

DE POSITIE EN DE HANDHAVING VAN PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN IN HET NEDERLANDSE PRIVAATRECHT

door

S.D. LINDENBERGH(1)
Hoofddocent Universiteit Leiden

INHOUD

INLEIDING

I. HET BEGRIP PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN

- A. Algemeen
- B. Persoonlijkheidsrechten, grondrechten en mensenrechten
- C. Eén recht of meerdere persoonlijkheidsrechten?
- D. Welke persoonlijkheidsrechten?

II. DE ROL VAN HET BEGRIP PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN IN HET CIVIELE RECHT

- A. Algemeen
- B. Onrechtmatige daad

III. SANCTIES

- A. Algemeen
- B. Verklaring voor recht
- C. Verbod en bevel
- D. Rectificatie
- E. Schadevergoeding
 - E.1 Algemeen
 - E.2 Vermogensschade
 - E.3 Immateriële schade
 - a. *Gevalen waarin*
 - b. *Omvang*
 - E.4 Schadevergoeding anders dan in geld

BESLUIT

(1) Met dank aan M.L. VAN EMMERIK, T. HARTLIEF, J.C. VAN DER STEUR en D.W.F. VERKADE voor commentaar op een eerdere versie.

Weinig waarden genieten een zo hoog aanzien als de menselijke persoonlijkheid. De mens verdient ruimte en gelegenheid om zich te ontplooien, alsmede bescherming tegen aantastingen van zijn persoonlijkheid. Hoewel de ontwikkeling en de bescherming van de menselijke persoonlijkheid op verschillende wijzen in het nationale en internationale publiekrecht aandacht plegen te krijgen, is ook voor het privaatrecht op dit terrein een rol van betekenis weggelegd. Men denke daarbij niet alleen aan aansprakelijkheid voor schade aan de gezondheid in de zin van lichamelijk of geestelijk letsel in medische zin, maar bijvoorbeeld ook aan (andere) sancties tegen andere aantastingen van de persoon(lijkheid), zoals schendingen van de eer, het privé-leven, de lichamelijke bewegingsvrijheid et cetera. Het gaat derhalve om de meeromvattende kwestie welke rechten die de menselijke persoonlijkheid betreffen in het privaatrecht met welk gevolg jegens anderen kunnen worden ingeroepen en op welke wijzen men bescherming geniet tegen aantastingen van dergelijke rechten door anderen.

Met name in het Duitse recht, maar ook in het Franse, hebben de ontplooiing en de bescherming van de menselijke persoonlijkheid met behulp van de zogenaamde persoonlijkheidsrechten in het civiele recht juridische fundering gekregen. Het begrip persoonlijkheidsrecht(en) komt in de Nederlandse civielrechtelijk georiënteerde literatuur reeds decennia voor, maar is bovendien meer recent ook expliciet door de Hoge Raad gehanteerd. Ook in de recente literatuur wordt het begrip regelmatig opgevoerd. De aard, positie en contouren van het begrip zijn voornamelijk evenwel zeer weinig uitgewerkt. Die aspecten verdienen niettemin aandacht nu wij steeds vaker met het begrip worden geconfronteerd en het wellicht mogelijkheden biedt voor nadere theorievorming ten aanzien van de civielrechtelijke bescherming van de menselijke persoonlijkheid. In dit betoog staat dan ook de vraag centraal welke rol in het Nederlandse civiele recht toekomt aan het begrip persoonlijkheidsrechten, op welke wijze die rechten worden gehandhaafd en of die handhaving adequaat is.

Gegeven de geringe aandacht die het onderwerp voornamelijk in het Nederlandse privaatrecht ten deel is gevallen en gegeven het feit dat de problematiek van de persoonlijkheidsrechten in Nederland nog verre van doordacht is, maar ook omdat het begrip mogelijkheden biedt voor theorievorming op zeer uiteenlopende terreinen, heeft dit betoog deels een inventariserend karakter. De geringe mate waar-

in de problematiek vooralsnog voor het Nederlandse recht is uitgewerkt, maakt het onderwerp overigens bij uitstek geschikt voor debat, waartoe in het navolgende dan ook aanzetten zullen worden gegeven.

Dit betoog is als volgt opgebouwd. Eerst wordt in een beschouwing van het begrip persoonlijkheidsrechten aandacht besteed aan hun wezen, aan hun verhouding tot grondrechten en mensenrechten, aan de vraag of het gaat om één of meer rechten en aan de vraag welke persoonlijkheidsrechten zoal rechtens erkenning hebben gevonden. De vraag wie de dragers, de titularissen, zijn van dergelijke rechten blijft hier overigens buiten beschouwing. Zij zou een studie op zich rechtvaardigen⁽²⁾. Vervolgens wordt ingegaan op de rol van persoonlijkheidsrechten in het civiele recht. Daarna worden de verschillende sancties besproken die ter handhaving van persoonlijkheidsrechten kunnen worden ingeroepen. Tenslotte volgt een beknopte conclusie.

I. HET BEGRIIP PERSOONLIJKHEIDRECHTEN

A. Algemeen

Het begrip persoonlijkheidsrecht(en) komt als zodanig in de wet niet voor, maar wordt in de Nederlandse rechtsliteratuur al vele decennia gehanteerd. Het is niettemin ook daar vooralsnog slechts een betrek-

(2) Zie voor de vraag in hoeverre de minderjarige een beroep toekomt op persoonlijkheidsrechten bijv. art. 1:233 en 234 BW als uitgangspunt (onbekwaamheid), met bijv. als uitzonderingen art. 7:450 lid 2 BW (geneeskundige behandeling), art. 3 lid 1 Wet Orgaandonatie en art. 19 Wet op de lijkbezorging. Zie voor bescherming na overlijden bijv. art. 20, 21 en 25 Auteurswet, alsmede art. 6:106 lid 1 onder c BW. Zie voor de vraag of ook rechtspersonen aanspraak kunnen maken op bescherming bijv. (voor het recht op privacy) Onrechtmatige daad VII (SCHUT), aant. 102. Zie voorts J.M.M. MAEIJER, „Rechtspersoonlijkheid, persoonlijkheidsrechten en vatbaarheid voor beslag van het auteursrecht”, BIE 1990, blz. 352-355, die stelt dat rechtspersonen persoonlijkheidsrechten toekomen mits het niet gaat om rechten die alleen denkbaar zijn bij natuurlijke personen. Zie ook R.A.R.S. FINALY, „Privacy van rechtspersonen”, *NJCM-Bulletin* 1999, blz. 554-557, die meent dat rechtspersonen uit eigen hoofde geen recht op privacy toekomt. A-G ASSER neemt (in zijn conclusie voor HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850 (Driessen/Van Gelder)) aan dat de rechtspersoon aanspraak kan maken op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, maar dat de omvang daarvan mede wordt bepaald door de omstandigheid dat het gaat om een rechtspersoon. F. DE GRAAF 1977, blz. 95, beperkt de bescherming van het privé-leven tot natuurlijke personen. Zie voor de gelding van mensenrechten voor rechtspersonen in het strafproces A.L.J. VAN STRIEN, „Rechtspersonen en mensenrechten”, *RM Themis* 1996, blz. 3-19, die een beperkt profiteren van mensenrechten door rechtspersonen mogelijk acht. Zie tenslotte voor de vraag of een rechtspersoon recht heeft op smartengeld (ontkennend) S.D. LINDENBERGH, *Smartengeld*, diss. Leiden 1998, Deventer: Kluwer 1998, blz. 56-57.

kelijk stiefmoederlijke behandeling ten deel gevallen(3). In het verleden werd het begrip veelal (slechts) genoemd in verband met de aanspraken van de maker bij rechten op voortbrengselen van de geest, zoals het persoonlijkheidsrecht (droit moral) van de auteur(4). De betrekkelijk geringe belangstelling is wellicht ingegeven door hetgeen MEIJERS er in 1947 over schrijft(5):

„Het erkennen van een rubriek, persoonlijkheidsrechten, heeft voornamelijk zijn waarde voor de groepering der subjectieve rechten. Algemene, aan alle persoonlijkheidsrechten gemeenschappelijke regels zijn er niet, behalve dan de regel, dat de persoonlijkheidsrechten onvervreemdbaar zijn.”

Persoonlijkheidsrechten plegen derhalve te worden aangemerkt als *subjectieve rechten*(6). Daarbij dient evenwel te worden aangetekend dat de precieze inhoud van het begrip subjectief recht niet onomstreden is(7). Doorgaans wordt teruggevallen op de omschrijving van MEIJERS die als karakteristiek van het subjectieve recht noemt: „een bijzondere door het recht iemand toegekende bevoegdheid, die hem verleend wordt om zijn belang te dienen”(8). SCHUT profileert de kenmerken van het subjectieve recht in het kader van de problematiek van de rechtsinbreuk in de zin van artikel 6:162 BW iets nader door het noemen van drie kenmerken: 1. een hoogwaardig (op het subject betrokken) belang, 2. een rechtstreekse aanspraak op bescherming ervan en 3. een sterke bewijsrechtelijke positie in een eventuele procedure(9).

(3) Vgl. J.H. SPOOR & D.W.F. VERKADE, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, blz. 302 en F. DE GRAAF, *Rechtsbescherming van persoonlijkheid, privé-leven, persoonsgegevens*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1977, blz. 87.

(4) Vgl. de in art. 25 Auteurswet neergelegde rechten die plegen te worden aangemerkt als persoonlijkheidsrechten en het in art. 20 en 21 Aw neergelegde portretrecht. Zie voorts bijv. art. 5 Wet naburige rechten.

(5) E.M. MEIJERS, *Algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire pers 1947, blz. 267.

(6) Ook aldus ASSER-HARTKAMP III, 1998, nr. 35 en G.H.A. SCHUT, *Onrechtmatige daad*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, blz. 50. Volgens VERKADE 1998 (T&C IE) art. 21 Aw, aant. 1, biedt artikel 21 Aw geen absoluut subjectief recht, maar geeft het via een wettelijke zorgvuldigheidsnorm een vergaande aanspraak tegen publicatie van portretten.

(7) Vgl. ASSER-HARTKAMP III, nr. 35, die stelt dat het begrip subjectief recht een van die begrippen is die aan een nauwkeurige definitie ontglippen.

(8) E.M. MEIJERS 1947, blz. 86.

(9) G.H.A. SCHUT 1997, blz. 50.

De persoonlijkheidsrechten vormen binnen de groep subjectieve rechten in zoverre een eigen categorie, dat zij betrekking hebben op de waarde, de integriteit, de identiteit en de autonomie van de menselijke persoon, waarmee overigens niet is gezegd dat deze aspecten steeds in alle opzichten absolute bescherming verdienen. Het hoogst persoonlijke karakter van deze rechten brengt bovendien mee dat pleegt te worden aangenomen dat beperkingen gelden ten aanzien van de mogelijkheid van overdracht of afstand van deze rechten.

B. Persoonlijkheidsrechten, grondrechten en mensenrechten

Bij de bepaling van het karakter van persoonlijkheidsrechten komt de vraag op of zij zijn te onderscheiden van grondrechten en mensenrechten. De verschillende begrippen vertonen in de eerste plaats grote gelijkenis, doordat zij doorgaans de bescherming van hoogwaardige persoonsbelangen op het oog hebben, terwijl het bovendien veelal gaat om dezelfde persoonsbelangen, zoals het leven, de lichamelijke integriteit, de privé-sfeer, et cetera. Daarbij valt bovendien enige kruisbestuiving te bespeuren, doordat de profilering van grondrechten en mensenrechten in nationaal en internationaal verband ertoe heeft bijgedragen dat persoonlijkheidsrechten ook in het civiele aansprakelijkheidsrecht een positie (zijn) gaan verwerven⁽¹⁰⁾. Naar hun inhoud zijn de begrippen dan ook veelal niet scherp te *scheiden*. Enig *onderscheid* valt niettemin te maken.

In de eerste plaats wordt bij de hantering van de begrippen grondrechten en mensenrechten veelal primair bedoeld op de verhouding tussen overheid of staat, en burger⁽¹¹⁾, terwijl het begrip persoonlijkheidsrechten veeleer de verhouding tussen burgers onderling betreft, daaronder begrepen burgers tegenover rechtspersonen. Grondrechten

(10) Vgl. HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 m.nt. EAA (Edamse bijstandsmoeder), waarin de Hoge Raad overwoog: „Vooropgesteld moet worden dat (...) een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer moet worden aanvaard, dat aansluit bij vergelijkbare ontwikkelingen in andere landen en dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 EVRM, waarvan moet worden aangenomen, dat het ook werking heeft tussen de burgers onderling. Een inbreuk op dit recht levert in beginsel een onrechtmatige daad op in de zin van art. 1401 BW.”

