

Een ‘nieuwe’ weg naar volledige schadevergoeding voor derden in personenschadezaken

Mr. dr. R. Rijnhout*

1. Inleiding

In de zomer van 2012 heeft het Hof Den Bosch in een tussenarrest een uitspraak gedaan over het leerstuk van vergoeding voor derden in personenschadezaken.¹ De feiten in de zaak waren de volgende. Door een medische fout is de moeder bevallen van een levenloze vrucht. Zij heeft geestelijk letsel opgelopen. Volgens het Hof Den Bosch heeft de moeder recht op volledige vergoeding van haar schade, mits wordt aangetoond dat haar letsel is veroorzaakt door de toerekenbare niet-nakoming van de behandelingsovereenkomst door de arts. Er hoeft volgens het hof niet voldaan te zijn aan de bijzondere relativiteitseis van het *Taxibus*-arrest.²

Waarom is deze uitspraak belangrijk? De uitkomst lijkt immers voor de hand te liggen: er bestaat een contractuele relatie tussen de moeder en het ziekenhuis en er staat vast dat er een verwijtbare medische fout is gemaakt jegens de moeder waardoor de moeder schade lijdt. Er bestaat dus een grondslag voor volledige schadevergoeding. Maar in het licht van de exclusieve werking van de artikelen 6:107-108 BW stuit die volledige vergoeding op twee moeilijkheden. Ten eerste is het de vraag hoe het exclusief werkende systeem van de artikelen 6:107-108 BW en het contractuele aansprakelijkheidsrecht zich tot elkaar verhouden. Ten tweede moet er, om tot volledige vergoeding te kunnen komen, een derde uitzondering worden aanvaard op het systeem van de artikelen 6:107-108 BW, naast de mogelijkheden die de shockschadevordering en het type vordering van het *Oogmerk*-arrest bieden: volledige vergoeding van schade van derden in geval van toerekenbare niet-nakoming van een behandelingsovereenkomst. Het hof neemt beide hordes en ‘vindt’ daarmee een nieuwe weg naar volledige vergoeding voor derden in personenschadezaken.

In dit artikel wordt ingegaan op de hordes die het hof moest nemen om het bijzondere systeem van de artikelen 6:107-108

BW te omzeilen. Eerst zal ik echter ingaan op de werking en het doel van de artikelen 6:107-108 BW (paragraaf 2). Een beschrijving van de uitspraak van het Hof Den Bosch volgt in paragraaf 3. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de samenhang tussen het bijzondere systeem van de artikelen 6:107-108 BW en het contractuele aansprakelijkheidsrecht (paragraaf 4). Daarna komt de andere horde aan de orde, te weten die van volledige vergoeding voor schade van derden voortvloeiend uit iemands geestelijke letsel op grond van contractuele aansprakelijkheid (paragraaf 5). Het artikel wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 6.

2. De artikelen 6:107-108 BW

De artikelen 6:107-108 BW (hierna ook: het bijzondere systeem) zijn opvallend te noemen in het licht van de werking van het algemene aansprakelijkheidsrecht. Dat ligt aan de drie kenmerken die aan dit systeem worden toegedicht. Het eerste kenmerk houdt in dat deze vorderingsrechten lijken op (zelfstandige) verhaalsrechten: de derde heeft een afgeleid vorderingsrecht. Dat betekent dat derden die tot de kring van gerechtigden behoren, niet hoeven aan te tonen dat jegens hen autonoom, direct, aansprakelijkheid bestaat.³ Voldoende is dat de schadeveroorzaker aansprakelijk is jegens de direct gekwetste. Het tweede kenmerk is de limitatieve aard van de artikelen 6:107-108 BW: zowel de kring van gerechtigden als de vergoedbare schade is limitatief omschreven.⁴ Het derde, en laatste, kenmerk van het bijzondere systeem is dat het exclusief

* Mr. dr. R. Rijnhout is als universitair docent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht (R.Rijnhout@uu.nl). Met dank aan Ivo Giesen en Jessy Emaus voor hun commentaar op de conceptversie.

1. Hof Den Bosch 19 juni 2012, LJN BW8927, GJ 2012/99.
2. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken. Vgl. HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (Vilt).

3. Parl. Gesch. Boek 6, p. 399-400; Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1280; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 154 en 159; R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken. Een rechtsvergelijkende studie naar de artikelen 6:107 en 6:108 BW in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht en het schadevergoedingsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: BJu 2012, p. 11.

