

2 Ontwikkelingen vergoeding immateriële schade in 2020 *

Prof. mr. A.J. Verheij **

1. Inleiding

In 2020 wezen feitenrechters verschillende interessante uitspraken over smartengeld. Deze bijdrage doet daaruit een greep zonder de pretentie van volledigheid. In paragraaf 2 respectievelijk 3 worden enkele uitspraken over shock- en affectieschade van commentaar voorzien. Paragraaf 4 behandelt twee uitspraken over smartengeld los van psychisch of fysiek letsel. Ten slotte bevat paragraaf 5 enige afrondende gedachten.

2. Shockschade

In verschillende uitspraken liet de rechter zich uit over vergoedbaarheid van shockschade, al dan niet in combinatie met affectieschade. Wat shockschade betreft, spitste de discussie zich zoals gebruikelijk veelal toe op de vraag of al dan niet was voldaan aan het confrontatievereiste.

Naar aanleiding van een zogenaamde *cold case* die na 27 jaar door grootschalig DNA-onderzoek was opgelost, kende de Rechtbank Noord-Holland vergoeding van shockschade toe aan de vader van een door messteken om het leven gebracht slachtoffer, maar niet aan haar zus.¹⁾ Het verschil bestond volgens de rechtbank daaruit dat de vader zijn dochter moest identificeren in het mortuarium²⁾, terwijl de zus toen zij als 17-jarig meisje alleen thuis was, door de politie werd verteld dat haar zus dood was gevonden. Dat zij vervolgens wel met de duidelijk zichtbare snij- en steekwonden van haar zus werd geconfronteerd toen die thuis lag opgebaard, is onvoldoende om aan het confrontatievereiste te voldoen.³⁾ De vader kreeg vervolgens € 10.000 smartengeld toegekend (geëist was € 40.000 hetgeen aan de vader van Marianne Vaatstra was toegekend⁴⁾) waarbij de rechtbank meewoog dat hij tot op heden door de Post Traumatische Stress Stoornis (hierna: PTSS)-klachten niet aanzienlijk in zijn functioneren is belemmerd en dat hij zijn dochter niet op de plaats van delict heeft aangetroffen.⁵⁾

JA-annotator Van Dijken vraagt zich terecht af of de rechtbank het confrontatievereiste niet te beperkt heeft opgevat. In enkele uitspraken oordeelde de rechter immers dat hieraan ook voldaan kan zijn bij confrontatie met informatie afkomstig uit de media of uit het strafdossier.⁶⁾ Daaraan valt toe te voegen dat de Hoge Raad in *Taxibus* voorschreef dat “door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige

emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit”.⁷⁾ Confrontatie houdt dus in dat de directe gevolgen van het ongeval (of zoals hier: het misdrijf) waarneembaar zijn voor degene die stelt geestelijk letsel te hebben geleden. Bij beantwoording van de vraag of aan het confrontatievereiste is voldaan, geven temporele of locatie gerelateerde aspecten daarom niet de doorslag. Het zal inderdaad vaak zo zijn dat door tijdsverloop tussen ongeval of misdrijf naasten niet met de directe gevolgen zullen worden geconfronteerd, maar de feiten in deze zaak tonen aan dat dit niet altijd het geval is. Soms zijn verwondingen immers dusdanig ernstig dat zij niet zijn weg te werken zodat naasten daarmee ook na enig tijdsverloop en op een andere locatie dan op de plaats van het ongeval of misdrijf, worden geconfronteerd.

Verder acht ik onjuist dat de rechtbank het smartengeld lager vaststelt vanwege het feit dat de vader in het mortuarium met zijn overleden dochter werd geconfronteerd en niet op de plaats van delict. Iets wat slechts relevantie bezit bij de vraag of aan de confrontatie-eis is voldaan, wordt dan namelijk ten onrechte eveneens meegewogen bij bepaling van de omvang van de schade. In zijn algemeenheid kan niet worden gezegd dat bijvoorbeeld een PTSS als gevolg van een confrontatie met het stoffelijk overschot van een dierbare persoon in een mortuarium per definitie minder ernstig is dan de PTSS als gevolg van een confrontatie op de plaats van delict. Dat hangt maar helemaal af van de karakterstructuur van het shockschadeslachtoffer (die voor rekening is van de dader). Kortom, de rechtbank heeft ten onrechte vestigings- en de omvangsfase vermengd.

