SMARTEGELD BIJ KRENKENDE BERICHTGEVING
Beschouwingen over Nederlands, Duits en Engels recht

T.E. Deurvorst*

INLEIDING

In het voorjaar van 1987 werd het Winchester College, één van Engeland's oudste en meest vooraanstaande private kostscholen, uit zijn winterslaap opgeschrikt door een pamflet. In dit pamflet werd Lord Aldington, een op grond van grote verdiensten in de adelstand verheven bestuurder van het genoemde college, van oorlogsmisdaden beschuldigd: hij zou 70.000 Kozakse en Joegoslavische krijgsgevangenen de dood hebben ingejaagd, door hen in 1945 uit te leveren aan de communisten:

> 'Those who still feel that a man with the blood of 70,000 men, women and children on his hands (...) is a suitable Warden for Winchester might care to ask themselves (or Lord Aldington, if they can catch him) the following questions (...). Lord Aldington has been repeatedly charged in books and articles, by press and public, with being a major war criminal, whose activities merit comparison with those of the worst butchers of Nazi Germany or Soviet Russia (...).'

De auteur van het stuk was Count Nikolai Tolstoy Miloslavsky. Het pamflet werd aan leerlingen, de staf en oud-leerlingen van Winchester College, parlementsleden, leden van het House of Lords en de pers ter hand gesteld. Aldington wendde zich tot de rechter en stelde onder Engels recht een vordering in tot vergoeding van smartegeld wegens *libel*, dat wil zeggen de aantasting van zijn goede naam door een geschrift. Miloslavsky beriep zich op zijn recht kritiek te leveren op feiten die het algemeen belang aangaan, meer in het bijzonder zijn recht op vrije meningsuiting om misstanden aan de kaak te stellen.

Waren deze woorden van Miloslavsky inderdaad te rekenen tot het domein van de vrije meningsuiting en diende de vordering tot vergoeding van smartegeld jegens Aldington te falen? Of was hier, bij gebreke van een succesvol beroep op de vrije meningsuiting, sprake van flagrante aantasting van de persoon van Aldington en diende Miloslavsky een zodanig bedrag te betalen dat in staat zou zijn de geschokte gevoelens van Aldington goed te maken? Blijkens het eind 1993 door de Europese Commissie voor de Rechten van de

---

* Advocaat te Amsterdam. Met dank aan Prof. mr. Gerard Schuijt voor zijn bereidheid mij op het terrein van de onrechtmatige berichtgeving wegwijs te maken.

Mens (ECRM) gegeven oordeel zijn antwoorden op vragen als deze niet zo zwart-wit te formuleren als de vraagstelling veronderstelt: ook wanneer een beroep op het recht van vrijheid van meningsuiting faalt en aansprakelijkheid voor niet-vermogensschade wordt aangenomen, kan de vrijheid van meningsuiting alsnog haar invloed uitoefenen op de omvang van het smartegeld.[2]

Aan dit oordeel ging het nodige vooraf. Vermoedelijk vanwege een tijdens het geding getoonde vijandelijke gezindheid van de rechter jegens hem, maakte Miloslavsky ingevolge nationaal (Engels) recht gebruik van zijn recht de jury een uitspraak te laten doen. Na getuigen te hebben gehoord en na ontvangst van de rechterlijke instructie, was de jury (eveneens) van mening dat de feitelijke beweringen van Miloslavsky substantieel onjuist waren en dat de in het stuk vervatte meningen niet in oprechtheid door een redelijk denkend persoon gemaakt hadden kunnen worden. De jury kende Aldington vervolgens een bedrag van £1,500,000 aan smartegeld toe en veroordeelde Miloslavsky tevens in de kosten van de procedure.

Deze uitspraak was verrassend. In vergelijkbare gevallen van belediging was het toegewezen smartegeld nooit hoger geweest dan één-derde deel van dit bedrag. Miloslavsky tekende dan ook hoger beroep aan tegen deze uitspraak bij het Engelse Court of Appeal. Hij kon dit hoger beroep echter niet doorzetten omdat hij niet in staat was de vereiste financiële zekerheid te stellen voor de proceskosten van Aldington in hoger beroep. Het Court of Appeal was van mening dat er geen reden was Miloslavsky van deze plicht tot het verschaffen van zekerheid te ontslaan. Toentertijd kwam een uitspraak van de jury slechts in uitzonderingsgevallen voor herziening in aanmerking.