4. Zie o.a. Parl. Gesch. Boek 6, p. 392-393 en 396; Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1315; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 180-182; E.F.D. Engelhard, *Regres. Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2003, p. 379; Mon. BW B37 (Van Wassenaer), nr. 19a; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 154 en 159; Rijnhout 2012, (o.a.) p. 2-8.

werkt.⁵ Dit betekent dat ook indien autonoom, direct, aansprakelijkheid bestaat jegens een derde, die derde geen volledige vergoeding zal ontvangen van zijn schade. De omvang van zijn schadevergoeding wordt bepaald aan de hand van de artikelen 6:107-108 BW.

Het opvallende aan dit bijzondere systeem is dat de feitelijk derde kennelijk bij voorbaat wordt beperkt in zijn mogelijkheid om volledige schadevergoeding te ontvangen indien zijn schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. De oorzaak van iemands schade is aldus in beginsel bepalend voor de omvang van de schadevergoeding, én niet de vraag of er (direct jegens die derde) aansprakelijkheid bestaat.⁶ Denkend vanuit het raamwerk van het aansprakelijkheidsrecht (vestiging/omvang) is dat de wereld op zijn kop.

Wat is het doel van deze exclusieve werking? In andersoortige schadezaken bestaat er geen limitatief en exclusief systeem dat de schade van derden regelt. Zo vindt de beoordeling van vorderingen van derden in bijvoorbeeld zaakschadezaken en zuivere vermogensschadezaken plaats in het kader van de (buiten)contractuele aansprakelijkheid.⁷ Om het doel van dit bijzondere systeem te achterhalen, moet enig licht worden geworpen op de techniek van het oude BW. De artikelen 1406 (overlijdensschade) en 1407 Oud BW (letselschade) werkten op vergelijkbare wijze als de artikelen 107 en 108 in het huidige BW.⁸ Die werking vloeit voort uit de bedoeling van de wetgever van 1838. De gevoelens van de rechters zouden te ver uiteen kunnen lopen in personenschadezaken, waardoor een diversiteit aan uitspraken zou kunnen ontstaan. Een bijzonder systeem zou deze willekeur kunnen voorkomen, zo luidde de

aanname.⁹ Hoewel de wetgever nooit gesproken heeft over 'exclusieve werking', interpreteerde de Hoge Raad het systeem vervolgens op deze wijze.¹⁰ In het licht van het doel van het systeem, zoals genoemd door de wetgever, is dat overigens terecht geweest.

In de parlementaire geschiedenis van de artikelen 6:107 en 108 BW is een vergelijkbaar doel genoemd. De wetgever wilde de rechtszekerheid waarborgen.¹¹ In de literatuur is ook wel betoogd dat een te grote uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht zou moeten worden voorkomen, vooral in het licht van de verzekeraarbaarheid.¹² Empirische data over zowel de wijze waarop rechtszekerheid het beste zou kunnen worden bereikt, als de mate waarin een niet-exclusief systeem de verzekeraarbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht in gevaar brengt, ontbraken echter en ontbreken nog steeds.

De hier besproken uitspraak van het Hof Den Bosch van afgelopen zomer heeft betrekking op de exclusieve werking van het bijzondere systeem.

3. De uitspraak van het Hof Den Bosch

De moeder van een nog ongeboren vrucht is opgenomen in het ziekenhuis wegens dalende harttonen van de vrucht. De behandeling heeft niet mogen baten: om 16.55 uur wordt de dood van de foetus vastgesteld en om 23.30 uur is de moeder op natuurlijke wijze bevallen van een levenloos kind.

Het ziekenhuis heeft – via zijn verzekeraar – aansprakelijkheid erkend wegens het tekortschieten in de bewaking van de foetus. Aannemelijk is namelijk dat bij een betere bewaking de overlevingskans van het kind groter zou zijn geweest.

De moeder stelt zich op het standpunt dat zij vergoeding moet ontvangen voor de door haar geleden materiële schade (vergoeding van verhuiskosten, arbeidsvermogensschade) en immateriële schade. Als grondslag voor deze vordering is niet gekozen voor de shockschadevordering, maar voor de toerekenbare niet-nakoming van de behandelingsovereenkomst door het ziekenhuis. Het ziekenhuis betoogt dat de verhuiskosten niet in causaal verband staan met de medische fout en voorts dat de vergoeding voor immateriële schade in wezen een vergoeding voor affectieschade betreft en dat is geen vergoedbare schadepost naar Nederlands recht.

