

Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken

Omslagontwerp: Stephan van den Brink, www.woods.tv
Opmaak binnenwerk: Klaartje Hoeberechts,
afdeling editing Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht

© 2012 Rianka Rijnhout | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veeelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-658-0

NUR 822

www.bju.nl

Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken

Een rechtsvergelijkende studie naar de artikelen 6:107 en 6:108 BW in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht en schadevergoedingsrecht

Third party damages in personal injury cases

A study on the role of the articles 6:107 and 6:108 Dutch Civil Code within the more general framework of tort law and the law on damages, from a comparative perspective
(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit Utrecht
op gezag van de rector magnificus, prof.dr. G.J. van der Zwaan,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen op
vrijdag 1 juni 2012 des middags te 12.45 uur

door

Rianka Rijnhout

geboren op 10 maart 1983
te Lexmond

Promotor: Prof.dr. I. Giesen
Co-promotor: Dr. E.F.D. Engelhard

VOORWOORD

Het schrijven van een proefschrift is voor mij een interessante, verrassende en zeker ook enerverende ervaring geweest. Ik wil graag van de gelegenheid gebruikmaken om een aantal personen te bedanken die mij in de afgelopen jaren hebben geadviseerd, geholpen en gesteund.

Een heel erg bijzonder ‘dankjewel’ voor mijn promotoren Ivo Giesen en Esther Engelhard. Het was een mooi traject: inspirerend, enthousiasmerend en ontzettend gezellig. Mijn oprechte dank voor jullie vertrouwen en de kansen die jullie mij hebben gegeven om mezelf als wetenschapper, docent en persoon te ontwikkelen.

Graag wil ik de leden van de leescommissie bedanken voor hun opmerkingen en adviezen. Dank Prof. Mr. C.C. van Dam, Prof. Mr. T. Hartlief, Prof. Mr. A.L.M. Keirse, Prof. Mr. S.D. Lindenbergh, Prof. Mr. A.J. Verheij.

Via deze weg wil ik ook graag mijn collega’s van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht bedanken, met een speciale dank aan de leden van de sectie Burgerlijk Recht.

Voorts wil ik Prof. Benoit Allemeersch en de KU Leuven danken voor hun gastvrije ontvangst in Leuven. Ook de gastvrijheid en rust die het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht mij heeft geboden in het eerste en het derde jaar van het proefschrifttraject, heb ik zeer op prijs gesteld.

José Verouden, Anne Haverkort, Jessy Emaus, Liesbeth Enneking, Marian van Gestel, Mieke Kox, Stefan Kulk, Mette Meerdinkveldboom, Evelien Verhagen en Thijs Vroegop bedankt voor het lezen van (delen van) de conceptversies. Titia Kloos en Klaartje Hoeberechts wil ik graag bedanken voor het redigeren en het opmaken van de tekst. Peter Morris veel dank voor de hulp bij Engelse vertaling van de samenvatting en de weergave van de belangrijkste conclusies. Stephan van der Brink bedank ik voor het ontwerpen van de omslag van het boek.

Vrienden en familie bedankt voor alle steun en aanmoedigingen, in het bijzonder: Rinko en Meizi, Patricia en Gerrit, Anne en Wouter, Ivonne en Arti, Mieke en Jan, Daan, Edwin, Fleur, Frederieke, Jantine en Stijn, Jill, Matthieu, Mette en Wouter. Ten slotte wil ik graag mijn ouders bedanken, Theo en Hennie. Bedankt voor jullie onvoorwaardelijke steun en onuitputtelijke vertrouwen in de (soms) niet voor de hand liggende keuzes die ik heb gemaakt en die ik waarschijnlijk nog zal maken.

Het onderzoek is afgerond op 7 november 2011.

