biedt het door de Hoge Raad gegeven criterium

ruimte om ook in andere schrijvende gevallen een aanspraak op smartengeld te aanvaarden. Daarbij valt wat mij betreft te denken aan gevallen waarin een norm is geschonden die nu juist bij uitstek iemands (overige) immateriële belangen zou hebben moeten beschermen. Als voorbeeld kan worden genoemd het maken van (ernstige) fouten bij lijkbezorging, een gevalstype waarin in de rechtspraak ook wel eens een aanspraak op smartengeld is aangenomen.⁵⁰ Hier is geen sprake van aantasting van de nagedachtenis van een overledene (door art. 6:106 onder c BW beperkt tot bescherming van eer en goede naam van de overledene), maar van 'het nagedenken'. Juist vanwege het evidente immateriële belang van nabestaanden bij grote zorgvuldigheid kan niet-inachtneming van die zorgvuldigheid onder omstandigheden een aanspraak op smartengeld rechtvaardigen, ook zonder dat nabestaanden objectiveerbaar geestelijk letsel hebben opgelopen. Deze gevallen liggen aan tegen, maar verschillen volgens mij van die waarin een verplichting uit overeenkomst juist beoogt te voorzien in immateriële behoeften.⁵¹ Men denke aan de reisovereenkomst, die beoogt 'reisgenot' te verstrekken, en aan andersoortige overeenkomsten die het verschaffen van 'onstoffelijke voordelen' op het oog hebben. In het eerstgenoemde gevaltype (lijkbezorging) ligt de kern van het probleem in het veroorzaken van (extra) leed, terwijl in het tweede type geval het accent ligt in het niet verschaffen van 'vreugde', een type tekortschieten dat vaak ook via (al dan niet gedeeltelijke) ontbinding kan worden geredresseerd.

Naast de hiervoor genoemde gevaltypen (ernstige schendingen van fundamentele rechten die hoogwaardige persoonsbelangen beogen te waarborgen, schrijvende gevallen waarin juist evidente immateriële belangen zijn verwaarloosd) zie ik niet direct aanleiding om buiten oogmerk en fysiek of geestelijk letsel aan te nemen dat sprake is van een aantasting in de persoon die een aanspraak op smartengeld rechtvaardigt. Denkbaar lijkt me dat in dergelijke gevallen, in navolging van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens,⁵² als tegemoetkoming aan immateriële belangen wordt volstaan met de vaststelling dat een schending onrechtmatig is geweest.

4.3 Ernst van de normschending

Niet alleen is relevant dat het moet gaan om een normschending die nauw met de persoon verbonden belangen raakt, ook de *ernst* van de normschending vormt volgens de Hoge Raad een factor van betekenis. Daarbij kan worden gedacht aan normschendingen die ernstiger zijn, omdat de geschonden norm nu juist naar zijn aard hoogwaardige persoonsbelangen beoogt te beschermen (denk aan zelfbe-

45 HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*).

46 Nadeel in de vorm van beperkt gemist genot komt overigens ook niet langs de weg van 'gemist onstoffelijk voordeel' voor vergoeding in aanmerking, aldus HR 5 december 2008, NJ 2010/579, m.nt. Jac. Hijma (*Pollen/Linssen*).

47 Vgl. HR 28 maart 2014, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen & W.D.H. Asser (*X/Gemeente De Bilt*).

48 HR 15 maart 2019, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*X/Staat*), ro. 4.4.2.

49 Zie nader hierna onder 4.5.

50 Zie voor krasse voorbeelden Mullany & Handford 2006, p. 89, voetnoot 86. Voor Nederland afwijzend Rb. Haarlem 3 mei 1994, A&V 1994 (p. 160), m.nt. J. Spier.

51 Zie over deze problematiek uitvoerig M.Th. Beumers, 'Schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling. En wat het Engelse recht ons daarover kan leren', *NTBR* 2016/25 (p. 169-178).