De Rechtbank Amsterdam diende te oordelen over de vorderingen tot vergoeding van shock- en affectieschade van ouders wegens misbruik van hun minderjarig dochttertje.⁸⁾ Het meisje was gediagnosticeerd met een PTSS. De rechtbank verklaarde de vordering tot vergoeding van

* Dit artikel is tevens gepubliceerd in de 26e druk van het Smartengeldboek, verschenen januari 2021, ISBN 978-90-830299-1-7.

** Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hoofdredacteur Verkeersrecht.

1. Rb. Noord-Holland 8 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:17, JA 2020/45.
2. R.o. 4.32.
3. R.o. 4.29.
4. Rb. Noord-Nederland 11-02-2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507, JA 2015/177.
5. R.o. 4.33.
6. Hof Arnhem 26 mei 2009, JA 2009/135 en Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, JA 2015/42.
7. HR 2 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. Vranken, r.o. 4.3. Eveneens streng in de leer is evenwel Hof Amsterdam 16 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4432, JA 2020/53 waarin het hof zelfs uit de rechtspraak van de Hoge Raad meende te kunnen afleiden dat slechts aan het confrontatievereiste is voldaan bij een “(onverhoedse) waarneming van het misdrijf zelf en/of de waarneming van het lichaam en de verwondingen van het slachtoffer meteen na het misdrijf (het confrontatievereiste).”
8. Rb. Amsterdam 8 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:51, JA 2020/74.



Sommige feitenrechters legden het confrontatievereiste ruimer uit dan de Hoge Raad.



shockschade van de moeder niet-ontvankelijk. Hoewel zij het misbruik had ontdekt en er bij haar een PTSS was gediagnosticeerd, achtte de rechtbank geen oorzakelijk verband aanwezig tussen de confrontatie met het misbruik en het geestelijk letsel, omdat de moeder een voorgeschiedenis van psychotrauma had. Onder deze omstandigheden vormde beoordeling van de vordering een onevenredige belasting van het strafgeding. De shockschadevordering van de vader werd afgewezen wegens het ontbreken van geestelijk letsel.

De niet-ontvankelijkheid van de shockschadevordering van de moeder vanwege haar traumaverleden is opmerkelijk. Een persoonlijke kwetsbaarheid (predispositie) wordt immers toegerekend aan de opzettelijk handelende dader.⁹⁾ Nader onderzoek naar de vraag of het misbruik of het verleden van de moeder de oorzaak van de PTSS was, is derhalve niet nodig. Misschien, maar dat blijkt niet met zoveel woorden uit de uitspraak, doelde de rechtbank op de uitzondering op genoemde toerekeningsregel, namelijk het geval dat aannemelijk is dat het psychisch letsel van de moeder ook zonder het misbruik zou zijn ontstaan. In dat geval zou het causaal verband ontbreken.¹⁰⁾ Het enkele feit dat de moeder een traumaverleden had, is mijns inziens echter niet voldoende om twijfel te zaaien over het bestaan van causaal verband. Zeker niet indien er een rapportage ligt van een deskundige die de confrontatie met het misbruik in verband brengt met de PTSS van de moeder.¹¹⁾ Opmerking verdient dat psychisch letsel *altijd* mede een gevolg is van de karakterstructuur van het slachtoffer zoals die is gevormd door aanleg en eerdere ervaringen.¹²⁾ De aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis die voorafgaat aan het psychisch letsel valt daarom eerder als *trigger* dan als oorzaak te beschouwen. Dat betekent echter niet dat er geen juridisch causaal verband is.

Na de aanslag in de Utrechtse sneltram op 18 maart 2019 hebben getuigen vergoeding van shockschade gevorderd. De Rechtbank Midden-Nederland gaf eerst enkele algemene overwegingen ten beste over de uitleg van het confrontatievereiste bij shockschade.¹³⁾ Allereerst overwoog zij dat sommige feitenrechters het confrontatievereiste ruimer uitlegden dan de Hoge Raad, maar dat hiervoor geen aanleiding meer bestaat sinds de invoering van de Wet Affectieschade per 1 januari 2019. Voorts benadrukte de rechtbank het belang van een nauwe affectieve relatie tussen shockschadeslachtoffer en primair¹⁴⁾ slachtoffer. Vanwege het ontbreken daarvan wees zij de vorderingen af. Wel wees zij erop dat getuigen die zichzelf bedreigd achten omdat willekeurige anderen iets werd aangedaan, recht hebben op smartengeld wegens bedreiging. Dat laatste is niets nieuws, zie *Oosterparkrellen*.¹⁵⁾

