



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht

Beumers, M.T.

Citation

Beumers, M. T. (2021, June 30). *De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht. Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3193531>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3193531>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <https://hdl.handle.net/1887/3193531> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Beumers, M.T.

Title: De bescherming van immateriële contractuele belangen in het schadevergoedingsrecht

Issue Date: 2021-06-30

DEEL II

Smartengeld

3 | Smartengeld in Nederland

3.1 INLEIDING

Het missen van onstoffelijk voordeel lijkt op het eerste gezicht in de ‘gevoels-sfeer’ te liggen.¹ Wanneer een benadeelde door de fout van een ander onstoffelijk voordeel is misgelopen, zoals het plezier van deelname aan de Dakar Rally of het genot van een woonhuis, is hij niet armer maar ongelukkiger. Hij realiseert het nagestreefde genot of plezier niet en ervaart daardoor mogelijk spanning, frustratie en boosheid. Zijn wederpartij tast, met andere woorden, zijn levensgeluk aan. Zulk nadeel kan worden gekwalificeerd als immateriële schade. In dit tweede deel van het proefschrift staat daarom de vraag centraal of en, zo ja, wanneer een benadeelde die als gevolg van een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, recht heeft op smartengeld.

Het is in het Nederlandse recht niet eenvoudig voor een benadeelde om met succes smartengeld te vorderen wanneer hij onstoffelijk voordeel is misgelopen als gevolg van een wanprestatie. Met de invoering van het Nieuw BW heeft de wetgever het recht op schadevergoeding voor immateriële schade beperkt ‘tot de gevallen waar zij niet gemist kan worden’, zoals bij letsel en bij aantastingen van de eer en goede naam.² Er is bovendien een bestendige lijn in de rechtspraak dat geen recht op smartengeld bestaat wanneer een benadeelde slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren. Een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel misloopt, heeft hierdoor slechts in uitzonderlijke gevallen recht op smartengeld (§ 3.2). Wel heeft het Nederlandse recht zich de afgelopen decennia ontwikkeld en zijn de mogelijkheden voor een benadeelde om met succes smartengeld te vorderen toegenomen. Allereerst introduceerde de wetgever een recht op smartengeld voor het geval dat een reisorganisator tekortschiet in de nakoming van een pakketreisovereenkomst (§ 3.3). Bovendien is tegenwoordig algemeen aanvaard dat een benadeelde ook recht heeft op smartengeld wanneer een fundamenteel persoonlijkheidsrecht is geschonden. Hoewel de precieze reikwijdte van dit

1 Aldus Hijma, par. 3, in zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55 (*Burger/Brouwer Motors*).

2 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 387. Recent is het in artikel 6:107 en 6:108 BW eveneens mogelijk gemaakt om zogenaamde affectieschade vergoed te krijgen bij verwonding of overlijden van een naaste. Voor dit proefschrift is affectieschade minder relevant en zal dus slechts zijdelings ter sprake komen.

in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen nieuwe recht op smartengeld nog niet is uitgekristalliseerd, lijkt ook dit de mogelijkheid om met succes smartengeld te vorderen te hebben verruimd voor benadeelden (§ 3.4).

3.2 DE HOOFDREGEL – GEEN SCHADEVERGOEDING VOOR MEER OF MINDER STERK PSYCHISCH ONBEHAGEN

3.2.1 Het gesloten stelsel

‘Smartengeld wegens wanprestatie zal niet vaak worden toegekend’, concludeerde Krans in zijn proefschrift over schadevergoeding bij wanprestatie.³ In het huidige contractuele schadevergoedingsrecht speelt de vergoeding van immateriële schade nauwelijks een rol van betekenis.⁴ De verklaring voor deze bescheiden rol is allereerst gelegen in twee met elkaar samenhangende eigenschappen van het wettelijke stelsel van schadevergoeding voor immaterieel nadeel. Het stelsel is gesloten en geeft een benadeelde maar in een beperkt aantal gevallen recht op smartengeld.

Artikel 6:95 BW bepaalt dat een benadeelde alleen recht heeft op een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade – op smartengeld dus – voor zover dat wettelijk is bepaald. Het stelsel van schadevergoeding voor immateriële schade is gesloten: immateriële schade komt alleen voor vergoeding in aanmerking wanneer uit een wettelijke bepaling volgt dat een recht op smartengeld bestaat.⁵ Dat betekent *a contrario* dat wanneer er geen geval voorligt waarin de wet een benadeelde aanspraak op smartengeld geeft, een benadeelde geen recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade. Een rechter mag geen smartengeld toekennen wanneer een wettelijke grondslag voor een dergelijke vergoeding ontbreekt.⁶ Door dit gesloten stelsel houdt de wetgever de regie in handen. Exclusief hij is bevoegd om te bepalen in welke gevallen benadeelden recht hebben op smartengeld en in welke gevallen niet. Het staat rechters niet vrij om het recht op schadevergoeding voor immateriële schade volledig naar eigen inzicht te ontwikkelen, maar ze zijn gebonden aan de door de wetgever bepaalde kaders. De Hoge Raad onthoudt zich dan ook principieel

3 Krans 1999, p. 239.

4 Lindenberg 1998, p. 239.

5 Lindenberg 1998, p. 75-78 is van mening dat er alleen een recht op smartengeld bestaat wanneer een wet expliciet bepaalt dat ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt. Een wet die uitsluitend bepaalt dat de schade naar billijkheid moet worden vastgesteld, geeft een benadeelde naar zijn mening geen recht op smartengeld, omdat niet uitdrukkelijk staat geschreven dat ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt. De Hoge Raad is in het verleden wel eens soepeler geweest, zie HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997/682 m.nt. De Boer (W./Staat).

6 Artikel 6:95 BW strekt zich enkel uit over wettelijke rechten op schadevergoeding. Het staat partijen vrij een *contractueel* recht op smartengeld overeen te komen, zie: Lindenberg 1998, p. 70 en Krans 1999, p. 261-263.

van het aanvaarden van een recht op smartengeld wanneer een wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt. Zo wees voor de herziening van artikel 6:107 en 6:108 BW de Hoge Raad vorderingen voor een vergoeding van affectieschade steevast af met de overweging dat een wettelijke grondslag voor zulke vergoedingen ontbrak. De beantwoording van de vraag of affectieschade voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen, was voorbehouden aan de wetgever, aldus de Hoge Raad. Het stond hem niet vrij die vraag te beantwoorden.⁷

In artikel 6:106 BW geeft de wetgever vervolgens in algemene zin – dat wil zeggen voor alle wettelijke rechten op schadevergoeding, zoals voor onrechtmatige daad en wanprestatie – een limitatieve opsomming van gevallen waarin een benadeelde recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade.⁸ De meest voorkomende gevallen zijn te vinden in sub b van dit artikel, waarin is bepaald dat een recht op smartengeld bestaat bij lichamelijk of geestelijk letsel.⁹ Ook in het geval van een aantasting van zijn eer en goede naam heeft een benadeelde recht op smartengeld.¹⁰ Verder is in sub a bepaald dat een benadeelde recht heeft op een vergoeding van zijn immateriële schade wanneer de aansprakelijke partij het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen. Daarvan is niet reeds sprake wanneer iemand opzettelijk een norm overtreedt, bijvoorbeeld wanneer een contractspartij willens en wetens een overeenkomst niet nakomt omdat zij een gunstigere overeenkomst kan sluiten met een ander.¹¹ De aansprakelijke partij moet het oogmerk hebben om de benadeelde immateriële schade toe te brengen. De parlementaire geschiedenis noemt als voorbeeld iemand die opzettelijk zaken met een affectieve waarde van een benadeelde vernietigt met het oogmerk hem leed te berokkenen.¹² Een boze echtgenoot die tijdens een echtscheidingsprocedure brieven en foto's van overleden familieleden van zijn partner weggooidde om haar zo emotioneel te raken, was bijvoorbeeld op grond van sub a verplicht om smartengeld te

7 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.2.

8 In artikel 6:106 BW staat uitsluitend *in welke gevallen* een benadeelde recht heeft op vergoeding van zijn immateriële schade, maar in het artikel wordt niet bepaald *welke immateriële schade* voor vergoeding in aanmerking komt. Artikel 6:106 BW is, anders gezegd, een slagboom die toegang verschaft tot een vergoeding van *alle* geleden immateriële schade. De slagboom gaat bijvoorbeeld open wanneer het slachtoffer lichamelijk letsel heeft opgelopen. Zijn aanspraak op smartengeld is dan niet beperkt tot een vergoeding voor zijn letsel, maar strekt zich uit over al zijn immateriële schade. In vergelijkbare zin: Lindenberg 1998, p. 79-80; Lindenberg in zijn noot onder HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, JA 2012/147 (*Blauw oog*) en Lindenberg NTBR 2019, p. 123.

9 Geestelijk letsel is een aantasting in de persoon 'op andere wijze' zoals bedoeld in sub b.

10 Volgens sub c hebben de erfgenamen van iemand wiens of wier eer of goede naam is aangetast in sommige gevallen recht op smartengeld.

11 Zwitser *RMThemis* 2005, p. 72 pleit voor een ruimere toepassing van sub a, met name in gevallen dat een contractspartij uit winstbejag veelvuldig opzettelijk wanprestatie pleegt. Dit idee heeft tot op heden geen navolging gekregen in de jurisprudentie.

12 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 378.

betalen.¹³ Ook een enkele wettelijke bepaling buiten het BW, bijvoorbeeld in het Wetboek van Strafvordering, geeft een benadeelde recht op smartengeld.¹⁴

3.2.2 Meer of minder sterk psychisch onbehagen

Zo op het eerste gezicht lijkt het Nederlandse schadevergoedingsrecht een benadeelde nauwelijks mogelijkheden te bieden om met succes smartengeld te vorderen wanneer hij als gevolg van een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen.¹⁵ Dat beeld wordt versterkt door een bestendige lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van meer of minder sterk psychisch onbehagen.

Deze lijn vindt haar oorsprong in het Oud BW. De Vries en Franke zijn gezamenlijk eigenaar van Diamij BV, maar zijn al enige tijd verwickeld in een machtsstrijd. Dat leidt tot een bitter conflict tussen de twee zakenpartners. In zijn pogingen om Franke 'eruit te werken', handelt De Vries onrechtmatig, met name door de medewerkers van Diamij op te zetten tegen Franke. De Vries scheldt Franke uit en beledigt hem in het bijzijn van alle medewerkers. De Vries stookt de medewerkers zelfs op tot een wilde staking, waarbij ze Franke de toegang tot het bedrijfsterrein van Diamij blokkeren. Franke vordert onder meer smartengeld voor dit onheuse gedrag van De Vries. De Hoge Raad wijst zijn vordering af met de overweging dat:

'[...] een onrechtmatig handelen of een wanprestatie waardoor iemand in zijn vermogensrechten wordt aangetast, veelal door het slachtoffer in de ontwikkeling van het geschil ondervonden zal worden als een aantasting in zijn persoonlijke waardigheid en gepaard zal gaan met een zich persoonlijk gekwetst voelen. Het zou [...] de strekking van de wetbepalingen die tot vergoeding der schade verplichten te buiten gaan om onder te vergoeden schade tevens zulke verschijnselen van psychische aard te brengen'.¹⁶

Na de invoering van het Nieuw BW handhaafde de Hoge Raad deze rechtsregel. In het slot van artikel 6:106 sub b BW is bepaald dat een benadeelde recht heeft op smartengeld wanneer hij 'op andere wijze' in zijn persoon is aangetast. Dat riep de vraag op wanneer van zulke 'andere' persoonsaantastingen sprake is.

13 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2134, RFR 2015/98, r.o. 5.10. Zie ook: HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2775, NJ 2002/216 m.nt. Vranken (Oogmerk).

14 Zie bijvoorbeeld artikel 89 lid 1 Sv en artikel 35 Bopz (oud).

15 Krans 1999, p. 239 en 253 suggereert dat in het geval van een onrechtmatige daad eerder aan de vereisten van artikel 6:106 BW zal zijn voldaan.