52 Bijv. EHRM 27 september 1995, *Reports* 1996-I, 97 (*McCann/Verenigd Koninkrijk*). Overigens ook in deze zin HR 13 december 1996, NJ 1997/682, m.nt. J. de Boer (*W.Staat*).

schikking over voortplanting), of aan normschendingen die qua intensiteit ernstiger zijn dan andere (verkrachting en ongewenste aanraking zijn allebei aantastingen van de fysieke integriteit, maar in ernst evident verschillend), maar ook aan de mate van verwijtbaarheid van het handelen van de aansprakelijke. Ook al had de aansprakelijke niet het oogmerk om de benadeelde te kwetsen, dan kan een hogere mate van verwijtbaarheid toch eerder rechtvaardigen dat een aanspraak op smartengeld wordt aangenomen. Die gedachte is terug te voeren op de functie van genoegdoening, die in deze gevallen meer op de voorgrond treedt dan in andere. Aldus heeft de mate van schuld niet alleen betekenis voor de vaststelling van de omvang van het smartengeld,⁵³ maar in de gevallen waar het hier om gaat ook voor het antwoord op de vraag of een aanspraak op smartengeld bestaat.

Een relevante vraag in dit verband is of een gebeurtenis waarvoor iemand (enkel) kwalitatief aansprakelijk is ook kan worden aangemerkt als voldoende ernstige normschending als door de Hoge Raad bedoeld.⁵⁴ Het ligt op het eerste gezicht voor de hand om het begrip 'normschending' te associëren met foutief gedrag. In gevallen waarin kwalitatieve aansprakelijkheden zijn gebaseerd op andermans gedrag (art. 6:169-172 BW) zal niettemin telkens een dergelijk type gedrag de uiteindelijke grond zijn voor de aansprakelijkheid. Maar bij nader inzien vormt ook waar het gaat om een 'toestand' waarvoor iemand kwalitatief aansprakelijk is (art. 6:173 e.v. BW), in essentie het normschendende karakter van die toestand de grondslag voor de aansprakelijkheid.⁵⁵ Van een normschending kan dus in beide typen gevallen wel worden gesproken. Verder zou kunnen worden gesteld dat in geval van risicoaansprakelijkheid meer in het algemeen een zekere terughoudendheid ten aanzien van de omvang van de aansprakelijkheid op haar plaats is en er daarom minder ruimte is om een aanspraak op smartengeld te rechtvaardigen. In gevallen waarin de gebeurtenis waarop de risicoaansprakelijkheid berust leidt tot fysiek of geestelijk letsel zie ik daarvoor geen aanleiding: daar staat (ook bij het smartengeld) compensatie van geleden nadeel voorop.⁵⁶ Ten aanzien van de 'restcategorie' persoonsaantastingen als hier bedoeld ligt dat wat mij betreft anders: daar hebben rechtshandhaving en genoegdoening als functies van smartengeld de overhand. In gevallen waarin niet tevens verwijtbaar menselijk handelen (dat wil zeggen een eigen onrechtmatige daad of een onrechtmatige daad van

iemand voor wie men verantwoordelijk is), maar slechts wettelijke verantwoordelijkheid voor een bepaalde toestand aan een kwalitatieve aansprakelijkheid ten grondslag ligt, zie ik dan ook geen reden om buiten fysiek of geestelijk letsel een aantasting van de persoon aan te nemen. De aard en ernst van de normschending bieden daarvoor in die gevallen wat mij betreft geen rechtvaardiging; de functies van rechtshandhaving en genoegdoening bieden die evenmin. Men kan dat ook anders zien en onder omstandigheden aanvaarden dat een 'dunne' normschending in de vorm van een toestand waarvoor risicoaansprakelijkheid bestaat een recht op smartengeld rechtvaardigt, wanneer het gaat om een nauw met de persoon verbonden belang en ernstige gevolgen voor de benadeelde, ook al overschrijden die niet de drempel van geobjectiverde gezondheidsaantasting in de vorm van fysiek of geestelijk letsel.⁵⁷

4.4 Ernst van de gevolgen

Waar voor het aannemen van een 'aantasting in de persoon op andere wijze' in de vorm van *geestelijk letsel* meer of minder sterk psychisch onbehagen onvoldoende is en sprake moet zijn van een naar objectieve maatstaven vast te stellen aantasting van de geestelijke gezondheid, geldt deze eis juist niet voor de nu door de Hoge Raad uitdrukkelijk erkende 'restcategorie'. Dat is logisch, omdat de aantasting in de restcategorie niet (zozeer) wordt gebaseerd op de ernst van de gevolgen, maar (vooral) op de aard en ernst van de normschending. Het roept wel de vraag op wat in de praktijk dan nog precies de rol is van de feitelijke gevolgen bij de vaststelling dat sprake is van een persoonsaantasting.