Het Hof Den Bosch gaat er bij de beoordeling van de grieven van uit dat er sprake is van een toerekenbare niet-nakoming. Vervolgens wordt aandacht besteed aan het limitatief en exclu-

5. Zie o.a. Lindenbergh 1998, p. 184; T. Hartlief, Baby Joost en het verdriet van Nederland. Noot HR 8 september 2000, RvdW 2000, 180, AA 2000, p. 866; Engelhard 2003, p. 377-381; T. Hartlief, Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van het leed van naasten, in: G. van Maanen (red.), De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed, Den Haag: BJu 2003, p. 119; E.F.D. Engelhard, Over het hek van de dam bij 'derdenschade', in: D. de Prins et al., Preadviezen 2010. De staatsrechtelijke positie van de politieke partijen, Materieelrechtelijke aspecten van mensenhandel, Schade van derden in het aansprakelijkheidsrecht (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: BJu, p. 333-334; Rijnhout 2012, p. 2 en 8-11 (en aldaar genoemde rechtspraak van de Hoge Raad). HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken; HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (Vilt). De wetgever stelt dat art. 6:107 BW dezelfde strekking heeft als art. 1407 Oud BW. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat art. 6:107 BW exclusief werkt, Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1279-1280 en p. 1288.

6. Zie o.a. Lindenbergh 1998, p. 184; Engelhard 2003, p. 379-381; Hartlief 2003, p. 119; Rijnhout 2012, p. 10. Zie ook – zij het minder expliciet – Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 159.

7. Zie bijv. HR 14 maart 1958, NJ 1961, 570, m.nt. G.J.S. (Stroomafnemer); HR 2 december 1994, NJ 1995, 288, m.nt. Ma (Poot/ABP); HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662, m.nt. Ma (Kip/Rabobank) HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831 (Nacap/Shellfish); HR 2 november 2007, NJ 2008, 5, m.nt. JMMM (Kessock & Kessock-Leenders/SFT Bank). Zie voor een vergelijking Engelhard 2010.

8. Zie Rijnhout 2012, p. 3-11 en aldaar genoemde literatuur.

9. J.C. Voorduin, Geschiedenis en beginselen Nederlandsche Wetboeken, De beraadslagen deswege gehouden Tweede Kamer der Staten-Generaal, Utrecht: Robert Natan, Akademie-Boekhandelaar 1838, p. 85. Zie voor meer achtergrondinformatie Rijnhout 2012, p. 5-6.

10. HR 12 januari 1906, W. 1906, nr. 8324 (Hollandse IJzeren Spoorwegaanschaap/Van de Ster); HR 9 februari 1925, NJ 1925, 566 (Spoorwegongeval te Weesp); HR 2 april 1936, NJ 1936, 752, p. 1219 (Crasborn/Liverpool); HR 10 januari 1958, NJ 1958, 79, m.nt. L.E.H.R. (Van Hoof/Gebroeders van der Plas); HR 8 april 1983, NJ 1984, 717, m.nt. CJHB (Van der Heijden/Holland). Vgl. Asser/Hartkamp 4-I (negende druk), nr. 472.

11. Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1279.

12. Zie hiervoor Rijnhout 2012, p. 325-330.

sief werkende systeem van de artikelen 6:107-108 BW. Belangrijk is de volgende opmerking van het hof:

‘Het verlies van een kind kan voor de betrokken ouder een zodanig verdriet en zodanige problemen van verwerking van het verlies van dit kind opleveren dat daardoor geestelijk letsel ontstaat dat aantasting van de persoon oplevert. In een dergelijk geval laat het wettelijk stelsel niet toe dat aan deze ouder een schadevergoeding wegens verdriet om de dood van een kind wordt toegekend.’¹³

Als ik het goed begrijp, oordeelt het hof dat geestelijk letsel veroorzaakt vanwege het verdriet over het overlijden van een kind wel een aantasting in de persoon kan inhouden, en dat eigenlijk een smartengeldbedrag moet worden toegekend wegens persoonsaantasting, maar dat deze vergoeding afstuit op het feit dat affectieschade geen vergoedbare schade is naar Nederlands recht. Dit betekent dat een negatieve uitkomst voor de moeder in het verschiet ligt.

Het hof noemt vervolgens echter de uitzondering van de shockschadevordering. Deze vordering betreft een autonome (‘tweede’) vordering van een derde waarbij er direct een beroep wordt gedaan op het onrechtmatigedaadsrecht. Het hof leidt daaruit af dat het systeem van de artikelen 6:107-108 BW weliswaar limitatief werkt, maar dat dit niet betekent dat volledige vergoeding uitgesloten is.¹⁴ Het hof oordeelt dat indien het geestelijke letsel van de moeder is veroorzaakt door de fout van het ziekenhuis, er vergoeding moet worden geboden voor zowel de materiële als de immateriële schade van de moeder:

‘De conclusie is, kort gezegd, dat de door [appellante] gevorderde schade voor vergoeding in aanmerking komt voor zover deze is veroorzaakt door de medische fout van het [ziekenhuis] en dat haar geen aanspraak op schadevergoeding toekomt voor zover haar schade is veroorzaakt door het verdriet om het verlies van haar kind.’¹⁵

Het hof beseft dat dit een lastige vraag betreft:

‘Hoe gekunsteld dat ook lijkt, het huidige wettelijke stelsel dwingt daartoe. (...)’¹⁶

De vraag naar dit oorzakelijke verband wordt voorgelegd aan een (nieuwe) deskundige. Op het moment van het schrijven van deze bijdrage is het hof in afwachting van de uitkomst hiervan.