16 HR 4 februari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4540, NJ 1984/631 (Franke/De Vries), r.o. 3.3.

De Hoge Raad koos voor een strikte interpretatie. In 1979 concludeert de inspecteur van de Belastingdienst dat Bos te weinig inkomstenbelasting heeft afgedragen en legt hem een aanzienlijk hogere aanslag op. Het bezwaar van Bos wijst de Belastingdienst af en ook het beroep bij de rechtbank heeft geen succes. De Belastingdienst legt ondertussen executoriaal beslag op een drietal onroerende zaken van Bos. Uiteindelijk vernietigt het hof, in hoger beroep, alsnog het besluit van de Belastingdienst en stelt de belastingaanslag op nihil, waardoor de eerder gelegde beslagen onrechtmatig zijn. In een civiele procedure vordert Bos vervolgens onder meer smartengeld voor de stress en spanning die deze onrechtmatige beslaglegging heeft veroorzaakt. Het hof wijst deze vordering af:

[Het] psychisch onbehagen van Bos, dat samenhangt met het lijden door hem van vermogensschade, kan echter niet worden aangemerkt als immateriële schade, die voor vergoeding in aanmerking komt. Immers een handelen, waardoor iemand – zoals Bos – in zijn vermogensrechten wordt aangetast, zal veelal door het slachtoffer worden ervaren als een aantasting in zijn persoonlijke waardigheid en gepaard gaan met een zich persoonlijk gekwetst voelen, doch zulke verschijnselen van psychische aard kunnen niet worden beschouwd als een aantasting van de persoon, die aanspraak op schadevergoeding geeft.¹⁷

De Hoge Raad laat dit oordeel vervolgens in stand.¹⁸ Twee jaar later overweegt de Hoge Raad in *Wrongful birth* dat geen sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze wanneer een benadeelde door een normschending slechts ‘meer of minder sterk psychisch onbehagen’ ervaart.¹⁹ Voor een dergelijke persoonsaantasting is vereist dat een benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen, dat wil zeggen, lijdt aan een in de psychiatrie erkend ziektebeeld dat objectief kan worden vastgesteld.²⁰ Dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld wanneer hij slechts ‘meer of minder sterk psychisch onbehagen’ ervaart, ontwikkelde zich de afgelopen decennia tot een belangrijk uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht.²¹ In recente lagere rechtspraak zijn tal van voorbeelden te vinden waarin rechters smartengeldvorderingen op grond van dit uitgangspunt afwijzen, variërend van ongerecht-

17 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366 m.nt. CJHB (*Ontvanger/Bos*), r.o. 19-20 (Hof).

18 HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/366 m.nt. CJHB (*Ontvanger/Bos*), r.o. 5.

19 HR 21 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145 m.nt. CJHB (*Wrongful birth*).

20 Dat blijkt uit HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.3. Voor dit arrest was er discussie over de vraag wanneer sprake is van geestelijk letsel, zie: Lindenberg *NJB* 1998, p. 354 en Kottenhagen *NTBR* 1998, p. 138-139. Zie verder: HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606, NJ 2005/168 m.nt. Asser (*Beliën/Noord-Brabant*), r.o. 5.2.3.

21 Zie recent: Lindenberg *NTBR* 2019, p. 124.

vaardigde demoties door werkgevers²² tot beschadigingen van zaken met affectieve waarde²³ en van vertraagde vluchten²⁴ tot burenruzies.²⁵

Voor een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen, leidt dit uitgangspunt er toe dat zijn mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen in belangrijke mate zijn beperkt. De lagere rechtspraak illustreert dat. Een vliegschool verwijderde ten onrechte een leerling van de pilotenopleiding en pleegde zodoende wanprestatie. De leerling liep hierdoor het door hem nagestreefde onstoffelijke voordeel mis: het behalen van de bevoegdheid tot verkeersvlieger.²⁶ Hij vorderde in een civiele procedure onder meer smartengeld voor de frustratie die de onterechte verwijdering had teweeggebracht. Het hof wees deze vordering af omdat de leerling slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen ervoer en niet kon aantonen dat hij geestelijk letsel had opgelopen.²⁷

Sinds de invoering van het Nieuw BW staat de Nederlandse literatuur over het algemeen positief tegenover het uitgangspunt dat het ervaren van meer of minder sterk psychisch onbehagen geen aanspraak geeft op smartengeld. Het uitgangspunt is lange tijd nauwelijks ter discussie gesteld.²⁸ Ook het gesloten stelsel van schadevergoeding voor immaterieel nadeel is eigenlijk niet omstreden.²⁹ Pas de afgelopen jaren lijkt de discussie over de wenselijkheid van een recht op smartengeld in gevallen dat een benadeelde slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren – en dan meer specifiek wanneer een benadeelde onstoffelijk voordeel is misgelopen – op gang te komen.³⁰ Deze consensus in de Nederlandse literatuur is vanuit historisch

22 Rb Utrecht 2 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU6603, r.o. 4.13.

23 Rb Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11367, r.o. 4.7 (over een autoradio-collectie) en Hof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4461, *NJF* 2005/518, r.o. 3.7.5 en Rb Arnhem 10 november 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR8832, r.o. 9 (over de beschadiging van tuinplanten).

24 Rb Haarlem 18 december 2018, ECLI:NL:RBHAA:2001:AD8163, *VR* 2003/84, r.o. 5.6.

25 Rb Midden-Nederland 24 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:318, r.o. 4.6 en Rb Leeuwarden 14 september 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BT2357, r.o. 6.1. Ook in het bestuursrecht verwijst men veelvuldig naar dit uitgangspunt, zie bijvoorbeeld: ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3445, *AB* 2018/49 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Alcoholslot*), r.o. 11.2.

26 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.23. Men kan discussiëren over de vraag in hoeverre een opleiding tot piloot (uitsluitend) een onstoffelijk voordeel is.

27 Aldus Hof Arnhem-Leeuwarden 29 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ7134, r.o. 2.31. Zie ook: Rb Rotterdam 30 januari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC6130, r.o. 5.4.1; Rb Middelburg 23 mei 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BX5374, r.o. 5.1-5.2 en Hof Den Haag 14 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1107, r.o. 7.1-7.2.

28 Schut *RMThemis* 1990, p. 305-306; Schut 1991, p. 291 en Krans 1999, p. 253, maar zie ook: Verheij *RMThemis* 1999, p. 339-350. Zie over de afwezigheid van een uitgebreide discussie: Beumers *NTBR* 2016, p. 169-170.

29 Lindenbergh 1998, p. 68 en 130-131.

30 Zie bijvoorbeeld: Verheij *AV&S* 2017, p. 111-113; Engelhard e.a. *NTBR* 2018, p. 1-3 (met name over het gesloten stelsel zelf); Lindenbergh *NTBR* 2019, p. 126 en Katan *NTBR* 2019, p. 145-147 (over verspilde vrije tijd).

perspectief opmerkelijk. Voor de invoering van het Nieuw BW – en dan met name voor de Tweede Wereldoorlog – liepen de meningen over de vraag of, en zo ja in hoeverre, benadeelden recht zouden moeten hebben op smartengeld sterk uiteen. Het Nederlandse recht leek zich op een bepaald moment zelfs in een totaal andere richting te ontwikkelen.

3.2.3 Smartengeld in het Oud BW

3.2.3.1 Meijers' elfde vraag

Het elfde vraagpunt dat Meijers het parlement en de regering in 1952 voorlegde, ging over de vergoedbaarheid van immateriële schade:

‘Moet aan een ieder het recht gegeven worden op een geldelijke tegemoetkoming voor een hem onrechtmatig berokkend leed (zogenaamde ideële schade)?’³¹

Deze vraag kwam niet uit de lucht vallen. Voor de Tweede Wereldoorlog had de vergoedbaarheid van immateriële schade de nodige inkt doen vloeien in de Nederlandse literatuur. Ook in de rechtspraak waren enkele belangrijke ontwikkelingen geweest en zelfs de wetgever had zich al tweemaal met smartengeld beziggehouden. Voordat Meijers de opdracht kreeg een nieuw burgerlijk wetboek te ontwerpen, werd het Nederlandse recht steeds ruimhartiger in het toekennen van vergoedingen voor immateriële schade. Er leek zich zelfs een algemeen recht op smartengeld te ontwikkelen, juist ook voor gevallen waarin een benadeelde enkel meer of minder sterk psychisch onbehagen ervoer.

De wet en rechtspraak

In het Oud BW bepaalde noch artikel 1280 OBW, de bepaling over wanprestatie, noch artikel 1401 OBW, de bepaling over de ‘gewone’ onrechtmatige daad, uitdrukkelijk of een benadeelde recht had op smartengeld. In beide artikelen stond uitsluitend dat een benadeelde recht had op een vergoeding van zijn schade, zonder te verduidelijken of daaronder ook immateriële schade moest worden begrepen. Op grond van tekstuele en historische uitleg van deze bepalingen kwamen de meeste auteurs – ook voorstanders van een algemeen recht op smartengeld – tot de conclusie dat met het begrip schade in deze artikelen niet mede immateriële schade werd bedoeld.³²

31 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 371.

32 Meijers *Themis* 1905, p. 451; Ribbuis 1905, p. 85-98 en Greebe 1935, p. 155-159, maar zie anders: Drucker *RM* 1889b, p. 401-402.

In de eerste helft van de twintigste eeuw wezen ook lagere rechters smartengeldvorderingen over het algemeen af.³³ Oldendarp besloot een deel van zijn woonhuis te verhuren. Hij maakte vervolgens een kapitale inschattingsfout toen hij een huurovereenkomst sloot met ene Jansen. Jansen bleek namelijk een verschrikkelijke huurder te zijn. Zo sloot hij het water en het gas af in Oldendarps deel van de woning en blokkeerde Oldendarps deur naar de gedeelde keuken, zodat hij en zijn vrouw niet meer in hun eigen keuken konden komen. Toen Oldendarp op een dag op het toilet zat, spijkerde Jansen de deur van de wc dicht en sloot Oldendarp op. Oldendarps smartengeldvordering voor de frustratie, de angst en het ongemak die Jansen had veroorzaakt, wees het hof af. Het hof overwoog dat immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking kwam.³⁴

Toch ontwikkelde zich sinds het einde van de negentiende eeuw een recht op smartengeld in Nederland. De ontwikkelingen speelden zich af binnen twee bijzondere regelingen van het onrechtmatige daadsrecht. In 1881 oordeelde de Hoge Raad dat een benadeelde bij onrechtmatige belediging – dat in artikel 1408 als een bijzondere onrechtmatige daad een eigen wettelijke regeling had in het Oud BW – recht had op smartengeld voor aantastingen van zijn eer en goede naam.³⁵ In 1943 wees de Hoge Raad bovendien een baanbrekend arrest over artikel 1407 OBW. Dit wetsartikel regelde welke schade voor vergoeding in aanmerking kwam wanneer een slachtoffer letsel opliep als gevolg van een onrechtmatige daad. Zowel de lagere rechtspraak als de literatuur was verdeeld over de vraag of een slachtoffer dat letsel had opgelopen door een onrechtmatige daad, recht had op een vergoeding van zijn immateriële schade.³⁶ In *Van Kreuningen/Bessem* oordeelde de Hoge Raad dat een benadeelde op grond van artikel 1407 OBW ook recht had op smartengeld. De Hoge Raad overwoog dat bij letsel ‘een vergoeding voor ideële schade als redelijk en billijk valt te beschouwen’. Om die reden gaf hij er de voorkeur aan om in artikel 1407 OBW een recht op een vergoeding van zulke schade te lezen, hoewel getwijfeld kon worden of de wetgever dat ook zo had bedoeld.³⁷

Van Kreuningen/Bessem joeg het juridische debat over de vergoedbaarheid van immateriële schade aan. Voor het eerst erkende de Hoge Raad dat benadeelden bij letsel aanspraak konden maken op smartengeld en vergrootte daarmee de mogelijkheden om met succes een vergoeding van hun immateriële

33 Uitgebreider daarover: Drucker *RM* 1889b, p. 401-402.

34 Hof Arnhem 22 mei 1923, *NJ* 1923 p. 1269. Zie ook: Kg Amsterdam 23 juli 1930, *NJ* 1931, p. 265 over een echtpaar dat door de burens werd beschimpt en uitgelachen vanwege een weinig charmante foto in de Telegraaf.

35 HR 13 mei 1881, *w.* 4638. Zie hierover: Asser/*Van Goudoever* 1913, p. 195-196; Land/*De Sarvoornin Lohman IV* 1907, p. 332 en Van Brakel 1948, p. 662.

36 Zie de conclusie van P-G Berger voor HR 21 mei 1943, *NJ* 1943/455 (*Van Kreuningen/Bessem*), p. 613-618 voor een overzicht van de omvangrijke literatuur en jurisprudentie van lagere rechters over dit onderwerp.