De Hoge Raad formuleert het aldus:

'In beginsel zal degene die zich hierop beroept de aantasting in zijn persoon met concrete gegevens moeten onderbouwen. In voorkomend geval kunnen de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen.'⁵⁸

Kijken we wederom naar het prototype van deze categorie, schending van eer en goede naam, dan geldt daar dat vooral de aard en ernst van de handeling en het daardoor geschonden belang beslissend zijn voor de vaststelling of sprake is van eer en goede naam die een recht op smartengeld rechtvaardigt.⁵⁹ Vervolgens zijn ook juist deze omstandigheden – en niet zozeer de concrete gevolgen voor de benadeelde – bepalend voor de omvang van het smartengeld in dergelijke gevallen.⁶⁰

Hoewel de formulering van de Hoge Raad iets anders suggereert, is dit wel te brengen onder de letter van de zojuist

53 EV 1, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 388.

54 Vgl. Rb. Noord-Nederland 10 oktober 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4009 (prejudiciële vragen aardbevingschade, i.h.b.: 'Is bij schade op grond van de exploitatie van een mijnbouwwerk - in algemene zin of in bijzondere gevallen - plaats voor het oordeel dat sprake is van een zodanige aantasting van persoonlijkheidsrechten dat gesproken kan worden van een andere aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 sub b BW?').

55 Vgl. voor art. 6:174 BW de noot van Hartlief onder HR 17 december 2010, NJ 2012/155 (*Wilnis*), onder 4 e.v.

56 Vgl. ook het Duitse recht waarin aanvankelijk bij risicoaansprakelijkheid geen aanspraak op smartengeld werd aanvaard, maar dit voor gevallen van aantasting van de gezondheid, vrijheid en seksuele zelfbeschikking per 2002 is gewijzigd; risicoaansprakelijkheid rechtvaardigt geen smartengeld bij schending van het *allgemeine Persönlichkeitsrecht*. Zie G. Wagner & J. Bonn, 'Das Zweite Schadensersatzänderungsgesetz', *NfW* 2002/29, p. 2053 e.v.

57 Deze ruimte laat de conclusie van A-G Wattle ECLI:NL:PHR:2019:496 onder 4.9.13 e.v.

58 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (*X./Staat*).

59 Zie *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 2.6.

60 Zie *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 4.15.

geciteerde overweging: de benadeelde moet de *aantasting in zijn persoon* (er staat niet: 'de ernst van de gevolgen') met concrete gegevens onderbouwen. Het tweede deel van de overweging onderstreept dat de relevante gevolgen 'in voorkomend geval' uit de aard en ernst van de normschending kunnen worden afgeleid. Ik denk dat dat laatste in belangrijke mate geldt voor vrijwel alle gevallen in deze rest-categorie: de aard en ernst van de normschending en het daardoor getroffen belang zullen veelal beslissend zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van een aantasting in de persoon, ook zonder dat concrete gevolgen voor de benadeelde aannemelijk zijn gemaakt. Dat wordt niet alleen gerechtvaardigd door de aard van deze categorie, waarin genoegdoening en handhaving een belangrijker rol vervullen dan compensatie. Het is ook wel zo praktisch, want rechtens eisen stellen aan de ernst van gevolgen die zich nu juist niet laten objectiveren, is vragen om moeilijkheden.

Het voorgaande betekent allermindst dat nu ieder ongemak dat het gevolg is van een normschending een aanspraak op smartengeld rechtvaardigt, ook niet wanneer die normschending een aantasting van een fundamenteel (persoonlijks)recht inhoudt. De beslissing in de aan de Hoge Raad voorgelegde zaak onderstreept dat wat mij betreft: de (aard van de) normschending bestond uit aantasting van het recht op (onbeperkte) bewegingsvrijheid, zonder twijfel een fundamenteel recht dat een hoogwaardig persoonsbelang beoogt te beschermen, maar de normschending was onvoldoende ernstig (geen vrijheidsontneming, maar 'slechts' een zwaarder detentieregime) om een aanspraak op smartengeld te rechtvaardigen. Daarbij zal een rol hebben gespeeld dat de normschending ook reeds was gehandhaafd met een forfaitaire vergoeding. De ernst van de gevolgen voor de benadeelde in kwestie (althans het ontbreken van voldoende onderbouwing daarvan) was volgens mij van ondergeschikt belang.