(11) Vgl. de omschrijving van grond- en mensenrechten door E.A. ALKEMA, *De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensies*, Preadvies NJV 1995, blz. 8: „Grond- of mensenrechten kunnen worden omschreven als fundamentele normen, die uitgaan van de waardigheid en de onderlinge gelijkheid van de mens. Zij regelen de verhouding tussen individu en overheid en zijn gericht op de ontplooiing in vrijheid van het individu.”

plegen, mede in dat licht, dan ook niet zonder meer te worden aangemerkt als subjectieve rechten(12). Het onderscheid ligt voorts, behalve in terminologie, in een verschil in historie en ontwikkeling dat ertoe heeft geleid dat grondrechten en mensenrechten als zodanig, anders dan persoonlijkheidsrechten, in de grondwet of in verdragen zijn gecodificeerd. Het gaat gezien het voorgaande niet zozeer om begrippen met een fundamenteel verschillende inhoud, maar eerder om een verschil in „rol” en „setting”.

Het voorgaande moet voorts worden gezien tegen de achtergrond van de toetsingskaders van de verschillende rechten. Daarbij kan globaal worden onderscheiden tussen de vraag naar doorwerking of directe werking van mensenrechten en de vraag naar horizontale werking van grondrechten en mensenrechten. Ten aanzien van de doorwerking in het nationale recht van in internationale verdragen neergelegde mensenrechten hanteert artikel 93 van de Nederlandse Grondwet van 1983 als regel dat bepalingen die naar hun inhoud ieder kunnen verbinden, verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt. Het hangt daarbij van de aard van de bepaling af of deze een ieder verbindende kracht heeft. Van de vraag naar directe werking dient te worden onderscheiden de vraag naar horizontale werking van grond- en mensenrechten. Het gaat daarbij om de vraag of, eenmaal aangenomen dat zij rechtstreekse werking hebben, dergelijke rechten, die doorgaans primair zijn geformuleerd met het oog op de verhouding tussen overheid en burger, ook werking hebben tussen burgers onderling. Bij de totstandkoming van de Grondwet is de vraag naar horizontale werking van grondrechten in hoge mate opengelaten en is aan de rechter overgelaten om te bezien of een bepaald recht in een concreet geval horizontale werking toekomt(13). Over de kwestie welke rechten precies welke horizontale werking hebben, bestaat overigens geen eenstemmigheid(14). Wel is een aantal rechten meer

(12) Aldus C.A.J.M. KORTMANN, „Zijn grondrechten subjectieve rechten?”, in: C.A.J.M. KORTMANN, J.M.M. MAEIJER, A.J.M. NUYTINCK & S. PERRICK (red.), *Op recht*, Struyckenbundel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, blz. 145-155. Anders ASSER-HARTKAMP III, 1998, nr. 35, die althans voor de klassieke grondrechten stelt dat deze in de verhouding tussen burger en overheid gelden als subjectieve rechten.

(13) MvT 13.872, TK 1975-1976, nr. 3, blz. 15-16.

(14) Vgl. E.A. ALKEMA 1995, blz. 28 die stelt: „Samenvattend kan men stellen, dat de opvattingen in de vaderlandse literatuur over horizontale werking verdeeld zijn en niet echt uitgesponnen.”

expliciete horizontale kracht toegemeten doordat zij zijn uitgewerkt in bepaalde wetten, zoals de Wet persoonsregistraties en de Algemene wet gelijke behandeling(15).

In de rechtspraak van de Hoge Raad valt op dit terrein een enigszins wisselende en weinig uitgesproken aanpak te bespeuren. Zo heeft de Hoge Raad(16) onder meer de volgende formulering gehanteerd:

„Vooropgesteld moet worden dat (...) een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer moet worden aanvaard, dat aansluit bij vergelijkbare ontwikkelingen in andere landen en dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 EVRM, waarvan moet worden aangenomen, dat het ook werking heeft tussen de burgers onderling. Een inbreuk op dit recht levert in beginsel een onrechtmatige daad op in de zin van art. 1401 BW.”

Voorts heeft de Hoge Raad(17) gesproken van:

„het aan grondrechten als het recht op privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht”.

Aldus wordt de horizontale werking van met de menselijke persoonlijkheid verbonden rechten vormgegeven door niet rechtstreeks op de grondrechten of mensenrechten terug te vallen, maar in het nationale (privaat)recht rechten te onderkennen die met in de grondwet of in verdragen neergelegde rechten nauwe verwantschap vertonen. Hoewel men zich kan afvragen waarom niet voor een onmiddellijke horizontale werking van mensenrechten wordt gekozen, heeft het gebruik van de term persoonlijkheidsrecht(en) in dit verband het voordeel dat daarmee het privaatrechtelijke karakter, althans de privaatrechtelijke werking, van het recht wordt geëxpliciteerd.

(15) Zie voorts over de horizontale werking van grondrechten en over de factoren die aan de ontwikkeling van die werking hebben bijgedragen M.B.W. BIESHEUVEL, *Burgerlijk recht en grondrechten: „een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang”*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 1986, Lelystad: Vermande 1986, blz. 45-48.

(16) HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928 m.nt. EAA (Edamse bijstandsmoeder).

(17) HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.nt. WH-S (Valkenhorst).

C. Eén recht of meerdere persoonlijkheidsrechten?

Voorts rijst de vraag of dient te worden gesproken van verschillende persoonlijkheidsrechten danwel van één algemeen, meerdere persoonlijkheidsbelangen omvattend, persoonlijkheidsrecht. Anders dan MEIJERS(18) kiest de Hoge Raad kennelijk voor het laatste, door in de zaak Valkenhorst, waarin een kind bekendmaking vorderde van de naam van haar vader, te spreken van een „algemeen persoonlijkheidsrecht”(19). Deze keuze is vermoedelijk terug te voeren op de parallel die A-G KOOPMANS in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest maakt met het Duitse recht, waar op grond van artikel 2 lid 1 en artikel 1 lid 1 Grundgesetz het „allgemeine Persönlichkeitsrecht” wordt erkend. KOOPMANS verwijst in dat verband naar een uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht, waarin dat college het recht van een kind op kennis van de eigen afstamming terugvoert op de door het „allgemeine Persönlichkeitsrecht” beschermde waarden(20). KOOPMANS spreekt in dat verband van een recht dat „één van de onuitgesproken uitgangspunten vormt van onze rechtsorde”(21).

Door de keuze voor hantering van de term „algemeen persoonlijkheidsrecht” lijkt het begrip evenwel op een hoger voetstuk te worden geplaatst, althans, zeker door de toevoeging „het aan grondrechten ten grondslag liggende”, als meer fundamenteel te worden beschouwd dan grondrechten(22). Het is de vraag of dat zozeer een bewuste keuze is geweest, nu deze van iedere toelichting verstoken is gebleven. Het is bovendien de vraag of het begrip aldus niet tot een onbruikbaar hoge abstractie wordt verheven en daardoor onderscheidend vermogen gaat ontberen. Het gaat er uiteindelijk vooral om *welke* sferen of persoonsbelangen in concreto civielrechtelijke bescherming verdienen en wat die bescherming inhoudt. Daarbij kan men de term persoonlijkheidsrecht verbinden aan het overkoepelende begrip persoonlijkheid, maar ook aan de verschillende sferen die onder die paraplu vallen, zoals de lichamelijke integriteit of het privé-leven, of aan de verschillende concrete persoonsbelangen die op hun beurt binnen die sferen vallen, zoals de bescherming tegen letsel, tegen

(18) E.M. MEIJERS, 1947, blz. 267.

(19) HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.nt. WH-S (Valkenhorst).

(20) BVerfGer, *NJW* 1989, blz. 891.

(21) *NJ* 1994, blz. 2851 r.k.

(22) Vgl. in deze zin ook L.F.M. VERHEIJ in zijn noot bij het arrest in *NJCM-Bulletin* 1994, blz. 655.

ongewenste intimiteiten, tegen onrechtmatige verdachtmakingen, et cetera(23). Het lijkt er op dat de Hoge Raad de term persoonlijkheidsrechten hanteert als gemeenschappelijke noemer voor een groep niet voor afstand vatbare aanspraken met betrekking tot persoonsbelangen. Sommige daarvan zijn wettelijk gepositieerd in het civiele recht, zoals in de Auteurswet en in de Wet persoonsregistraties, sommige kunnen aan in de Grondwet neergelegde rechten worden ontleend en andere berusten (vooralsnog) op ongeschreven recht.

Nu het in de praktijk vooral gaat om de vraag naar de reikwijdte van de bescherming in concrete (groepen van) gevallen, heeft het mijn voorkeur om te spreken van (meerdere) persoonlijkheidsrechten. Dat toont beter dat het gaat om verschillende aspecten van de menselijke persoonlijkheid en biedt derhalve een betere mogelijkheid voor categorisering van de verschillende rechten. In dat laatste ligt mijns inziens nu juist één van de belangrijkste functies van het begrip besloten(24).

D. Welke persoonlijkheidsrechten?

Door de betrekkelijk geringe belangstelling voor het begrip persoonlijkheidsrechten in literatuur en rechtspraak is het niet eenvoudig precies aan te geven welke persoonlijkheidsrechten in welke vorm tot nu toe erkenning hebben gevonden in het Nederlandse civiele recht. In de eerste plaats vindt men in verschillende wetten regelingen ter bescherming van aspecten van de menselijke persoonlijkheid, zoals bijvoorbeeld in de Auteurswet, in de Wet persoonsregistraties en in de Algemene wet gelijke behandeling. Deze regelingen kunnen, hoewel daarin niet met zoveel woorden wordt gesproken van persoonlijkheidsrechten, worden aangemerkt als uitwerkingen van de bescherming van (bepaalde aspecten van) persoonlijkheidsrechten, zoals het droit moral van de auteur, het recht op eerbiediging van de privé-sfeer en van het recht op gelijke behandeling. Door de Hoge Raad is met zoveel woorden het recht om te weten van wie men

(23) In het Duitse recht worden dergelijke verschillende sferen onder de titel van het „allgemeine Persönlichkeitsrecht” als „Rahmenrecht” ondergebracht. Zie Larenz/Canaris 1994, par. II 80.

(24) Zie met betrekking tot de vergoeding van immateriële schade nader hierna III, E.3 onder a.

afstamt aangemerkt als (uitwerking van het) persoonlijkheidsrecht(25). Voorts pleegt in de literatuur in elk geval het recht op eerbiediging van de lichamelijke integriteit als persoonlijkheidsrecht te worden aangemerkt(26). Ook worden in de literatuur met enige regelmaat genoemd het recht op leven, geestelijke integriteit(27), (bewegings)vrijheid, eer en goede naam, en op privé-leven of persoonlijke levenssfeer(28). Soms wordt ook het recht op een leefbaar milieu aangemerkt als persoonlijkheidsrecht(29). Daarnaast worden ook nog wel andere rechten genoemd, zoals het recht op eigendom, op vereniging, op gelijke behandeling, om te huwen, op vrijheid van godsdienst en op vrijheid van meningsuiting, alsmede het recht op toegang tot de onafhankelijke rechter(30). In verband met het laatste valt voorts te denken aan andere garanties van artikel 6 EVRM, zoals de berechting binnen een redelijke termijn, zij het dat het hier niet zozeer zal gaan om horizontale verhoudingen. De opsomming van persoonlijkheidsrechten in de literatuur pleegt te worden gepresenteerd als niet-limitatieve voorbeeldenreeks. Daarbij kan worden opgemerkt dat het terrein van de persoonlijkheidsrechten, of van de te beschermen persoonsbelangen, naar zijn aard een zekere dynamiek in zich bergt. In de woorden van LARENZ(31):

„Daß jeder Mensch ein unveräußerliches Recht auf eine solche „Eigensphäre“ hat, wird heute niemand in Zweifel ziehen; was aber dazu gehört und wo jeweils die Grenzen zu ziehen sind, das muß, angesichts der wechselnden Lebensumstände und der sich ändernden Anschauungen, immer wieder, in einem nicht endenden Prozeß der Neubestimmung und Fortentwicklung, bestimmt werden. Nicht ein festliegender Tatbestand, nur eine „General-klausel“, die immer wieder der Konkretisierung bedarf, kann hier den Weg weisen.“

(25) HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 m.nt. WH-S (Valkenhorst).

(26) Vgl. *Onrechtmatige daad* (JANSEN), artikel 6:162 lid 2, aant. 33 en M.L. VAN EMMERIK, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten*, diss. Leiden, 1997, blz. 14.

(27) Vgl. *Onrechtmatige daad* (JANSEN), artikel 6:162 lid 2, aant. 33.

(28) Vgl. ASSER-HARTKAMP II, 1998, nr. 35. Een onderscheid tussen privé-leven en persoonlijke levenssfeer pleegt niet te worden gemaakt.

(29) Aldus VERBURGH, *Privaatrecht en collectief belang*, Rede Utrecht 1974.