Het Hof Den Bosch past hier de techniek van de artikelen 6:107-108 BW toe. Het bijzondere systeem werkt exclusief indien iemands schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. In die zin doet het hof niets opvallends. De

toepassing van deze techniek leidt overigens wel tot de mijns inziens vreemde situatie dat iemand als ‘derde’ wordt beschouwd, terwijl het gaat om het overlijden van een foetus die nog in de buik van de moeder zat. Bovendien, anders dan in de *Baby Joost*-zaak, bestaat er geen discussie over de vraag of de moeder contractspartij is en of er sprake is van een toerekenbare niet-nakoming van de behandelingsovereenkomst jegens haar.

Het hof neemt twee belangrijke hordes. Ten eerste wordt aangenomen dat het bijzondere systeem ook exclusief werkt indien vaststaat dat er *directe contractuele* aansprakelijkheid bestaat jegens de feitelijk derde, in dit geval de moeder. Ten tweede zou de moeder echter alsnog aanspraak kunnen maken op volledige vergoeding van haar schade op grond van contractuele aansprakelijkheid, terwijl daarvoor niet nodig is dat wordt voldaan aan de bijzondere relativiteitsregel zoals die in het *Taxibus*-arrest is geformuleerd. Aan beide stappen wordt in het navolgende aandacht besteed.

4. Het bijzondere systeem is ook van toepassing in geval van contractuele aansprakelijkheid jegens de feitelijk derde

De artikelen 6:107-108 BW staan in afdeling 6.1.10 BW, het algemene schadevergoedingsrecht, en hebben daardoor een brede werking. De wetgever is hierover expliciet: het is ten aanzien van de artikelen 6:107-108 BW irrelevant of sprake is van contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste.¹⁷ De vraag die hier voorligt, gaat echter over een vervolgvraag. Als deze bepalingen van toepassing zijn, betekent dat dan ook dat er tevens een beperkte schadevergoedingsverplichting bestaat indien er direct contractuele aansprakelijkheid bestaat jegens de feitelijk derde? De exclusieve werking van het bijzondere systeem lijkt hiertoe te dwingen, maar toch kan over dit punt worden gediscussieerd. Gewezen kan worden op de uiteenlopende meningen van enerzijds Bloembergen en Lindenbergh en anderzijds Vranken en Giesen.

Bloembergen is in zijn noot onder het *Baby Joost*-arrest helder over zijn interpretatie van het bijzondere systeem van de artikelen 6:107-108 BW:

‘Ik heb al aangestipt dat het antwoord op de partijvraag ook niet relevant is voor de beantwoording van de vraag of de ouders van Joost de hulpverleners uit wanprestatie voor hun eigen schade kunnen aanspreken: ook als zij partij zouden zijn, zou dat niet kunnen. Naar huidig recht staat art. 6:107 hieraan in de weg (afgezien van de verplaatste schade). Het artikel is immers ook toepasselijk (...) op een verplichting tot schadevergoeding uit wanprestatie. En naar het hier nog toepasselijke oude recht stuit men op de beperkingen van art. 1407 BW (oud).’¹⁸

13. Hof Den Bosch 19 juni 2012, LJN BW8927, GJ 2012, 99, r.o. 8.10.2.

14. Hof Den Bosch 19 juni 2012, LJN BW8927, GJ 2012, 99, r.o. 8.11.

15. Hof Den Bosch 19 juni 2012, LJN BW8927, GJ 2012, 99, r.o. 8.12-8.13.

16. Hof Den Bosch 19 juni 2012, LJN BW8927, GJ 2012, 99, r.o. 8.13.

17. Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1280.

18. Noot A.R.B. Bloembergen onder HR 8 september 2000, NJ 2000, 734.

De techniek van de artikelen 6:107-108 BW werkt zo dat de ouders van Joost geen vergoeding voor hun schade zouden hebben ontvangen, ook niet indien zij wel partij waren geweest bij het contract, aldus Bloembergen. Lindenbergh interpreteert het systeem op een gelijke wijze door te wijzen op de plaatsing van beide artikelen in het schadevergoedingsrecht.¹⁹ Er wordt door hem wel nog gewezen op het niet-dwingende karakter van de artikelen 6:107-108 BW: bij contract kan ervan worden afgeweken. Er zal dan wel sprake moeten zijn van 'een – expliciete – contractuele regeling'.²⁰