Kenmerkend is dus dat het moet gaan om normschendingen van een zekere ernst, die persoonsbelangen van een zeker gewicht raken, waardoor gevolgen van een zekere ernst aannemelijk zijn. Het gaat hier dus om drie elementen – normschending, persoonsbelang, gevolgen – die in samenhang moeten worden gewogen.

4.5 *Inpassing eerdere rechtspraak*

Het door de Hoge Raad nu gegeven criterium (aard en ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde) roept de vraag op hoe dit zich verhoudt tot gevallen waarin eerder in de rechtspraak buiten geestelijk letsel een persoonsaantasting 'op andere wijze' werd aangenomen. Die eerdere rechtspraak is natuurlijk na formulering van het nieuwe criterium voor de toekomst niet beslissend, maar kan wel licht werpen op het type gevallen dat in de rechtspraak in ieder geval 'smartengeldwaardig' werd bevonden en dat kan weer een basis bieden voor verdere ontwikkeling.

Om te beginnen is in de rechtspraak aanvaard dat in uiteenlopende gevallen van aantasting van de persoonlijke levenssfeer kan worden gesproken van een aantasting van de persoon op andere wijze, ook zonder dat sprake is van geestelijk letsel. De voorbeelden uit de rechtspraak van de Hoge Raad (ongevraagde plaatsing van een naaktfoto in een naturistengids,⁶¹ het delen van persoonsgegevens door politie,⁶² nalaten door de politie om in te grijpen bij de belegging van een woning door relschoppers,⁶³ publicatie van de foto van een verdachte⁶⁴) zetten hier de toon: bescherming van persoonsgegevens,⁶⁵ van (intiem) beeldmateriaal en van de woning zijn persoonsbelangen die bij serieuze schending een aanspraak op smartengeld rechtvaardigen. Dat weerklinkt ook in de feitenrechtspraak: onrechtmatige huisbezoeken door bijstandsamtenaren of door de FIOD,⁶⁶ extreme hinder door burens,⁶⁷ het openbaren van intiem of vertrouwelijk beeldmateriaal⁶⁸ of van persoonlijke informatie,⁶⁹ worden als persoonsaantasting aangemerkt. De rechtspraak biedt ook voorbeelden van te billijken afwijzingen: inbeslagname van een paspoort,⁷⁰ schending van vertrouwen in de rechtsbedeling door een fout van een advocaat.⁷¹

Dicht tegen de thematiek van de persoonlijke levenssfeer aan liggen de gevallen van beperking van bewegingsvrijheid, ten aanzien waarvan in de rechtspraak in ernstiger gevallen een aantasting van de persoon pleegt te worden aangenomen.⁷² Deze rechtspraak doet recht aan het fundamentele karakter van bewegingsvrijheid, dat hier van oudsher⁷³ maar ook in andere landen veelal met 'smartengeldwaardigheid' wordt onderstreept.⁷⁴

61 HR 30 oktober 1987, NJ 1988/270 (Naturistengids).

62 HR 1 november 1991, NJ 1992/58 (K/Staat).

63 HR 9 juli 2004, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (Groninger oudejaarsrellen).

64 HR 4 oktober 2013, NJ 2013/479.

65 Zie over schadevergoeding bij aantasting van de persoonlijke levenssfeer bij datalekken T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid bij datalekken', WPNR 2016/7110, p. 459-464; en T.F. Walree, 'De vergoedbare schade bij onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens', WPNR 2017/7172.

66 Hof Amsterdam 12 januari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL0984; Hof Arnhem 15 januari 2013, ECLI:NL:GHARN:2013:BZ2050.