Door afwijzing van hun vorderingen tot vergoeding van shockschade hebben getuigen van de aanslag geen recht op vergoeding van vermogensschade als gevolg van psychisch letsel. Zij

hebben wel recht op smartengeld, maar de feitelijke grondslag daarvoor is bedreiging in plaats van psychisch letsel. Dit leidt tot minder smartengeld: zij ontvangen slechts vergoeding voor de korte duur van de bedreiging en niet voor de aantasting van hun psychische gezondheid die zich in de weken of maanden na de aanslag manifesteert.

De rechtbank was hier vrij streng, maar de noodzaak daartoe ontbrak. In *Taxibus* overwoog de Hoge Raad immers:

“4.3 Indien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij in een geval als hier bedoeld niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffen in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond.”¹⁶⁾ (*onderstreping toegevoegd*)

Uit de woorden ‘met name’ blijkt dat ruimte is voor uitzonderingen. In een dramatisch geval als het onderhavige zie ik niet in waarom daarvan geen sprake kan zijn. Om de kwestie van shockschade door personen die geen nauwe, affectieve relatie met het primaire slachtoffer hebben enigszins te structureren, is de volgende driedeling denkbaar:

- (i) Bekenden zoals collega’s¹⁷⁾ of burens;
- (ii) Willekeurige derden die toevallig getuige zijn van het ongeval of het misdrijf;
- (iii) Professionals die uit hoofde van hun functie (politieagenten, brandweerlieden of ambulancepersoneel) snel op de plaats van het ongeval of het misdrijf arriveren.

Gezien het uitzonderingskarakter van vergoeding van shockschade bij ontstentenis van een nauwe, affectieve band, is wellicht verdedigbaar om alleen een vergoeding toe te kennen aan personen in categorie (i) en (ii). Zij lijken immers het meest kwetsbaar: ze zijn niet getraind in de omgang met traumatische gebeurtenissen en zijn daarmee geheel tegen hun wil geconfronteerd. Een verschil met personen in categorie (iii) is bovendien dat zij veelal getuige zijn van de gebeurtenis zoals die zich ontrolt en niet pas na afloop arriveren. De uitkomst staat dan nog niet vast, hetgeen de ervaring nog angstiger kan maken.

Het is bovendien de vraag of het mogelijk is om, zoals de rechtbank lijkt te doen, de emotie van zich bedreigd voelen, te isoleren. Ook een ongeval dat zich plotseling voor iemands ogen afspeelt, kan immers bedreigend zijn door plotselinge harde knallen (een botsing of ontplofing), rondvliegende glassplinters of ledematen, gillende gewonden, wegrennende mensen en

9. HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137, m.nt. Brunner (Henderson/Gibbs).
10. Zie o.a. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (aardbevingen Groningen).
11. Uit de uitspraak blijkt niet heel duidelijk wat er nu precies in de rapportage stond.
12. Daarin verschilt psychisch letsel van fysiek letsel. Ieder mens breekt zijn botten bij een bepaalde fysieke impact, maar de onderlinge veerkracht van mensen verschilt aanzienlijk, sommige mensen komen de meest vreselijke dingen te boven, terwijl anderen overspannen raken door een verbouwing of een scheiding.
13. Rb. Midden-Nederland 20 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1046, JA 2020/75.
14. Dit woord is enigszins ongelukkig omdat het een zekere rangorde lijkt te impliceren, terwijl het shockschadeslachtoffer zichzelf ook als direct getroffen zal zien. Een alternatief is ‘fysiek slachtoffer’, maar dit kan verwarrend zijn wanneer deze vanwege een ernstige verwonding óók psychisch letsel heeft opgelopen. Om beide soorten slachtoffers goed te onderscheiden, houd ik daarom toch vast aan de term ‘primair slachtoffer’.
15. HR 9 juni 2004, NJ 2005/391, m.nt. Vranken.
16. HR 2 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. Vranken, r.o. 4.3.
17. Zie voor vergoeding van shockschade aan collega’s Rb. Noord-Nederland 27 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3678.