Miloslavsky wendde zich vervolgens tot de ECRM. Volgens hem zou het vonnis onder meer een schending van artikel 10 lid 2 Europees Verdrag opleveren. Miloslavsky verweet het Verenigd Koninkrijk allereerst dat de voorafgaande procedure een disproportionele beperking van de in artikel 10 Europees Verdrag beschreven rechten opleverde. De jury had nauwelijks richtlijnen omtrent de hoogte van het toe te kennen smartegeld ontvangen. De rechter ontbrak het aan de nodige controle op de uitspraak van de jury. Ten tweede ontbrak volgens Miloslavsky de ingevolge artikel 10 Europees Verdrag vereiste wettelijke basis voor deze uitspraak. De merites van de tweede klacht kwamen niet aan de orde omdat de ECRM het met de eerste klacht van Miloslavsky eens was en zij aan de beoordeling van de tweede niet toekwam.

Alvorens in te gaan op de klacht van Miloslavsky zette de ECRM de uitgangspunten van het Europese Hof nog eens op een rij:

> '(a) Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society (...). Freedom of expression, as enshrined in Article 10, is subject to a number of exceptions which, however, must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be convincingly established (...)
> (c) The adjective "necessary", within the meaning of Article 10 para. 2, implies the existence of a "pressing social need" (...). The Court is (...) empowered to give the final ruling on whether a "restriction" is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.
> (d) The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was "proportionate to the legitimate aim pursued" and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are "relevant and sufficient".'

2. No. 18139/91, 6 december 1993.

Opvallend was dat de hiervoor genoemde *interference* niet – zoals dat meestal het geval is – een rechtstreeks door de overheid opgelegde (strafrechtelijke) beperking betrof. De beperking waarover Miloslavsky zich in casu beklaagde, betrof een civielrechtelijk vonnis dat tussen twee individuen was gewezen. Niettemin meende de ECRM dat het in dit vonnis toegekende smartegeld eveneens moest worden beschouwd als een beperking in de zin van artikel 10 Europees Verdrag, en wel een disproportionele.

Disproportioneel was deze beperking allereerst volgens de ECRM omdat het door Miloslavsky in hoger beroep geadieerde Engelse Court of Appeal toentertijd praktisch niet in staat was de uitspraak van de jury op juridische merites te beoordelen en de hoogte van het smartegeld te controleren. Tot 1990 konden jury-beslissingen slechts zeer beperkt door het Court of Appeal worden getoetst. Het Court of Appeal had slechts de bevoegdheid een dergelijke uitspraak van de jury te vernietigen en terug te verwijzen naar een andere jury. Thans voorziet de wet echter wel in de ruimere bevoegdheid van het Court of Appeal om het door de jury toegekende bedrag te vervangen door een bedrag dat hem gepaster voorkomt.[3]

De ECRM wees ten tweede op de beperkte mogelijkheden voor de rechter om de vaststelling van de hoogte van het smartegeld door de jury te controleren. De rechter moest volstaan met het aan de jury verschaffen van algemene richtlijnen. Sterker nog: in deze zaak had de jury geen enkele reden aangevoerd voor de hoogte van het toegekende bedrag.

Ten slotte wees de ECRM op de omstandigheid dat het toegekende bedrag drie keer zo hoog was als het maximum van de bedragen die in vergelijkbare gevallen waren toegewezen. Ofschoon de ECRM onderkende dat de aard van de beledigende berichtgeving zeer ernstig was, kwam zij al met al tot de slotsom

3. Zie § 51 van Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk en McFadden (1994) p. 13.

dat de toekenning van £1,500,000 ter genoegdoening van louter niet-vermogensschade wegens de aantasting van reputatie – zulks te onderscheiden van daadwerkelijk geleden vermogensschade – buitenproportioneel was in verhouding tot de daaraan ten grondslag liggende doelstelling.