Vranken stelt zich daarentegen op het standpunt dat de exclusieve werking van de artikelen 6:107-108 BW zich uitsluitend voordoet in geval van een *onrechtmatige daad*. Hij wijst daarvoor op de parlementaire geschiedenis: er is uitsluitend gedebatteerd over de artikelen 6:107 en 6:108 BW in het kader van *onrechtmatig* veroorzaakt letsel of *onrechtmatige* doodslag.²¹ Volledige vergoeding in geval van een toerekenbare niet-nakoming zou aldus de regel moeten zijn. En daarbij is irrelevant wat de oorzaak van iemands schade is:

'Uit hoofde van het contract hebben ze recht op vergoeding van alle schade waartegen het contract ze beoogt te beschermen, ook als de schade samenhangt met het letsel van anderen. De enige eis die wordt gesteld is dat de door de wanprestatie veroorzaakte schade binnen het bereik valt van de contractuele norm. Dat is een causaliteits- of, zo men wil, een relativiteitsvraag.'²²

Giesen deelt de mening van Vranken. Naar aanleiding van het *Baby Joost*-arrest merkt hij op dat indien de ouders partij zouden zijn geweest bij de behandelingsovereenkomst, dan zouden zij geen 'derden' zijn ten opzichte van de partijverhouding ziekenhuis-kind, maar direct gekwetsten in de zin van artikel 6:107 BW.²³

Bij wijze van voorbeeld noemt Vranken de situatie waarin een werkgever een overeenkomst aangaat met een revalidatiecentrum over het bij ziekte versneld terugbrengen van zijn werknemers in het arbeidsproces. Vranken beoogt dat indien het centrum een fout maakt, waardoor extra geneeskundige hulp nodig is voor de re-integratie van een werknemer, de werkgever de kosten vanwege extra geneeskundige hulp of verzorging (die ten laste van hem komen) kan verhalen op het centrum.²⁴

Hij besteedt ook aandacht aan de analogie die bestaat met het *Wrongful birth*-arrest.²⁵ Als een moeder door een medische fout bevalt van een niet gepland maar gezond kind, ont-

vangt zij wel een vergoeding voor haar materiële schade en immateriële schade (in geval van geestelijk letsel).²⁶ Waarom zou dat anders zijn indien een moeder haar kind verliest door een medische fout?

De voorgaande vraag lijkt een retorische, maar in het licht van de argumentatie van Bloembergen en Lindenbergh is een antwoord met het stellen van de vraag allerminst gegeven. Het is een vraag waarover kennelijk geen eenstemmigheid bestaat. Naar mijn weten is dit punt niet meer ter discussie gesteld in de literatuur. Daarom het volgende.

Denkend vanuit de huidige wetsystematiek kan worden betoogd dat de exclusieve werking van het bijzondere systeem zowel in geval van contractuele aansprakelijkheid geldt als in geval van buitencontractuele aansprakelijkheid. Dit betekent dat de oorzaak van iemands schade beslissend is voor de omvang van de schadevergoeding, zowel in geval van buitencontractuele aansprakelijkheid als in dat van contractuele aansprakelijkheid.

Dit was anders onder het regime van het Oud BW; de artikelen 1406 en 1407 Oud BW waren opgenomen in het deel over het onrechtmatigedaadsrecht. Dat kan overigens verklaren waarom de wetgever tijdens de discussie over het huidige BW uitsluitend sprak over onrechtmatigheid en onrechtmatige doodslag. En dit is aldus een argument om de artikelen 6:107-108 BW (als opvolgers van de artikelen 1406 en 1407 oud BW) niet van toepassing te achten in contractuele verhoudingen.

Het maken van een onderscheid, zoals Vranken dat heeft gepresenteerd, heeft als resultaat dat het contractenrecht als mechanisme kan worden gebruikt om het algemene aansprakelijkheidsrecht te omzeilen. Op zich is dat – in het kader van dit leerstuk – niet vreemd: ten tijde van het Oud BW werd immers gebruikgemaakt van verschillende contractuele constructies om aan de beperkende werking van artikel 1407 Oud BW te ontkomen.²⁷ Bovendien, zoals Lindenbergh heeft opgemerkt, werken de artikelen 6:107-108 BW niet dwingend; er kan bij contract worden afgeweken, zij het dat dit expliciet moet gebeuren.²⁸ De vraag is wel waarom dit mechanisme 'gecreëerd' zou moeten worden. Zegt dit iets over de onwenselijkheid van het bijzondere systeem of over de wenselijkheid van de inzet van het contractenrecht?

Er bestaat mijns inziens een belangrijk argument voor de opvatting dat bij een contractuele relatie niet achteraf

19. Lindenbergh 1998, p. 183. Zie ook Hartlief 2000, p. 867.

20. Lindenbergh 1998, p. 183. Zie ook Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1280.

21. Vranken 2001, p. 837.

22. Vranken 2001, p. 837.

23. I. Giesen, 'Baby Joost (HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 nt. ARB)', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: BJu 2003, p. 25.