bloed. Semantisch is het mogelijk om emoties netjes naast elkaar in afzonderlijke categorieën onder te brengen, zoals angst, walging, onmacht etc., maar dat doet geen recht aan de werkelijkheid waarin mensen een breed spectrum aan emoties tegelijkertijd ervaren. Voor slachtoffers gaat het – noodzakelijkerwijs – om een totaalvariatie. Eén emotie naar de voorgrond halen is niet meer dan een nogal arbitraire keuze die vooral iets zegt over de rechter die de gebeurtenis achteraf interpreteert. Zij komt in feite neer op een machtswoord: ‘ik beslis hierbij dat u angst ervoer toen u zag dat een u onbekende persoon werd vermoord’. Waarom geen afschuw, woede of verdriet bij de gedachte aan achterblijvende kinderen of partner (van het slachtoffer of van de getuige zelf), of spijt over nagelaten dingen in het licht van de mogelijkheid dat het leven misschien straks opeens ten einde is? In DSM-5 worden bij de beschrijving van de PTSS de volgende emoties vermeld (D.4): ‘Persistent negative emotional state (e.g. fear, horror, anger, guilt or shame)’.

Een laatste overweging om de tot categorie (iii) behorende personen geen recht op vergoeding van shockschade te geven, is dat zij veelal in dienst zijn en dus geen inkomsten derven wanneer zij door psychisch letsel enige tijd uitvallen op het werk.¹⁸⁾ Bovendien zullen werknemers in beroepen waarin blootstelling aan traumatische gebeurtenissen regelmatig voorkomt, vaak gratis psychische hulp aangeboden krijgen door hun werkgever.¹⁹⁾ Zoals hierboven opgemerkt, heeft vergoeding van shockschade vooral meerwaarde vanwege de compensatie vermogensschade.

Een alternatief, maar ruimhartiger compromis dat in de rechtspraktijk valt te beproeven, is om niet alle schadeposten in het kader van art. 6:98 BW toe te rekenen, bijvoorbeeld alleen het smartengeld of alleen het smartengeld en de gemaakte kosten, maar niet de gederfde inkomsten.

Bovenstaande argumenten om de onder (iii) genoemde benadeelden geen (volledig) recht op vergoeding van shockschade te geven, zijn ingegeven door het streven een balans te treffen tussen enerzijds de beperkingen van ons recht waarin shockschade een uitzondering vormt en anderzijds de psychiatrische realiteit waarin wordt aangenomen dat onbekenden wel degelijk een PTSS kunnen oplopen. In DSM-5 valt bij de beschrijving van de PTSS (onder A4) te lezen: “Experiencing repeated or extreme exposure to aversive details of the traumatic event(s) (e.g., first responders collecting human remains; police officers repeatedly exposed to details of child abuse).”²⁰⁾

3. Affectieschade

In verschillende uitspraken heeft de rechter zich

ruimhartig betoond bij toepassing van de hardheidsclausule (art. 6:107 lid 2 sub g en art. 6:108 lid 4 sub g BW):

- de broer van het slachtoffer van doodslag ontving € 17.500 omdat hij en het slachtoffer goede vrienden en sinds enige jaren ook huisgenoten waren²¹⁾;
- de broer van een slachtoffer van een poging tot doodslag ontving € 2.000 (verminderd wegens eigen schuld, niet van het primaire slachtoffer, maar van de broer zelf)²²⁾;
- de zus van het slachtoffer van een poging tot doodslag ontving € 15.000 omdat zij “in het verleden zeer nauw in het leven van het slachtoffer betrokken is geweest en nog is”²³⁾;

Verder ontving een kleinkind van het slachtoffer van doodslag vergoeding van affectieschade omdat het slachtoffer vijf dagen per week oppaste. Daarmee was volgens de rechter ook voldaan aan art. 6:108 lid 4 sub f BW ondanks het feit dat ten aanzien van dit kleinkind strikt genomen geen sprake was van een duurzaam gezinsverband. Als de rechter deze bepaling niet ruim had uitgelegd, had de hardheidsclausule als basis kunnen dienen voor vergoeding.