De rechterlijke toekenning van smartegeld bij krenkende berichtgeving, zo valt af te leiden uit de uitspraak van de ECRM, moet dus voldoen aan de volgende eisen:

(a) De toekenning van het smartegeld moet zijn voorgeschreven bij wet;

(b) De toekenning van het smartegeld dient ter bescherming van één der in artikel 10 lid 2 Europees Verdrag genoemde belangen;

(c) In een democratische samenleving is de toekenning van het smartegeld noodzakelijk;

(d) De hoogte van het smartegeld moet proportioneel zijn in verhouding tot de te dienen legitieme doelstellingen;

(e) De rechter die het smartegeld toekent, moet relevante en voldoende argumenten voor de toekenning daarvan aanvoeren.[4]

Blijkens de bovengenoemde overwegingen van de ECRM wordt de rechterlijke toewijzing van smartegeld integraal in het licht van de omstandigheden van het concrete geval aan deze voorwaarden getoetst.

Onderwerp van deze bijdrage is nu het onderzoek naar het bestaan van concrete aanknopingspunten in de Nederlandse rechtspraak en literatuur, waaraan de eisen van de ECRM aangaande de vaststelling van de hoogte van het smartegeld en de argumenten daarvoor – zie sub (d) en (e) – kunnen worden getoetst. Deze bijdrage concentreert zich met name op aanknopingspunten die de omvang van het smartegeld bij krenkende berichtgeving beïnvloeden. Afgezien van een aantal algemene opmerkingen blijven de constitutieve vereisten voor de toekenning daarvan buiten beschouwing.

Bij wijze van referentie zal worden onderzocht of de uit de Nederlandse rechtspraak en literatuur te selecteren aanknopingspunten ook in de Duitse en Engelse rechtspraak en literatuur zijn terug te vinden. De goede toegankelijkheid en de inpasbaarheid in het Nederlandse recht van het Duitse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht vormen aanleiding het Duitse recht als referentie te gebruiken. Van belang voor de selectie van het Engelse recht als referentie is voorts de wens een common-law-rechtsstelsel in dit onderzoek te betrekken; vermoed wordt dat de uitvoerige en veelal begrijpelijke argumentatie waarmee rechterlijke uitspraken in dat land worden gemotiveerd, een extra bron van inspiratie vormt.

4. Schuijt (1991) p. 8.

1 KRENKENDE BERICHTGEVING

Deze bijdrage beoogt de begroting van niet-vermogensschade als gevolg van 'krenkende berichtgeving' te beschrijven. Gedoeld wordt op berichtgeving die de eer, goede naam of de persoon anderszins aantast, bijvoorbeeld vanwege de daarin vervatte verachting, minachting, kleinering, verdraaiing, beschimping, bespotting, aantijging, beschuldiging of privacy-schendende onthulling. De bijdrage betreft de geldelijke vergoeding voor ongenoegens die worden ervaren als gevolg van de aantasting van waarden van de mens als persoon. Handelingen die een inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht, zoals een auteursrecht of octrooi, opleveren en krenkend zijn vanwege de daarin vervatte aantasting van waarden van de mens als auteur resp. uitvinder, blijven in deze bijdrage buiten beschouwing.

In Nederland en Duitsland wordt de (opzettelijke) aantasting van eer en goede naam ook wel belediging respectievelijk *Beleidigung* genoemd. Een onderscheid wordt gemaakt tussen de begrippen 'aantasting van eer' en 'aantasting van goede naam'. Het woord eer of *Ehre* heeft betrekking op gevoelens van eigenwaarde: het besef van de waarde van zichzelf als persoon. Met de woorden goede naam of *Ruf* wordt gedoeld op de waarde die derden aan de betreffende persoon hechten. Met het begrip 'aantasting van de waarde' wordt met name gedoeld op de aantasting van zedelijke waarden, waartoe ik ook reken financiële betrouwbaarheid of beroepseer.[5] De aantasting van goede naam veronderstelt dus dat buiten de laedens en gelaedeerde, derden kennisnemen van de krenkende berichtgeving. Bij de aantasting van eer is dat niet zo.[6] Het kan dan ook voorkomen dat de berichtgeving slechts een aantasting van de eer maar niet van de goede naam van een persoon vormt. Zo kan het bericht dat een popster een bizar leven leidt, diens populariteit bij zijn fans alleen maar verhogen. Niettemin kan deze uitlating hem persoonlijk, vanwege zijn innerlijke zedelijke waarden, diep kwetsen.