Utrecht, Rianka Rijnhout

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	v
Lijst van afkortingen	xvii
1 ONDERZOEKSOPZET	1
1. Inleiding	1
2. De kenmerken van de huidige regeling in de artikelen 6:107, 107a en 108 BW	1
2.1 Inleiding	1
2.2 De bijzondere wettelijke regeling geeft een limitatieve opsomming	3
2.2.1 Inleiding	3
2.2.2 De artikelen 1406 en 1407 Oud BW: bijzondere onrechtmatige daadsbepalingen	3
2.2.3 De keuze voor een limitatieve opsomming in het huidig BW	6
2.3 Er gaat een exclusieve werking uit van het bijzondere systeem	8
2.3.1 De achtergrond: jurisprudentie over artikel 1406 en 1407 Oud BW	8
2.3.2 Herhaling uitgangspunten jurisprudentie na 1992	10
2.3.4 Hoe wordt de exclusieve werking gerechtvaardigd?	11
2.4 De aard van het vorderingsrecht: afgeleid	11
2.5 Tussenconclusie	12
3. Het probleem: zoektocht naar uitbreidingen	12
3.1 Inleiding	12
3.2 Uitbreidingen (of pogingen daartoe) van de limitatieve regeling	12
3.3 Doorkruising (of pogingen daartoe) van de exclusiviteit van de regeling	13
3.4 Tussenconclusie	15
4. Het onderwerp van het onderzoek	15
4.1 Doel van het onderzoek	15
4.2 Onderzoeksvraag	16
4.3 Afbakening	16
4.4 Relevantie	18
5. Methoden	20
5.1 Inleiding	20
5.2 Normatief onderzoek	20
5.3 Verantwoording methode: verzamelen van argumenten door middel van rechtsvergelijking	20
5.4 Verantwoording landenkeuze	21
6. Opbouw van het onderzoek	22

2	OVER SCHADE EN DERDEN	25
1.	Inleiding	25
2.	Schade	25
2.1	Inleiding	25
2.2	Over beschadiging of kwetsing en schade	26
2.3	Over onrechtmatigheid en schade	27
2.4	De elementen van het schadebegrip	29
2.5	Wat een vergoedbaar nadeel is, is een keuze	30
2.6	De concrete en abstracte vaststelling van schade	30
2.7	Tussenconclusie	32
3.	Derde ten opzichte van wat?	33
3.1	Inleiding	33
3.2	Derden in personenschadezaken naar Nederlands recht	33
3.3	Derden in personenschadezaken naar Duits recht	35
3.4	Derden in personenschadezaken naar Engels recht	36
3.5	Derden in personenschadezaken naar Frans recht	36
3.6	Een werkdefinitie	38
3.7	Een vierdeling van type derden	39
	3.7.1 Inleiding	39
	3.7.2 De eerste categorie: de naasten	39
	3.7.3 De tweede categorie: personen die schade lijden in de uitoefening van een beroep of bedrijf	40
	3.7.4 De derde categorie: de verzekeraars	40
	3.7.5 De vierde categorie derde: de gekwetste derden	41
3.8	Tussenconclusie	41
4.	Conclusie	42
3	INLEIDING IN DE TE ONDERZOEKEN RECHTSSYSTEMEN	43
1.	Inleiding	43
2.	Nederland	43
2.1	Het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht	43
2.2	Het Nederlandse schadevergoedingsrecht	47
2.3	De positie van derden: het systeem	48
3.	Duitsland	56
3.1	Het Duitse onrechtmatige daadsrecht	56
3.2	Het Duitse schadevergoedingsrecht	59
3.3	De positie van derden: het systeem	61
4.	Engeland	68
4.1	Het Engelse onrechtmatige daadsrecht	68
4.2	Het Engelse schadevergoedingsrecht	72
4.3	De positie van derden: het systeem	77