Men kan hier kritisch over zijn²⁴⁾, maar niet vergeten moet worden dat de hardheidsclausule slechts voorschrijft dat sprake is van een ‘zodanig nauwe persoonlijke relatie’ tot de overledene of gekwetste dat ‘uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit’ dat de derde als ‘affectieschade waardige’ naaste wordt aangemerkt. Het moet dus redelijk zijn, de drempel is niet zo hoog als wanneer er had gestaan dat het *niet* toekennen van vergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zou zijn (in dat geval zou de hardheidsclausule ook geen toegevoegde waarde hebben ten opzichte van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW)). Het is verstandig om de feitenrechter hier een zekere marge te gunnen en erop te vertrouwen dat die na kennisneming van alle feiten en omstandigheden tot een, ook menselijkerwijs, verantwoorde beslissing komt.

In de in de vorige paragraaf genoemde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam betreffende schadevergoeding aan de ouders wegens het misbruik van hun dochttertje²⁵⁾, verklaarde de rechter de vorderingen tot vergoeding van affectieschade van beide ouders niet-ontvankelijk. Onduidelijk was dat de dochter, zoals vereist in art. 6:107 lid 1 sub b BW, ernstig en blijvend letsel had ondervonden. Een PTSS laat zich immers in de regel behandelen door traumatherapie. Verder onderzoek hiernaar zou een onevenredige belasting van het strafgeding opleveren. Deze uitspraak scherpt in dat vergoeding van affectieschade niet slechts mogelijk is indien het primaire slachtoffer fysiek letsel heeft geleden, maar ook bij psychisch letsel, mits dit ernstig en blijvend is. Dat laatste zal in veel gevallen echter moeilijk en hoogstens na verloop van tijd zijn vast te stellen. De menselijke psyche is immers flexibeler dan het menselijk lichaam en niet valt



In de werkelijkheid ervaren mensen tegelijkertijd een breed spectrum aan emoties.



18. Dat geldt uiteraard niet voor brandweerlieden die vrijwilliger zijn.
19. Die daar in het kader van het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) overigens toe gehouden is.
20. Mede om die reden stelde ik in mijn proefschrift, afgerond voor *Taxibus*, voor om hulpverleners wel recht op vergoeding te geven, zie A.J. Verheij, ‘Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon’ (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 186-187.
21. Rb. Den Haag 27 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:450, JA 2020/55.
22. Rb. Rotterdam 23 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10334, JA 2020/57.
23. Rb. Rotterdam 12 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10581, JA 2020/58.
24. Zie de lezenswaardige noot van E.W. Bosch onder JA 2020/55.
25. Rb. Amsterdam 8 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:51, JA 2020/74.



Ernstige schending van vertrouwen kan soms een persoonsaantasting opleveren.



uit te sluiten dat iemand na verloop van (veel) tijd toch weer de weg naar boven vindt. Deze enkele mogelijkheid hoeft echter niet in de weg te staan aan de diagnose van blijvend letsel, want dan zou psychisch letsel praktisch nooit als blijvend zijn aan te merken. Het is lastige materie omdat psychiaters wellicht terughoudend zullen zijn om iemand volledig 'af te schrijven', zeker als het gaat om een jong kind dat nog een heel leven voor zich heeft. Stellen dat een kind ernstig en blijvend psychisch letsel heeft, kan ook stigmatiserend werken. Het kind kan het hem of haar opgeplakte etiket internaliseren ('ik ben blijvend getekend'), hetgeen de motivatie om aan herstel te werken, kan ondermijnen. Het oordeel wordt zo een *self fulfilling prophecy*.

Hoe hiermee om te gaan? Enerzijds dienen getroffen naasten en rechtshulpverleners zich af te vragen of het wel wijs is om een vordering tot vergoeding van shockschade in te stellen, zeker in gevallen waarin aanspraak bestaat op vergoeding van affectieschade en er geen aanzienlijke vermogensschade is geleden.²⁶⁾ Anderzijds dienen (straf- en civiele) rechters bij toepassing van het vereiste van 'ernstig en blijvend letsel' niet het onmogelijke te vragen door te eisen dat er een rapport ligt van een psychiater of psycholoog die verklaart dat een bepaald kind voor de rest van zijn of haar leven allerlei concrete beperkingen zal ondervinden ten gevolge van het misbruik. Waarom kan niet worden volstaan met algemene, wetenschappelijke gegevens waaruit bijvoorbeeld blijkt dat een groot aantal mensen dat op jeugdige leeftijd is misbruikt, daarvan altijd last zal houden op bepaalde vlakken? Het lijkt redelijker om onzekerheid over het al dan niet blijvende karakter van het psychisch letsel van het misbruikslachtoffer niet voor rekening van het shockschadeslachtoffer, maar voor rekening van de dader te brengen nu deze verantwoordelijk is voor de lastige bewijspositie waarin het shockschadeslachtoffer zich bevindt. Vanwege de onzekerheid over het voortdurende karakter van het letsel van het misbruikslachtoffer kan de rechter er vervolgens wel toe besluiten om de shockschade niet geheel te vergoeden.²⁷⁾ Een dergelijke gang van zaken zou het mogelijk maken om vorderingen tot vergoeding van shockschade af te wikkelen zonder belasting van het strafgeding en (belangrijker) zonder verdere belasting van slachtoffers die dan niet meer gedwongen zijn om een kostbare en tijdrovende civiele procedure te beginnen.