37 HR 21 mei 1943, *NJ* 1943/455 (*Van Kreuningen/Bessem*), p. 613.

schade te vorderen aanzienlijk. Sommige auteurs meenden dat de beslissing van de Hoge Raad zich beperkte tot gevallen van letsel.³⁸ Andere auteurs interpreteerden *Van Kreuningten/Bessem* ruimer en lazen in het arrest een aanvaarding van een algemeen recht op smartengeld.³⁹ Later zou blijken dat deze laatste lezing van het arrest ietwat optimistisch was⁴⁰, maar het was wel duidelijk dat de Hoge Raad ervoor openstond om het recht op smartengeld verder te ontwikkelen.⁴¹

Literatuur

Sinds de negentiende eeuw was er een stroming in de Nederlandse literatuur die zich tegen het vergoeden van immateriële schade verzette. Deze auteurs onderschreven de oudere jurisprudentie van lagere rechters waarin smartengeldvorderingen werden afgewezen en waren kritisch over de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van artikel 1407 en 1408 OBW. Zo verdedigde Land al in de negentiende eeuw dat immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Het was naar zijn mening onmogelijk om leed, zoals verdriet of gederfde levensvreugde, met een geldbedrag goed te maken. Bovendien zouden eventuele toegekende smartengeldbedragen volstrekt willekeurig zijn, omdat immateriële schade zich niet in geld laat uitdrukken.⁴² Andere auteurs deelden de opvatting van Land en voegden aan zijn betoog het argument toe dat een vergoeding van immateriële schade zou neerkomen op privaatrechtelijke bestraffing, omdat het immateriële nadeel zelf niet met een geldbedrag kan worden weggenomen.⁴³

Er is echter ook altijd een tegengeluid geweest in de Nederlandse literatuur. Tussen 1889 en 1892 wijdde Drucker bijvoorbeeld drie omvangrijke artikelen aan immateriële belangen in het Nederlandse vermogensrecht. Hij zette allereerst uiteen dat het Nederlandse vermogensrecht – in het bijzonder ook het contractenrecht⁴⁴ – de immateriële belangen van partijen beschermt en ook zou moeten beschermen.⁴⁵ Vervolgens betoogde hij dat het voor een adequate bescherming van immateriële belangen noodzakelijk is dat ook immateriële

38 Van Brakel 1948, p. 658-659.

39 Bloembergen *Advocatenblad* 1952, p. 50 neemt dat bijvoorbeeld zonder veel omhaal aan. Zie ook: Wolfsbergen 1946, p. 192; Jansen *NJB* 1951, p. 790-791 en Asser/*Kamphuisen & Van Andel* 1960, p. 406. Van Boeschoten *Advocatenblad* 1952, p. 33 was voorzichtiger, maar dacht wel dat de vraag weer 'open' lag.

40 Zie bijvoorbeeld: HR 4 februari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4540, *NJ* 1984/631, r.o. 3.3 (*Franke/De Vries*).

41 Daar wijst Meijers het parlement en de regering ook op tijdens het debat over dit vraagpunt, zie *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 376.

42 Land *PvJ* 1893, afl. 47, p. 2.

43 Asser/*Van Goudoever* 1913, p. 195 en Land/*De Savornin Lohman IV* 1907, p. 35-41. Zie later: Van Brakel 1948, p. 75-76 en Van Boeschoten *Advocatenblad* 1952, p. 33-34.

44 Drucker *RM* 1892, p. 176-242 (het derde artikel).

45 Drucker *RM* 1889a, p. 1-21 (het eerste artikel).

schade voor vergoeding in aanmerking komt.⁴⁶ Het was in zijn optiek arbitrair om een onderscheid te maken tussen vermogensschade en immateriële schade. Het is niet te rechtvaardigen dat een wanpresterende contractspartij triviale vermogensschade wel moet vergoeden, maar niet schadeplichtig is wanneer zij ernstige en ingrijpende immateriële schade berokkent:

‘Slaat iemand mijn ouden aschbak stuk, dan kan ik van hem schadevergoeding eischen; tast hij mij aan in mijne persoonlijkheid, krenkt hij mij in mijne dierbaarste rechten, dan treedt hij zegevierend uit het strijdperk!’⁴⁷

Drucker was niet overtuigd van de traditionele argumenten tegen het vergoeden van immateriële schade.⁴⁸ Hij erkende dat een geldbedrag nooit een precies equivalent kan bieden voor de geleden immateriële schade en dat schadevergoeding het leed nooit volledig kan wegnemen. Dat neemt niet weg, aldus Drucker, dat een geldbedrag enige compensatie kan bieden voor immateriële schade. Een geldbedrag stelt de benadeelde immers in staat zijn levensgeluk op een andere wijze te vergroten. Dat extra levensgeluk biedt enige verzachting voor het aangedane leed.⁴⁹ Drucker bestreed ook het argument dat het moreel verwerpelijk is om immateriële schade in geld uit te drukken. Hij vond het door tegenstanders geschetste beeld dat een dader met smartengeld inbreuken op hogere morele waarden, zoals het leven, de gezondheid of de eer, kan ‘afkopen’, niet terecht. Allereerst zullen lang niet altijd zulke hogere morele waarden in het geding zijn.

‘Wanneer ik van Groningen naar Amsterdam reis met eene mij geschonken kaart voor eene luisterrijke muziekkuitvoering of tooneelvoorstelling, en ik kom door grof verzuim der spoorwegdirectie zooveel te laat aan, dat ik het verwachte kunstgenot moet missen – is er dan iets laakbaars in, wanneer ik mij door de Maatschappij eene som gelds laat betalen?’

Zelfs een ‘streng moralist’ kan daar toch geen bezwaar tegen hebben, aldus Drucker.⁵⁰ Maar zelfs bij aantastingen van hogere waarden, zou smartengeld toegekend moeten worden. Schadevergoeding is in zulke gevallen zeker een gebrekkig middel, maar dat is geen argument om een benadeelde dan maar met lege handen achter te laten, niet in de laatste plaats omdat van smartengeld een preventieve werking zou kunnen uitgaan.⁵¹ Smartengeld voorkomt dat iemands immateriële belangen zonder enige repercussies kunnen worden

46 Drucker *RM* 1889b, p. 375-411 (het tweede artikel).

47 Drucker *RM* 1889b, p. 404. Zie ook: Meijers *Themis* 1905, p. 462-454 en Wolfsbergen *NJB* 1933, p. 582-583.

48 Drucker *RM* 1889b, p. 401 en Drucker *RM* 1892, p. 236-237.

49 Drucker *RM* 1889b, p. 402-403.

50 Drucker *RM* 1889b, p. 403-404.

51 Drucker *RM* 1889b, p. 404-405.

geschonden. Een blik op het buitenlandse recht – met name Engeland – en op de smartengeldbedragen die Nederlandse rechters reeds toekenden op grond van artikel 1408 OBW liet bovendien zien dat rechters heel goed in staat bleken om op een prudente wijze immateriële schade in geld uit te drukken.⁵²

Drucker stond zeker niet alleen. Ook andere auteurs – zoals Meijers zelf⁵³ – pleitten voor een algemeen recht op smartengeld.⁵⁴ Als deze auteurs al restricties aan het recht op smartengeld nodig vonden, zagen deze beperkingen op de gevallen waarin hogere morele waarden in het geding waren. Zo was Greebe een fel tegenstander van een recht op smartengeld voor het leed en verdriet van nabestaanden van een verongelukt slachtoffer. In zulke gevallen kon een geldbedrag geen enkele verlichting of compensatie bieden.⁵⁵ Maar buiten gevallen van affectieschade, pleitte hij juist voor een algemeen recht op smartengeld, met name ook voor gevallen waarin een benadeelde slechts plezier of genot is misgelopen. Voor zulke alledaagse immateriële schade kan een geldbedrag wel degelijk compensatie bieden. Met een geldbedrag kan de benadeelde zichzelf genoegens verschaffen die opwegen tegen het geleden immateriële nadeel.⁵⁶ Zelfs fervente tegenstanders van het recht op smartengeld gaven toe dat geld een adequate compensatie kan bieden wanneer er geen hogere morele waarden in het geding zijn.⁵⁷ Juist de wenselijkheid van een recht op smartengeld voor wat tegenwoordig ‘meer of minder sterk psychisch onbehagen’ wordt genoemd, was eigenlijk nauwelijks omstreden in de literatuur.

De regering en het parlement

Het meest opvallend is misschien wel dat aan het begin van de twintigste eeuw de regering en ook een meerderheid van het parlement verklaarde voorstanders waren van een algemeen recht op smartengeld. Dat blijkt uit twee belangrijke wetgevingsprojecten uit die tijd.

Het eerste wetgevingsproject betrof de politiek beladen hervorming van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst.⁵⁸ Een onderdeel van deze hervorming was de invoering van artikel 1637w OBW. Deze bepaling gaf zowel de werkgever als de werknemer recht op smartengeld wanneer de andere partij tekortschoot in de nakoming van de arbeidsovereenkomst. De regering over-

52 Drucker RM 1889b, p. 405-407. Daar voegden latere auteurs aan toe dat ook bij de begroting van vermogensschade de rechter soms voor een haast onmogelijke opgave staat, zie: Meijers *Themis* 1905, p. 453; Ribbius 1905, p. 74-79 en Greebe 1935, p. 143.

53 Meijers *Themis* 1905, p. 452-454.

54 Ribbius 1905, p. 74-82; Wolfsbergen *NJB* 1933, p. 586-587; Greebe 1935, p. 141-154 en Wolfsbergen 1946, p. 186-191. Bloembergen *Advocatenblad* 1952, p. 51-52 lijkt ook deze mening te zijn toegedaan. In een later artikel is hij echter behoudender, zie Bloembergen *NJB* 1970, p. 125-130.

55 Greebe 1935, p. 146-147.

56 Greebe 1935, p. 141-142.

57 Land *PvJ* 1893, afl. 47, p. 1 en Land/*De Savornin Lohman IV* 1907, p. 39-40.

58 De ontwerper van de nieuwe regeling was overigens Drucker.

woog dat bij een wanprestatie van een arbeidsovereenkomst zich geregeld immateriële schade zal voordoen. Werknemers en werkgevers zouden om die reden ook zulke schade vergoed moeten kunnen krijgen. Het zou niet te rechtvaardigen zijn wanneer een wanpresterende partij aan het betalen van een vergoeding voor immateriële schade zou 'ontsnappen'.⁵⁹ Het parlement was verdeeld over de voorgestelde bepaling, maar een meerderheid stemde uiteindelijk in met de invoering van artikel 1637w OBW.⁶⁰

Het Oud BW voorzag daarmee in een tamelijk specifiek recht op smartengeld voor werknemers en werkgevers.⁶¹ Tijdens de parlementaire behandeling waren de voor- en tegenstanders het er over eens dat het voorgestelde artikel 1637w OBW aan een fundamentele juridische vraag raakte, namelijk aan de vraag of immateriële schade in het algemeen voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen. Tegenstanders, zoals Van Veen, vreesden dat de invoering van artikel 1637w OBW meteen ook een aanvaarding zou betekenen van het algemene uitgangspunt dat alle immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt. Immers, als men aanvaardt dat bij een tekortkoming in de nakoming van een arbeidsovereenkomst recht op smartengeld bestaat, is er geen overtuigende reden meer om een benadeelde bij een wanprestatie van andere benoemde of onbenoemde overeenkomsten het recht op smartengeld te ontfangen. Voor zo'n algemeen recht op smartengeld voelde Van Veen weinig.⁶² Voorstanders van artikel 1637w OBW, onder wie Minister van Justitie Van Raalte, waren eveneens van mening dat de nieuwe bepaling raakte aan deze fundamentele vraag over de vergoedbaarheid van immateriële schade. Het feit dat een benadeelde geen algemeen recht op smartengeld had, zagen zij als een fundamentele leemte in het Nederlandse recht. Zij waren van mening dat juist ook voor andere overeenkomsten in een recht op smartengeld zou moeten worden voorzien. Het voorgestelde artikel 1637w OBW bood naar hun

59 Bles 1908, p. 356.

60 Zie Bles 1908, p. 368. Alle bekende argumenten passeren de revue. Lohman (Bles 1908, p. 361) stelt zich op het standpunt dat het onmogelijk is immateriële schade goed te maken met een geldbedrag, laat staan om zulke schade te begroten. Van Doorn (Bles 1908, p. 360-361) en Van Veen (Bles 1908, p. 362) vonden dat het recht op smartengeld neerkwam op een privaatrechtelijke boete en vreesden voor frivole en triviale vorderingen van werknemers. De Minister van Justitie, Van Raalte, (Bles 1908, p. 362-363) antwoordt vervolgens dat geld weliswaar nooit een equivalent kan zijn van het aangedane immateriële leed, maar wel enige compensatie kan bieden. Ook wees hij erop dat de wanprestatie van een arbeidsovereenkomst ernstige en serieuze immateriële schade tot gevolg kan hebben en niet noodzakelijkerwijs triviaal is. Drucker (Bles 1908, p. 366-367) voegt daaraan toe dat de nieuwe bepaling geen boete behelst, maar daadwerkelijk compensatie beoogt te bieden voor het geleden immateriële nadeel.

61 De parlementsleden wilden juist ook aan de werkgever een recht op smartengeld geven. Iedereen wist immers 'hoeveel ravage een onvoorzichtige dienstbode in ons huis kan aanrichten', aldus De Savornin Lohman. Het waren andere tijden.