In Nederland en Duitsland kan een onrechtmatige aantasting van iemands eer aanleiding vormen een vordering tot vergoeding van niet-vermogensschade toe te kennen.[7] Het Engelse recht rekent alleen de aantasting van de goede naam tot de rechtens beschermde belangen wegens de *torts libel* en *slander* (zie over de betekenis van deze woorden 3.1).[8] Desondanks bestaat het leed ook bij de onrechtmatige aantasting van de eer uit hetzelfde type onbehagen als dat bij de onrechtmatige aantasting van reputatie. De vaststelling van de vergoeding wegens de aantasting van eer zal mijns inziens niet anders zijn dan de vaststelling van de vergoeding wegens de aantasting van reputatie.

5. Michiels van Kessenich (1971) p. 177.
6. Mout (1978) p. 89.
7. Michiels van Kessenich (1971) pp. 176-178; Kötz (1988) p. 219 e.v.
8. Brazier (1993) p. 63.

Soms vormt berichtgeving die eer en goede naam aantast tevens een schending van de privacy van een persoon. De foto in het boulevardblad Privé van een directrice van een *public relations bureau* die als toeschouwer bij een modeshow door een kapot haakje aan haar jasje per ongeluk een ontblote borst toont, vormde volgens de rechter in de eerste plaats een inbreuk op haar privacy. Het bij die foto geplaatste commentaar:

> 'Eén en al aandacht had deze fraaie (taboe-doorbrekende?) dame voor de modeshow van Frank Govers, maar ook zelf trok zij de nodige blikken',

kan vanwege de daarin vervatte bespotting tevens als een beledigende aantasting van haar eer en reputatie worden beschouwd.[9]

Soms staat de aantasting van de persoonlijke levenssfeer los van de aantasting van eer of goede naam. Noch haar zelfrespect noch het respect van anderen voor de met hart en ziel overtuigde naturiste hoeft te zijn aangetast wanneer haar naaktfoto zonder toestemming wordt gepubliceerd.[10] Niettemin kan de publikatie van zo'n naaktfoto wel een aantasting vormen van het recht van de naturiste haar eigen leven te leiden, vrij van inmenging anders dan door regels welke het leven in een gemeenschap meebrengt.

Ook ten aanzien van de door schending van privacy veroorzaakte ongenoegens geldt dat deze van hetzelfde type zijn als die welke resulteren na een aantasting van de goede naam en eer. De vaststelling van de vergoeding wegens schending van de privacy zal mijns inziens niet anders zijn dan de vaststelling van de vergoeding wegens de aantasting van reputatie. Ik behandel deze drie typen krenkende – wegens schending van eer, reputatie of privacy – berichtgeving dan ook door elkaar.

De vraag wanneer krenkende berichtgeving onder het Nederlandse, Duitse en Engelse recht onrechtmatig is, valt buiten het bestek van deze bijdrage. Op dit punt wil ik echter een aantal algemene opmerkingen maken. Vergeleken met het Nederlandse en Duitse recht is onder het Engelse recht de beschermingsomvang van het recht te worden gevrijwaard tegen krenkende uitingen kleiner. Allereerst biedt het Engelse recht, zoals eerder opgemerkt, alleen bescherming tegen de onrechtmatige aantasting van de reputatie van de gekrenkte in de ogen van derden. Zijn zelfrespect valt buiten de beschermingsomvang van de twee typen onrechtmatige daad *libel* en *slander* (zie over deze begrippen 3.1). Voorts biedt het Engelse recht, anders dan het Nederlandse en het Duitse recht, geen algemene bescherming tegen de onrechtmatige schending van de privacy. Vanwege het gesloten systeem van de Engelse *torts* en de terughoudendheid bij de Engelse rechter om nieuwe *torts* tot het geheel van een aantal afzonderlijke

9. Pres. Rb. Amsterdam 18 februari 1993, Informatierecht/AMI 1993 p. 110 (X/Privé).
10. Zie HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 (Naturiste), noot LWH, Informatierecht/AMI 1988 p. 58, noot D.E. Bunschoten.

typen onrechtmatige daad toe te laten, kan daarover – uitgezonderd een enkel specifiek geval zoals aftappen of afluisteren – bij gebreke van een op de algemene schending van de privacy toegesneden *tort* niet worden geklaagd.[11]

Ten slotte: in Duitsland wordt voor de toewijsbaarheid van smartegeld tevens de eis gesteld dat sprake is van een ernstige aantasting van de persoon.[12] In een aantal arresten heeft de Hoge Raad dezelfde eis gesteld voor de toewijsbaarheid van smartegeld bij inbreuk op de privacy.[13] Evenwel lijkt de lagere rechtspraak zich niet erg om de ernst van de aantasting te bekommeren alvorens een vordering tot vergoeding van niet-vermogensschade in aanmerking te nemen.