67 Rb. Zeeland-West Brabant 29 juni 2016, NJF 2016/435. Zie verder wisselende rechtspraak over gevallen van hinder *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 2.8.12. Interessant is hier natuurlijk de Groninger aardbevingsproblematiek, waarover onder meer Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, JA 2017/88, m.nt. F.I van Dorsser. Over het vonnis ook (onder meer) M.Th. Beumers, NTBR 2017/27 (p. 184-192); A.J. Verheij, AV&S 2017/21 (p. 106-117); J.M. Emaus & E.C. Gijsselaar, TVP 2017, p. 51 e.v.

68 *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 2.8.6.2.

69 *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 2.8.6.4.

70 Rb. Den Haag 29 juli 2009, ECLI:NL:RBDHA:2009:BJ4468.

71 Rb. Middelburg 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK9220.

72 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ3488 (ten onrechte opgelegd gebiedsverbod); Hof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10170 (ten onrechte plaatsing van vluchteling in crisisopvang). Zie afwijzend het hof-arrest dat voorlag in HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (plaatsing van gedetineerde onder te zwaar detentieregime), alsmede Rb. Den Haag 13 oktober 2009, ECLI:NL:RBDHA:2009:BK2495 (beperkte gebiedsontzegging waarvan niet is gebleken dat benadeelde er feitelijk door is gehinderd).

73 Vgl. voor 'schaking' en 'willekeurige aanhouding' reeds HR 21 mei 1943, NJ 1943/455 (Van Kreuningen/Bessem).

74 Vgl. voor Duitsland expliciet par. 253 lid 2 BGB en voor het Engelse recht de tort van 'trespass to the person'.

In zekere zin in het verlengde van de persoonlijke levenssfeer liggen de gevallen van aantasting van het gezinsleven. Volgens de Hoge Raad dwingt art. 8 EVRM weliswaar niet tot vergoeding van verdriet om het overlijden van een naaste,⁷⁵ maar in de rechtspraak is niettemin aanvaard dat ernstige schending van het recht op gezinsleven door bijvoorbeeld kinderontvoering geldt als aantasting van de persoon van de (andere) ouder die een aanspraak op smartengeld rechtvaardigt.⁷⁶

Meer op het gebied van de persoonlijke 'ontplooiing' ligt het belang van de bescherming van de mogelijkheid om zelf te beschikken over de eigen voortplanting. Niet alleen gaat het hier om een nauw met de persoonlijkheid verbonden belang van groot gewicht, de gevolgen van aantasting daarvan kunnen, ook zonder dat zij zich manifesteren in fysiek of geestelijk letsel, zeer verstrekkend zijn. Illustratief is hier de rechtspraak van de Hoge Raad in de *wrongful life*-zaak, waarnaar de Hoge Raad in het arrest van 15 maart 2019 ter illustratie uitdrukkelijk verwijst.⁷⁷ In de feitenrechtspraak is dit type gevallen inmiddels meermalen als 'smartengeldwaardig' erkend.⁷⁸

Buiten de persoonlijke levenssfeer, bewegingsvrijheid en het gezinsleven valt te denken aan schending van het recht op gelijke behandeling. Hier gaat het om een hoogwaardig persoonsbelang, waarvan schendingen, mede omdat feitelijke nadelige gevolgen niet steeds eenvoudig zijn aan te wijzen, in het bijzonder vanuit de behoefte aan rechtshandhaving om redres vragen. Ook dergelijke gevallen worden daarom in de rechtspraak, gevoed door Europeesrechtelijke aanwijzingen,⁷⁹ aangemerkt als persoonsaantasting die een aanspraak op smartengeld rechtvaardigt.⁸⁰

Hiervoor heb ik opgemerkt dat ook de rechtspraak inzake schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn, waarin het Europese Hof voor de Rechten van de Mens 'spanning en frustratie' veronderstelt en getarifeerde vergoedingen voorschrijft,⁸¹ in deze categorie kan worden geplaatst.⁸² In deze gevallen ligt wel erg sterk de nadruk op tarifiering ten behoeve van handhaving van de norm, maar wat mij betreft is dat slechts een kwestie van kleurschake-

ring in de bredere categorie van persoonsaantastingen buiten fysiek of geestelijk letsel: soms ligt daarbij nu eenmaal iets meer de nadruk op het normhandavingskarakter, soms iets meer op de feitelijke nadelige gevolgen. Wel is dit type geval voorbeeld van een tamelijk breed toepassingsbereik. Er zijn namelijk meer gevallen waarin schending van een hoogwaardig belang zonder een aanspraak op smartengeld 'sanctieloos', en daarmee in zekere zin rechtens 'weerloos', zou blijven.⁸³ Ik denk aan schending van het recht op geneeskundige behandeling met *informed consent*, die ten behoeve van handhaving van dat recht in de rechtspraak wel wordt beantwoord met erkenning van een aanspraak op vergoeding van 'integriteitsschade'.⁸⁴