5. Frankrijk	80
5.1 Het Franse aansprakelijkheidsrecht	80
5.2 Het Franse schadevergoedingsrecht	82
5.3 De positie van derden: het systeem	83
6. Een eerste vergelijking en conclusie	92
4 ARTIKEL 6:107 BW: VERGOEDING VAN MATERIËLE SCHADE VAN NAASTEN VEROORZAAKT DOOR HET LETSEL VAN EEN ANDER	95
1. Inleiding	95
2. Vergoeding van concrete kosten van naasten	96
2.1 Inleiding	96
2.2 Nederland: eigen vorderingsrecht	96
2.3 Duitsland: geen eigen vorderingsrecht, wel vergoeding	97
2.4 Engeland: geen eigen vorderingsrecht, wel vergoeding	98
2.5 Frankrijk: eigen vorderingsrecht	98
2.6 Tussenconclusie	100
3. Vergoeding van schade veroorzaakt door inspanningen van naasten	100
3.1 Inleiding	100
3.2 Verpleging en verzorging door naasten	101
3.2.1 Nederland: het moet normaal en gebruikelijk zijn om professionele hulp in te huren	101
3.2.2 Duitsland: de zorg moet de normale en gebruikelijke zorg van naasten overstijgen	111
3.2.3 Engeland: beyond the call of duty	115
3.2.4 Frankrijk: de hulp moet nodig zijn voor het herstel van de gekwetste	121
3.2.5 Tussenconclusie	127
3.3 Verlies van arbeidsvermogen: huishoudelijke hulp en zelfwerkzaamheid	129
3.3.1 Nederland: het moet normaal en gebruikelijk zijn om professionele hulp in te huren	129
3.3.2 Duitsland: huishoudelijke hulp moet nodig zijn	130
3.3.3 Engeland: een onderscheid tussen verleden en toekomst	133
3.3.4 Frankrijk	134
3.3.5 Tussenconclusie	135
3.4 Commentaar tot dusverre	136
4. Vergoeding van bezoekkosten	137
4.1 Inleiding	137
4.2 Nederland: in de praktijk wel	137
4.3 Duitsland: herstellkosten	140
4.4 Engeland: versneld herstel	143
4.5 Frankrijk: noodzaak kosten	143
4.6 Tussenconclusie	145
5. Conclusie	145

5	ARTIKEL 6:108 BW: VERGOEDING VAN MATERIËLE SCHADE VAN NAASTEN VEROORZAAKT DOOR HET OVERLIJDEN VAN EEN ANDER	147
1.	Inleiding	147
2.	De vordering van nabestaanden: een achtergrondschets	148
2.1	Inleiding	148
2.2	Nederland: artikel 1406 Oud BW	148
2.3	Duitsland: zuivere vermogensschade	151
2.4	Engeland: <i>Baker v. Bolton</i>	153
2.5	Frankrijk: intérêt simple, maar toch begrenzing	159
2.6	Tussenconclusie	160
3.	De vordering van nabestaanden: verlies van levensonderhoud	161
3.1	Inleiding	161
3.2	Verlies van financieel levensonderhoud	161
3.2.1	Nederland: feitelijk onderhoud	161
3.2.2	Duitsland: juridische onderhoudsplicht	170
3.2.3	Engeland: gelimiteerde kring van de FAA 1976	177
3.2.4	Frankrijk: realiteit van het onderhoud	182
3.3	Verlies van onderhoud in natura	185
3.3.1	Nederland: redelijke behoefte	185
3.3.2	Duitsland: juridische onderhoudsplicht	192
3.3.3	Engeland: gelimiteerde kring van de FAA 1976	195
3.3.4	Frankrijk: economische waarde	197
3.4	Tussenconclusie	198
4.	De kosten van lijkbezorging	199
4.1	Inleiding	199
4.2	Nederland: passende vergoeding	199
4.3	Duitsland: gebruikelijk en nodig, en verplicht tot betalen	201
4.4	Engeland: gelimiteerde kring van de FAA 1976	203
4.5	Frankrijk: welvaart en welzijn	203
4.6	Tussenconclusie	204
5.	De vordering van nabestaanden: hoe ver wordt de vergoedingsplicht doorgetrokken?	205
5.1	Inleiding	205
5.2	De aard van de onrechtmatige daad	205
5.3	Kosten van de afwikkeling van de erfenis	206
5.4	Kosten voor de verwerking van verdriet	206
5.5	Overige materiële schade	207
5.6	Tussenconclusie	208
6.	De vordering van de erfgenaam	208
6.1	Inleiding	208