2 SMARTEGELD; BEGRIP EN DOELEINDEN

Smartegeld is de geldelijke vergoeding voor niet-vermogensschade, dat wil zeggen gevoelens van onbehagen en gederfde levensvreugde. In de context van deze bijdrage valt met name te denken aan gevoelens als verdriet, vernedering, schaamte, woede, ergernis, schrik, overstuur-zijn, slapheid, gedrukte gemoedsstemming, angst, bezorgdheid, onrust, gevoelens van onveiligheid, machteloosheid en minderwaardigheidsgevoel. Gedacht kan voorts worden aan gederfde levensvreugde door inperking van mogelijkheden.[14]

Het smartegeld dient zowel in het Nederlandse, Duitse als Engelse recht verschillende doeleinden. Blijkens de Nederlandse wetsgeschiedenis en de Duitse literatuur dienen deze doeleinden niet als op zichzelf staand te worden beschouwd, maar als elkaar aanvullende, in wisselwerking tot elkaar staande doelstellingen.[15] Hieronder volgt een overzicht van de belangrijkste doeleinden.

2.1 Compensatie van schade

Vaak is de achterliggende gedachte van de toekenning van smartegeld dat teweeggebrachte ongenoegens met geld worden ongedaan, dan wel goedgemaakt. Met de toekenning van smartegeld wordt getracht de benadeelde in een positie te brengen alsof de krenking niet had plaatsgehad.[16]

In Nederland staat de gedachte dat smartegeld ter compensatie van leed strekt, centraal in het geval deze vergoeding wordt toegekend wegens niet-

11. Blom-Cooper (1989) p. 53 e.v.; Brazier (1993) p. 419.
12. Wenzel (1992) p. 237.
13. HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 (Naturiste), noot LWH, Informatierecht/AMI 1988 p. 58, noot D.E. Bunschoten; HR 1 november 1991, RvdW 1991, 243 (K/Staat).
14. Ogus (1994) pp. 234-235.
15. Zie Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 388 (Eindverslag I); Deutsch (1993) p. 230; Lange (1992) § 7 IV.
16. Burrows (1993) p. 231.

opzettelijk veroorzaakt lichamelijk letsel.[17] Betreft het leed evenwel de niet-vermogensschade als gevolg van belediging of schending van privacy dan wordt ook de na te bespreken doelstelling een genoegdoening te verschaffen, een belangrijke rol toebedeeld.

In het Duitse recht is deze achterliggende gedachte van het smartegeld in de regel eveneens de belangrijkste bij leed als gevolg van niet-opzettelijk veroorzaakt lichamelijk letsel.[18] Is er sprake van leed als gevolg van de schending van de persoon dan is aan de na te noemen doelstelling een genoegdoening te verschaffen echter een even centrale rol toebedacht.

In het Engelse recht staat het doel schade te compenseren eveneens voorop.[19] Anders dan in het Nederlandse en het Duitse recht staat in het Engelse recht de doelstelling schade goed te maken ook centraal bij de toekenning van schadevergoeding wegens belediging, de zogenaamde *compensatory damages*.[20] Naast de zuiver *compensatory damages* kent het Engelse recht de zogenaamde *aggravated damages*. De *aggravated damages* zijn eveneens bedoeld als vergoeding ter compensatie voor leed, zij het met name voor leed dat is verergerd door het motief of het gedrag van de laedens. De *aggravated damages* worden nogal eens toegewezen wanneer de laedens zich eerder beledigend over de gelaedeerde heeft uitgelaten, hij op onredelijke wijze persisteert in zijn beschuldigingen of nalaat zich te verontschuldigen.[21]

Zowel in de Nederlandse, Duitse en Engelse literatuur valt te onderkennen dat de compensatiefunctie van het smartegeld tekort schiet. Psychisch nadeel als gevolg van de aantasting van eer en reputatie van een persoon is niet in geld te meten. Een dergelijke vorm van schade valt in feite niet ongedaan te maken.[22] Iedere geldelijke tegemoetkoming voor immaterieel nadeel is dus willekeurig.[23]