(30) Zie J.L.M. ELDERS, *Burgerlijk recht en grondrechten: „een integratieve benadering“*, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 1986, Lelystad: Vermande 1986, blz. 17, die hier overigens niet spreekt van persoonlijkheidsrechten, maar van „grondrechten met een overwegend privaatrechtelijk karakter“.

(31) Larenz II, par. 72.

Voor het Nederlandse recht is dat niet wezenlijk anders. Daargelaten de precieze afgrenzing daarvan kan niettemin worden gesteld dat er sprake is van een zekere „harde kern” van persoonlijkheidsrechten, waaronder in elk geval het recht op leven, op lichamelijke integriteit, op privé-sfeer en op bewegingsvrijheid zijn te vatten. Het dynamische karakter van de catalogus brengt bovendien mee dat ruimte bestaat voor ontwikkeling. De figuur van de persoonlijkheidsrechten kan daardoor diensten bewijzen op terreinen waar zich door technische ontwikkelingen nieuwe juridische kwesties aandienen die niet steeds adequaat met de bestaande rechtsfiguren kunnen worden tegemoetgetreden. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de verschillende aspecten van (kunstmatige) voortplanting⁽³²⁾, aan aspecten van genetisch onderzoek en aan (andersoortig) medisch onderzoek.

II. DE ROL VAN HET BEGRIIP PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN IN HET CIVIELE RECHT

A. Algemeen

Zoals hiervoor is geschetst, is de betekenis van het begrip persoonlijkheidsrechten voor het civiele recht vooralsnog betrekkelijk weinig uitgewerkt. Niettemin kunnen enkele „momenten” worden gesignaleerd waarop het begrip „de kop op steekt”. Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan het hiervoor reeds genoemde hoogst persoonlijke karakter, waarvan pleegt te worden aangenomen dat het beperkingen meebrengt ten aanzien van (het aannemen van) afstand en de mogelijkheid van overdraagbaarheid van dergelijke rechten. In dat verband kan, naast het reeds meer genoemde auteursrecht, bijvoorbeeld worden gedacht aan de problematiek van van het lichaam afgescheiden lichaamsdelen, zoals organen. In dat verband wordt wel aangenomen dat ten aanzien van die afgescheiden delen een persoonlijkheidsrecht blijft voortbestaan, waardoor de beschikkingsmacht van de „eige-

(32) Zie daarover in verband met de vergoeding van immateriële schade S.D. LINDENBERGH, diss. 1998, blz. 160-162. Zie in dit verband bijvoorbeeld voor een pleidooi voor aanvaarding in het Duitse recht van een recht op gezinsplanning ANDREAS VOß, *Die Durchkreuzung des manifestierten Familienplanes als deliktische Integritätsverletzung*, VersR 1999, blz. 545-551.

naar” wordt ingeperkt(33). Het gaat hier steeds om de verbondenheid van het recht of het belang met de persoon van de gerechtigde en de beperkingen die dat meebrengt in het vermogensrechtelijke rechtsverkeer. Behalve in de hierna te bespreken sfeer van de onrechtmatige daad kunnen persoonlijkheidsrechten voorts een rol spelen in de contractuele sfeer, bijvoorbeeld wanneer het gaat om „informed consent” in het kader van de medische behandeling. Deze problematiek zal hier vanwege haar meer specifieke karakter verder buiten beschouwing blijven.

Hierna zal de nadruk liggen op de vraag naar de civielrechtelijke handhaving van persoonlijkheidsrechten. In de praktijk vormt daarbij de regeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad doorgaans het toetsingskader, zodat die in dit verband nader aandacht verdient (onder B). Daarna volgt (onder III) een bespreking van de verschillende mogelijke sancties. In verband met de handhaving duikt het begrip in de literatuur voorts vooral op bij de vraag onder welke omstandigheden de benadeelde recht heeft op vergoeding van immateriële schade(34). Dat aspect zal derhalve wat uitvoeriger worden belicht (onder III.E.3).

Bij de bespreking van de verschillende sancties zal overigens blijken dat voor de toepassing van bepaalde sancties niet steeds voldaan hoeft te zijn aan alle vereisten van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). Dat neemt evenwel niet weg dat ook bij die sancties doorgaans de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad het bestek vormt waarbinnen hun toepasselijkheid wordt beoordeeld(35). Een afzonderlijke grondslag, naast onrechtmatige daad en specifiek met het oog op de bescherming van persoonlijkheidsrechten, kent het Nederlandse recht niet als het gaat om de handhaving tegen *inbreuken* op die rechten. De vraag onder welke omstandigheden *aanspraken*, die voortvloeien uit persoonlijkheidsrechten (of uit andere subjectieve rechten) en die

(33) Zie over deze problematiek bijv. J.C. VAN OVEN, „Het recht op eigen lichaam”, *NJB* 1926, blz. 19; C.F. WERY, „Beschikken over eigen lichaam en lichaamsdelen”, *AA* 1976, blz. 307; Ch. PETIT, „Lichaam en lijk als voorwerpen van rechtsbetrekking”, *RM Themis* 1950, blz. 431-433; A.M.L. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, diss. Leiden 1991, Deventer: Kluwer 1991, blz. 20-23; G.C.J.M. HAMILTON-VAN HEST, „De eigendom van hartsimulators, een probleemverkenning”, *TvG* 1983, blz. 186; J.K.M. GEVERS, *Beschikken over cellen en weefsels*, Oratie Amsterdam, *UvA* 1990; E. LOEB en J.C. VAN STRAATEN, „Voortplanting van de mens anno 1984”, *NJB* 1984, blz. 1027.

(34) Vgl. S.D. LINDENBERGH, diss. 1998, blz. 150-170 en A.J. VERHEIJ, „Een pleidooi voor vergoeding van geringe immateriële schade”, *RM Themis* 1998, blz. 340-350.

(35) Zie voor het rechterlijk verbod en bevel in deze zin C.J.J.C. VAN NISPEN, *Het rechterlijk verbod en bevel*, diss. Leiden 1978, blz. 8 e.v.

ertoe leiden dat een ander tot (positief) handelen wordt gedwongen, precies geldend kunnen worden gemaakt is in het Nederlandse privaatrecht vooralsnog onderbelicht gebleven. De Hoge Raad rept in de zaak Valkenhorst niet over dit aspect in algemene zin⁽³⁶⁾. In die zaak bepaalde de Hoge Raad weliswaar dat een kind op grond van het algemene persoonlijkheidsrecht aanspraak heeft op bekendmaking van afstammingsgegevens, maar wat in dat geval de precieze (privaatrechtelijke) grondslag vormde voor toewijzing van de gevraagde voorziening (bekendmaking van de afstammingsgegevens) bleef in het midden. Het zal daarbij, althans juridisch-technisch gezien, moeten gaan om een „verplichting” in de zin van artikel 3:296 BW, die in dat geval de grondslag vormt voor het op te leggen verbod of bevel. Deze verplichting zal vermoedelijk moeten worden gezien als complement van een uit het subjectieve recht voortvloeiende bevoegdheid. Over de precieze aard en grondslag van dergelijke verplichtingen is de theorievorming bescheiden, maar in de praktijk pleegt de regeling van de onrechtmatige daad (ook) hier als kader te worden gehanteerd⁽³⁷⁾. Dat een persoonlijkheidsrecht een aanspraak kan opleveren die voor een ander een dergelijke verplichting meebrengt, is in het Valkenhorst-arrest impliciet erkend. De vraag onder welke omstandigheden plaats is voor honorering van die aanspraak werd ook in dat geval evenwel geplaatst in de sleutel van een belangenafweging die sterk lijkt op het toetsingskader van artikel 6:162 BW, dat pleegt te worden gehanteerd wanneer het gaat om conflicterende grondrechten in een privaatrechtelijke setting. Daarmee lijkt ook deze kwestie uiteindelijk te worden gelokaliseerd in de sfeer van de onrechtmatige daad.

B. Onrechtmatige daad

Volgens artikel 6:162 lid 2 BW wordt als onrechtmatig handelen aangemerkt een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht alsmede een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een recht-

(36) HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.nt. WH-S (Valkenhorst).

(37) Ook C.J.J.C. VAN NISPEN, diss. 1978, blz. 8 e.v. richt zich met name op de onrechtmatige daad als grondslag voor het verbod of bevel.

vaardigingsgrond. De persoonlijkheidsrechten zijn vooral in verband met de eerste (rechtsinbreuk) en de laatste categorie (zorgvuldigheidsnorm) van betekenis.

De wetgever heeft de invulling van de categorie rechtsinbreuk uitdrukkelijk overgelaten aan de wetenschap en de rechtspraak(38). Zoals hiervoor werd aangegeven, plegen persoonlijkheidsrechten in literatuur en rechtspraak te worden aangemerkt als subjectieve rechten waarop inbreuken in beginsel als onrechtmatig worden gekwalificeerd(39). Hoewel de bescherming van persoonlijkheidsrechten aldus stevig verankerd lijkt in het onrechtmatige daadsrecht, doet zich hier de meer algemene kwestie gevoelen onder welke omstandigheden een inbreuk op een recht als zodanig als onrechtmatig kan worden aangemerkt. De zelfstandige betekenis van de rechtsinbreuk als onrechtmatigheidscategorie is in dat verband omstreden(40). Weliswaar pleegt te worden aangenomen dat het ten grondslag kunnen leggen van een rechtsinbreuk aan een vordering uit onrechtmatige daad voor de eiser een krachtiger positie meebrengt ten aanzien van het bestaan van voldoende belang (art. 3:303 BW) en het bewijs van de onrechtmatigheid(41), maar onder welke omstandigheden een inbreuk op zichzelf, dat wil zeggen zonder steun van een wettelijke norm of van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, onrechtmatig is, is onduidelijk. Zo is, zowel in de parlementaire geschiedenis als in de rechtspraak, uitgangspunt dat een gedraging niet onrechtmatig is enkel omdat zij letsel of zaaksbeschadiging tot voorzienbaar gevolg heeft(42). De onzelfstandigheid van de inbreukcategorie speelt met name een rol in gevallen waarin wel een subjectief recht in het geding is, maar daarop niet rechtstreeks noch bewust een inbreuk wordt gemaakt(43). In die gevallen pleegt te worden aangenomen dat de inbreuk eerst werkelijk een onrechtmatige daad vormt, wanneer de

(38) TM, PG Boek 6, blz. 614.

(39) Zie ASSER-HARTKAMP III, nr. 35.

(40) Vgl. de zogenaamde „Leer Smits”, *WPNR* 3688. De wetgever heeft niettemin beoogd de drie categorieën als zelfstandige categorieën aan te merken (TM, PG Boek 6, blz. 614 en 617). Zie voor een krachtig pleidooi voor het belang van de categorie van de rechtsinbreuk J.H. NIEUWENHUIS, *De Ramp op het Pikmeer*, Oratie Groningen, Deventer: Kluwer 1997, blz. 19 e.v. Zie voorts voor rechtspraak en literatuur *Onrechtmatige daad* (JANSEN) art. 6:162 lid 2, aant. 2 e.v.

(41) Zie *Onrechtmatige daad* (JANSEN), art. 6:162 lid 2, aant. 5.

(42) Vgl. TM, PG Boek 6, blz. 614 en HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 m.nt. CJHB (Zwiepende tak).

(43) Vgl. ASSER-HARTKAMP III, nr. 41.

inbreuk inhoudt dat tevens is gehandeld in strijd met een wettelijke plicht(44) danwel met een ongeschreven zorgvuldigheidnorm(45).

Ten aanzien van de persoonlijkheidsrechten wordt het voorgaande nog verder gecompliceerd doordat persoonlijkheidsrechten dikwijls kunnen conflicteren met (persoonlijkheids)rechten of belangen van anderen. In dat verband wordt in de rechtspraak de vraag of door de schending van een persoonlijkheidsrecht onrechtmatig is gehandeld dikwijls beantwoord aan de hand van een afweging van het geschonden belang van de gelaedeerde en het daartegenover gestelde belang van de laedens. Men denke aan gevallen waarin tegenover een beroep op het recht op eerbiediging van het privé-leven of het recht op eer en goede naam een beroep wordt gedaan op het recht op vrijheid van meningsuiting(46). Soms wordt aan beide zijden zelfs een beroep op hetzelfde persoonlijkheidsrecht gedaan(47). In dergelijke gevallen is een belangenafweging aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval dikwijls onontkoombaar. In zoverre kan worden gezegd dat het belang van het begrip persoonlijkheidsrechten het terrein van de inbreuk-categorie bij onrechtmatige daad overstijgt(48). De gevolgde methode van belangenafweging laat bovendien zien dat subjectieve rechten in hun werking ten opzichte van derden sterk worden gerelativeerd.