6.2	Nederland: geen vererving van het vorderingsrecht ten aanzien van de immateriële schade	209
6.3	Duitsland: vererving van materiële en immateriële schade	210
6.4	Engeland: vererving van materiële en immateriële schade	212
6.5	Frankrijk: vererving van materiële en immateriële schade	215
6.6	Tussenconclusie	217
7.	Conclusie	217
6	DE GEKWETSTE DERDE	221
1.	Inleiding	221
2.	De hulpverlener met lichamelijk letsel	221
2.1	Inleiding	221
2.2	Nederland	222
2.3	Duitsland	223
2.4	Engeland	225
2.5	Tussenconclusie	227
3.	De shockschadevordering	227
3.1	Inleiding	227
3.2	Nederland: de confrontatie-eis	228
3.2.1	Inleiding	228
3.2.2	Hetgeen vooraf ging aan het Taxibus-arrest	228
3.2.3	Huidige stand van zaken: de confrontatie-eis	230
3.2.4	Kritiek	235
3.2.5	Vilt: een niet geslaagde poging tot uitbreiding	239
3.2.6	Lagere rechtspraak na Vilt	243
3.2.7	Tussenconclusie	244
3.3	Duitsland: de kring van gerechtigden is beperkt tot naasten en nabestaanden	245
3.3.1	Inleiding	245
3.3.2	De vereisten en commentaren	247
3.3.3	In de literatuur wordt gepleit voor uitbreiding	253
3.3.4	Tussenconclusie	254
3.4	Engeland: vereisten van nabijheid in drie opzichten	256
3.4.1	Inleiding	256
3.4.2	Vereisten en commentaar	257
3.4.3	In de literatuur wordt gepleit voor verandering	267
3.4.4	Tussenconclusie	272
3.5	Frankrijk: recente ontwikkelingen	273
3.6	Tussenconclusie	274
4.	Conclusie	276

7	IMMATERIËLE SCHADE VAN NAASTEN EN DOORKRUISSING VAN RECHTEN	279
1.	Inleiding	279
2.	Immateriële schade van naasten en nabestaanden	280
2.1	Inleiding	280
2.2	Nederland	280
2.3	Duitsland	285
2.4	Engeland	290
2.5	Frankrijk	296
2.6	Tussenconclusie	300
3.	Oogmerk tot toebrengen van leed	301
4.	Het EHRM	303
4.1	Een beroep op fundamentele rechten wordt terughoudend ontvangen door de Hoge Raad	303
4.2	Het EHRM staat positief tegenover de vergoeding van schade van naasten	304
5.	Slotgedachte rechtsvergelijking: een lappendeken aan oplossingen	312
6.	Conclusie	313
8	DRIE THEMA'S: ARGUMENTEN, HANDHAVING EN TWEE TE ONDERSCHIEDEN VRAGEN	315
1.	Inleiding	315
2.	Opmerking vooraf: twee keuzes	316
2.1	Een 'meetpunt'	316
2.2	'De derde' bestaat niet	317
3.	Eerste thema: argumenten uit de voorgaande hoofdstukken	320
3.1	Inleiding	320
3.2	Rechtszekerheid en voorkomen van willekeur	321
3.3	Over domino-effecten, verzekerbaarheid en claimcultuur	325
3.4	Een meer specifiek probleem: dwingt de aard van de te nemen beslissing tot een limitatief systeem?	330
3.5	Ongelijke begrenzing	332
3.6	De doorwerking van EVRM-rechten	333
3.7	Tussenconclusie: drie argumenten als 'de paraplu' waaronder een systeem moet werken	333
4.	Tweede thema: privaatrechtelijke handhaving van normen	335
5.	Derde thema: twee vragen als het gaat over vergoeding van schade van derden	339
5.1	Inleiding: een vertroebeld beeld	339
5.2	Vraag 1: welke schade van derden zou vergoedbaar moeten zijn als de grondslag van de vordering de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste is?	340
5.3	Vraag 2: bestaat er een grondslag voor aansprakelijkheid tegenover de derde?	340