24. Vranken 2001, p. 837.

25. HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner; HR 9 augustus 2002, NJ 2010, 61, m.nt. M.H. Wissink (Stichting X/F).

26. Vranken 2001, p. 838. Vranken maakt een onderscheid tussen louter affectieschade en immateriële schade wegens geestelijk letsel. Er zou nooit een vergoeding hoeven te worden geboden voor affectieschade, omdat er geen compensatie hoeft te worden geboden voor deze schade. Deze stelling lijkt mij – gezien de huidige stand van het recht – terecht.

27. C.J.H. Brunner, 'Verhaalbaarheid van letselschade', VR 1975, p. 209-215; C.A. Joustra, 'Letselschade: de vergoeding van vakantiedagen en verpleging', Bb 1999, p. 200; conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof), nr. 3.6 en 3.33.

28. Lindenbergh 1998, p. 183.

geschermd mag worden met de artikelen 6:107 en 6:108 BW en dus met de oorzaak van iemands schade. Dit argument heeft betrekking op het idee dat partijen bewust hebben gekozen om een contractuele relatie met elkaar aan te gaan, nog vóór de normschending. In het licht van het idee van partij-autonomie zou het mijns inziens opmerkelijk zijn als achteraf kan worden betoogd dat de schadevergoeding beperkt moet worden, omdat iemands schade is veroorzaakt door het overlijden of letsel van een ander (een extern aspect). In het licht van dit argument zou ik Vranken willen volgen in zijn redenering.

Wat daarvan ook zij, als de redenering van Vranken wordt gevolgd, betekent dat wel dat er een categorisch onderscheid wordt gemaakt tussen situaties waarin het praktisch gezien wel mogelijk is om een contract te sluiten met de toekomstige schadeveroorzaker en die waarin dat niet het geval is, zoals verkeersongevallen of moord. Bovendien betekent dit dat een werkgever, als derde doch contractspartij, volledige vergoeding voor zijn schade ontvangt, terwijl een vader, niet zijnde contractspartij doch achterblijvend in een gezin dat is ontwricht, is uitgesloten van volledige vergoeding. Een duidelijke rechtvaardiging voor dit onderscheid ontbreekt (afgezien van de rechtszekerheid), terwijl het belang van de vader mijns inziens beschermwaardig(er) is dan dat van een werkgever.²⁹

Men moet zich daarom tevens afvragen waarom dit bijzondere systeem wél exclusief zou moeten werken in geval van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Indien er namelijk op grond van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht een recht op volledige vergoeding bestaat ten gunste van een feitelijk derde, dan is diegene, zoals Giesen ook betoogde, vanuit juridisch perspectief net zo goed 'direct gekwetste' als iemand die uit hoofde van een contractuele rechtsverhouding recht heeft op volledige schadevergoeding.³⁰ En daar zit het kernprobleem. Iemand kan 'derde' zijn in *feitelijke* of in *normatieve* zin, en in het licht van de huidige werking van het bijzondere systeem wordt aan het gegeven dat iemand feitelijk derde is direct normatieve betekenis gegeven, terwijl dat te onderscheiden vragen zijn.

In het licht van de exclusieve werking van de artikelen 6:107-108 BW is iemand 'derde', omdat hij schade lijdt vanwege het letsel of overlijden van een ander. Er wordt aldus naar Nederlands recht – in personenschadezaken – een feitelijke opvatting van het begrip 'derden' gehanteerd. De normatieve vaststelling van wie 'derde' is heeft daarentegen te maken met de vraag of hij al dan niet een geslaagde vordering heeft op grond van het (buiten)contractuele aansprakelijkheidsrecht. Kan iemand geen aanspraak maken op vergoeding krachtens het (buiten)contractuele aansprakelijkheidsrecht, dan is hij vanuit juridisch perspectief 'een derde'. Dat pad zal echter weinig soelaas bieden in het licht van het exclusieve systeem. Die feitelijke indirectheid, in de zin van 'schade veroorzaakt door

iemand anders zijn kwetsing', wordt in Nederland genoemd als reden om iemand een aanspraak op volledige vergoeding krachtens het onrechtmatigedaadsrecht *te ontzeggen*. De indirectheid wordt feitelijk vastgesteld, maar aan die vaststelling wordt een normatieve betekenis gegeven, namelijk dat iemand geen aanspraak maakt op volledige vergoeding. Ik ben kritisch over de exclusieve werking van het bijzondere systeem. De focus zou mijns inziens moeten liggen op de vraag of het belang van de schadelijder, derde of niet, beschermd moet worden 'ten koste van' de schadeveroorzaker.³¹