Het voorgaande betekent niet dat de schending van een persoonlijkheidsrecht als zodanig rechtens geen betekenis heeft. Het betekent evenmin dat de vraag of de schending van een persoonlijkheidsrecht een onrechtmatige daad inhoudt steeds moet worden beantwoord aan de hand van een belangenafweging(49). GROEN geeft de kwestie van

(44) Wanneer het gaat om een inbreuk op grondrechten kan het tevens gaan om handelen in strijd met een wettelijke plicht, neergelegd in de Grondwet. Hetzelfde kan worden aangenomen voor de rechten neergelegd in het EVRM, wanneer het gaat om „ieder verbindende verdragsbepalingen” en zij aldus wettelijke plichten behelzen. Zie M.L. VAN EMMERIK, diss. 1997, blz. 331.

(45) G.H.A. SCHUT 1997, blz. 52.

(46) Vgl. HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801 (Gemeenteraadslid); HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361 m.nt. CJHB (Kinderen De Bourbon Parma); HR 12 juni 1992, *NJ* 1992, 554 (Mr Y); HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473 m.nt. DWFV (Ferdie E.) en HR 6 januari 1995, *NJ* 1995, 422 m.nt. EJD (Parool/Van Gasteren). Zie voorts over de onrechtmatigheid van uitingen M. BULK, *Rectificatie en uitingsvrijheid*, diss. Amsterdam (UvA) 1998, hfdst 5.

(47) Vgl. HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347 m.nt. CJHB en EAA (HIV-test), waarin de verweerder zich (vergeefs) beriep op onaantastbaarheid van zijn lichaam.

(48) Vgl. in deze zin *Onrechtmatige daad* (JANSEN), art. 6:162 lid 2, aant. 32.

(49) Vgl. J. DE BOER, *NJB* 1993, blz. 178 e.v., die zich verzet tegen de hantering van een afweging van belangen als het bijvoorbeeld gaat om de schade aan een fiets of om de publicatie van een naaktfoto.

de belangenafweging in dit kader profiel door te onderscheiden tussen verschillende stadia in het juridische proces(50). Degene die zich beroept op schending van een fundamenteel recht zal dit recht hebben te stellen en bij betwisting de inbreuk hebben aan te tonen. Slaagt hij daarin, dan staat daarmee de onrechtmatigheid in beginsel vast. Een eventuele afweging van belangen komt eerst aan de orde wanneer de gedaagde zich als verweer op een eigen fundamenteel recht beroept. Een dergelijk verweer kan verschillende gevolgen hebben. In de eerste plaats kan het de vraag oproepen of er wel sprake is van een inbreuk(51). In de tweede plaats kunnen vragen rijzen over de grenzen van het door de eiser ingeroepen recht(52). In de derde plaats kan de vraag rijzen of er sprake is van een rechtvaardigingsgrond(53). En tenslotte speelt de vraag naar de toewijsbaarheid van de gevraagde voorziening. Bij die voorzieningen kan bovendien nog worden onderscheiden tussen verschillende voorzieningen en sancties, zoals een verklaring voor recht, een verbod of bevel en schadevergoeding. Illustratief is hier de uitspraak van de Hoge Raad inzake de mogelijkheid om bij een verkrachter het ondergaan van een HIV-test af te dwingen. De onrechtmatigheid van de verkrachting was niet in geschil, en zeker niet afhankelijk van een belangenafweging. Eerst bij de vraag of de gevraagde voorziening op haar plaats was speelde het belang van de lichamelijke integriteit van de laedens een rol(54).

Doordat de onrechtmatigheidsvraag bij schending van persoonlijkheidsrechten dikwijls wordt beantwoord met de vaststelling van een zorgvuldigheidsnorm door middel van een belangenafweging, wordt

(50) H.A. GROEN, *De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken*, Preadvies NJV 1995, blz. 146. Zie over de verschillende aspecten en momenten van de belangenafweging ook M.B.W. BIESHEUVEL 1986, blz. 49 e.v.

(51) Als voorbeeld noemt GROEN de zaak van het Maimonideslyceum (HR 22 januari 1988, *NJ* 1988, 891 m.nt. EAA), waarin het bestaan van een recht op eerbiediging van keuze voor bijzonder onderwijs tegenover de Staat werd erkend, maar een beroep op dat recht jegens de stichting die het lyceum in stand houdt, faalde.

(52) Als voorbeeld noemt GROEN de zaak Goeree (HR 5 juni 1988, *NJ* 1988, 702) waarin met een beroep op artikel 1401 BW(oud) beperkingen werden geformuleerd aan de vrijheid van godsdienst.

(53) In dit verband noemt GROEN als voorbeeld HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801 m.nt. CJHB (Gemeenteraadslid), waarin het belang dat burgers niet door publicaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen in het licht van alle omstandigheden van het geval wordt afgewogen tegen het belang dat niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving raken kunnen blijven voortbestaan.

(54) HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347 m.nt. CJHB en EAA (HIV-test). De Hoge Raad laat daarbij overigens uitdrukkelijk in het midden of de vrouw zich kon beroepen op het haar toekomende recht op lichamelijke integriteit.

het belang van de erkenning van een categorie persoonlijkheidsrechten als zelfstandige subjectieve rechten enigszins gerelativeerd. Hetzelfde geldt voor het antwoord op de vraag of het gaat om *rechten* danwel om *persoonsbelangen*, waarbij overigens moet worden opgemerkt dat de Hoge Raad heeft gesproken van een persoonlijkheidsrecht(55).

Bij de voorgaande relativering dient evenwel in de eerste plaats te worden bedacht dat sommige persoonlijkheidsrechten een dermate hoge waardering genieten, dat vrijwel iedere schending daarvan als onrechtmatig wordt aangemerkt. Het meest sprekende persoonlijkheidsrecht vormt in dit verband ongetwijfeld het recht op eerbiediging van de lichamelijke integriteit, dat als een van de eerste persoonlijkheidsrechten in de rechtspraak is erkend(56) en waarvan het beschermingsbereik royaal pleegt te worden opgevat(57). Oneindig is dat beschermingsbereik evenwel niet. Met name wanneer het gaat om de „geestelijke sfeer” kent het recht volgens de Hoge Raad zijn grenzen(58):

„(H)et betoog dat óók degene wiens handelen ertoe leidt dat een ander ongewild en onvoorbereid wordt geconfronteerd met beelden die voor hem of haar in die mate schokkend zijn, dat hij of zij dientengevolge geestelijk ontredderd raakt, inbreuk maakt op het die ander toekomende recht op onaantastbaarheid van het lichaam, (gaat uit) van een onjuiste opvatting van dat recht.”

Voorts zijn er uiteraard vele gevallen waarin geen sprake is van een zwaarwegend belang aan de andere zijde of waarin de schending van het persoonlijkheidsrecht zal samenvallen met de schending van een geschreven of ongeschreven norm en als zodanig als onrechtmatig zal kunnen worden gekwalificeerd. Men denke bijvoorbeeld aan gevallen van schending van de lichamelijke integriteit door verkrachting of ongewenste intimiteiten, waarbij aan de zijde van de laedens geen

(55) HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.nt. WH-S (Valkenhorst). Vgl. ook HR 1 juli 1985, *NJ* 1986, 692 m.nt. CJHB (Frenkel/KRO), r.o. 3.1, waar de Hoge Raad spreekt van „morele rechten”.

(56) Vgl. reeds HR 29 juni 1883, W 4927.

(57) Dat recht wordt dan ook gesterkt met de steun van onder meer art. 3 (folterverbod), art. 8 (privé-leven) EVRM en art. 11 Gw (onaantastbaarheid van het lichaam).

(58) HR 21 oktober 1994, *NJ* 1996, 346 m.nt. CJHB (RAILS).

sprake zal zijn van een zwaarwegend en rechtens te respecteren belang.

In de derde plaats valt op te merken dat juist de categorisering van rechten of belangen aanknopingspunten biedt voor de afweging van die belangen. Zo biedt profilering van bepaalde rechten als waarborgen voor bescherming van algemeen erkende persoonlijkheidsbelangen houvast in een belangenafweging. Bovendien gooien maatschappelijk en rechtens als hoogwaardig erkende belangen in een dergelijke afweging hoge ogen. Daaraan staat niet in de weg dat de wetgever geen algemene rangorde willen aangeven tussen verschillende fundamentele rechten(59).

Tenslotte is de categorisering relevant voor de vraag of er een recht dient te bestaan op vergoeding van immateriële schade. Hoewel dat punt eerst hierna zal worden uitgewerkt, dient hier reeds te worden opgemerkt dat de wet voor de vraag in welke gevallen er recht op vergoeding van immateriële schade bestaat, werkt met een limitatieve opsomming van gevallen of belangen. Op dat punt geldt derhalve een ander stelsel dan het open stelsel van de zorgvuldigheidsnorm. Juist in dat verband is in de literatuur aansluiting gezocht bij de categorie persoonlijkheidsrechten(60).

Het voorgaande kan aldus worden samengevat dat persoonlijkheidsrechten als zodanig kunnen gelden als subjectieve rechten waarop inbreuken op zichzelf reeds een onrechtmatige daad kunnen vormen. Voorts levert het stellen van een (serieus) persoonlijkheidsrecht ten minste een belang op dat is te betrekken in de in het kader van de vaststelling van de zorgvuldigheidsnorm te verrichten belangenafweging en biedt het een gunstige processuele positie. Naarmate het recht hoger wordt gewaardeerd, zal het meer gewicht in de schaal leggen. Die waardering zal in het algemeen afhangen van de mate waarin een recht maatschappelijk erkenning heeft gevonden en bijvoorbeeld als blijkt daarvan is neergelegd in de Grondwet of in verdragen.

(59) Vgl. in het kader van de wet gelijke behandeling *TK* 1990-1991, 22 014, nr 3, blz. 6, *TK* 1991-1992, 22 014, nr 5, blz. 36 en *EK* 1992-1993, 22 014, nr 212c, blz. 9. De Hoge Raad heeft tussen het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het recht op vrijheid van meningsuiting uitdrukkelijk geen rangorde willen aangeven (*HR* 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473 m.nt. DWFV (Ferdie E.)). Zie evenwel *HR* 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 m.nt. WH-S (Valkenhorst), waarin de Hoge Raad een rangorde vaststelt, volgens welke het recht van het kind om te weten door wie het is verwekt prevaleert boven het recht op geheimhouding van de moeder.

(60) Vgl. S.D. LINDENBERGH, diss. 1998, hfdst 5 en A.J. VERHEIJ 1998, blz. 340-350.

III. SANCTIES

A. Algemeen

Voor de effectueering van zijn recht, en derhalve ook van persoonlijkheidsrechten, staan de benadeelde in het civiele recht verschillende sancties ten dienste. Voor de aanwending van de verschillende sancties gelden uiteenlopende vereisten, die hierna per sanctie kort zullen worden belicht.

De rechtsvorderingen die de gerechtigde bij schending van een persoonlijkheidsrecht ten dienste staan zijn een verbod of bevel (art. 3:296 BW), een verklaring voor recht (art. 3:302 BW), rectificatie (art. 6:167 BW), schadevergoeding in geld (art. 6:95 e.v. BW) en schadevergoeding anders dan in geld (art. 6:103 BW). Bij de twee vormen van schadevergoeding kan het gaan om vergoeding van vermogensschade (art. 6:96 BW) en, wanneer de wet dat zegt, om vergoeding van immateriële schade (art. 6:106 BW). Hierna zal aan de verschillende sancties afzonderlijk aandacht worden besteed en zal hun relevantie voor de handhaving van persoonlijkheidsrechten worden belicht.

B. Verklaring voor recht

Het Nederlandse recht kent in artikel 3:302 BW de mogelijkheid om de rechter te laten verklaren wat „recht” is. Op vordering van een bij een rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon spreekt de rechter omtrent die rechtsverhouding een verklaring voor recht uit, aldus artikel 3:302 BW. Naast de in het artikel vervatte eis dient de eiser volgens artikel 3:303 BW voldoende belang te hebben bij zijn rechtsvordering. De verklaring voor recht kan (binnen bepaalde grenzen) ook een toekomstige rechtsverhouding betreffen(61). Voor de toewijzing van een vordering tot verklaring voor recht dat onrechtmatig is of zal worden gehandeld, is niet vereist dat reeds aan alle vereisten voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW (toerekenbaarheid, schade, causaal verband) is voldaan(62). Wel dient voldaan te zijn aan het relativiteitsvereiste(63).

(61) Zie *Onrechtmatige daad* II.1 (DEURVORST), aant. 496.

(62) *Onrechtmatige daad* II.1 (DEURVORST), aant. 512.

(63) HR 19 juni 1987, NJ 1988, 91 m.nt. G (IDN/SWU).