2.2 *Überwindungs*-gedachte

Met de compensatiedoelstelling hangt nauw samen de zogenaamde *Überwindungs*-gedachte van het smartegeld: het de gelaedeerde door middel van een geldbedrag in staat stellen activiteiten te bekostigen om zijn ongenoegens te verzachten, zulks bijvoorbeeld door een vakantie te nemen. Deze gedachte is zowel in het Nederlandse, Duitse als Engelse recht teruggevonden.[24]

17. HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (AMC/O); Teeuwissen (1994) p. 7.
18. Deutsch (1993) pp. 231-232.
19. Ogus (1994) pp. 232, 240; Burrows (1993) pp. 7-8; Duncan, Neill (1978) p. 130.
20. Ogus (1994) p. 240.
21. McGregor (1980) pp. 948 e.v; Carter-Ruck (1985) pp. 154-155; Burrows (1993) p. 241; Ogus (1994) pp. 237-238.
22. Ogus (1994) p. 231.
23. In andere zin: Mout (1978) p. 144.
24. Esser (1991) pp. 618-619; Ogus (1994) p. 239.

Door het smartegeld te beschouwen als een mogelijkheid om activiteiten te bekostigen, wordt enerzijds tegemoet gekomen aan het hiervoor genoemde bezwaar dat voor de toekenning van smartegeld ter compensatie van leed een maatstaf ontbreekt waarmee ongenoegens in termen van geld kunnen worden uitgedrukt. In de benadering van smartegeld als *Überwindungs*-mogelijkheid vormen de kosten van de activiteiten immers de maatstaf voor de hoogte van het smartegeld.[25] Anderzijds zet de gedachte dat leed aldus in termen van geld kan worden begroot de gefortuneerde gelaedeerde onder druk omdat een geldelijke vergoeding hem geen toegevoegde waarde zou kunnen verschaffen.

Nog onlangs was de *Überwindungs*-gedachte in Nederland in verband met de geruchtmakende Eper incestzaak aan de orde. Tijdens de openbare behandeling van de strafrechtelijke vervolging wegens incest maakte de omroep RTL4 opnamen van één van de incestslachtoffers en zond deze op diverse tijdstippen bij wijze van *preview* in korte flitsen uit. Naar aanleiding van deze uitzending veroordeelde de Amsterdamse President RTL4 tot betaling van een voorschot op smartegeld van *f* 10.000 welk bedrag het slachtoffer mede in staat zou stellen haar sociale aktiviteiten te bekostigen.[26]

2.3 Genoegdoening voor gelaedeerde

Een volgende gedachte achter de toekenning van smartegeld is dat ongenoegens kunnen worden goedgemaakt door van de wederpartij een opoffering te vragen. Door de wederpartij te verplichten iets tegen haar zin te doen, wordt het geschokte rechtsgevoel van de gelaedeerde bevredigd. Uitsluitend vanwege de schending moet een vergoeding worden betaald, niet om het leed te verzachten. Uiteraard wordt dit laatste eveneens tot op zekere hoogte bewerkstelligd.

In het geval dat niet-vermogensschade is geleden als gevolg van een ernstige aantasting van de persoon, speelt blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad de genoegdoeningsfunctie van het smartegeld een rol naast de compensatiefunctie. Zo overwoog de Hoge Raad naar aanleiding van de publikatie van een 11 jaar eerder genomen vakantiefoto van een 18-jarige gaste van een naturistencamping op de achterzijde van een reisgids, dat deze openbaarmaking door het Hof terecht als een ernstige inbreuk op haar privé-leven en als een schokkende ervaring was aangemerkt. De vergoeding van *f* 2.500 in een geval als het onderhavige strekte volgens de Hoge Raad mede tot bevrediging van de geschokte gevoelens van de gelaedeerde.[27]

In Duitsland wordt aan de genoegdoeningsdoelstelling van het smartegeld een even belangrijke rol toegedacht als de compensatiedoelstelling wanneer niet-

25. Esser (1991) p. 619.
26. Pres. Rb. Amsterdam 28 april 1994, KG 1994, 171.
27. HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 (Naturiste), noot LWH, Informatierecht/AMI 1988 p. 58, noot D.E. Bunschoten.