62 Van Veen (Bles 1908, p. 361-362).

idee een uitgelezen kans om deze leemte in ieder geval binnen het arbeidsrecht alvast weg te nemen.⁶³

Enkele jaren later deed de regering ook daadwerkelijk een poging om benadeelden meer in het algemeen aanspraak te geven op een vergoeding van hun immateriële schade. Het wetsvoorstel Regout is vooral bekend vanwege de voorgestelde verruiming van het onrechtmatigheidsbegrip, maar bevatte ook het verstrekkende voorstel om benadeelden bij een onrechtmatige daad recht te geven op smartengeld. De Minister van Justitie stelde voor om in artikel 1401 lid 3 OBW het volgende op te nemen:

‘De verschuldigde schadevergoeding wordt, ook indien en voor zoover de geleden schade niet op geld waardeerbaar is, door den regter in billijkheid naar de omstandigheden bepaald.’⁶⁴

De Minister van Justitie wilde dat het buiten kijf kwam te staan dat bij een onrechtmatige daad ook immateriële schade voor vergoeding in aanmerking moest komen. Het zou een ‘grof onrecht’ zijn wanneer alleen vermogensschade voor vergoeding in aanmerking zou komen. In veel gevallen heeft een onrechtmatige daad geen verlies van ‘guldens en centen’ tot gevolg, maar leidt het tot zwaarwegende immateriële schade. Een dader zou niet vrijuit moeten gaan als hij slechts immateriële schade veroorzaakt.⁶⁵ Tegenstanders van deze bepaling vreesden dat artikel 1401 lid 3 OBW zou uitmonden in privaatrechtelijke beboeting van daders.⁶⁶ De Minister van Justitie verzekerde vervolgens dat de bepaling tot doel had compensatie te bieden voor de geleden immateriële schade en juist geen bestraffend karakter had.⁶⁷

Het voorgestelde derde lid van artikel 1401 OBW deed in de juridische literatuur maar weinig inkt vloeien, zeker in vergelijking met het felle debat over het eerste lid van dit artikel. Zo besteedt Van Eijssell in zijn beroemde kritische artikel over het wetsvoorstel Regout maar weinig aandacht aan dit deel van het voorstel.⁶⁸ De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel

63 Minister van Justitie Van Raalte (Bles 1908, p. 363) en Van den Bergh (Bles 1908, p. 358). In de literatuur is vervolgens ook altijd discussie geweest over de precieze reikwijdte van artikel 1637w OBW. Een deel van de auteurs zag artikel 1637w OBW als een uitzondering op de regel dat immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Immers, het feit dat dit artikel in de wet is opgenomen, laat zien dat immateriële schade buiten het arbeidsrecht niet voor vergoeding in aanmerking komt. Anderen zagen, meer in lijn met het betoog van de Minister van Justitie, artikel 1637w OBW als een gedeeltelijke codificatie van een algemeen recht op smartengeld bij wanprestatie, zie over deze discussie: Asser/Rutten 1978, p. 191.

64 *Weekblad van het Recht* 1911/9099, p. 1 (l.k.) (Ontwerp van Wet). Zie uitgebreider over dit wetsontwerp: Jansen AA 2014, p. 522-523.

65 *Weekblad van het Recht* 1911/9099, p. 2 (r.k.) (Memorie van Toelichting).

66 *Weekblad van het Recht* 1913/9313, p. 4 (m.k.) (Voorlopig Verslag).

67 *Weekblad van het Recht* 1913/9459, p. 4 (l.k.) (Memorie van Antwoord).

68 Van Eijssell *Themis* 1911, p. 587-594.

Regout staakt op een gegeven moment en wordt in de jaren daarna niet meer hervat. Anders dan over het begrip onrechtmatige daad, laat in de decennia na dit wetsvoorstel noch de Hoge Raad noch de wetgever zich uit over de vraag of immateriële schade in het algemeen voor vergoeding in aanmerking komt of zou moeten komen.⁶⁹ Pas na Meijers' elfde vraag buigen de regering en het parlement zich weer over dit vraagstuk.

3.2.3.2 *De parlementaire geschiedenis van het Nieuw BW*

Het voorlopige antwoord van de Minister van Justitie op Meijers' elfde vraag vormt een duidelijke breuk met deze eerdere wetsvoorstellen en ontwikkelingen in de rechtspraak en de literatuur. De minister antwoordt namelijk: 'nee'. Benadeelden zouden geen recht moeten hebben op smartengeld. Het is naar zijn mening onwenselijk en onmogelijk om immateriële schade in een geldsom uit te drukken. De minister wees verder op de economische gevolgen van het toekennen van smartengeld. De 'kwistige' wijze waarop Belgische rechters smartengeld toekenden, zou grotendeels verklaren waarom in België de verzekeringspremies voor auto's driemaal zo hoog waren.⁷⁰

De meerderheid van de vaste commissie voor privaatrecht van de Tweede Kamer vond het daarentegen 'alleszins redelijk' dat immateriële schade voor vergoeding in aanmerking zou komen.⁷¹ Nu slechts een minderheid van de commissie zijn standpunt onderschreef, zag de minister zich genooddaakt om het parlement tegemoet te komen. Dat deed hij met zichtbare tegenzin. Hij stelde voor het recht op smartengeld in het Nieuw BW te handhaven voor de gevallen waarin zo'n aanspraak op dat moment al in de wet of de rechtspraak was erkend, maar 'verder zou hij niet willen gaan'. Hij sprak zich uitdrukkelijk uit tegen een recht op smartengeld bij wanprestatie.⁷² In het daaropvolgende debat in de Tweede Kamer onderschreef een meerderheid van het parlement het aangepaste antwoord van de minister op Meijers' elfde vraagpunt.⁷³ Een enkeling – meer specifiek Gerbrandy, die op dat moment parlements lid is voor de ARP⁷⁴ – betreurde het dat de minister was teruggekomen op zijn 'stringente' standpunt dat er helemaal geen recht op een vergoeding van immateriële schade zou moeten bestaan.⁷⁵

69 HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

70 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372.

71 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372.

72 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 372-273.

73 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 377.

74 Tijdens de oorlog was hij premier van de regering in ballingschap. Recent is Gerbrandy in het nieuws geweest omdat hij betrokken zou zijn geweest bij de voorbereidingen van een uiteindelijk afgeblazen staatsgreep, waarbij onder meer de leider van de Partij van de Arbeid, Vorrink, zou worden geliquideerd.

75 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 374.

Het driemanschap introduceerde vervolgens in artikel 6.1.9.1 van het ontwerp-Meijers een gesloten stelsel en nam in artikel 6.1.9.11 de gevallen op waarin een benadeelde recht op smartengeld zou krijgen. De wettelijke gevallen genoemd in artikel 6.1.9.11 weken af van de gevallen waarin de wet en de rechtspraak een recht op smartengeld destijds reeds hadden erkend. Zo voegde het driemanschap een nieuw recht op smartengeld toe voor het geval dat de aansprakelijke partij het oogmerk had om de benadeelde immateriële schade te berokkenen.⁷⁶ Artikel 1408 OBW gaf uitsluitend in het geval van onrechtmatige belediging benadeelden recht op smartengeld voor aantastingen van hun eer en goede naam. In het wetsontwerp kregen benadeelden in het algemeen, dus ook buiten gevallen van onrechtmatige belediging, recht op smartengeld voor zulke aantastingen.⁷⁷ Bovendien gaf het ontwerp recht op smartengeld bij 'persoonsaantastingen op andere wijze', waarvan, zo bleek tijdens de parlementaire behandeling, onder andere bij schendingen van de privacy sprake is. Ook dat was nieuw.⁷⁸ Artikel 1637w OBW kwam daarentegen niet meer terug en is uiteindelijk geschrapt.⁷⁹

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet waarom de eerder door het parlement en de regering uitgezette lijn om benadeelden uitsluitend recht op smartengeld te geven in de gevallen waarin dat reeds was aanvaard in de wet of in de rechtspraak, werd losgelaten. De koerswijziging stuitte noch in het parlement noch bij de Minister van Justitie op bezwaren. De vaste commissie voor privaatrecht en strafrecht van de Tweede Kamer vond het gesloten stelsel van smartengeld aanvaardbaar en was van mening dat de voorgestelde regeling rechters voldoende armslag gaf om recht te doen.⁸⁰ Het parlementaire debat spitste zich toe op de specifieke gevallen waarin een benadeelde een recht op smartengeld kreeg toegekend. Een fundamentele discussie over het gesloten stelsel zelf of over de vraag in welke gevallen een benadeelde recht zou moeten hebben op smartengeld en in welke gevallen niet, vond niet meer plaats.

In de literatuur werd het ontbreken van een principieel debat over het voorgestelde stelsel van schadevergoeding voor immaterieel nadeel ook opgemerkt. Volgens Overeem was de totstandkoming van de wettelijke regeling van smartengeld in 'nevelen gehuld' en was de ratio ervan niet helder.⁸¹ Ook was er meer inhoudelijke kritiek op de voorgestelde regeling. Een deel van deze kritiek richtte zich op het gesloten stelsel zelf. Zo vreesde Langemeijer

76 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 374.

77 Het parlement lag van deze uitbreiding niet wakker, zie bijvoorbeeld de reactie van Haas-Berger, *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 384.

78 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 379.

79 Zie, kritisch, over deze afschaffing: Van den Beuken *Sociaal Recht* 1992, p. 8-12.

80 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 332 en 379. Tijdens een van de vergaderingen met de Minister van Justitie steekt wel weer het idee de kop op dat smartengeld helemaal niet voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen, zie: *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 382.

81 Overeem 1979, p. 48-53.

dat de rechtsontwikkeling 'als het ware zou worden bevroren in de stand, die zij op een willekeurig ogenblik heeft bereikt'.⁸² Ook Van Schellen was bang dat de nieuwe regeling de rechtsontwikkeling zou 'afknellen'.⁸³ Een deel van de literatuur voelde om die reden meer voor een open stelsel. Artikel 6.1.9.11 van het ontwerp zou geen limitatieve, maar een enuntiatieve opsomming moeten zijn van gevallen waarin een benadeelde recht heeft op smartengeld. Rechters zouden vervolgens het vertrouwen moeten krijgen om het recht op schadevergoeding voor immaterieel nadeel verder te ontwikkelen.⁸⁴ Volgens Bolweg hoefde eigenlijk alleen de aanhef van artikel 6.1.9.11 van het ontwerp te worden gehandhaafd. De bepaling zou eenvoudigweg moeten luiden:

'Voor nadeel, dat niet in vermogensschade bestaat, kan de rechter op vordering van de benadeelde naar billijkheid, rekening houdend met alle omstandigheden, schadevergoeding toekennen'.⁸⁵

Bolweg wilde daarmee het recht op smartengeld met name uitbreiden naar gevallen waarin een benadeelde slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren. Hij noemde als voorbeelden van gevallen waarin de nieuwe regeling ten onrechte niet voorzag in een recht op smartengeld, woningoverlast door burens, in het water gevallen vakanties en een door een klunzige kelner geruïneerd diner.⁸⁶ Bolweg stond zeker niet alleen. Ook andere auteurs pleitten ervoor om een benadeelde juist ook bij meer of minder sterk psychisch onbehagen, bijvoorbeeld bij mislukte vakanties of bij kwijtgeraakte trouwfoto's, recht te geven op smartengeld.⁸⁷

Deze kritische geluiden in de literatuur bereikten ook de regering.⁸⁸ De senaat nodigde de regering uit om te reageren op de door Overeem geuite kritiek. De regering stelde zich vervolgens op het standpunt dat het door Overeem voorgestelde open stelsel van vergoeding voor immateriële schade zou leiden tot 'een vrijwel onbeperkte aansprakelijkheid voor ideële schade'. Dat botste met de grondgedachte van de nieuwe regeling, die een 'excessieve ontwikkeling van vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade beoogt te voorkomen'. Dat doel werd bereikt door het recht op smartengeld te beperken tot gevallen waarin dat niet gemist kon worden.⁸⁹ Het tegengaan van

82 A-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 14 november 1958, *NJ* 1959/15 m.nt. LEHR (*Van Breugel/Romunde*), p. 72.

83 Van Schellen *RMThemis* 1984, p. 411.

84 Overeem 1979, p. 51 en Van Schellen *RMThemis* 1984, p. 411.

85 Pitlo/Bolweg 1974, p. 312.

86 Pitlo/Bolweg 1974, p. 311-312.

87 Overeem 1979, p. 50-51 en 58-59. Van Schellen *RMThemis* 1984, p. 411 en Van der Veen *AA* 1989, p. 245-247. Minder expliciet: Asser/Rutten 1978, p. 192 en Asser/Rutten 1983, p. 92-93.