6. Conclusie	340
9 DE DERDE ZOU TWEE POSITIES MOETEN KUNNEN BEKLEDEN BINNEN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT EN SCHADEVERGOEDINGSRECHT	343
1. Inleiding	343
2. Welke schade van derden zou vergoedbaar moeten zijn met een beroep op de normschending jegens de direct gekwetste?	344
2.1 Inleiding	344
2.2 Redenen voor een afgeleid vorderingsrecht	344
2.2.1 Inleiding	344
2.2.2 Aansprakelijkheidslast wordt niet verhoogd bij verplaatsting van schade	344
2.2.3 Derden mogen niet worden ontmoedigd door het ontbreken van een vorderingsrecht	346
2.2.4 Profijtgedachte	347
2.2.5 Redelijkheid en billijkheid	348
2.2.6 De aansprakelijke partij moet de schade dragen	349
2.2.7 ‘Sachlichen Rechtswidrigkeitzusammenhang’	350
2.2.8 Tussenconclusie	353
2.3 Aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste: hoe anders te begrenzen?	353
2.3.1 Inleiding	353
2.3.2 Ruime interpretatie van het begrip ‘verplaatste schade’	354
2.3.3 Serieuze redelijkheidstoets in geval van letsel	355
2.3.4 ‘Herstel’ en ‘hulp’ als sleutelwoorden	357
2.3.5 De keuze en de aard van de hulp	359
2.3.6 Het genot bij een geschonden belang	361
2.3.7 De nutwaarde van het vermogen: subjectief functioneel schadebegrip	366
2.3.8 Tussenconclusie	368
2.4 Mijn keuze: een sanctie ter hoogte van verplaatste van schade	369
2.4.1 Inleiding	369
2.4.2 Naasten	370
2.4.3 Nabestaanden	371
2.4.4 Aan wie moet het vorderingsrecht toekomen?	372
2.5 Tussenconclusie	374
3. Onder welke omstandigheden zou autonome aansprakelijkheid moeten bestaan tegenover een derde?	375
3.1 Inleiding	375
3.2 Vier situaties waarin in ieder geval autonome aansprakelijkheid zou moeten bestaan	376
3.2.1 Inleiding	376
3.2.2 Het gezin zou moeten worden beschermd	377

3.2.3	De schadeveroorzaker heeft de intentie om de derde te benadelen	386
3.2.4	De hulpverlener zou moeten worden beschermd	386
3.2.5	<i>Rockwool/Poly</i>	390
3.3	Belangen van derden die niet beschermd zouden moeten worden	392
3.4	Via het onrechtmatige daadsrecht en niet via een bijzonder vorderingsrecht	394
4.	Conclusie: heroverweging is nodig	396

10 SAMENVATTING EN BELANGRIJKSTE CONCLUSIES **399**

1.	Inleiding	399
2.	Hoofdstuk 1 en 2: het vertrekpunt	399
2.1	Het onderwerp: 6:107 en 6:108 BW	399
2.2	Definities en afbakening van het onderzoeksterrein	400
2.2.1	Werkdefinitie ‘derden’	400
2.2.2	Beperking: onderzoek naar argumenten	400
2.2.3	Wat ‘schade’ is	400
2.2.4	Beperking: schadevergoeding voor naasten en nabestaanden	400
3.	Hoofdstuk 3: een achtergrondschets van Nederlands, Duits, Engels en Frans recht	401
4.	De vergoeding van schade van derden als sanctie op de onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste	402
4.1	Hoofdstuk 4: artikel 6:107 BW en de positie van naasten in geval van letsel	402
4.1.1	Concreet verplaatste schade	402
4.1.2	Vergoeding voor extra inspanningen door naasten	402
4.1.3	Bezoek	404
4.2	Hoofdstuk 5: artikel 6:108 BW en overlijden	404
4.2.1	De rechtvaardiging van het vorderingsrecht	404
4.2.2	Kosten van het verlies van levensonderhoud	405
4.2.3	Kosten van lijkbezorging	406
4.2.4	En verder wordt in beginsel niet gegaan, tenzij sprake is van geestelijk letsel...	406
5.	(Meer) volledige vergoeding van de schade van naasten en nabestaanden	407
5.1	Hoofdstuk 6: de gekwetste derde	407
5.2	Hoofdstuk 7: immateriële schade en de schending van fundamentele rechten	409
5.2.1	Vergoeding voor leed	409
5.2.2	Vergoeding voor de schending van fundamentele rechten	410
6.	Hoofdstuk 8: argumenten, privaatrechtelijke handhaving en twee te onderscheiden vragen	411
6.1	Er dreigt een lappendeken te ontstaan	411
6.2	De ‘mate van directheid’ van het slachtofferschap is geen argument om bij voorbaat een vergoedingsplicht af te wijzen	411
6.3	Toch bestaat het bijzondere wettelijke systeem nog: wat zijn de argumenten?	411