De hiervoor geschetste rechtspraak laat zien dat zij zich heel goed laat inpassen in het door de Hoge Raad geformuleerde criterium voor persoonsaantasting 'op andere wijze' buiten gevallen van geestelijk letsel. Gelet op het ruime karakter van die formulering ('aard en ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan') verrast dat natuurlijk niet, maar het laat wel zien dat de Nederlandse rechter op dit gebied een zekere 'common ground' heeft weten te vinden, die met het nu gekozen criterium wordt gefundeerd. De strafrechter, die bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering van de benadeelde partij gebonden is aan de regels van het materiele civiele recht, is in de afgelopen jaren wel eens ruimhartig(er) geweest in het aannemen van een aantasting in de persoon in gevallen waarin geen sprake was van geestelijk letsel.⁸⁵ Soms is hij daarin door de Hoge Raad gecorrigeerd.⁸⁶ Niettemin is verdedigbaar dat juist in geval van bepaalde strafrechtelijke delicten ('aard en ernst van de normschending') die bepaalde persoonsbelangen raken (lichamelijke integriteit, door fysieke bedreiging;⁸⁷ persoonlijke levenssfeer, door woninginbraak terwijl de bewoners thuis zijn) onder omstandigheden ook zonder dat sprake is van geestelijk letsel een persoonsaantasting wordt aangenomen.⁸⁸

75 HR 8 september 2000, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*); en HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*).

76 Hof Arnhem 22 mei 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT2244, JA 2005/47; Hof Arnhem-Leeuwarden 30 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2260; Hof Arnhem-Leeuwarden 9 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4322.

77 HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Wrongful life*). Zie overigens nog ontkennend HR 9 augustus 2002, NJ 2010/61, m.nt. M.H. Wissink (*Wrongful birth II*).

78 Hof Den Haag 29 september 2009, NJF 2009/498; Rb. Limburg 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9987.

79 Vgl. HvJ EU 17 december 2015, ECLI:EU:C:2015:831, JAR 2016/21 (*Camacho*), m.nt. E. Cremers-Hartman.

80 Bijv. Rb. Overijssel 26 april 2016, JAR 2016/143, m.nt. M.S.A. Vegter (toewijzing van 5.000 euro wegens niet verlenging van arbeidscontract vanwege zwangerschap).

81 Onder meer EHRM 29 maart 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0329JUD006236100 (*Riccardi Pizzati/Italië*).

82 HR 28 maart 2014, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen & W.D.H. Asser (*X/Gemeente De Bilt*).

83 Vgl. G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011.

84 Toewijzend Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998/48; Hof Arnhem 25 april 2006 te kennen uit HR 23 april 2010, JA 2010/97, m.nt. L.G.J. Hendrix; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695. Afwijzend, want zonder ernstige feitelijke gevolgen Rb. Zeeland-West Brabant 9 februari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:851, JA 2017/64, m.nt. R.W.M. Giard. Zie over vergoeding van integriteitsschade I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: 'integriteitsschade'', in: E.C. Huijsmans & M. van der Weij (red.), *Schade en herstel*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 43 e.v.; A.M. Franse, 'Vergoeding van integriteitsschade', TvGR 2015-1, p. 12-19; A.M. Overheul, 'Vergoeding van integriteitsschade mede bezien vanuit mensenrechtelijk perspectief', TVP 2016/1, p. 1-9.

85 Zie J. Candido & S.D. Lindenbergh, 'Strafrechter en smartengeld, de civiele vordering in het strafproces als aanjager van een rechtsontwikkeling', NTBR 2014/21.