4. Smartengeld los van fysiek of geestelijk letsel

Smartengeld wegens geschonden vertrouwen? Interessant is de toewijzing van smartengeld aan een moeder en stiefvader omdat de buurman herhaaldelijk ontucht had gepleegd met hun zevenjarige dochtertje.²⁸⁾ De relatie tussen de moeder en de stiefvader enerzijds en de buurman anderzijds was al jarenlang zeer hecht. De ouders

vorderen smartengeld (ex art. 6:106 sub b BW), omdat (kort gezegd) hun vertrouwen ernstig is misbruikt, zij moeite hebben derden nog te vertrouwen en doordat hun gezinsleven is verstoord. Het hof wijst na weging van de EBI-criteria € 1.000 smartengeld aan de moeder toe en € 250 aan de stiefvader.²⁹⁾ Volgens het hof is sprake van een ernstige normschending en de gestelde gevolgen zijn niet weersproken. Het misbruik van het vertrouwen van moeder en stiefvader brengt mee dat de gevolgen zo voor de hand liggen dat een aantasting in de persoon op andere wijze kan worden aangenomen.

JA-annotator Ruitenbeek-Bart acht deze uitspraak onjuist. Kort gezegd hebben derden volgens haar, naast art. 6:107 BW en art. 6:108 BW, alleen recht op smartengeld indien sprake is van shockschade en daarvan is hier geen sprake. Ik ben minder stellig. Weliswaar heeft de Hoge Raad tot dusverre slechts in twee gevallen een uitzondering willen maken op het limitatieve stelsel van art. 6:107-108 BW (bij toepassing van art. 6:106 sub a BW (oogmerk)³⁰⁾ en bij shockschade), maar daarmee is niet gezegd dat zich geen andere gevallen kunnen voordoen. Verstoring van het gezinsleven is blijkens het ouders van Joost-arrest³¹⁾ niet voldoende, maar waarom zou een ernstige schending van vertrouwen onder omstandigheden geen persoonsaantasting kunnen opleveren? Zonder heel veel moeite valt in verschillende gevallen waarin de rechter smartengeld toekende, immers mede een schending van vertrouwen te ontwaren. Denk aan de arts, psychiater of psycholoog die zijn beroepsgeheim schendt, aan de vader die zijn kind ontvoert waardoor het gezinsleven tussen kind en moeder wordt verstoord (art. 8 EVRM) of aan de burgers waarvan het huis door een grote groep jongeren werd belaagd en die verschillende uren moesten wachten op de politie.³²⁾ In al deze gevallen is aannemelijk dat het vertrouwen van mensen (in arts, ex en overheid), naast allerlei andere emoties (angst, schaamte) werd beschaamd. Mensen die onrecht is aangedaan, ervaren nu eenmaal altijd een cocktail aan negatieve emoties. Art. 6:106 BW maakt echter geen onderscheid tussen verschillende emoties. Er staat niet dat sommige negatieve emoties wel en sommige niet voor vergoeding in aanmerking komen.³³⁾ Welke negatieve emoties worden belicht, hangt er in belangrijke mate vanaf hoe benadeelden (en hun advocaten) deze articuleren. Het is daarom niet juist om doorslaggevend gewicht toe te kennen aan een bepaald woord (angst, verdriet, woede of juist misbruik van vertrouwen). De rechter dient naar het bos en niet naar de individuele bomen te kijken. Sinds vorig jaar dient hij aan de hand van de EBI-criteria te bepalen of sprake is van een persoonsaantasting en dat doet het hof keurig. Deze uitspraak illustreert ook dat de EBI-criteria in handen van een feitenrechter met een open blik niet per se beperkend zijn.³⁴⁾