Onder de verschillende mogelijke sancties neemt de verklaring voor recht in de praktijk op het terrein van de onrechtmatige daad een betrekkelijk bescheiden plaats in. Doorgaans wordt voor een verbod of bevel, danwel voor schadevergoeding gekozen.

De verklaring voor recht heeft ten doel duidelijkheid te verkrijgen omtrent een tussen betrokkenen bestaande rechtsverhouding. Van een dergelijke verklaring kan niettemin tevens een zekere preventieve werking uitgaan, doordat het onrechtmatig verklaren van bepaalde handelingen het verrichten van die handelingen zal ontmoedigen. Ook kan de verklaring voor recht enige „genoegdoening” bewerkstelligen bij de eiser doordat deze in zijn rechten wordt bevestigd(64). In het verlengde van deze gedachte wordt ook meer algemeen wel aangenomen dat in de rechterlijke vaststelling dat een norm is geschonden reeds op zichzelf een passende vorm van genoegdoening gelegen kan zijn(65). Ook de Hoge Raad lijkt hiervoor wel te voelen(66).

Ten aanzien van de verklaring voor recht valt in dit verband te wijzen op een recent arrest van de Hoge Raad(67). Het betrof een geval waarin ouders een verklaring voor recht vorderden, inhoudende dat een ziekenhuis aansprakelijk was, omdat hun zoontje na een zwemtherapie in het ziekenhuis was verdronken. Zij legden daaraan ten grondslag dat zij eerst nadat de aansprakelijkheid was komen vast te staan een aanvang zouden kunnen maken met de verwerking van hun verdriet. De vordering is door het Hof afgewezen, hetgeen de instemming geniet van de Hoge Raad:

(64) Vgl. HR 22 januari 1993, *NJ* 1994, 734 m.nt. CJHB (Pensioen weduwe Rost van Tonningen), waarin het Hof, volgens de Hoge Raad begrijpelijkerwijs, een verklaring voor recht heeft aangemerkt als een „soort schadevergoeding in natura”.

(65) Vgl. Rb. Haarlem 29 augustus 1995, *Mediaforum* 1995, 10, waarin het uitgesproken onrechtmatigheidsoordeel op zichzelf reeds als een passende vorm van schadevergoeding wordt aangemerkt, maar daarnaast niettemin een bedrag aan vergoeding van resterende immateriële schade wordt toegewezen.

(66) Vgl. in deze zin, met een verwijzing naar rechtspraak van het EHRM inzake artikel 50 EVRM, HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682 m.nt. JdB (W/Staat). Het ging hier overigens niet om een verklaring van recht, maar om een vordering tot schadevergoeding, waarbij de Hoge Raad in het kader van de begroting overwoog dat er rekening mee dient te worden gehouden dat in het enkele feit dat de rechter vaststelt dat van schending van een voorschrift sprake is geweest, reeds een zekere genoegdoening is gelegen.

(67) HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Van Aalten/VCWO), waarover kritisch G.E. VAN MAANEN, *NTBR* 1999, blz. 49. Zie kritisch over de kritiek van VAN MAANEN, B.W.M. IESKENS-ISPHORDING, *NTBR* 1999, blz. 137, met naschrift G.E. VAN MAANEN, *NTBR* 1999, blz. 137-138. En met begrip voor het standpunt van VAN MAANEN, J. SPIER, *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht, Afscheidsrede Tilburg* 1999, blz. 8-9.

„(Het Hof heeft) tot uitdrukking gebracht dat het belang dat de ouders hebben bij de verklaring voor recht, te weten: dat zij pas een zinvol begin met het verwerken van de dood van J. kunnen maken als de aansprakelijkheid van de Vereniging is vastgesteld, een zuiver emotioneel belang is en, hoe zwaarwegend ook, niet kan worden aangemerkt als voldoende belang als bedoeld in art. 3:303. De ouders hebben in cassatie niet bestreden dat het door hen gestelde belang „een zuiver emotioneel belang” is. Door voormeld „zuiver emotioneel belang” niet aan te merken als „voldoende belang” als bedoeld in art. 3:303, heeft het Hof ook overigens niet een te beperkte betekenis toegekend aan dat begrip.”

Men kan zich daarbij in de eerste plaats afvragen of het ging om een „zuiver emotioneel” belang, of dat er tevens een *medisch* (psychiatrisch) belang in het geding was. Maar bovendien is de vraag gerechtvaardigd of het (vermogens)recht aldus voldoende recht doet aan de menselijke persoonlijkheid en of de gevolgde gedachtegang niet tevens beperkingen meebrengt voor de handhaving van (andere) persoonlijkheidsrechten. Daar komt nog bij dat de uitspraak op gespannen voet staat met die waarin de Hoge Raad in het kader van de begroting van (immateriële) schade betekenis toekent aan de enkele vaststelling dat een norm is geschonden⁽⁶⁸⁾. In het onderhavige geval zal mogelijk mede een rol gespeeld hebben dat de aansprakelijkheid van het ziekenhuis niet eenvoudig was te construeren en dat het Nederlandse recht een recht op vergoeding van immateriële schade aan nabestaanden niet kent, waardoor vergoeding van immateriële schade aan de ouders (ook) niet tot de mogelijkheden behoorde.

C. Verbod en bevel

Bij de handhaving van persoonlijkheidsrechten nemen het rechterlijk verbod en bevel tot nakoming van een rechtsplicht een vooraanstaande plaats in. Die plaats is niet alleen verworven door de royale toepassingsmogelijkheden van het verbod en bevel, maar mede door

(68) Vgl. HR 13 december 1996, NJ 1997, 682 m.nt. JdB (W/Staat).

de sterk toegenomen rol van het kort geding in dit verband⁽⁶⁹⁾ en door de invoering van de dwangsom die doorgaans aan een rechterlijk verbod of bevel wordt verbonden. De primaire doelstelling van de veroordeling tot nakoming van een rechtsplicht is de (concrete) preventie van dreigend (verder) onrecht⁽⁷⁰⁾.

Volgens artikel 3:296 BW wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter op vordering van de gerechtigde veroordeeld, tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders voortvloeit. Het hier gehanteerde begrip *verplichting(en)* is ruim en omvat niet alleen vermogensrechtelijke verbintenissen, maar ook overigens de verplichting om zich te onthouden van onrechtmatig handelen. Het hoeft derhalve niet te gaan om een, doordat reeds aan alle vereisten van artikel 6:162 BW is voldaan, geconcretiseerde verbintenis. Daarbij verdient bovendien aantekening dat de bepaling van artikel 3:296 BW van overeenkomstige toepassing is buiten het vermogensrecht, voorzover de betrokken rechtsverhouding zich daar niet tegen verzet⁽⁷¹⁾. Aldus bieden het rechterlijk verbod en bevel in velerlei opzicht bescherming tegen (dreigende) inbreuken op persoonlijkheidsrechten, alsmede een middel om naleving van aan een persoonlijkheidsrecht verbonden bevoegdheden af te dwingen.

Voor het opleggen van een rechterlijk verbod of bevel geldt als vereiste dat de eiser voldoende belang moet hebben (art. 3:303 BW) en dat er jegens hem een verplichting moet bestaan tot geven, doen of nalaten (art. 3:296 BW). Of een dergelijke verplichting bestaat dient te worden bepaald aan de hand van het materiële recht. Zoals aangegeven behoeft voor de toewijzing van een verbod of bevel niet reeds te zijn voldaan aan alle vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Zo behoeft geen schade te zijn ontstaan en behoeft evenmin toerekenbaarheid aan de laedens vast te staan. Naast voldoende belang is een (reële) dreiging (of vrees voor herhaling) van

(69) In verband met het vereiste van spoedeisend belang (art. 289 lid 1 Rv) kan hier nog worden vermeld dat het ten grondslag leggen van een zwaarwegend persoonsbelang de aannemelijkheid van spoedeisend belang ten goede kan komen. Zie HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347 m.nt. CJHB en EAA (Aidstest) (Een slachtoffer van verkrachting heeft er recht op dat gevolgen van onrechtmatige daad zoveel mogelijk worden goedge maakt. Tot die gevolgen behoort de onzekerheid over besmetting met het HIV-virus en eiseres heeft een zwaarwegend belang bij zo snel mogelijke beëindiging van die onzekerheid, waarvan de aard meebrengt dat zij diep in haar persoonlijke leven ingrijpt. Veroorzaker wordt veroordeeld tot het ondergaan van een HIV-test.)

(70) Zie *Onrechtmatige daad* II.1 (DEURVORST), aant. 46 en daar vermelde literatuur.

(71) Aldus art. 3:326 BW.

onrechtmatig handelen in beginsel voldoende(72). In de rechtspraak ziet men naast een verbod of bevel tot onrechtmatig handelen soms „nevenveroordelingen” in de vorm van een rectificatie, een bevel tot „recall” of tot het verstrekken van informatie ten aanzien van toeleveranciers, afnemers, verkochte aantallen, afgifte of vernietiging, et cetera. De precieze rechtsgrond daarvan is niet steeds helder(73), maar zij moeten worden aangemerkt als uit doelmatigheidsoverwegingen onder omstandigheden aanvaardbare middelen om (verder) onrecht te voorkomen of om nakoming van een rechtsplicht te bevorderen(74). Moeten zij worden aangemerkt als schadevergoeding anders dan in geld (artikel 6:103 BW), dan zal (tevens) aan de vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad – of aan de vereisten voor een andere grondslag voor schadevergoeding zoals artikel 6:74 BW – dienen te zijn voldaan.

Voorts mogen er geen belemmerende factoren zijn, zoals die kunnen voortvloeien uit de wet, de aard der verplichting of een rechtshandeling. Ten slotte kunnen (gerechtvaardigde) belangen van de inbreukmaker(75) of van derden(76) een verbod of bevel in de weg staan. Zo zal bijvoorbeeld een absoluut publicatieverbod wegens strijd met het recht op uitingsvrijheid doorgaans niet gerechtvaardigd zijn.

Ten aanzien van het verbod valt ten slotte te wijzen op artikel 6:168 BW dat de mogelijkheid biedt om wegens zwaarwegende maatschappelijke belangen een verbod achterwege te laten. In dat verband is in de rechtspraak aangenomen dat in de belangenafweging aan rechten van hogere orde dan zuiver economische waarde een bijzonder ge-

(72) Zie *Onrechtmatige daad* II.1 (DEURVORST), aant. 131 en 141 en daar vermelde literatuur en rechtspraak.

(73) Zie *Onrechtmatige daad* (oud) IIB (VAN NISPEN), aant. 225 en 228a, alsmede *Onrechtmatige daad* II.1 (DEURVORST), aant. 69.

(74) Zie voor een voorbeeld HR 23 februari 1990, *NJ* 1990, 664 m.nt. DWFV (Hameco/Smith Kline & French Laboratories), waarin de Hoge Raad een veroordeling tot het verschaffen van een lijst van afnemers aanmerkte als „een aanvaardbaar zijdelings middel om nakoming te verzekeren” van de veroordeling tot het terugnemen van zaken door middel waarvan een onrechtmatige daad was gepleegd. De rechter zal volgens de Hoge Raad bij toepassing van een dergelijk middel moeten letten op „de wederzijdse belangen en de verdere omstandigheden van het geval, zoals de aard en ernst van de onrechtmatige daad, en het belang van de aansprakelijke persoon zijn commerciële gegevens niet aan de concurrentie ter beschikking te stellen”.

(75) Men denke aan de rechtspraak inzake straatverboden e.d. Zie voorts bijv. Pres. Rb. Rotterdam 27 april 1989, te kennen uit Hof 's-Gravenhage 6 mei 1993, *BIE* 1994, 119 (Verdachte heeft in strafrechtelijke procedure het recht om te zwijgen en wordt daarom, in afwachting van de strafrechtelijke procedure, in kort geding niet veroordeeld tot het doen van mededelingen).

(76) Vgl. Pres. Rb. Breda 29 april 1992, *BIE* 1994, 118 (vordering tot opgave van afnemers afgewezen in verband met privacybelang van die afnemers).

wicht toekomt. Zo heeft de Hoge Raad in een geval van vreemdelingenbewaring(77) overwogen dat:

„niet op een wettelijke basis berustende inbreuken op het grondrecht van persoonlijke vrijheid niet behoeven te worden geduld, ook niet op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen.”

D. Rectificatie

Artikel 6:167 BW biedt de mogelijkheid om bij aansprakelijkheid ter zake van een onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van gegevens van feitelijke aard, een veroordeling tot openbaarmaking van een rectificatie te vorderen. Daarvoor is vereist dat de publicerende onrechtmatig handelde. Het tweede lid van artikel 6:167 BW laat rectificatie ook toe indien aansprakelijkheid ontbreekt, omdat de publicatie aan de dader wegens diens onbekendheid met de onjuistheid of onvolledigheid niet als een onrechtmatige daad is toe te rekenen. Het bevel tot rectificatie kan worden opgelegd naast een verbod of bevel in de zin van artikel 3:296 BW en de rechter beschikt over een grote mate van vrijheid, zowel ten aanzien van de keuze voor rectificatie, als ten aanzien van de inkleding en wijze van openbaarmaking(78). Hoewel het Nederlandse recht niet met zoveel woorden een recht op weerwoord („droit de réponse”) kent, wordt in de literatuur aangenomen dat artikel 6:167 BW voldoet aan het in artikel 23 van de zogenaamde Televisierichtlijn(79) neergelegde recht op weerwoord(80).