De centrale stelling van mijn proefschrift is dat de exclusieve werking van het bijzondere systeem moet worden verlaten.³² Mijns inziens hoeft voor te grote onzekerheid (wanneer is hiervan eigenlijk sprake?) of voor een te grote uitbreiding niet gevreesd te worden. Ik volsta hier met het herhalen van de twee, mijns inziens belangrijkste, argumenten daarvoor.³³

Ten eerste doet het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht bij alle en allerlei typen vorderingen dienst. Als er een juridisch relevant belang bestaat, zoals schade, kan de vordering langs de meetlat van artikel 6:162 BW worden gelegd. Sterker nog, er worden proefprocessen gevoerd over nieuwe zorgplichten en allerlei causaliteitsvragen. Soms leiden die processen tot een toekenning en soms tot een afwijzing van een vordering. En dat juridische kader levert ons vooralsnog geen onoverkomelijke problemen op in het licht van de rechtszekerheid en verzekerbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht. Mijn verwachting is dat die situatie niet opeens zal veranderen indien de vordering van een feitelijk derde wordt beoordeeld in het kader van het (buiten)contractuele aansprakelijkheidsrecht en volledige vergoeding van schade het gevolg zou kunnen zijn.

Ten tweede, en ter ondersteuning van het vorige argument, kan verwezen worden naar het Franse recht waar vorderingen van feitelijk derden ook gewoon worden beoordeeld in het kader van het algemene buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Van te grote onzekerheid, in die zin dat het rechtsgebied onverzekerbaar is geworden, is daar niet gebleken.³⁴ Mijns inziens zou het idee van exclusiviteit dus niet alleen verlaten moeten worden in geval van contractuele aansprakelijkheid, maar ook in geval van buitencontractuele aansprakelijkheid.

Mijn redenering heeft voor de zaak die voorligt aan het Hof Den Bosch als gevolg dat de deskundige niet langer de vraag hoeft te beantwoorden waardoor de schade van de moeder is veroorzaakt. Er bestaat ook een goede reden om deze vraag niet aan hem voor te leggen. Het is immers waarschijnlijk dat deze vraag door hem of haar niet kan worden beantwoord. Dit argument komt in het hiernavolgende nader aan de orde als

29. Zie Rijnhout 2012, p. 377-385 en 392-393.

30. Giesen 2003, p. 26. Zie ook Rijnhout 2012, p. 317-320, 338-339 (voor een uitwerking zie hoofdstuk 9). HR 12 december 1986, NJ 1987, 958, m.nt. CJHB (Rockwool/Poly).

31. Vgl. Verheij 2005, p. 210.

32. Zie vooral Rijnhout 2012, hoofdstuk 9.

33. Zie vooral Rijnhout 2012, hoofdstuk 8 en 9.

34. Zie Rijnhout 2012 over de begrenzing van de vordering van derden in personenschadezaken naar Frans recht.

wordt gesproken over de praktische moeilijkheid die bestaat bij de beoordeling van een shockschadevordering.

5. Geen bijzondere relativiteitstoets, maar dezelfde causaliteitsmoeilijkheid

De shockschadevordering is een veelbesproken, autonome vordering voor derden in personenschadezaken. Er moet dan voldaan worden aan een bijzondere relativiteitseis. Zo moet onder andere aangetoond worden dat het geestelijk letsel is terug te voeren op de confrontatie met het ongeval van of met de ernstige gevolgen daarvan. Hartlief merkt daarover het volgende op:

‘Moet dan de geschrokkene de jegens de (nabestaanden van de) direct getroffen weinig sympathieke stelling betrekken dat zijn geestelijk letsel *niets* met diens letsel of overlijden te maken heeft? Waarschijnlijk is deze stelling behalve onsympathiek in haar algemeenheid ook onwaar: het is zeer wel mogelijk dat de gevolgen deels op de eigen benarde positie en deels op het letsel of overlijden van de direct getroffen zijn terug te voeren.’³⁵

Een onsympathieke stelling, maar in het licht van de exclusieve werking die uitgaat van de artikelen 6:107-108 BW een noodzakelijke.

Opvallend aan de zaak die beslist is door het Hof Den Bosch was dat de benadeelde moeder geen beroep heeft gedaan op de shockschadevordering, maar een beroep doet op de directe toerekenbare niet-nakoming van de behandelingsovereenkomst die bestaat tussen haar en het ziekenhuis. En die grondslag wordt aanvaard. Bij directe contractuele aansprakelijkheid hoeft er volgens het hof niet voldaan te zijn aan de bijzondere relativiteitsregels van de shockschadevordering. Het hof oordeelt echter ook dat de schadevergoedingsverplichting wordt beperkt indien het geestelijk letsel is terug te voeren op het verlies van de foetus. Er wordt aldus een onderscheid gemaakt tussen geestelijk letsel veroorzaakt door de medische fout, respectievelijk door het verlies van haar kind. De vraag is echter in hoeverre dit onderscheid kan worden vastgesteld door een deskundige.