88 Er waren zeker ook voorstanders van het gesloten stelsel, zie bijvoorbeeld: Bloembergen *NJB* 1970, p. 125-130.

89 *Parl. Geschiedenis* 6 BW, p. 387.

een excessieve uitdijing van het recht op smartengeld ziet men tegenwoordig als de ratio van artikel 6:95 en 6:106 BW.⁹⁰ In de parlementaire geschiedenis zoekt men echter tevergeefs naar een uitleg waarom nu juist de gevallen die zijn opgesomd in artikel 6:106 BW, de gevallen zijn waarin een vergoeding van immateriële schade niet gemist kan worden en waarom dat in alle andere gevallen, bijvoorbeeld bij gederfd genot of plezier, wel kan.⁹¹

Tijdens het debat in de Tweede Kamer meende de Minister van Justitie dat de voorgestelde beperking van het recht op smartengeld in overeenstemming was met de in Nederland heersende rechtsovertuiging.⁹² Na de Tweede Wereldoorlog leek de houding van lagere rechters ten aanzien van smartengeld echter geleidelijk te veranderen. Er waren zeker nog lagere rechters die smartengeldvorderingen afwezen met de overweging dat zulke schade slechts in uitzonderlijke gevallen, zoals bij letsel of belediging, voor vergoeding in aanmerking kwam.⁹³ Andere lagere rechters waren ruimhartiger met het toekennen van smartengeld, met name in gevallen dat een benadeelde als gevolg van een wanprestatie nagestreefd onstoffelijk voordeel misliep. Zo is er een aantal uitspraken waarin gedupeerde vakantiegangers smartengeld krijgen toegewezen voor het vakantiegenot dat zij misliepen als gevolg van een wanprestatie door hun reisbureau.⁹⁴ Ook de trouwfotograaf die een foto-rolletje kwijtraakte, was smartengeld verschuldigd aan het bruidspaar dat het door zijn fout zonder trouwfoto's moest stellen. De kantonrechter overwoog:⁹⁵

90 Zie bijvoorbeeld: Lindenbergh 1998, p. 66-68.

91 Een verklaring kan zijn dat het bij de in de wet opgesomde gevallen in de regel gaat om ernstige immateriële schade. Een deel van de literatuur verdedigt ook dat uitsluitend bij zulke ernstige gevallen immateriële schade voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen, zie bijvoorbeeld: Van Boeschoten *Advocatenblad* 1952, p. 33-34; Wachter 1978, p. 49 en recent Lindenbergh 2020, p. 143. Deze theorie verklaart goed waarom meer of minder sterk psychisch onbehagen niet voor vergoeding in aanmerking komt, maar is niet helemaal sluitend. Ook tamelijk triviale immateriële schade komt naar huidige recht voor vergoeding in aanmerking, zoals het leed dat gepaard gaat met een blauw oog (zie HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, JA 2012/147 m.nt. Lindenbergh (*Blauw oog*), r.o. 3.5) of de schaamte die het onterecht afgaan van een detectiepoortje tegen winkeldiefstal veroorzaakt (Kg Zwolle 22 augustus 1995, *TvC* 1996/2, p. 121, zie hierover Verheij *RMThemis* 1999, p. 341). Sommige vormen van ernstige immateriële schade komen daarentegen weer niet voor vergoeding in aanmerking, aldus Verheij *RMThemis* 1999, p. 341-343 en Verheij 2002, p. 433-434.

92 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 379.

93 Hof Arnhem 5 december 1967, ECLI:NL:GHARN:1967:AB7117, NJ 1969/501 (*Martens/Vermaire*).

94 Kg Utrecht 21 augustus 1972, NJ 1973/31 (*Goudriaan/Boers*); Geschillencommissie ANVR 24 juli 1973, ECLI:NL:XX:1973:AE3024, NJ 1974/384 en Kg Zaandam 11 april 1991, ECLI:NL:KTGZAA:1991:AI8466, *PrG*. 1991/3503 (*Hollanders/Gaudelle Vacancess*); Rb Amsterdam 14 november 1990, *Smartengeldgids* 1997/888; Hof Amsterdam 27 juni 1996, *Smartengeldgids* 1997/88 en Kg Maastricht 5 juli 1989, *Smartengeldgids* 1997/879. Zie ook: Rb Groningen 30 september 1970, NJ 1971/403 (*Hengelsportvereniging De Delle/Lich-Ijs BV*).

95 Kg Rotterdam 28 december 1977, ECLI:NL:KTGROT:1977:AI6688, *PrG*. 1978/1307 (*Gerritsen/Jutte*).

‘Nu ook naar Nederlands recht een geldsom als vergoeding voor niet op geld waardeerbare schade geen onbekende figuur meer is en er ook geen reden is om in de contractuele sfeer onder de schade, bedoeld in artikel 1282 BW uitsluitend stoffelijke schade te verstaan en zelfs in artikel 1637w BW een wettelijke grondslag voor een niet op geld waardeerbare schade is te vinden voor het geval een der partijen bij de overeenkomst opzettelijk of door schuld in strijd met een harer verplichtingen heeft gehandeld, bestaat er voldoende grond om ook in het onderhavige geval aan eiser een naar billijkheid te bepalen schadevergoeding toe te kennen.’

Desalniettemin is uiteindelijk de wettelijke regeling uit het ontwerp-Meijers nagenoeg onveranderd in het Nieuw BW terechtgekomen. Daarmee eindigde deze nieuwe ontwikkeling in de lagere rechtspraak.⁹⁶ In de jurisprudentie begon de hoofdregel dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld wanneer hij slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren, tot ontwikkeling te komen. Maar, opmerkelijk genoeg, introduceerde de wetgever rond de invoering van het Nieuw BW opeens ook een nieuw recht op smartengeld, dat juist met deze hoofdregel botste.

3.3 DE UITZONDERING – PAKKETREIZEN

3.3.1 Van een nationaalrechtelijke uitzondering ...

Rond het jaar dat het Nieuw BW het levenslicht zag, voerde de wetgever ook enkele bepalingen in over de pakketreisovereenkomst om zo de Europese richtlijn betreffende pakketreizen te implementeren.⁹⁷ De wetgever besloot ook artikel 7:510 BW (oud) in deze regeling op te nemen:

‘Een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die hem kan worden toegerekend, verplicht de reisorganisator mede tot vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, voor zover door die tekortkoming derving van reisgenot is veroorzaakt.’

De wetgever introduceerde daarmee een nieuw geval waarin een benadeelde aanspraak kon maken op smartengeld. De Minister van Justitie vond de invoering van deze nieuwe bepaling noodzakelijk, omdat het ‘op zijn minst twijfelachtig’ was of gederfd reisgenot – dat door allerlei ongerief, zoals stank

96 Zie bijvoorbeeld: Rb Amsterdam 14 december 1982, ELCI:NL:RBAMS:1982:AC3908, NJ 1983/395 (*Crematie*), waarin anticiperend op het Nieuw BW een smartengeldvordering van nabestaanden jegens een uitvaartonderneming wordt afgewezen. De uitvaartondernemer had bij een crematie de kisten van twee overledenen verwisseld, waardoor de nabestaanden niet hun echtgenoot en vader hadden gecremeerd, maar een willekeurige derde.

97 Richtlijn 90/314/EEG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten.

en lawaai, kan worden veroorzaakt – voor vergoeding in aanmerking kwam, terwijl een vergoeding van immateriële schade in zulke gevallen wel billijk zou zijn.⁹⁸ In artikel 7:511 BW (oud) maximeerde de wetgever het smartengeld-bedrag tot eenmaal de betaalde reissom.

Artikel 7:510 BW (oud) vormde een uitzondering op het uitgangspunt dat een benadeelde geen recht op smartengeld heeft wanneer hij slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren. Krans en Lindenbergh waren om die reden kritisch over het nieuwe artikel. De bepaling bedreigde de coherentie van het gesloten en restrictieve stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW. Het was volgens hen maar moeilijk te rechtvaardigen dat een teleurgestelde vakantieganger wel recht had op smartengeld, terwijl benadeelden zo'n aanspraak bij een wanprestatie van andere overeenkomsten werd ontzegd.⁹⁹ Er bestond bovendien vrees dat lagere rechters artikel 7:510 BW (oud) analoog zouden toepassen op andere gevallen waarin een benadeelde als gevolg van een wanprestatie genot of plezier was misgelopen.¹⁰⁰

Die angst lijkt ongegrond te zijn geweest. Na de invoering van artikel 7:510 BW (oud) is weliswaar met enige regelmaat smartengeld toegekend wanneer een pakketreis in het water viel door de fout van een reisorganisator, maar rechters pasten artikel 7:510 BW (oud) restrictief toe.¹⁰¹ Zo wees een rechter de smartengeldvordering af van een benadeelde die uitsluitend een appartement en verder geen andere reisdiensten boekte bij een reisorganisator. Van een pakketreis is pas sprake wanneer de reisorganisator zich verplicht meer dan één reisdienst te verzorgen.¹⁰² Vereist is dat hij naast een overnachting bijvoorbeeld ook het vervoer naar de vakantiebestemming of een excursie regelt. Wanneer een reiziger alleen een hotel of appartement boekt, is dus geen sprake van een pakketreis en had een benadeelde geen recht op smartengeld op grond van artikel 7:510 BW (oud).¹⁰³

98 *Kamerstukken II*, 1991-1992, 22506, nr 3 (*MvT*), p. 17-18.

99 Lindenbergh 1995, p. 76-77; Lindenbergh 1998, p. 117; Krans 1999, p. 256 en Lindenbergh *NTBR* 2004, p. 243-244. Zie recenter: Van Kogelenberg *NTBR* 2009, p. 103-104. Dit argument kan uiteraard ook worden omgedraaid. Het feit dat een benadeelde recht heeft op smartengeld wanneer een reisovereenkomst niet wordt nagekomen, pleit ervoor om in vergelijkbare gevallen buiten het reisrecht benadeelden ook recht te geven op smartengeld. Zie daarover: Beumers *NTBR* 2016, p. 178.

100 Lindenbergh 1998, p. 117, voetnoot 120.

101 Rb Midden-Nederland 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5053, *NJF* 2016/471, r.o. 4.12; Rb Rotterdam 28 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:10955, r.o. 4.5; Rb Amsterdam 9 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ0842, r.o. 4.41; Rb Rotterdam 1 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP1417, *NJF* 2011/115, r.o. 5.9; Rb Den Bosch 4 november 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BO3601, r.o. 2.15; Hof Amsterdam 6 juli 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1478, *NJF* 2006/497, r.o. 4.11; Kg Den Haag 14 juli 2000, ECLI:NL:KTGSGR:2000:AJ0094, *Prg.* 2000, r.o. 22 en Kg Groenlo 25 mei 1998, ECLI:NL:KTGGNL:1998:AI9713, *Prg.* 1998/4982 m.nt. A.J.J. van der Heiden, r.o. 4.6.

102 Aldus ook het huidige artikel 7:500 BW.

103 Kg Zaandam 12 juni 1997, *TvC* 1998, p. 144-146 en Rb Haarlem 18 december 2001, ECLI:NL:RBHAA:2001:AD8163, *VR* 2003/84, r.o. 5.6.

Artikel 7:510 BW (oud) gaf benadeelden die nagestreefd onstoffelijk voordeel misliepen als gevolg van een wanprestatie in een tamelijk specifiek, maar wel veelvoorkomend geval recht op smartengeld. Bij de recente implementatie van een nieuwe Europese richtlijn betreffende pakketreizen is artikel 7:510 BW (oud) uit het BW verdwenen.¹⁰⁴ Op het eerste gezicht lijkt het erop dat de wetgever dit recht op smartengeld daarmee heeft afgeschaft, maar niets is minder waar.