Recht op vergetelheid? Vermeldenswaard is ten slotte de vordering tot

26. Shockschade kan immers niet alleen tot immateriële, maar ook tot vermogensschade leiden, denk aan de gedeelde inkomsten van een zelfstandige of kosten voor psychische behandeling die niet door een ziektekostenverzekering worden gedekt.
27. In wezen gaat het hier om een proportionele begroting, art. 6:97 BW en de billijkheid waarnaar art. 6:106 BW verwijst, geven hiervoor een basis.
28. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1618, JA 2020/73.
29. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. Lindenbergh (EBI).
30. HR 26 oktober 2001, NJ 2002/216 (kindermoord).
31. HR 8 september 2000, NJ 2000/734, m.nt. Bloembergen.
32. HR 9 juni 2004, NJ 2005/391, m.nt. Vranken (Oosterparkrellen Groningen).
33. Ongelukkig is dat het woord 'smartengeld' (dat niet in de wet voorkomt) de suggestie wekt dat alleen verdriet mag worden vergoed. M.J.A. Duker, Vergoeding van immateriële schade in het strafproces wegens aantasting in de persoon', *TPWS* 2018/92, par. 3.2 lijkt (in zijn overigens mooie overzichtsartikel) daarvan uit te gaan, waar hij stelt: "Bij bedreigingszaken kan bijvoorbeeld soms de indruk bestaan dat de vordering van immateriële schadevergoeding enkel dient ter genoegdoening vanwege boosheid, verbolgenheid of miskennen en met een compensatie van werkelijke schade weinig van doen heeft". De hier genoemde emoties kunnen mijns inziens wel degelijk 'werkelijke schade' opleveren in de zin van art. 6:106 BW.
34. Ik was en ben er trouwens niet helemaal gerust op dat de Hoge Raad dat ook zo ziet, zie A.J. Verheij, 'EBI-arrest: een nieuwe koers. Hoge Raad zet in EBI-arrest nieuwe koers in met betrekking tot vergoeding van immateriële schade buiten fysiek en geestelijk letsel - maar waarom?' *NJB* 2020/763. Optimistischer was E.F.D. Engelhard, 'Ruimer baan voor smartengeld bij "persoonsaantastingen op andere wijze" zonder dat sprake is van geestelijk letsel', *AV&S* 2019/37. Daarentegen meende Lindenbergh (kort samengevat) dat het EBI-arrest niets wezenlijks veranderde, zie S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen? Over het begrip "persoonsaantasting" buiten lichamelijk en geestelijk letsel', *NTBR* 2019/20.

toekenning van smartengeld wegens ongeautoriseerd stemgebruik.³⁵ Eiseres wordt in januari 2011 in haar bloemenzaak overvallen. Zij werkt daarna mee aan een uitzending van 'Opsporing Verzocht' en noemt daarin de (artiesten)naam van een rapper als een van de daders van de overval. Eiseres is niet in beeld, alleen haar stem is te horen. Dit programma wordt enkele maanden later nogmaals uitgezonden en het Parool bericht er ook over. Op internet is de uitzending van 'Opsporing Verzocht' nog steeds te zien. Kort hierna biedt de AVRO excuses aan de rapper aan. De rapper laat het stemfragment uit 'Opsporing Verzocht' horen in seizoen 2016/2017 van zijn theatershow. In 2017 is hij te gast bij het programma College Tour waarin eveneens over de uitzending van 'Opsporing Verzocht' is gesproken in de context van jegens Marokkanen bestaande vooroordelen. De theatervoorstelling is ongeveer 200 keer opgevoerd en de voorstelling is ook op RTL4 uitgezonden. Uiteindelijk spreekt eiseres de rapper aan en vordert zowel staking van gebruik van het stemfragment als schadevergoeding. Zij baseert zich daarbij op het portretrecht (art. 21 Aw), op de AVG en op het recht op persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM). Feitelijk voert zij hiertoe aan dat zij publiekelijk is weggezet als iemand die discrimineert en zij daardoor herhaaldelijk geconfronteerd is geworden met negatieve reacties van familie, vrienden, klanten en onbekenden. Ook zou zij, telkens na elke herhaalde uitzending op de radio of televisie, worden benaderd door verslaggevers die haar willen interviewen en daartoe ook naar het schoolplein van haar kinderen gaan.