De vordering tot rectificatie pleegt veelvuldig te worden ingesteld (doorgaans in kort geding) in gevallen van onrechtmatige publicaties in de pers. De toewijzing van de vordering tot rectificatie kan onder meer haar grens vinden in de vrijheid van meningsuiting van de publicerende. Het bij een rectificatie opgelegde verbod tot het toevoegen van een commentaar is in de rechtspraak niettemin toelaatbaar geacht(81). De beperking in art. 6:167 BW tot gegevens van feitelijke

(77) HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 488 (Asielzoekers).

(78) Aldus HR 3 september 1999, *RvdW* 1999, 115c.

(79) EG-richtlijn van 3 oktober 1989, 89.552/EG.

(80) Aldus G.A.I. SCHUIJT, *Mediaforum* 1992, blz. 93.

(81) HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 291. Vgl. in dezelfde zin reeds TM, *PG Boek* 6, blz. 667.

aard is in de literatuur bekritiseerd(82) en laat onverlet dat op grond van artikel 6:162 jo art 3:296 of art. 6:103 BW ook in gevallen waarin het niet gaat om gegevens van feitelijke aard een rectificatie wordt gevorderd(83).

E. Schadevergoeding

E.1 Algemeen

Schadevergoeding heeft, naar algemeen wordt aangenomen, ten doel nadeel goed te maken of te compenseren(84). In de literatuur worden, met name ten aanzien van de vergoeding van immateriële schade, ook wel andere doeleinden of functies genoemd, zoals „genoegdoening”, „straf” en „preventie”(85), maar het recht op schadevergoeding, zoals dat in de wet is neergelegd, is op dergelijke andere functies niet specifiek toegesneden(86). Een privaatrechtelijke boete kent het Nederlandse recht niet. Een en ander neemt niet weg dat de (dreiging van) toekenning van een schadevergoeding niettemin bepaalde (gunstige) „bijwerkingen” in die sfeer kan en zal hebben(87). Aldus kan van een dergelijke toekenning een zekere preventieve werking uitgaan en kan de sanctionering van rechten met behulp van het schadevergoedingsrecht worden gezien als een vorm van rechtshandhaving. Met name met betrekking tot de handhaving van persoonlijkheidsrechten kan de vraag rijzen of het compensatoire schadevergoedingsrecht steeds voldoende (preventieve en repressieve) bescherming biedt tegen inbreuken. Andere preventieve of repressieve sancties dan schadevergoeding, zoals een verbod, bevel of rectificatie, zijn niet steeds geschikt om de schending van een persoonlijkheidsrecht te redresseren. Zo kan een verbod op het doen van bepaalde uitingen

(82) C.J.J.C. VAN NISPEN, *Het rechterlijk verbod en bevel*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1978, nr. 71.

(83) Zie *Onrechtmatige daad* art. 6:167 (VAN NISPEN), aant. 13.

(84) Mon. Nieuw BW B-34 (A.R. BLOEMBERGEN), 1982, nr. 2.

(85) Zie voor verschillende functies waarover in de literatuur wordt gesproken: Schadevergoeding (DEURVORST), art. 106, aant. 6, waar achtereenvolgens worden genoemd: goedmaken van schade, afleiding, genoegdoening, preventie, verkapte vergoeding van vermogensschade en straf.

(86) Zie met betrekking tot vergoeding van immateriële schade: S.D. LINDENBERGH, diss. 1998, blz. 31 e.v.

(87) Zie meer uitvoerig over de functies en effecten van smartengeld: S.D. LINDENBERGH, diss. 1998, blz. 5-62.

bij voorbaat soms te zeer in strijd zijn met de uitingsvrijheid en is bijvoorbeeld rectificatie weinig zinvol als het gaat om onrechtmatige uitingen over het privé-leven. Maar ook het schadevergoedingsrecht is misschien niet steeds adequaat. Dikwijls hebben schendingen van persoonlijkheidsrechten niet of nauwelijks vermogensschade tot gevolg, terwijl ook de aard en omvang van de immateriële schade bij schending van persoonlijkheidsrechten weinig „zichtbaar” is en haar eigen problemen stelt. Die aspecten zullen hierna aandacht krijgen.

E.2 Vermogensschade

Het Nederlandse recht heeft als uitgangspunt dat, wanneer komt vast te staan dat jegens de benadeelde een norm is geschonden, de aansprakelijke in beginsel(88) gehouden is de gehele daaruit voortvloeiende vermogensschade te vergoeden. Dat die normschending besloten ligt in de schending van een persoonlijkheidsrecht brengt in dat verband geen bijzonderheden mee, nu het schadevergoedingsregiem voor wat betreft de vergoeding van vermogensschade in beginsel(89) geen onderscheid maakt tussen gevallen van inbreuk op een recht en gevallen van handelen in strijd met een wettelijke plicht, in strijd met de zorgvuldigheid of in strijd met een (persoonlijke) verbintenis („wanprestatie”)(90).

Wel kan hier worden gesignaleerd dat in sommige gevallen, zoals bij schending van eer en goede naam, maar ook bij schending van het „droit moral” van de auteur, de vermogensschade als gevolg van schending van het persoonlijkheidsrecht dikwijls onderbelicht blijft, althans vaak niet als zodanig wordt onderkend en benoemd. Men ziet hier in de rechtspraak wel toekenningen van forse bedragen ter zake van vergoeding van immateriële schade, zonder dat aan de vermogensschade aandacht wordt besteed, terwijl veelal aannemelijk is dat

(88) Dat wil zeggen binnen de begrenzings van de typen te vergoeden schade (art. 6:95 e.v.), het causaal verband (6:98), voordeelstoerekening (6:100), eigen schuld (6:101), de kring van gerechtigden (6:107-108), matiging (6:109) en limitering (6:110).

(89) Hooguit via de „aard van de aansprakelijkheid” in art. 6:98 en 6:109 BW.

(90) Dat heeft in de rechtspraak (in HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 m.nt. CJHB (Wrongful birth) bijvoorbeeld geresulteerd in de veroordeling tot vergoeding van de kosten van opvoeding van een kind door een zwangerschap die (indirect) het gevolg was van een beroepsfout van een arts (het niet terugplaatsen van een spiraaltje na een operatie). De onderhavige inbreuk kan wellicht als schending van een persoonlijkheidsrecht worden aangemerkt, aldus S.D. LINDENBERGH, diss. 1998, blz. 161, A.J. VERHEIJ 1998, blz. 347, alsmede BRUNNER in zijn noot onder het arrest onder 4.

de schending toch vooral gevolgen heeft voor het vermogen door aantasting van „goodwill”(91). Dat kan wellicht worden verklaard, doordat bij schending van persoonlijkheidsrechten primair pleegt te worden gedacht aan de immateriële sfeer en dat vermogensschade door bijvoorbeeld aantasting van een reputatie vaak moeilijk concreet is te begroten. In het niet maken van onderscheid tussen immateriële schade en vermogensschade in dergelijke gevallen schuilt evenwel het gevaar dat het beeld van het niveau van (eigenlijke) smartengeldbedragen sterk vertekend wordt(92).

E.3 Immateriële schade

a. Gevallen waarin

Volgens artikel 6:95 BW heeft de benadeelde slechts recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade wanneer de wet dat zegt. Daarin ligt als uitgangspunt besloten dat niet alle onrechtmatig veroorzaakt leed voor vergoeding in aanmerking komt. De praktisch belangrijkste wettelijke bepaling, artikel 6:106 lid 1 onder *b* BW, kent drie categorieën van gevallen waarin een recht op smartengeld bestaat, te weten bij lichamelijk letsel, bij schending van eer en goede naam en wanneer de benadeelde „op andere wijze in zijn persoon is aangetast”. Daarnaast bestaat volgens artikel 6:106 lid 1 onder *a* BW een recht op smartengeld wanneer de veroorzaker het oogmerk had om immateriële schade toe te brengen en biedt artikel 6:106 lid 1 onder *c* BW een recht op smartengeld bij bepaalde aantastingen van de nagedachtenis van een overledene. De laatste twee categorieën blijven hier, evenals enkele andere wetsbepalingen waarin een recht op vergoeding van immateriële schade is neergelegd, vanwege hun geringe praktische betekenis verder buiten beschouwing.

Doordat de wet nadere eisen stelt voor het bestaan van een recht op vergoeding van immateriële schade en deze eisen formuleert in de vorm van aantastingen van „Rechtsgüter”, ontstaat er aldus in zekere zin een tweeledig stelsel. Voor de onrechtmatigheid kan – naast inbreuk op een recht of handelen in strijd met een wettelijke plicht –

(91) Men denke aan schending van de reputatie van personen met enig beroepsmatig aanzien zoals een wethouder (vgl. Hof Amsterdam 13 september 1990, *Mediaforum* 1991, B3, *VRS* 1997, 858 (*f* 125.000)) of een advocaat (vgl. Rb. Arnhem 1 april 1999, *NJKort* 1999, 49 (*f* 150.000)). Vgl. voorts Rb. Assen 17 november 1992, *BR* 1993, blz. 845 (*f* 70.000 voor architect op wiens ontwerp een inbreuk was gemaakt).

(92) Zie daarover nader hierna onder E.3 sub b.

schending van een zorgvuldigheidsnorm volstaan, maar voor de vraag of er een recht op smartengeld bestaat dient bovendien sprake te zijn van één van de in artikel 6:106 BW meer specifiek omschreven aantastingen. Dat maakt de vraag wat valt te kwalificeren als dergelijke aantastingen actueel.

Wat onder de categorieën „lichamelijk letsel” en „schending van eer en goede naam” valt, is betrekkelijk duidelijk. Dat is in mindere mate het geval bij de categorie „of op andere wijze in zijn persoon is aangetast”. Onder die formulering valt volgens de rechtspraak in elk geval geestelijk letsel(93). Aan het aannemen van geestelijk letsel in deze zin worden in de rechtspraak evenwel forse eisen gesteld. In de rechtspraak van de Hoge Raad en in de literatuur worden naast „geestelijk letsel” ook wel ernstige schendingen van persoonlijkheidsrechten aangemerkt als aantastingen van de persoon die recht geven op vergoeding van immateriële schade, bijvoorbeeld wanneer het gaat om ernstige schendingen van de persoonlijke levenssfeer door publicatie van een naaktfoto of door openbaarmaking van een strafrechtelijk verleden(94). In de lagere rechtspraak vindt men voorts voorbeelden op het terrein van aantastingen van de lichamelijke integriteit in de vorm van seksueel misbruik(95) en ongewenste intimiteiten(96), in de sfeer van ongelijke behandeling(97) en op het gebied van aantasting van de bewegingsvrijheid(98). Voorts valt bijvoorbeeld te denken aan de schending van bepaalde procedurele rechten(99). De betrekkelijke abstractie en diversiteit van deze cate-

(93) Aldus onder meer HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366 m.nt. CJHB (Ontvanger/Bos), HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 m.nt. Ma (Kip & Sloetjes/Rabo) en (expliciet ook voor het oude recht) HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 366 (B/Fiom).

(94) Vgl. HR 30 oktober 1987, *NJ* 1987, 277 (Naturistengids) en HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 58 (K/Staat). Zie in de literatuur uitvoerig S.D. LINDENBERGH, diss. 1998, blz. 150 e.v. en voorts A.J. VERHEIJ 1998, blz. 344-350.

(95) Zie uitvoerig M. WARNINK, *Schadevergoeding bij seksueel misbruik*, Nijmegen: Ars Aequi, 1995.

(96) Zie R. HOLTMAAT, *Seksuele intimidatie op de werkplek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, blz. 49 e.v.

(97) Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 18 maart 1993, *JAR* 1993, 193. Anders Hof Amsterdam 7 december 1995, *Nemesis* 1996, nr. 601, waarin een recht op smartengeld wegens onrechtmatige afwijzing in een sollicitatie naar oud recht wordt afgewezen. Opmerkelijk is dat hetzelfde Hof (in een andere samenstelling) in het arrest van 1993 overwoog dat de opvatting dat bij discriminatie een recht op smartengeld bestaat ook voor 1992 reeds maatschappelijk was aanvaard.

(98) Als uitwerking van de laatste groep kan ook art. 89 Wsv worden genoemd dat een recht op vergoeding van immateriële schade kent in geval van vrijheidsbeneming in het kader van strafrechtelijk onderzoek.