6.4	Privaatrechtelijke handhaving	413
6.5	Twee vragen	413
7.	Hoofdstuk 9: de derde kan twee posities innemen binnen het aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht	413
7.1	Welke schade van derden zou vergoedbaar moeten zijn op grond van de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste?	413
7.2	Onder welke omstandigheden zou autonome aansprakelijkheid moeten bestaan tegenover een derde?	414
7.2.1	Uitgangspunt: de onrechtmatige daad tegenover de een betekent nog niet dat er een onrechtmatige daad tegenover een derde is gepleegd als deze derde schade lijdt	414
7.2.2	Vier situaties waarin in ieder geval tot aansprakelijkheid zou moeten worden geconcludeerd	415
8.	Conclusie: heroverweging is nodig	417
	Summary and most important conclusions	419
	Literatuur	441
	Rechtspraak	465
	Trefwoordenregister	473
	Curriculum vitae	479

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
A.C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
A-G	Advocaat generaal
AJCL	American Journal of Comparative Law
All E.R.	All England Law Reports
AMG	Arzneimittelgesetz
AtomG	Atomgesetz
A&V	Aansprakelijkheid en Verzekering
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
B.C.L.R.	British Columbia Law Reports
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bull. A.P.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Assemblée plénière
Bull. Civ. II	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambres criminelles
BW	Burgerlijk Wetboek
c.	tegen
C.	Cour d'Appel
CA	Court of appeal
Cass. Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de Cassation
CC	Code Civil
C.C.L.T.	Canadian Cases on the Law of Torts
Ch. Mixte	Chambre Mixte de la Cour de Cassation
chron.	chronique
Civ.	Chambre Civil de la Cour de Cassation
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Crim.	Chambre Criminelle de la Cour de Cassation
CRvB	Centrale Raad van Beroep
D.	Recueil Dalloz
D.A.	Droit administratif
D.L.R.	Dominion Law Reports
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (voor 1941).
ECFR	European Common Frame of Reference
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EWCA Civ.	Court of Appeal (Civil Division)
FAA 1976	Fatal Accidents Act 1976
Fam.	Family Division
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GenTG	Gentechnikgesetz
GG	Grundgesetz
HPfG	Haftpflichtgesetz
HR	Hoge Raad
I.R.	Informations rapides Recueil Dalloz

JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheidsrecht
JCP	Semaine Juridique édition notariale et immobilière
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
J.P.I.L.	Journal Personal Injury Law
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Kings Bench
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Report
LQR	Law Quarterly Review
L&S	Letsel & Schade
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Med LR	Medical Law Review
MLR	Modern Law Review
m.nt.	met annotatie van
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NbNW	Nieuwsbrief BW
NJ	Nederlandse jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk recht
nt.	annotatie
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
Obs	observation
OLG	Oberlandesgericht
Oud BW	Oud Burgerlijk Wetboek
PETL	Principles of European Tort law
P-G	Procereur generaal
P.I.Q.R.	Personal Injuries and Quantum Reports
P.N.L.R.	Professional Negligence and Liability Reports
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
PTSS	posttraumatische stressstoornis
Q.B.	Queens Bench
R.	Randnummer
RdNr	Randnummer
Req.	requirant
Resp. Civ. et Assur.	Responsabilité civile et assurance
Rn.	Randnummer
r.o.	rechtsoverweging
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
StVG	Straßenverkehrsgesetz
RvdW	Rechtspraak van de Week
S.	Franse jurs.
TAR	Tijdschrift voor ambtenarenrecht
TGI	lTribunal de grande instances
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz

VersR	Versicherungsrecht
VR	Verkeersrecht
VRA	Vermogensrechtelijke Analyses
W.	Weekblad van het regt
WL	Westlaw
W.L.R.	Weekly Law Reports
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
ZEup	Zeitschrift für Europaisches Privatrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

1. Inleiding

Als iemand letsel oploopt of overlijdt ten gevolge van een auto-ongeval of medische fout, bestaat er een potentieel aan schadelijders. Niet alleen de direct gekwetste kan namelijk worden benadeeld, maar ook derden, zoals ouders, partners, werkgevers, de Belastingdienst, de vaste kapper, de onderwijsinstelling waaraan de direct gekwetste studeerde et cetera. Twijfelachtig is echter of deze ‘derden’ vergoeding moet worden geboden voor hun schade krachtens het civiele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