3.3.2 ... naar een Europeesrechtelijke aanspraak

In de huidige afdeling over de pakketreisovereenkomst zoekt men tevergeefs naar een bepaling die teleurgestelde vakantiegangers uitdrukkelijk recht geeft op smartengeld voor gederfd reisgenot. Bij de implementatie van de nieuwe richtlijn zijn de oude artikelen 7:510 en 7:511 BW geschrapt. Volgens een deel van de literatuur is het om die reden op zijn minst onzeker of een gedupeerde reiziger nog recht heeft op schadevergoeding voor gederfd reisgenot.¹⁰⁵ Artikel 6:95 BW vereist immers een wettelijke grondslag voor een recht op smartengeld. Door de schrapping van artikel 7:510 BW (oud) zou die grondslag zijn verdwenen. Zo lijkt Tjong Tjin Tai te suggereren dat de wetgever heeft beoogd om het recht op smartengeld voor gederfd reisgenot af te schaffen.¹⁰⁶

Naar mijn mening is deze twijfel over het voortbestaan van dit recht op smartengeld ongegrond. Het nieuwe artikel 7:511 lid 2 BW – dat hetzelfde luidt als artikel 14 lid 2 van de nieuwe Richtlijn – bepaalt dat bij een wanprestatie een teleurgestelde reiziger recht heeft op een passende schadevergoeding van de reisorganisator voor ‘alle schade’ die hij heeft opgelopen. In zijn considerans laat de Europese wetgever er geen misverstand over bestaan dat ‘ook immateriële schade dient te worden vergoed’ en dat ‘deze kan bestaan uit schadevergoeding voor een derving van reis- of vakantiegenot ten gevolge van aanzienlijke problemen bij de uitvoering van de desbetreffende reisdiensten’.¹⁰⁷ De Europese wetgever sluit zo aan bij eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie. In 1997 ging de tienjarige Simone Leitner samen met haar ouders op vakantie naar Turkije.¹⁰⁸ Haar ouders hadden deze vakantie geboekt via het

104 Richtlijn (EU) 2015/2302 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen.

105 Katan *NTBR* 2019, p. 145-146. Zie ook: Kruiswijk Jansen *VR* 2018, p. 317-318; Van Wees *TvC* 2019, p. 66-70; De Leeuw & Tersteeg *Contracteren* 2019, p. 67-68 en Lindenberg 2020, p. 143.

106 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/532-533. Het gederfd reisgenot wordt via de prijsvermindering al goedge maakt, aldus Tjong Tjin Tai. Zie ook: Van Wees *TvC* 2019, p. 66-70 en eerder Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/529.

107 Richtlijn (EU) 2015/2302 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende pakketreizen en gekoppelde reisarrangementen, overweging 34.

108 HvJ 12 maart 2002, C-168/00 (*Leitner/TUI*), par. 7-8.

reisbureau TUI. In de eerste week eet Simone in het hotel een met salmonella besmette maaltijd en loopt een ernstige voedselvergiftiging op, waardoor ze noodgedwongen de rest van haar vakantie met hoge koorts en hevige buikgriep in haar hotelkamer doorbrengt. In eerste aanleg wijst de Oostenrijkse rechter haar schadevergoedingsvordering voor gedeerd reisgenot af met de overweging dat naar Oostenrijks recht zulke immateriële schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. In hoger beroep vraagt de rechter zich af of artikel 5 van de oude Richtlijn betreffende pakketreizen een gedupeerde reiziger eveneens aanspraak geeft op een vergoeding van zijn immateriële schade. Hij legt deze vraag voor aan het Hof van Justitie. Het Hof antwoordt vervolgens bevestigend: ook de immateriële schade van een teleurgestelde vakantieganger moet worden vergoed wanneer een reisorganisator tekortschiet in de nakoming van een pakketreisovereenkomst.¹⁰⁹ Het blijkt nergens uit dat men bij de herziening van de Richtlijn betreffende pakketreizen op deze beslissing uit *Leitner/TUI* wilde terugkomen.¹¹⁰

Uit het Europese recht volgt dus dat onder ‘alle schade’ in de zin van artikel 7:511 lid 2 BW ook immateriële schade, zoals gedeerd reisgenot, moet worden begrepen. Zo legt in ieder geval de Nederlandse wetgever het nieuwe artikel uit. In de Memorie van Toelichting van de implementatiewet benadrukt de Minister van Justitie dat op grond van artikel 7:511 lid 2 BW ook immateriële schade, zoals gedeerd reisgenot, voor vergoeding in aanmerking komt.¹¹¹ Van Wees heeft de vraag opgeworpen of zulke richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:511 lid 2 BW het restrictieve stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW niet teveel geweld aandoet en daarmee *contra legem* is. Uit artikel 6:95 en 6:106 BW volgt volgens Van Wees dat immateriële schade alleen voor vergoeding in aanmerking komt wanneer de wet dat expliciet bepaalt. Nu artikel 7:511 lid 2 BW niet met zoveel woorden zegt dat immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt, zou een zodanige richtlijnconforme uitleg van deze bepaling in strijd kunnen zijn met het Nederlandse recht.¹¹²

Naar mijn idee is richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:511 lid 2 BW gewoon geoorloofd. Het is namelijk allerm minst zeker of het altijd vereist is dat een aanspraak op smartengeld uitdrukkelijk in de tekst van een wettelijke bepaling staat geschreven. Er lijkt ruimte te zijn om onder omstandigheden een recht op smartengeld uit een wetsbepaling af te leiden, hoewel een dergelij-

109 HvJ 12 maart 2002, C-168/00 (*Leitner/TUI*), par. 23-24.

110 Kruiswijk Jansen VR 2018, p. 317-318 werpt de vraag op of de Europese wetgever het recht op smartengeld heeft willen beperken tot vakanties met *aanzienlijke* problemen. Dat lijkt mij van niet. De considerans lijkt een vakantie met aanzienlijke problemen vooral als een voorbeeld te gebruiken. Bovendien zou dit een breuk vormen met *Leitner/TUI*, waar een dergelijke beperking niet is aangebracht door het Hof van Justitie. Als een dergelijke beperking was voorgestaan, was dat ongetwijfeld uitdrukkelijker in de richtlijntekst of considerans ter sprake gekomen.

111 *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34688, nr. 3 (*MvT*), p. 33.

112 Van Wees *TvC* 2019, p. 69-70. Hij baseert zich met name op Lindenbergh 1998, p. 75-78.

ke aanspraak niet uitdrukkelijk wordt genoemd in de tekst van de bepaling. De tekst van artikel 6:95 BW en ook de parlementaire geschiedenis staan daaraan in ieder geval niet in de weg.¹¹³ Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad is hier steun voor te vinden. Zo oordeelde de Hoge Raad dat artikel 35 Bopz een patiënt die ten onrechte gedwongen is opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis, eveneens aanspraak geeft op smartengeld, hoewel de tekst van dit artikel dat niet uitdrukkelijk bepaalt. Dat is gerechtvaardigd, volgens de Hoge Raad, omdat de wetgever met artikel 35 Bopz heeft beoogd om te voldoen aan de internationale verplichtingen uit artikel 5 lid 5 van het EVRM. Op grond van deze verdragsrechtelijke bepaling heeft iemand die ten onrechte in hechtenis is genomen, recht op een vergoeding van zijn immateriële schade.¹¹⁴ Een vergelijkbare redenering gaat naar mijn idee op voor artikel 7:511 lid 2 BW. In de Memorie van Toelichting staat uitdrukkelijk vermeld dat onder alle schade ook immateriële schade moet worden begrepen. Het is daarnaast evident dat de wetgever hiermee beoogt een richtlijn te implementeren, die de Staat uitdrukkelijk voorschrijft om in een recht op smartengeld te voorzien. Bovendien blijkt uit de Memorie van Toelichting niet dat de wetgever de wil heeft gehad om het recht op smartengeld uit artikel 7:510 BW (oud) af te schaffen. Het was beter geweest om het recht op een vergoeding van immateriële schade expliciet in de wet te noemen – als was het maar om onduidelijkheid te voorkomen¹¹⁵ – maar het ontbreken van een dergelijke expliciete bepaling staat niet aan een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:511 lid 2 BW in de weg.

Ook in het huidige recht kan een gedupeerde reiziger dus met succes smartengeld vorderen wanneer hij door een wanprestatie van zijn reisorganisator het nagestreefde reisgenot misloopt. Deze aanspraak vindt haar oorsprong in het nationale recht, maar tegenwoordig ligt haar grondslag in een Europese richtlijn. Voor een gedupeerde reiziger maakt dat niets uit. Bij wanprestatie verkeert hij in een uitzonderingspositie ten opzichte van contractspartijen die een andere overeenkomst zijn aangegaan. Hij heeft immers recht op smartengeld zonder dat hij aan de strenge vereisten van artikel 6:106 BW hoeft te voldoen. Door recente ontwikkelingen in de rechtspraak over artikel 6:106 BW blijven echter ook contractspartijen die geen pakketreisovereenkomst zijn aangegaan, maar door een wanprestatie wel onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, tegenwoordig lang niet altijd meer met lege handen achter.

113 *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 332 zegt dat de wetgever uitdrukkelijk moet bepalen of een benadeelde recht heeft op smartengeld. Nergens staat dat hij verplicht is dat expliciet in een *wet* zelf te bepalen en dat hij niet kan volstaan door in de Memorie van Toelichting uit te leggen dat onder schade ook immateriële schade moet worden begrepen.

114 Zie 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, *NJ* 1997/682 m.nt. De Boer (*W./Staat*), r.o. 3.3. Kritisch over dit arrest: Van Boom *A&V* 1997, p. 46-47 en Lindenbergh 1998, p. 75-78.

115 Van Wees *TvC* 2019, p. 69-70.

3.4 AANTASTING IN DE PERSOON OP ANDERE WIJZE

3.4.1 Ruimte voor rechtsontwikkeling

Niet alleen bij lichamelijk letsel of bij een aantasting van de eer of goede naam heeft een benadeelde recht op smartengeld, maar ook wanneer hij 'op andere wijze' in zijn persoon is aangetast, zo blijkt uit de tekst van artikel 6:106 sub b BW. Volgens Lindenbergh zorgt deze laatste categorie voor enige 'rek' in het gesloten stelsel van artikel 6:95 BW.¹¹⁶ De categorie is immers ruim geformuleerd: ook *alle* andere persoonsaantastingen geven een benadeelde recht op een vergoeding van zijn immateriële schade. Bovendien heeft de wetgever tijdens de parlementaire behandeling van artikel 6:106 BW nauwelijks nadere invulling gegeven aan deze categorie.

Na de invoering van het Nieuw BW heeft de Hoge Raad wel een nadere invulling gegeven. Hij oordeelde allereerst dat sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze wanneer de benadeelde geestelijk letsel oploopt door de fout van een ander.¹¹⁷ Recenter aanvaardde de Hoge Raad dat ook buiten gevallen van geestelijk letsel een benadeelde op andere wijze in zijn persoon kan zijn aangetast. Daarmee schiep hij een nieuwe subcategorie van gevallen waarin een benadeelde recht heeft op smartengeld.

3.4.2 Groningse oudejaarsrellen en Baby Kelly

Tijdens de parlementaire behandeling vroeg een parlementslid aan de Minister van Justitie of een schending van iemands privacy kwalificeerde als een aantasting in de persoon op andere wijze, waarop de minister antwoordde dat dit inderdaad een persoonsaantasting is in de zin van artikel 6:106 BW.¹¹⁸ Vlak voor de invoering van het Nieuw BW aanvaardde ook de Hoge Raad dat een benadeelde recht heeft op smartengeld bij een privacyschending.¹¹⁹ Een uitgever publiceerde zonder toestemming een naaktfoto van een jonge vrouw op de achterkant van een naturistengids. Omdat de uitgever zodoende een ernstige inbreuk op de privacy van deze vrouw had gemaakt, was hij verplicht smartengeld te betalen, aldus de Hoge Raad.¹²⁰

In de jaren daarna veralgemeniseerde de Hoge Raad in twee baanbrekende arresten – *Groningse oudejaarsrellen* en *Baby Kelly* – deze nieuwe uitzondering.

¹¹⁶ Lindenbergh 1998, p. 129.

¹¹⁷ Zie daarover § 3.2.1.

¹¹⁸ *Parl. Gesch. Boek 6 BW*, p. 379 en 380.

¹¹⁹ Zie HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, NJ 1988/177 m.nt. Wichers Hoeth (*Naturistengids*), r.o. 3.5 en HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0393, NJ 1992/58 (*K./Staat*), r.o. 3.4.

¹²⁰ HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, NJ 1988/177 m.nt. Wichers Hoeth (*Naturistengids*), r.o. 3.5.