vermogensschade wegens de aantasting van het algemene compensatie- en persoonlijkheidsrecht voor vergoeding in aanmerking komt.[28] De compensatie- en genoegdoeningsdoelstellingen worden, zoals eerder aangegeven, geacht elkaar aan te vullen. Niettemin bestaat de indruk dat bij schendingen van het algemene persoonlijkheidsrecht door massamedia vooral de genoegdoeningsfunctie en de wens van preventie de rechtsgevolgen beheersen.[29]

Meer incidenteel wordt in het Engelse recht onderkend dat de genoegdoeningsgedachte een rol speelt bij de toekenning van smartegeld uit hoofde van belediging. In de zaak Uren v. John Fairfax & Sons overwoog de rechter Windmeyer op dit punt:

> 'It seems to me that, properly speaking, a man defamed does not get compensation for his damaged reputation. He gets damages because he was injured in his reputation, that is simply because he was publicly defamed. For this reason, compensation by damages operates in two ways – as a vindication of the plaintiff to the public and as a consolation to him for a wrong done. Compensation is here a solatium rather than a monetary recompense for harm measurable in money.'[30]

Als nadeel van deze benadering van smartegeld als genoegdoening voor de gelaedeerde, wordt genoemd dat zij bij gebreke van een objectieve basis voor het maken van onderscheidingen tussen de verschillende typen krenkende uitlatingen kunstmatig, onpraktisch, futiel en theoretisch onjuist is.[31] Voorts is de kanttekening geplaatst dat, met name gezien de mogelijkheid zich tegen aansprakelijkheid te verzekeren, een vergoeding voor niet-vermogensschade niet noodzakelijkerwijs een opoffering van de laedens meebrengt.[32]

2.4 Preventie

Zowel onder het Nederlandse als het Duitse recht wordt het smartegeld een preventieve strekking toegedicht ter zake van aantastingen in de persoon.[33]

In de Nederlandse literatuur is er meerdere keren voor gepleit het smartegeld te verhogen wanneer sprake is van door de roddelpers – te onderscheiden van de serieuze pers – aangerichte niet-vermogensschade. Een traditie van smartegeld zou preventief werken en bevorderen dat de nodige

28. Deutsch (1993) p. 231.
29. Deutsch (1993) pp. 231-232; Löffler, Ricker (1994) p. 329.
30. [1967] 117 CLR 118.
31. Ogus (1994) p. 239.
32. Zie Hartog (1993) pp. 470-471; Deutsch (1993) p. 231.
33. Zie Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 388 (Antwoord EV I); noot CJHB bij HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 (Lage Landen/Borbon-Parma); noot De Meij bij Bindend advies aangaande vaststelling smartegeld wegens beledigende publikatie 29 juni 1983, Auteursrecht/AMR 1984 (Wegbereiders Fascisme); Schuijt (1991) B1; Deutsch (1993) p. 231; Esser (1991) pp. 618 e.v.

zorgvuldigheid in acht wordt genomen.[34] De gedachte is dat het toekennen van een hoge som smartegeld de enige manier zou zijn om de roddelpers te beteugelen. De pers die voordeel behaalt met geroddel zal zich namelijk door een publikatieverbod in veel gevallen nauwelijks benadeeld voelen. Gezien het feit dat het in artikel 7 Grondwet vervatte grondrecht van vrijheid van meningsuiting zonder onderscheid zowel op de roddelpers als op de serieuze pers van toepassing wordt geacht, zou het verschil tot uitdrukking moeten komen in de omvang en vorm van de beperking van die vrijheid van meningsuiting. De roddelpers dient immers niet het algemeen belang, maar laat zich uitsluitend leiden door winstbejag. Wanneer de uitingsvrijheid wordt misbruikt en publikaties over de schreef gaan, dient men de schuldige te treffen daar waar hij gevoelig is. Bij de roddelpers is dit de geldbuidel.[35]

Als bezwaar tegen smartegeld bij wijze van preventie is aangevoerd dat een vergoeding voor niet-vermogensschade als middel ter preventie van schadetoebrengend handelen tekort schiet omdat de aansprakelijkheid voor niet-vermogensschade in vele gevallen verzekerbaar is. Voorts is erop gewezen dat er voor gewaakt moet worden dat de media door hoge vergoedingen worden gemuilkorfd wanneer zij met hun publicaties gevaar voor eigen voortbestaan te duchten hebben.[36]