In de literatuur is eerder al aan de orde gekomen dat er een praktische moeilijkheid bestaat bij de beoordeling van een shockschadevordering, omdat het onmogelijk is om vast te stellen of geestelijk letsel valt terug te voeren op de confrontatie of op het verlies van een ander. Engelhard en Engelhard maken een onderscheid tussen drie oorzaken van geestelijk letsel die vanuit juridisch perspectief worden gemaakt. Schade als gevolg van:

- iemands fysieke letsel, of de dreiging daarvan;
- de confrontatie met een ongeval van een ander of de nasleep daarvan; en

35. Hartlief 2003, p. 124. In dat kader stelt Hartlief dat het pad van de schrikshade vooral voor naasten moeilijk zal zijn.

- verdriet dat alleen verband houdt met het overlijden van een ander.³⁶

Over het onderscheid tussen shockschade en affectieschade (zie het tweede en derde streepje) merken zij, in navolging van Verheij, op dat dit moeilijkheden oplevert in het licht van inzichten uit de klinische psychologie: daar wordt dit onderscheid namelijk niet gemaakt. Sterker nog:

‘In de literatuur wordt al jaren gewezen op de praktische problemen bij het vaststellen van deze verhouding en in verschillende procedures heeft de klinisch deskundige, met instemming van partijen, verklaard dat het vaststellen van deze verhouding “gelet op de huidige stand van de psychiatrische wetenschap onmogelijk is”.’³⁷

Engelhard en Engelhard wijzen erop dat de vaststelling van de oorzaak (confrontatie of verdriet) daarom ‘een in hoge mate, arbitrair karakter’ heeft en veelal een 50-50-verdeling oplevert.³⁸ Een jurist vraagt met andere woorden aan een deskundige om een vraag te beantwoorden die niet door de deskundige kan worden beantwoord. De techniek van het systeem van de artikelen 6:107-108 BW dwingt ons echter tot het stellen van deze vraag.

In het licht van het voorgaande kan ik mij zeer wel voorstellen dat de deskundige moeilijkheden zal ervaren bij de beantwoording van de voorgelegde vraag. Het gaat hier weliswaar niet over het verschil tussen shock- en affectieschade, maar over het verschil tussen de gevolgen van een medische fout en affectieschade. Naar verwachting zal die vraag niet eenvoudiger te beantwoorden zijn dan in het kader van een shockschadevordering. Aan de vraag ligt immers een aanname ten grondslag die, in het licht van de multidisciplinaire literatuur over shockschade, wellicht niet in overeenstemming is met de realiteit.

6. Ter afsluiting

Het Hof Den Bosch heeft een ‘nieuwe’ mogelijkheid tot volledige schadevergoeding voor derden in personenschadezaken toegevoegd aan het bestaande rijtje: de autonome vordering op grond van een toerekenbare niet-nakoming van een geneeskundige behandelingsovereenkomst. Twee aspecten zijn belangrijk aan deze zaak. Ten eerste is geoordeeld dat de exclusieve werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW ook doorwerkt in geval van directe contractuele aansprakelijkheid jegens de feitelijk derde. Daarnaast wordt er (toch) expliciet geoordeeld dat er ruimte is voor een volledige schadevergoeding, zonder dat voldaan hoeft te zijn aan de bijzondere relativiteitsregels van de shockschadevordering, indien een derde geestelijk letsel heeft ten gevolge van een directe toerekenbare

36. Engelhard en Engelhard 2008, p. 228.

37. Engelhard en Engelhard 2008, p. 240. Zie ook A.J. Verheij, Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 136-138; W. van Tilburg, Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater, VR 2004, p. 7-12.

38. Engelhard en Engelhard 2008, p. 240.

niet-nakoming van een overeenkomst tussen de schadeveroorzaker en een feitelijk derde.

Deze twee belangrijke aspecten leveren meteen twee belangrijke vervolgvragen op. Waarom zou moeten worden vastgehouden aan de exclusieve werking van de artikelen 6:107-108 BW in het kader (buiten)contractuele aansprakelijkheid? En waarom wordt er door juristen een vraag voorgelegd aan een deskundige die volgens de psychiatrische wetenschap niet kan worden beantwoord? Beide vragen zijn uiteindelijk terug te voeren op de knellende exclusieve werking van de artikelen 6:107-108 BW. Die exclusieve werking zou dan ook als eerste heroverwogen moeten worden.