De rechtbank maakt korte metten met het beroep op het portretrecht en de AVG. Van schending van het portretrecht is geen sprake omdat een stemfragment geen portret is. Wat betreft de AVG overweegt de rechtbank dat de verwerking is verricht ten behoeve van een uitsluitend artistieke uitdrukkingvorm zodat, mede gelet op art. 85 AVG, art. 43 Uitvoeringswet AVGH en art. 7 Grondwet (vrijheid van meningsuiting) sprake is van een rechtmatige verwerking als bedoeld in art. 6 lid 1 onder f AVG. Omdat sprake is van een artistieke uitdrukkingvorm komt eiseres geen beroep toe op het recht op vergetelheid (art. 17 AVG). Vervolgens wijst de rechtbank ook het beroep op art. 8 EVRM af na de door de Hoge Raad voorgeschreven weging van alle omstandigheden van het geval.³⁶

De rechtbank laat ten nadele van eiseres zwaar wegen dat zij zelf haar medewerking heeft verleend aan het programma 'Opsporing Verzocht', dat de door haar gestelde negatieve gevolgen van herhalingen van het fragment niet aanneemelijk zijn geworden en dat haar stellingen tegenstrijdig zijn. Eiseres heeft namelijk op de zitting verklaard dat zij geen bezwaar zou hebben gemaakt indien haar stem in de theatervoorstellingen door een andere vrouwenstem zou zijn vervangen, terwijl zij ook dan in de publiciteit zou zijn gekomen en zou zijn herinnerd aan de overval.

De uitkomst van de procedure is begrijpelijk gezien de feiten en de stellingen van eiseres waarvan de rechtbank moest uitgaan. Interessant is echter wat het oordeel was geweest indien eiseres wel aannemelijk had weten te maken dat zij nog vele jaren nadien met negatieve reacties van derden geconfronteerd werd bij herhaalde uitzending van het stemfragment, of indien haar standpunt niet tegenstrijdig was geweest. Wat daarbij mijns inziens dient te wegen, is het feit dat eiseres een onbekende particulier is, terwijl de rapper die zich beroept op zijn vrijheid van meningsuiting een nationaal bekende *professional* is. Daarin wijkt deze casus af van veel andere kwesties waarin privacy en vrijheid van meningsuiting botsen. In die gevallen is de benadeelde die zich op een privacy inbreuk beroept immers vaak een bekende figuur, bijvoorbeeld een bekende Nederlander of politicus. Simpel gezegd, het is bijzonder begrijpelijk dat de rapper zich zeer beledigd voelde doordat eiseres hem op televisie als overvaller aanwees, maar is het, nadat hij eiseres 200 keer in het theater en op televisie publiekelijk te kijk heeft gezet als iemand met vooroordelen, niet welletjes?

5. Tot besluit

Bespreking van de bovenstaande rechtspraak laat zien hoe fijnmazig argumentaties omtrent de al dan niet toewijsbaarheid van smartengeld kunnen zijn. Dat kan intellectueel interessant en uitdagend zijn, maar het risico ligt op de loer dat de vele onderscheidingen leiden tot uitkomsten die voor de niet juridisch geschoolde burger niet meer navolgbaar zijn. Het is daarom belangrijk om de ratio van art. 6:106 BW niet uit het oog te verliezen. Deze is een drempel op te werpen tegen vergoeding van allerlei alledaagse ergernissen die nu eenmaal bij het leven horen. Niet iedere frustratie en teleurstelling als gevolg van bijvoorbeeld wanprestatie of onvriendelijkheid dient recht te geven op smartengeld. In hun pogingen om de vage term 'aantasting in de persoon' te concretiseren, hebben schrijvers verschillende categorieën onderscheiden. Dat bevordert het overzicht en is daarmee waardevol, maar dient geen keurslijf te vormen. Persoonsaantasting is geen gesloten begrip. Het enkele feit dat een concreet precedent van de Hoge Raad ontbreekt, betekent niet dat geen grond voor smartengeld bestaat.



Argumentaties

omtrent toewijsbaarheid van smartengeld kunnen fijnmazig zijn.



35. Rb. Midden-Nederland 9 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:24, JA 2020/49.

36. Zie met verwijzingen A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, 8e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 29.