Onder het Engelse recht vormt preventie samen met vergelding de belangrijkste strekking van de zogenaamde *exemplary damages*, de civielrechtelijke boete. Het Engelse recht biedt door middel van deze rechtsfiguur de mogelijkheid flagrant onrechtmatig gedrag te vergelden en de laedens van toekomstig vergelijkbaar gedrag af te schrikken.[37] Ruimte voor de toekenning van deze *exemplary damages* bestaat in een beperkt aantal gevallen. Deze vorm van schadevergoeding wordt nogal eens toegekend bij belediging. *Exemplary damages* komen bijvoorbeeld voor toekenning in aanmerking wanneer de laedens, ofschoon zich bewust van het onrechtmatig karakter van zijn handeling schadeplichtigheid op de koop toe neemt omdat de vooruitzichten op winst die op het te verwachten verlies zullen overtreffen. De *exemplary damages* zijn berucht hoog en staan bloot aan kritiek. De civielrechtelijke boete als zodanig valt buiten het bestek van deze bijdrage. Vermeld moet echter worden dat het onderscheid tussen de *exemplary damages* en de hiervoor besproken *aggravated damages* vaak niet goed te onderkennen valt omdat voor beide typen vergoeding de aard van het gedrag van de laedens beslissend is.[38]

34. Noot CJHB, HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 (Lage Landen/De Borbon-Parma); Mendel (1980) pp. 75 e.v.; Bunschoten (1987) pp. 671 e.v.
35. Aldus Bunschoten (1987) p. 674.
36. Schuijt (1991) p. 8; Wenzel (1992) p. 635; Damm, Kuner (1991) p. 183.
37. Burrows (1993) pp. 270 e.v.
38. Burrows (1993) pp. 274 e.v.

2.5 Stoplapfunctie

Incidenteel valt zowel in het Nederlandse, Duitse als in het Engelse recht te onderkennen dat de toekenning van smartegeld er mede toe strekt om niet goed bewijsbare vermogensschade redelijkerwijze te compenseren.[39]

Deze stoplapfunctie van het smartegeld wordt nogal eens met argwaan bezien. De voor de stoplapfunctie belangrijkste factor – de vermoedelijke hoogte van de niet bewijsbare vermogensschade – heeft niets uitstaande met smartegeld, de vergoeding voor ongenoegens.[40]

2.6 Straf

In de Nederlandse literatuur valt een groeiende aandacht te constateren voor de wenselijkheid van een privaatrechtelijke boete voor flagrante gevallen van onrechtmatig handelen.[41]

Toch wordt door verschillende schrijvers onderkend dat de toekenning van smartegeld bij wijze van een verkapte civielrechtelijke boete gevaren met zich brengt. De civielrechtelijke boete heeft immers een ander rechtskarakter dan het smartegeld. De argumenten voor de toekenning van smartegeld, en de factoren die zijn hoogte bepalen, zijn derhalve anders dan dee argumenten en factoren welke de civielrechtelijke boete beheersen.[42] De rechter lijkt niet genegen het smartegeld te gebruiken als verkapte civielrechtelijke boete.[43]

Ook verschillende Duitse schrijvers wijzen erop dat ervoor gewaakt moet worden dat het smartegeld een blijvende nadelige invloed op de media heeft en dat elementen van afschrikking de genoegdoeningsfunctie van het smartegeld beheersen.[44] Onbedoeld gaat toch een zekere sanctionering uit van het smartegeld.[45]

Eerder kwam aan de orde dat in het Engelse recht de *exemplary damages* in het leven zijn geroepen om flagrant gedrag af te schrikken en te vergelden. Zoals gezegd blijft dit type vergoeding buiten beschouwing.

---

39. Deutsch (1993) pp. 238-239.
40. Zie onder meer A.J.O. van Wassenaer van Catwijck onder Hof Amsterdam 27 juni 1991, VR 1991, 142; Overeem (1979) p. 105; Deutsch (1993), p.p. 238-239; Damm, Kuner (1991) p. 195; Mc Fadden (1994) pp. 13-14.
41. Zie Bolt, Lensing (1993) pp. 59 e.v.
42. Toelichting, Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 371; Slok, Van (1990) pp. 1828 e.v.
43. Zie Hof Amsterdam 4 november 1993, Mediaforum 1994, B8 (Spaarnestad/Meuldijk, De Nijs) en Schadevergoeding (Bloembergen), Inleiding, aant. 4.
44. Zie Damm, Kuner (1991) p. 195.
45. Deutsch (1993) p. 231.