In de eerste zaak belaagde op oudejaarsavond een groep jongeren het huis van een lokale politicus. De jongeren gooiden stenen naar zijn huis en bestookten de ramen met vuurwerk. De politicus en zijn vrouw stonden doodsangsten uit in hun belegerde woning. Zij belden de politie voor hulp, maar die reageerde pas na vier uur op hun melding. Volgens de rechtbank was dit trage politieoptreden onrechtmatig jegens de politicus en zijn vrouw. Hoewel het echtpaar geen aantoonbaar psychisch letsel had opgelopen, kende de rechtbank de politicus en zijn vrouw toch smartengeld toe. Deze beslissing hield in sprongcassatie stand. Volgens de Hoge Raad had de rechtbank terecht geoordeeld dat bij een 'zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning' benadeelden op andere wijze in hun persoon aangetast kunnen zijn.¹²¹ Een jaar later deed de Hoge Raad uitspraak in *Baby Kelly*. Een verloskundige vergat een prenataal onderzoek te verrichten en stelde daardoor niet vast dat een vrouw zwanger was van een ernstig gehandicapt kind. Als de vrouw van deze ernstige handicap zou hebben geweten, zou ze de zwangerschap hebben afgebroken. Nadat de baby gehandicapt ter wereld is gekomen, vorderen haar ouders in een civiele procedure onder meer een vergoeding voor hun immateriële schade. Door het prenatale onderzoek te vergeten, heeft de verloskundige de vrouw de mogelijkheid ontnomen om de zwangerschap af te breken en om de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen. Daarmee is haar zelfbeschikkingsrecht geschonden. De Hoge Raad is het daar mee eens:

'Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht [moet] worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.'¹²²

In de literatuur leidt men uit deze twee arresten af dat een benadeelde ook recht heeft op smartengeld wanneer een fundamenteel persoonlijkheidsrecht op ernstige wijze wordt geschonden. In zulke gevallen hoeft een benadeelde niet aan te tonen dat hij geestelijk letsel heeft opgelopen door de fout van een ander. In recente jurisprudentie legt de Hoge Raad het als volgt uit. Een benadeelde is in zijn persoon aangetast wanneer hij geestelijk letsel oploopt, maar

121 HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, NJ 2005/391 m.nt. Vranken (*Groningse oudejaarsrelen*), r.o. 3.11.

122 HR 17 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.9.

‘[...] daarnaast kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde meebrengen dat van de in art. 6:106 lid 1, onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is’.¹²³

Daarmee staat buiten kijf dat in het huidige recht in twee te onderscheiden gevallen sprake kan zijn van een aantasting in de persoon op andere wijze. Naast geestelijk letsel, kunnen ook de aard en de ernst van een normschending en de gevolgen daarvan leiden tot een aantasting in de persoon. Het Nederlandse recht biedt benadeelden daarmee meer mogelijkheden om met succes smartengeld te vorderen dan voorheen. De nieuwe subcategorie van persoons-aantastingen is echter nog verre van uitgekristalliseerd in de jurisprudentie.

3.4.3 De reikwijdte van de nieuwe subcategorie

3.4.3.1 De aard en ernst van de normschending

De Hoge Raad geeft in zijn recentste arresten een ‘nogal open’ criterium.¹²⁴ Zo maakt de Hoge Raad geen onderscheid tussen verschillende soorten normen en lijkt zo in potentie bij een schending van iedere norm ruimte te bieden om een aantasting in de persoon op andere wijze aan te nemen. Volgens Lindenberg is het echter onaannemelijk dat de Hoge Raad met zijn open criterium een verruiming ten opzichte van zijn eerdere jurisprudentie voor ogen heeft gehad. Ook naar huidig recht zal waarschijnlijk niet iedere ernstige schending van een norm – zoals een opzettelijke wanprestatie door een verkoper van een auto – een aantasting in de persoon op andere wijze opleveren.¹²⁵ Ook naar huidig recht zal het moeten gaan om ‘een normschending, die naar zijn aard een fundamenteel persoonsbelang raakt’, aldus Lindenberg. Anders gezegd, ondanks de ruimere formulering van de Hoge Raad, blijft het vereist dat een persoonlijkheidsrecht van de benadeelde is geschonden.¹²⁶

123 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 m.nt. Lindenberg (*EBI*), r.o. 4.2.1. Zie in hetzelfde jaar: HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.2. Het arrest HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, JA 2012/147 m.nt. Lindenberg (*Blauw oog*), r.o. 3.5 is de voorloper van dit arrest. Zie over de subtiele verschillen: Lindenberg *NTBR* 2019, p. 122.

124 Lindenberg *NTBR* 2019, p. 125.

125 Lindenberg *NTBR* 2019, p. 125-126.

126 Lindenberg *NTBR* 2019, p. 126. Lindenberg ziet wel ruimte om in andere schrijnende gevallen een recht op smartengeld te aanvaarden. Hij noemt als voorbeeld gevallen waarin de geschonden norm juist beoogt iemands immateriële belangen te beschermen. Hij beperkt dit vervolgens wel tot gevallen waarin de norm beoogt te voorkomen dat iemand extra leed ondervindt, zoals de zorgvuldige nakoming van een overeenkomst door een begrafenisondernemer. Normen die beogen immaterieel voordeel te verschaffen, zoals contractuele normen uit reisovereenkomsten, vallen er buiten.

In de Nederlandse jurisprudentie zijn inmiddels tal van geschreven en ongeschreven persoonlijkheidsrechten erkend. De rechtspraak over persoonlijkheidsrechten is casuïstisch en een algemene definitie van het persoonlijkheidsrecht ontbreekt vooralsnog. In de literatuur gaat men er vanuit dat er een algemeen recht op bescherming van de menselijke persoonlijkheid bestaat, waaruit vervolgens meer specifieke rechten kunnen worden afgeleid, zoals het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit, eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, autonomie, een eerlijk proces en vrijheid van meningsuiting.¹²⁷ Het algemene persoonlijkheidsrecht is daarmee een open en ruim begrip, dat mede wordt beïnvloed door grondrechten en mensenrechten. In de Nederlandse literatuur en jurisprudentie zijn de persoonlijkheidsrechten tot op heden relatief onderbelicht gebleven.¹²⁸ Volgens een deel van de literatuur leidt niet de schending van ieder persoonlijkheidsrecht tot een aantasting in de persoon op andere wijze zoals bedoeld in artikel 6:106 sub b BW. 'Somme persoonlijkheidsrechten zijn fundamenteeler dan andere', aldus Hartlief.¹²⁹ Een benadeelde heeft alleen recht op smartengeld bij schendingen van persoonlijkheidsrechten die de meest essentiële persoonsbelangen beschermen. Dat zijn de persoonlijkheidsrechten die raken aan de autonomie en de vrijheid van een benadeelde.¹³⁰ Lindenbergh contrasteert zulke fundamentele persoonlijkheidsrechten met de persoonlijkheidsrechten die betrekking hebben op zelfontplooiing, zoals het recht van vereniging, vrijheid van meningsuiting en het recht op onderwijs. Schendingen van persoonlijkheidsrechten uit deze laatste groep zouden geen aantasting in de persoon zoals bedoeld in artikel 6:106 sub b BW tot gevolg hebben.¹³¹ Bij mijn weten, heeft de rechter zich tot op heden niet uitgesproken over de vraag of ook een schending van zulke zelfontplooiingsrechten een aantasting in de persoon op andere wijze kunnen meebrengen.¹³²

Het criterium van de Hoge Raad maakt verder duidelijk dat behalve aan de aard van het geschonden recht ook aan de ernst van de normschending gewicht toekomt.¹³³ Dat leek al te volgen uit de oudere rechtspraak van de

127 Lindenbergh 1998, p. 150-151; Lindenbergh *TvPr* 1999, p. 1672-1675; Verheij 2002, p. 490 en Van Dam 2015, p. 153.

128 Lindenbergh *TvPr* 1999, p. 1673 en Abas *NTBR* 2007, p. 196.

129 Hartlief *AV&S* 2008, p. 243.

130 Verheij *RMThemis* 1999, p. 342-346; Verheij 2002, p. 492-494; Hartlief *NTBR* 2005, p. 238-249; Hartlief *AV&S* 2008, p. 241 en Nguyen *NJB* 2009, p. 1815.

131 Lindenbergh 1998, p. 156 en Lindenbergh *TvPr* 1999, p. 1694-1695.

132 In de eerdere arresten van de Hoge Raad ging het steeds om schendingen van fundamentele persoonlijkheidsrechten, zoals het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Daar nam de Hoge Raad steeds aan dat sprake was van een persoonsaantasting. Daaruit volgt niet noodzakelijkerwijs dat bij schendingen van andere normen geen sprake kan zijn van een persoonsaantasting.

133 Dat de ernst van de normschending van belang is, verdedigden reeds Lindenbergh 1998, p. 155; Lindenbergh *TvPr* 1999, p. 1694-1695; Verheij 2002, p. 277-278; Hartlief *AV&S* 2008, p. 244 en Nguyen *NJB* 2009, p. 1815. Andere auteurs meenden dat de ernst van de norm-

Hoge Raad, waarin meermaals werd overwogen dat een benadeelde in zijn persoon was aangetast, omdat er een 'ernstige' of 'grove' schending van zijn fundamentele persoonlijkheidsrecht had plaatsgevonden.¹³⁴ In de literatuur lijkt men het er over eens te zijn dat in ieder geval de mate van schuld mede bepalend is om te beoordelen of een normschending ernstig is. Bij opzet of bewuste roekeloosheid zal eerder sprake zijn van een persoonsaantasting dan bij risicoaansprakelijkheid.¹³⁵ Ook aan andere factoren komt volgens deze literatuur gewicht toe bij de beoordeling van de ernst van de normschending, zoals de hiervoor besproken aard van het geschonden recht.¹³⁶ Over één van deze factoren lopen de meningen sterk uiteen in de Nederlandse literatuur.

3.4.3.2 De nadelige gevolgen van de normschending

In *Baby Kelly* overwoog de Hoge Raad dat een zo ingrijpende aantasting van een zo fundamenteel recht moet 'worden aangemerkt als een persoonsaantasting'.¹³⁷ Een deel van de literatuur leidde uit deze overweging af dat het recht op smartengeld reeds bestaat zodra een fundamenteel persoonlijkheidsrecht is aangetast, zelfs als dat verder geen nadelige gevolgen heeft voor de benadeelde. De schending van het fundamentele recht is de relevante schade, aldus Van Dam.¹³⁸ De enkele schending van een fundamenteel recht geeft een benadeelde al een aanspraak op smartengeld.¹³⁹ Deze interpretatie is gegrond op de achterliggende gedachte dat bij schendingen van fundamentele persoonlijkheidsrechten de ratio van het toekennen van smartengeld niet zozeer is gelegen in het bieden van compensatie voor geleden nadeel, maar in rechtshandhaving. Het doel van smartengeld is in deze gevallen het handhaven van

schending minder, of zelfs niet, van belang is: Van Dam 2015, p. 166-168; Nguyen *NJB* 2009, p. 1816; Abas *NTBR* 2007, p. 198 en Giesen 2014, p. 67.

134 De Hoge Raad refereert vaak aan de ernst van de normschending: HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0034, *NJ* 1988/177 m.nt. Wichers Hoeth (*Naturistengids*) r.o. 3.5: 'ernstige aantasting in haar persoon'; HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0393, *NJ* 1992/58 (*K./Staat*), r.o. 3.4: 'een grove inbreuk'; HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, *NJ* 2005/391 m.nt. Vranken (*Groningse oudejaarsrellen*), r.o. 3.11: 'zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon'; HR 17 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.9: 'zo ingrijpende aantasting' en HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *JA* 2012/147 m.nt. Lindenbergh (*Blauw oog*); r.o. 3.5: 'bijzondere ernst van de normschending'.

135 Uitgebreid hierover: Lindenbergh *NTBR* 2019, 127-128.

136 Lindenbergh 1998, p. 156-157; Lindenbergh *TvPr* 1999, p. 1694-1695; Verheij 2002, p. 488-497 en Nguyen *NJB* 2009, p. 1815.

137 HR 17 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.9. Zie ook: HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:851, *NJ* 2013/479 (*Parool/Rex de P.*), r.o. 3.4.2.

138 Van Dam 2015, p. 168-169.

139 Van Dam 2015, p. 196; Hartlief *NTBR* 2005, p. 238-239 en Hartlief *AV&S* 2008, p. 244. Zie ook: Lindenbergh 2005, p. 325. De meeste van deze auteurs zien bij de begroting van de schade wel een rol voor de ernst van de gevolgen weggelegd.

fundamentele rechten. Dat wordt bereikt door een dader schadevergoeding te laten betalen zodra hij zulke rechten schendt. Rechtshandhaving voorkomt dat fundamentele rechten ‘weerloos’ zijn.¹⁴⁰ In een recente uitspraak heeft de Hoge Raad deze interpretatie echter van de hand gewezen:

‘Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 lid 1, onder b, BW, is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.’¹⁴¹

Een tot levenslang veroordeelde gedetineerde zat enkele maanden ten onrechte in de Extra Beveiligde Inrichting (EBI) in plaats van het detentieregime voor Gedetineerde met hoog Vlucht- of Maatschappelijk risico (GVM). Hij vorderde daarom in een civiele procedure smartengeld. Naar zijn mening had de Staat een fundamenteel persoonlijkheidsrecht geschonden, namelijk de eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Het hof oordeelde dat weliswaar dit fundamentele recht van de gedetineerde was geschonden, maar dat niet is komen vast te staan dat deze schending ook tot nadeel of immateriële schade heeft geleid. De gedetineerde slaagde er namelijk niet om het verschil tussen het detentieregime van de EBI en dat van het GVM aan te tonen. Daarom wees het hof zijn vordering af. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand.¹⁴²

De Hoge Raad overweegt dat een benadeelde ‘met concrete omstandigheden zal moeten onderbouwen’ dat hij in zijn persoon is aangetast. Hij moet, anders gezegd, aannemelijk maken dat hij daadwerkelijk immaterieel nadeel heeft geleden door de normschending.¹⁴³ Over de vraag hoe een benadeelde dat precies moet doen, heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten, maar wel heeft hij in een ander arrest aangegeven wat *niet* volstaat. Woningeigenaren uit het gaswinningsgebied in Groningen hebben in verschillende procedures de NAM aansprakelijk gesteld, onder meer voor de immateriële schade die is veroorzaakt door de door gaswinning ontstane aardbevingen. Volgens deze woningeigenaren schendt de NAM hun persoonlijkheidsrecht, namelijk het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, meer specifiek het recht op ongestoord genot van de eigen woning. In een prejudiciële procedure over

140 Zie met name: Verheij *VR* 2013, p. 269-271. Zie verder onder meer Hartlief *NTBR* 2005, p. 232-248; Hartlief *AV&S* 2008, p. 237-247; Emaus 2013, p. 85-89; Giesen 2014, p. 59-62 en Van Dam 2015, p. 169.