(99) Zie over de vergoeding van schade als gevolg van schending van procedurele rechten nader M.L. VAN EMMERIK, diss. 1997, blz. 203-205 en 208 e.v.

gorie vraagt om nadere invulling in de vorm van gezichtspunten of criteria die ertoe kunnen bijdragen deze groep van gevallen te onderscheiden van gevallen waarin een recht op vergoeding van immateriële schade niet op zijn plaats is(100). Dat laatste is met name van belang in het licht van artikel 6:95 BW, waarmee de wetgever een gesloten stelsel van gevallen waarin een recht op vergoeding van immateriële schade bestaat, voor ogen heeft gehad. Zou alles wat de persoon raakt, kunnen worden aangemerkt als persoonsaantasting, dan mist de categorie onderscheidend karakter en zou het gesloten systeem „lek raken”.

In dit verband kan de vraag worden gesteld of de enkele schending van een persoonlijkheidsrecht reeds een vergoeding van schade rechtvaardigt. Ziet men de grondslag voor die vergoeding enkel in de rechtsschending als zodanig, dan gaat het in feite enkel om een sanctionering van die schending die van een boete niet is te onderscheiden. Een dergelijke gedachte past niet goed in het schadevergoedingsrecht, maar zou misschien omwille van de behoefte aan bescherming van de menselijke persoonlijkheid gewenst kunnen zijn. Ik meen evenwel dat daaraan geen behoefte bestaat. Bij geringe schendingen is een vergoeding van immateriële schade mijns inziens niet nodig en kan worden volstaan met de vaststelling dat een recht is geschonden. Die gedachte past het beste in het stelsel van artikel 6:95 BW en 6:106 BW waarin geringe immateriële schade buiten beschouwing blijft en is meen ik ook maatschappelijk aanvaardbaar; niet alle onbehagen behoeft met geld te worden vergoed, ook niet als dat onbehagen het gevolg is van onrechtmatige aantasting van een hoogwaardig persoonsbelang. Daaraan doet niet af dat het recht een dergelijke drempel bij lichamelijk letsel niet kent, omdat lichamelijk letsel zich als zodanig als praktisch werkbare categorie laat onderscheiden van andere gevallen, terwijl voor andere gevallen naar nadere onderscheidende criteria moet worden gezocht. In ernstiger gevallen kan uit de aard van het geschonden belang en uit de ernst van de schending het bestaan van immateriële schade van enige omvang worden afge-

(100) Dat het formuleren van een nadere afbakening van gevallen waarin een recht op vergoeding van immateriële schade in geval van schending van persoonlijkheidsrechten niet eenvoudig is, blijkt bij A.J. VERHEIJ 1998, die (op blz. 343) aan de hand van „zelfbeschikking” tot een afbakening tracht te komen en daarbij aanvankelijk als nadere beperking zoekt „dat de zelfbeschikking van het individu zoveel mogelijk direct – dat wil zeggen niet via diens vermogen – wordt getroffen”, maar vervolgens ook voorbeelden (blz. 348) noemt van gevallen waarin het primair gaat om beschadiging van vermogensbestanddelen, zoals het afbranden van een huis.

leid. Het past dan ook in de lijn van de artikelen 6:95 en 6:106 BW en in de lijn van de rechtspraak van de Hoge Raad om slechts in gevallen van *ernstige* schendingen van persoonlijkheidsrechten een recht op vergoeding van immateriële schade te aanvaarden.

In dat licht is bepleit om met betrekking tot de vergoeding van immateriële schade bij schending van persoonlijkheidsrechten een minimumbedrag te hanteren van bijvoorbeeld f 2.000(101). De hantering van een dergelijk minimum benadrukt enerzijds dat een vergoeding eerst op haar plaats is wanneer het gaat om een ernstige schending, zodat de rechter niet te spoedig naar dit middel zal grijpen, en anderzijds dat, wanneer van een ernstige schending sprake is, dan ook een min of meer substantieel bedrag op zijn plaats is en bijvoorbeeld symbolisch kleine bedragen niet passend zijn.

In verband met de afbakening van gevallen waarin een recht op vergoeding van immateriële schade bij schending van persoonlijkheidsrechten op zijn plaats is, is in de literatuur voorgesteld om aan de hand van een aantal gezichtspunten te bepalen of een schending voldoende ernstig is om het bestaan van een recht op vergoeding van immateriële schade te rechtvaardigen(102). Als relevante gezichtspunten zijn daartoe aangedragen de aard van het geschonden belang, de ernst van de gevolgen, de wijze van schending en de vraag of de schending op andere wijze kan worden goedge maakt.

Met betrekking tot de *aard van het geschonden belang* kan in de eerste plaats worden gedacht aan de mate waarin bepaalde belangen maatschappelijk en juridisch erkenning hebben gevonden, bijvoorbeeld doordat zij worden gedekt door in de grondwet of in verdragen gecodificeerde rechten en door de uitleg die daaraan wordt gegeven. Daarbij is tevens ruimte voor ontwikkeling. In verband met het laatste kan bijvoorbeeld worden gedacht aan diverse aspecten van voortplanting(103) en (andere) ontwikkelingen op medisch gebied(104). Voorts

(101) S.D. LINDENBERGH, diss. 1998, blz. 270.

(102) S.D. LINDENBERGH, diss. 1998, blz. 155 e.v.

(103) Zie voor een voorbeeld waarin het persoonlijkheidsrecht werd aangegrepen als grondslag voor een recht op vergoeding van immateriële schade BGH 9 november 1993, *NJW* 1994, 127 (In verband met kankerbehandeling opgeslagen sperma wordt door ziekenhuis ten onrechte vernietigd). Zie voor een beschouwing over de uitspraak en het Nederlandse recht A.M.L. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, „Recht op sperma en aansprakelijkheid”, in: P.H. GERVER, J.G. KUIJL, A.J.H. PLEJSIER & R.T.G. VERSTRAATEN (red.), *Heden verschenen voor mij*, Soonsbundel Arnhem: Gouda Quint, 1995.

(104) Zie andere aspecten van persoonlijkheidsrechten in verband met voortplanting (zoals het recht op voortplanting en op het gebruik van kunstmatige middelen daartoe) J. DE RUITER, *Manipuleren met leven*, Preadvies NJV 1993, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1993.

kan gewicht worden toegekend aan de mate waarin bescherming van een bepaald belang door het schadevergoedingsrecht wenselijk wordt geacht. Daarbij zou bijvoorbeeld kunnen worden onderscheiden tussen enerzijds de lichamelijke integriteit, de privé-sfeer en de bewegingsvrijheid, die de integriteit van de persoon betreffen en zeer dicht aanliggen tegen de in artikel 6:106 BW genoemde categorieën lichamenlijk letsel en schending van eer en goede naam, en anderzijds rechten die veeleer de ontplooiing van de menselijke persoon op het oog hebben, zoals het recht van vereniging, het recht op vrijheid van meningsuiting of het „recht” op scholing. In de laatste gevallen zou een recht op vergoeding van immateriële schade minder snel op zijn plaats kunnen worden geacht, zeker wanneer dergelijke rechten ook met andere sancties voldoende kunnen worden gewaarborgd(105).

Naast de aard van het geschonden belang zal ook gewicht toekomen aan de *ernst van de gevolgen*(106). Het zal bij schending van persoonlijkheidsrechten echter dikwijls gaan om minder „zichtbare” gevolgen, zoals psychisch onbehagen, zodat dit gezichtspunt op zichzelf dikwijls weinig houvast zal bieden. Niettemin zijn in een aantal gevallen de gevolgen tot op zekere hoogte te objectiveren, zoals wanneer het gaat om herhaalde confrontatie met negatieve publiciteit(107).

Voorts kunnen de *aard en wijze van schending* hier gewicht in de schaal leggen. Zo zal een publicatie met een ruim bereik in het algemeen als ernstiger worden ervaren dan roddel door burens. In dit verband zal ook gewicht toekomen aan de mate van schuld van de laedens, nu aan een aanzienlijke mate van schuld een „presumption of serious loss” kan worden ontleend en een schadevergoeding dan ook eerder op haar plaats is. Ook kan in dit verband gewicht toekomen aan de vraag of het gaat om een rechtstreekse aantasting, die eerder een recht op vergoeding van immateriële schade zal rechtvaardigen, dan wel om een indirecte aantasting.

(105) Zo is door de Centrale Raad van Beroep geoordeeld dat het niet kunnen volgen van een opleiding niet de kansen op ontwikkeling en ontplooiing zodanig aantast, dat sprake is van een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht die aanspraak zou geven op vergoeding van immateriële schade (CRvB 8 april 1997, *RSV* 1997, 243).

(106) Gaat het om zeer ernstige gevolgen die kunnen worden aangemerkt als schade aan de gezondheid in de vorm van geestelijk letsel, dan zal (ook) op die grond recht op smartengeld bestaan.

(107) Vgl. de zaak van wethouder Stuart (Hof Amsterdam 13 september 1990, *Mediaforum* 1991, blz. 1) die na publicaties over zijn vermeende omkoopbaarheid bij kennismaking met anderen steeds werd geconfronteerd met de vraag: „De Stuart?”.

Tenslotte zal gewicht toekomen aan de vraag of de schade met behulp van een andere sanctie, zoals een rectificatie, een verbod of een bevel, kan worden weggenomen of goedge maakt. Hoewel ontoereikendheid van andere sancties geen voorwaarde vormt voor het aannemen van een recht op schadevergoeding, kan de effectiviteit van dergelijke sancties niettemin een bruikbaar gezichtspunt vormen voor de vraag of een recht op vergoeding van immateriële schade op zijn plaats is. Daar pleit voor dat, wanneer men rechtshandhaving ziet als één van de motieven voor de erkenning van een recht op smartengeld, dat motief minder gewicht in de schaal legt wanneer de handhaving anderszins beter of even goed kan worden gewaarborgd. In dit verband kan een parallel worden getrokken met de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens waarin wordt overwogen dat de vaststelling dat een recht is geschonden reeds een zekere mate van „satisfaction” meebrengt(108).

b. Omvang

Volgens artikel 6:106 BW dient de omvang van de vergoeding van immateriële schade „naar billijkheid” te worden vastgesteld. Volgens de parlementaire geschiedenis dient de rechter daarbij rekening te houden met „alle omstandigheden van het geval”(109). De factoren die in de rechtspraak op het terrein van de schending van persoonlijkheidsrechten bepalend worden geacht voor de omvang van de vergoeding van immateriële schade zijn weinig helder, omdat zij doorgaans in de uitspraken weinig worden geëxpliciteerd. Het lijkt vooral te gaan om de aard van het geschonden belang en om de ernst van de schending(110).

De bij schending van persoonlijkheidsrechten, buiten gevallen van lichamelijk of geestelijk letsel, toegekende smartengeldbedragen zijn doorgaans betrekkelijk bescheiden. Veelal gaat het om bedragen tussen *f* 1.000 en *f* 20.000(111). In enkele gevallen gaat het om meer. Zo werd in 1990 *f* 125.000 toegekend aan een wethouder die in een

(108) Zie bijv. EHRM 13 juni 1979, *NJ* 1980, 462 m.nt. EAA (Marckx).

(109) TM, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 377.

(110) Bij onrechtmatige perspublicaties worden in dat verband als relevante factoren genoemd de aard van het medium, de mate van verspreiding, de omvang en duur van de aandacht in de pers, de persoon van de getroffene, het winst oogmerk van de laedens en de gebruikte journalistieke methode. Zie S.D. LINDENBERGH, diss. 1998, blz. 256-257.

(111) Zie „Smartengeld”, uitgave *Verkeersrecht 1997*, rubriek 24.

televisieprogramma in een kwaad daglicht was gesteld en werd onlangs f 150.000 toegekend aan een advocaat die volgens de rechtbank ten onrechte in een bijlage bij een onderzoeksrapport werd aange-merkt als betrokkene bij criminele activiteiten van de georganiseerde misdaad(112). Het gaat in de laatste twee gevallen om forse bedragen, zeker in vergelijking tot de hoogste in gevallen van lichamelijk letsel toegekende bedragen, die plegen te liggen tussen f 150.000 en f 300.000(113).

Op het terrein van de schending van persoonlijkheidsrechten kunnen ten aanzien van de omvang van het smartengeld verschillende kwesties worden onderscheiden. Behalve de hiervoor aangestipte kwestie van een drempel en eventuele daarmee corresponderende minimumbedragen, rijst de vraag naar de juistheid van het niveau van de hoogste bedragen. Daarbij kunnen weer drie kwesties worden onderscheiden: de vraag of de bedragen voldoende hoog zijn om preventie te bewerkstelligen, de vraag naar de verhouding van de hoogste bedragen tot die in andere gevallen waarin smartengeld wordt toegekend, en de vraag of de bedragen niet zodanig hoog zijn, dat zij een bedreiging vormen voor de uitingsvrijheid.