86 Vgl. HR 20 december 2016 (strafkamer), ECLI:NL:HR:2016:2923: toewijzing van smartengeld aan benadeelde partij wegens geldopname met gestolen pinpas verdient heroverweging.

87 Vgl. Rb. Noord-Nederland 26 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1207 (poging tot toebrengen van zwaar lichamelijk letsel door op openbare weg te schieten in de richting van twee personen zonder deze te raken).

88 Zie voor een recente analyse de conclusie van A-G Hofstee ECLI:NL:PHR:2019:427.

5. Vaststelling van de omvang van de vergoeding

De vaststelling van de omvang van het smartengeld geschiedt naar billijkheid aan de hand van alle omstandigheden van het concrete geval. De Hoge Raad schrijft op dit punt voor dat de rechter voor de keuze van een bedrag vergelijkbaar met eerder door andere rechters in vergelijkbare gevallen toegewezen bedragen.⁸⁹ Het ligt in de rede dat voor verschillende categorieën van gevallen waarin de wet een aanspraak op smartengeld aanvaardt verschillende accenten worden gelegd in die vergelijking. Dat sluit aan bij de accentverschuiving in functies van het smartengeld in de uiteenlopende typen gevallen: van herstel en compensatie bij letsel naar erkenning, genoegdoening en rechtshandhaving bij schending van fundamentele rechten.⁹⁰

Zo ligt het voor de hand dat in gevallen van lichamelijk letsel of geestelijk letsel, waarin de ernst van de objectiveerbare gevolgen centraal staat, wordt vergeleken aan de hand van de aard, de ernst en de duur van het letsel. In gevallen waarin het rechtsschendingskarakter meer vooropstaat, ligt het juist voor de hand dat de vergelijking meer wordt georiënteerd op vergelijkbare rechtsschendingen. Dat ligt eens te meer voor de hand in gevallen waarin in essentie de wijze van schending van het fundamentele persoonsbelang de reden is voor het aannemen van een aantasting van de persoon 'op andere wijze'.⁹¹ De eigenheid van deze categorie van gevallen geeft dus ook aanleiding voor een daarbij passende wijze van vaststelling van het smartengeld.⁹² Daarin past bijvoorbeeld een 'tarifiering' zoals die plaatsvindt bij schending van het recht op berechting binnen een redelijke termijn, die niet is gerelateerd aan de gevolgen in het concrete geval, maar volledig is afgestemd op de duur van de procedure.

6. Besluit

Met zijn arrest van 15 maart 2019 heeft de Hoge Raad een meer algemene formulering gekozen voor de categorie aantasting van de persoon 'op andere wijze' dan door geestelijk letsel. De woorden 'aard en ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde' bieden naar hun aard een ruim potentieel toepassingsbereik. Uit het arrest blijkt allerm minst dat de Hoge Raad ook een wezenlijk ruimer toepassingsbereik heeft beoogd. De enkele schending van een fundamenteel recht is onvoldoende, maar tegelijkertijd zullen het vooral gevallen van schending

van fundamentele rechten zijn die het aannemen van een persoonsaantasting rechtvaardigen. Beslissend zal moeten zijn dat het gaat om normschendingen van een zekere ernst, die persoonsbelangen van een zeker gewicht raken, waardoor gevolgen van een zekere ernst aannemelijk zijn. De bestaande rechtspraak wordt door het nieuwe criterium genoegzaam gefundeerd en laat zich er over het algemeen goed onder brengen. De Nederlandse rechter lijkt hier dus reeds een zekere *common ground* te hebben gevonden.

89 HR 8 juli 1992, NJ 1992/714 (AMC/O); en HR 17 november 2000, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (*Druifjiff/Bouw*).

90 Zie S.D. Lindenbergh, 'Schending en schade. Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht*, BW-krant Jaarboek 2005, p. 324 e.v.

91 Zie reeds in deze zin Hof Arnhem 22 mei 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT2244, JA 2005/47.

92 Zie voor het Duitse recht, waarin de categorie schending van persoonlijkheidsrechten een eigen 'omvangsregime' kent bijv. BGH 5 oktober 2004, VersR 2005, 125, m.nt. I. Ebert (Alexandra) en BVerfG 8 maart 2000, VersR 2000, 897.