141 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162 m.nt. Lindenberg (EBI), r.o. 4.2.2. A-G Hartlief had nog een vurig pleidooi gehouden om een andere richting op te gaan. Kritisch over de door Hartlief voorgestelde richting was reeds: Jansen *WPNR* 2017, p. 44-45. De overweging is vervolgens herhaald in: HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.2 en HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, r.o. 2.4.5.

142 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162 m.nt. Lindenberg (EBI), r.o. 4.3.2.

143 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019/162 m.nt. Lindenberg (EBI), r.o. 4.2.1. Zie over het belang van de nadelige gevolgen: Lindenberg 2011, p. 94 en Verheij *AV&S* 2017, p. 110.

deze gaswinningsproblematiek vroeg de verwijzende rechter aan de Hoge Raad onder meer wanneer een benadeelde de gevolgen van zo'n normschending met voldoende concrete omstandigheden heeft onderbouwd. In een eerdere procedure vond de rechtbank het voldoende wanneer een benadeelde in het getroffen aardbevingsgebied woonde en een persoonlijke verklaring gaf over de invloed die de aardbevingen op hem hadden.¹⁴⁴ De Hoge Raad is van mening dat uitsluitend zo'n verklaring van een woningeigenaar uit het gaswinningsgebied niet volstaat.¹⁴⁵ Een benadeelde zal dus met meer concrete gegevens moeten komen.¹⁴⁶

Niet in alle gevallen rust op de benadeelde een plicht om het door hem geleden immateriële nadeel met objectieve omstandigheden te onderbouwen. In voorkomend geval, zo overweegt de Hoge Raad,

'[...] 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'.¹⁴⁷

Als voorbeelden van zulke gevallen noemt de Hoge Raad *Baby Kelly* en *Groningse oudejaarsrellen*. De ouders van Kelly hoefden, met andere woorden, niet te bewijzen dat de fout van de verloskundige tot immateriële schade had geleid. Gezien de ernst van de schending van hun zelfbeschikkingsrecht mocht de rechter simpelweg aannemen dat de ouders nadelige gevolgen hadden ondervonden. De rechter mocht ook aannemen dat het uitblijven van hulp door de politie grote angst veroorzaakte bij de door relschoppers belaagde politicus.¹⁴⁸ In de jurisprudentie zal verder moeten uitkristalliseren in welke gevallen een benadeelde de immateriële schade met concrete omstandigheden moet onderbouwen en wanneer de rechter, gezien de aard en ernst van de normschending, het bestaan van zulke schade mag aannemen.¹⁴⁹

144 Rb Midden-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, NJF 2017/155 (*Woningeigenaren/NAM*), r.o. 4.4.8-4.4.9.

145 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.5.

146 Zie: Kg Amsterdam 2 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6490, JAR 2019/241, r.o. 17-24 waarin een benadeelde hierin wel slaagt.

147 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 m.nt. Lindenberg (EBI), r.o. 4.2.1. Zie ook: HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.2 en HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, r.o. 2.4.5.

148 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 m.nt. Lindenberg (EBI), r.o. 4.2.1. Zie ook: HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 m.nt. Spier (*Groningse gaswinning*), r.o. 2.13.6 waarin zo'n aanname uitdrukkelijk wordt opengehouden voor de woningeigenaren uit (bepaalde delen van) het aardbevingsgebied.

149 Zie hierover: Lindenberg *NTBR* 2019, p. 125-126 en 127-128 die denkt dat toch vooral de ernst van de normschending doorslaggevend zal blijven. Zie ook Lindenberg, par. 11-19, in zijn noot onder HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162 (EBI).

3.4.4 Het belang voor overeenkomsten waarmee onstoffelijk voordeel wordt nagestreefd

De nieuwe categorie van aantastingen in de persoon op andere wijze roept dus nog de nodige vragen op, maar het begint wel duidelijk te worden dat deze categorie meer mogelijkheden biedt om met succes smartengeld te vorderen aan benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen. Omdat de buitengrenzen van de nieuwe categorie nog niet helder zijn, is het lastig om in algemene zin te zeggen in welke mate deze mogelijkheden zijn verruimd voor hen. Toch biedt de lagere rechtspraak al enige relevante inzichten.

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer omvat mede het recht op het ongestoorde genot van de eigen woning. In de lagere rechtspraak is met enige regelmaat smartengeld toegekend aan een bewoner van een huis die ernstige overlast ervoer. De overlast vormde volgens deze rechters een ernstige schending van het recht op het ongestoorde genot van de eigen woning, waardoor de bewoner in zijn persoon was aangetast en recht had op smartengeld. In sommige van deze gevallen was de schending het gevolg van onrechtmatig handelen. Zo kende de rechtbank smartengeld toe aan huiseigenaren uit het Groningse aardbevingsgebied, omdat de NAM door de gaswinning hun recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer had geschonden.¹⁵⁰ Ook het gezin dat uitwerpselen en afval bij zijn burens over de schutting wierp – dat is uiteraard onrechtmatig – schond het recht op ongestoord woongenot van deze burens en was verplicht hun immateriële schade te vergoeden.¹⁵¹ Maar ook in het contractenrecht zijn voorbeelden te vinden. In een huurhuis heerste een rattenplaag. De bewoner vroeg zijn woningbouwcorporatie verschillende malen om wat tegen de ratten te doen, maar deze gaf steeds geen gehoor. De rechtbank oordeelde dat de woningbouwcorporatie daarmee haar verplichtingen uit de huurovereenkomst niet nakwam en ook haar huurders fundamentele persoonlijkheidsrecht op het ongestoorde genot van zijn eigen woning schond. De huurder kreeg om die reden smartengeld toegewezen.¹⁵² In een andere zaak maakte een aannemer grove fouten bij het plaatsen van een dakkapel, waardoor er ernstige lekkages ontstonden. Hij weigerde vervolgens tien jaar lang om de dakkapel te herstellen. Ook deze wanprestatie leidde tot een schending van het recht op het ongestoorde genot van de eigen woning.¹⁵³ Het is dus goed mogelijk dat een benadeelde die

150 Rb Midden-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, NJF 2017/155 (*Woningeigenaren/NAM*), r.o. 4.4.6.

151 Rb Zeeland-West-Brabant 29 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3984, NJF 2016/435, r.o. 3.18. Voor oudere jurisprudentie, zie: Verheij 2002, p. 279.

152 Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3155, WR 2013/120 m.nt. De Waal (*Rattenplaag*), r.o. 4.6 en r.o. 4.12. Zie ook: Rb Almelo 27 oktober 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK2816, r.o. 4.1.

153 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8130 (*Dakkapel*), r.o. 2.30.

door een wanprestatie het door hem nagestreefde woongenot misloopt, recht heeft op smartengeld omdat eveneens zijn recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is geschonden.

Het is in meer gevallen denkbaar dat door een wanprestatie een fundamenteel persoonlijkheidsrecht wordt geschonden. Een vader die zijn kinderen ontvoerde naar het buitenland, moest de immateriële schade van de moeder vergoeden, omdat hij haar recht op een gezinsleven had geschonden.¹⁵⁴ Ook een stalker was verplicht smartengeld te betalen, omdat hij het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van zijn slachtoffer schond.¹⁵⁵ Dit zijn uiteraard onrechtmatige daden, maar zulke schendingen kunnen ook het gevolg zijn van een wanprestatie. Een advocaat maakt een beroepsfout, waardoor de rechter het door zijn cliënt gevorderde straatverbod voor een stalker afwijst. Als gevolg hiervan blijft de stalker zijn cliënt lastigvallen. Het is te verdedigen dat de beroepsfout van de advocaat leidt tot een schending van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van zijn cliënt.¹⁵⁶ Ook in de medische sfeer kunnen wanprestaties gemakkelijk leiden tot schendingen van persoonlijkheidsrechten, ook wanneer de gemaakte fout geen letsel tot gevolg heeft. *Baby Kelly* is daar een goed voorbeeld van. Door de nalatigheid van de verloskundige schoot het ziekenhuis tekort in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Deze wanprestatie leidde niet tot letsel bij de moeder van Kelly, maar wel tot een schending van haar zelfbeschikkingsrecht. Om die reden had de moeder van Kelly recht op smartengeld.¹⁵⁷ Met een vergelijkbare overweging is in enkele gevallen smartengeld toegekend aan patiënten die niet goed waren geïnformeerd over de risico's van een operatie.¹⁵⁸

Deze voorbeelden laten zien dat de nieuwe categorie van persoonsaantastingen in potentie de mogelijkheid om met succes smartengeld te vorderen aanzienlijk verruimt voor een benadeelde die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel is misgelopen. Hoe groot deze verruiming uiteindelijk zal blijken te zijn, is op dit moment moeilijk te voorspellen. Het is niet waarschijnlijk dat de nieuwe subcategorie zo ruim zal zijn dat alle wanprestaties die ertoe leiden dat een benadeelde onstoffelijk voordeel misloopt, ook een aantasting in de persoon op andere wijze meebrengen. Wanneer een wanprestatie bijvoorbeeld

154 Hof Arnhem 22 maart 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT2244, JA 2005/47 (*Kinderontvoering*), r.o. 2.9.

155 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2723, JA 2016/88 m.nt. Schreuder (*Stalking*), r.o. 2.8.

156 Zulke gevallen zijn te vergelijken met HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, NJ 2005/391 m.nt. Vranken (*Groningse oudejaarsrellen*). Daar schond de politie indirect de persoonlijke levenssfeer van een politicus door niet tijdig op te treden tegen relschoppers.

157 HR 17 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.9.

158 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695, r.o. 2.12.

leidt tot een mislukte vakantie, het kwijtraken van trouwfoto's of een vroegtijdige diskwalificatie in de Dakar Rally, zal toch niet snel een persoonlijkheidsrecht in het geding zijn.¹⁵⁹

3.5 TUSSENCONCLUSIE

Over het algemeen blijft dus de conclusie gerechtvaardigd dat in het huidige Nederlandse recht benadeelden die door een wanprestatie onstoffelijk voordeel zijn misgelopen, slechts in uitzonderlijke gevallen recht hebben op smartengeld. Voor de invoering van het Nieuw BW leek de rechtspraak gaandeweg ruimhartiger te worden, maar met de invoering van het gesloten stelsel van artikel 6:95 en 6:106 BW is deze ontwikkeling in de jurisprudentie abrupt ten einde gekomen. De huidige lijn van de Hoge Raad is dat een benadeelde geen recht heeft op smartengeld wanneer hij slechts meer of minder sterk psychisch onbehagen heeft ervaren. Op deze hoofdregel bestaat wel een uitzondering voor pakketreisovereenkomsten. Een gedupeerde vakantieganger heeft recht op smartengeld voor gederfd reisgenot wanneer een reisorganisator een pakketreisovereenkomst niet nakomt. Met de recente wijziging van de afdeling over pakketreizen in het BW is, anders dan in de literatuur wordt verdedigd, dit recht op smartengeld niet afgeschaft door de wetgever. Bovendien heeft een benadeelde die onstoffelijk voordeel is misgelopen recht op smartengeld wanneer de wanprestatie eveneens tot een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht heeft geleid. Wanneer van een schending van een fundamenteel recht kan worden gesproken, is nog niet volledig uitgekristalliseerd, maar uit de huidige rechtspraak blijkt al wel dat deze nieuwe subcategorie benadeelden zeker enige bescherming van hun immateriële contractuele belangen kan bieden, bijvoorbeeld bij gederfd woongenot.

159 In die zin ook Lindenberg *NTBR* 2019, p. 125-126.