De eerste vraag speelt in de praktijk vooral een rol bij de inbreuken door de (roddel)pers op de privé-sfeer of de goede naam. In Duitsland heeft de handelwijze van de agressieve amusementspers het Bundesgerichtshof ertoe gebracht om bij „rücksichtslose Zwangskommerzialisierung” van de persoonlijkheid door de pers de mogelijkheid te bieden om met het oog op preventie hoge bedragen toe te kennen(114). Het gaat daarbij in de ogen van het Bundesgerichtshof overigens om een vergoeding met een bijzonder karakter:

„Bei einer Entschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht handelt es sich im eigentlichen Sinn nicht um ein Schmerzensgeld nach par. 847 BGB, sondern um einen Rechtsbehelf, der auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 2I

(112) Rb. Arnhem 1 april 1999, *NJKort* 1999, 49.

(113) Vgl. recentelijk Rb. Arnhem 10 december 1998, *VR* 1999, 80 (f 200.000 smartengeld bij zeer ernstige dwarslaesie), Rb. Amsterdam 30 december 1998, *VR* 1999, 81 (f 200.000 smartengeld bij zeer ernstige dwarslaesie) en Hof Amsterdam 14 januari 1999, *VR* 1999, 82 (f 250.000 smartengeld bij verlamming en zeer ernstig hersenletsel). Het betroffen steeds gevallen die door de colleges tot de meest ernstige werden gerekend. Zie daarover S.D. LINDENBERGH, „De hoogte van het smartengeld in Nederland”, *VR* 1999, blz. 129-134.

(114) BGH 15 november 1994, BGHZ 128,1 (Caroline von Monaco I) en BGH 5 december 1995, *NJW* 1996, 984 (Caroline von Monaco II).

GG zurückgeht (...). Die Zubilligung einer Geldentschädigung beruht auf dem Gedanken, daß ohne einen solchen Anspruch Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, daß der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde.”

Het is de vraag of aan een dergelijke figuur op het ogenblik in Nederland behoefte bestaat. Die behoefte wordt bepaald door de ernst van de situatie, door de bestaande mogelijkheden en door de verwachtingen ten aanzien van een dergelijke nieuwe figuur. Het gaat hier in de eerste plaats om een betrekkelijk specifieke groep van gevallen die in Nederland naar mijn mening geen probleem van enig formaat vormen. Het valt in Nederland vooralsnog nogal mee met de „rücksichtslose Zwangskommerzialisierung” van de menselijke persoonlijkheid, terwijl het niveau van de bedragen in het overgrote deel van de gevallen tot nu toe tamelijk bescheiden is. Slechts bij uitzondering wordt meer dan f 20.000 toegewezen. Het compensatoire schadevergoedingsrecht laat dan ook nog wel enige ruimte voor verhoging. Wanneer naast de vergoeding van immateriële schade reële en forse bedragen voor vermogensschade in de vorm van verlies aan „goodwill” worden toegekend kan ook binnen het huidige stelsel aan het totaalbedrag een aanzienlijke preventieve werking worden toegemeten. Het verdient in dat verband overigens wel aanbeveling om de vergoeding voor vermogensschade, meer dan nu geschiedt, afzonderlijk te begroten en als zodanig te benoemen. De betrekkelijk forse vergoedingen die soms worden toegekend in gevallen van schending van de reputatie van beroepsbeoefenaren zoals advocaten of architecten laten zich vaak wel rechtvaardigen, maar moeten doorgaans in feite worden aangemerkt als vergoedingen van vermogensschade in de vorm van verlies aan „goodwill”. Ter voorkoming van onevenwichtigheid ten opzichte van in andere gevallen toegewezen smartengeldbedragen verdient het de voorkeur om dat (meer) te expliciteren. Tenslotte geldt dat juist op dit terrein, waar inbreuken doorgaans worden gepleegd ten profijte van de laedens, artikel 6:104 BW uitkomst kan bieden door de „schade” te begroten op (een deel van) de gemaakte winst. Weliswaar is dat artikel vooralsnog aangemerkt als een vorm van schadebegroting(115) en niet zozeer als een grond voor „winstafdracht”, maar een grimmiger klimaat op het terrein van de

(115) Aldus HR 24 november 1994, NJ 1995, 421 m.nt. CJHB (Waeijen-Scheers/Naus).

amusementpers kan aanleiding zijn om daarin verandering te brengen(116).

Overigens, en dat betreft de andere twee aangestipte kwesties, kan forse verhoging van de smartengeldbedragen op dit terrein ook problematisch zijn. In de eerste plaats kan aldus de verhouding tot de bij lichamelijk letsel toegekende smartengeldbedragen zoek raken, hetgeen aan benadeelden met lichamelijk letsel moeilijk is uit te leggen. Hoe kan immers worden verklaard dat bijvoorbeeld een lid van het koninklijk huis waarover persoonlijke gegevens bekend worden gemaakt f 150.000 ontvangt, terwijl een ander bij ernstige invaliditeit eenzelfde bedrag ontvangt, wanneer wordt aangenomen dat de ernst van het nadeel de grondslag vormt voor de begroting van de vergoeding? Aldus schuilt in een dergelijke verhoging een risico van opwaartse druk op de smartengeldbedragen in andere gevallen. Een rechtvaardiging voor een verschillende benadering kan alleen worden gevonden – en ook dan is de vraag of die rechtvaardiging bevredigt – wanneer daarvoor bij schending van een persoonlijkheidsrecht een afzonderlijke grond bestaat, zoals de behoefte aan preventie. Wordt dat aanvaard, dan rijst vervolgens de vraag of het toegewezen bedrag (geheel) aan de benadeelde mag toekomen(117).

In de tweede plaats vindt verhoging van vergoedingen op dit terrein een grens in de gerechtvaardigdheid van beperkingen van de uitingsvrijheid die door de mogelijkheid van toekenning van zeer hoge schadevergoedingen onevenredig kan worden bedreigd(118).

E.4 Schadevergoeding anders dan in geld

Naast schadevergoeding in geld biedt het Nederlandse recht in artikel 6:103 BW de rechter de mogelijkheid om op vordering van de benadeelde schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom toe te kennen. Het kan daarbij zowel gaan om vergoeding van vermogensschade als om vergoeding van immateriële schade,

(116) Zie in deze zin ook MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv., blz. 1267/8 waar wordt bepleit om in het kader van de begroting van artikel 6:106 BW rekening te houden met de door de laedens genoten winst. De toepassing van artikel 6:104 BW lijkt mij evenwel zuiverder. Zie nader S.D. LINDENBERGH, diss. 1998, blz. 291-294.

(117) Vgl. Christian von BAR, Schmerzengeld und gesellschaftliche Stellung des Opfers bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, *NJW* 1980, blz. 1724-1729.

(118) Deze gedachte komt tot uitdrukking in EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996, 544 m.nt. EJD (Miloslavsky), waarin het Hof in een geval van onrechtmatige publicatie eisen stelt aan de proportionaliteit tussen nadeel en vergoeding. Ook volgens het Duitse BGH (BGHZ 128, 1) vormt de persvrijheid een grens.

althans indien recht op vergoeding van die schade bestaat. De vergoeding kan plaatsvinden in vormen van zeer uiteenlopende aard. De grens met andere sancties, zoals een verbod of bevel en rectificatie is niet scherp. Doorgaans pleegt te worden aangenomen dat verbod en bevel zien op de toekomst, en schadevergoeding op het verleden(119). Het gaat bij het verbod en bevel derhalve met name om voorkoming of beperking van onrecht en/of schade, terwijl bij toepassing van artikel 6:103 BW als vereiste geldt dat schade is geleden.

In de parlementaire geschiedenis is de schadevergoeding anders dan in geld uitdrukkelijk genoemd als middel om aantastingen van de persoon in de vorm van schending van eer of reputatie te redresseren(120). In de rechtspraak ziet men vooral voorbeelden op het terrein van straat- en contactverboden na seksueel misbruik, die veelal liggen op de grens tussen het verbod of bevel in de zin van artikel 3:296 BW en de schadevergoeding anders dan in geld(121). Een sprekend voorbeeld vormt voorts de verplichting tot het ondergaan van een HIV-test door een verkrachter(122).

BESLUIT

In het voorgaande is de betekenis van het begrip persoonlijkheidsrechten voor het Nederlandse civiele recht aan de orde gesteld en is onderzocht op welke terreinen dit begrip voor het civiele recht betekenis heeft en kan hebben. Het begrip is ook in Nederland niet onbekend en wordt reeds geruime tijd in de literatuur gehanteerd, en meer recent ook expliciet in de rechtspraak van de Hoge Raad. Hoewel het begrip persoonlijkheidsrechten met verschillende aspecten van het civiele recht in verband pleegt te worden gebracht en op uiteenlopende terreinen zijn diensten kan bewijzen, is de precieze betekenis ervan vooralsnog weinig uitgewerkt.

(119) Zie C.J.J.C. VAN NISPEN, diss. 1978, nr. 45, alsmede de literatuur en rechtspraak vermeld in *Schadevergoeding (DEURVORST)*, art. 103, aant. 4.

(120) TM, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 379.

(121) Zie over straatverboden en dergelijke uitvoerig J. DOOMEN, „Straatverboden in kort geding”, *NJB* 1985, blz. 109-115 en J.H. BLAAUW, „Straatverboden in kort geding”, *Advocatenblad* 1986, blz. 193-198.

(122) HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347 m.nt. CJHB en EAA en Pres. Rb. Arnhem 2 april 1997, *Nemesis* 1997, 756.

Het gaat bij persoonlijkheidsrechten om subjectieve rechten die betrekking hebben op verschillende aspecten van de kern van de menselijke persoonlijkheid en die de waarde van de mens als persoon, waaronder diens integriteit, identiteit en autonomie, beogen te waarborgen. Zij kunnen in zekere zin worden beschouwd als een civielrechtelijke variant van grondrechten of mensenrechten. Het hoogst persoonlijke karakter van deze rechten brengt mee dat niet snel zal mogen worden aangenomen dat daarvan door de gerechtigde afstand is gedaan, terwijl dat karakter tevens beperkingen kan meebrengen ten aanzien van de overdraagbaarheid en gevolgen kan hebben na een eventuele overgang van een voorwerp, waarin een aspect van de persoonlijkheid is belichaamd, op een ander.

De erkenning en het in kaart brengen van deze rechten kunnen ertoe bijdragen dat de menselijke persoon een betere en een beter gefundeerde bescherming toekomt. De aard van het begrip biedt bovendien mogelijkheden om rekening te houden met maatschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van de waardering van persoonsbelangen, alsmede met ontwikkelingen op technisch gebied. Het begrip laat zich ten slotte goed inpassen in het bestaande vermogensrechtelijke systeem.

Hoewel niet voor de toepassing van alle sancties die het vermogensrecht biedt steeds voldaan behoeft te zijn aan alle vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad — voor de toepassing van een rechterlijk verbod en bevel is bijvoorbeeld niet vereist dat de onrechtmatige daad reeds is voltooid, en evenmin dat deze schade teweeg heeft gebracht of dat zij aan schuld is te wijten — pleegt hun toepasselijkheid toch vrijwel steeds te worden beoordeeld in het kader van de onrechtmatige daad. De regeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad biedt ook een bruikbaar toetsingskader voor de vraag of een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht een sanctie rechtvaardigt. Dit kader biedt de mogelijkheid om behalve met de eventuele inbreuk tevens rekening te houden met de rechten en belangen van anderen. Het kunnen stellen van een persoonlijkheidsrecht biedt, ook wanneer het uiteindelijk gaat om een afweging van belangen, zekere voordelen. Het doet veelal een voldoende belang bij de vordering veronderstellen, biedt een gunstiger bewijspositie, maar gooit bovendien hoge ogen indien het op een belangenafweging aankomt.

Op het punt van de handhaving lijkt de persoonlijkheidsrechten vooralsnog ook voldoende recht te kunnen worden gedaan met het bestaande vermogensrechtelijke sanctiearsenaal. Ten aanzien van de

toepassing van het rechterlijk verbod en bevel is in de rechtspraak inmiddels de nodige creativiteit aan de dag gelegd waar het gaat om de handhaving van persoonlijkheidsrechten. Het concept persoonlijkheidsrechten biedt bovendien goede mogelijkheden voor nadere afbakening van de gevallen waarin een recht op vergoeding van immateriële schade op zijn plaats is. En hoewel daarvoor in het Duitse recht recentelijk wel is gekozen, is er vooralsnog geen aanleiding om ter bescherming van de menselijke persoonlijkheid hogere vergoedingen toe te kennen dan uit een oogpunt van compensatie kunnen worden gerechtvaardigd.