Wie kunnen een schadevergoeding vorderen? Gaat het dan uitsluitend over de vergoeding van materiële schade of ook over vergoeding voor immateriële schade? Deze vragen kunnen beantwoord worden aan de hand van de bijzondere wettelijke regeling voor vergoeding van schade van derden in personenschadezaken. Deze wettelijke regeling staat beschreven in de artikelen 6:107, 107a en 108 Burgerlijk Wetboek (BW). Over de inhoud, kenmerken en uitleg van deze regeling en de moeilijkheden daarbij, gaat dit onderzoek. Daarbij is het de vraag of deze bijzondere regeling heroverweging verdient.

Dit eerste hoofdstuk behandelt de uitgangspunten en de opzet van het onderzoek. In paragraaf 2 wordt gestart met een beschrijving van de kenmerken van de bijzondere wettelijke regeling voor de vergoeding van schade van derden in personenschadezaken. De (pogingen tot) uitbreidingen van de regeling komen vervolgens in paragraaf 3 aan de orde. Vervolgd wordt met een weergave van het onderwerp van het onderzoek: de doelstelling, onderzoeksvraag, afbakening en relevantie (paragraaf 4). In paragraaf 5 wordt verantwoording afgelegd over de gebruikte onderzoeksmethoden en in paragraaf 6 volgt een beschrijving van de opbouw van de volgende hoofdstukken.

2. De kenmerken van de huidige regeling in de artikelen 6:107, 107a en 108 BW

2.1 Inleiding

Het Nederlandse systeem van vergoeding van schade van derden veroorzaakt door het letsel of overlijden van een andere persoon wordt gekenmerkt door gesloten-

heid.¹ Deze geslotenheid wordt afgeleid uit de aanwezigheid van de artikelen 6:107, 107a en 108 BW in ons Burgerlijk Wetboek. In deze bepalingen staat precies beschreven welke personen – anders dan de direct gekwetste – een vorderingsrecht hebben ter vergoeding van welke schade(posten). Uit de wettekst van deze bepalingen en uit de jurisprudentie daarover kunnen drie kenmerken worden afgeleid.

Ten eerste is de opsomming van de kring van gerechtigden en de vergoedbare schadeposten limitatief.² Dit betekent dat derden die niet worden genoemd in de artikelen 6:107, 107a en 108 BW geen recht op vergoeding toekomt. Als deze derden wel tot de kring van gerechtigden behoren, dan kunnen zij slechts vergoeding vorderen van schadeposten die worden genoemd in een van deze artikelen.

Het tweede kenmerk betreft de bijzondere werking van dit samenstel van bepalingen ten opzichte van het algemeen aansprakelijkheidsrecht. Dit blijkt uit jurisprudentie van de Hoge Raad. Als de schade van een derde is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander, bepalen de artikelen 6:107, 107a en 108 BW exclusief wie een vorderingsrecht toekomt.³ Dat geldt ook als jegens de derde een (autonome) onrechtmatige daad is gepleegd.⁴ De genoemde artikelen uit het schadevergoedingsrecht derogeren dus aan het algemeen aansprakelijkheidsrecht.⁵

Het derde kenmerk heeft betrekking op de aard van het vorderingsrecht.⁶ Hoewel derden in personenschadezaken een beperkte positie innemen binnen het aansprakelijkheidsrecht, hebben zij gegarandeerd een zelfstandig vorderingsrecht indien zij tot de kring van gerechtigden behoren uit de bijzondere regeling en schade lijden zoals daar genoemd. De schadevergoedingsverplichtingen uit de artikelen 6:107, 107a, 108 BW worden namelijk afgeleid van de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste: door de vestiging van de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste bestaat een zelfstandig afgeleid vorderingsrecht voor de derde genoemd in een van deze bepa-

1 Lindenbergh 1998, p. 182, zie ook p. 179-184. Zie ook bijv. Bolt 1996, in: Bolt en Spier 1996, p. 352-358; Vranken 2001, p. 835 (6460); Lindenbergh 2005, in: Bona, Mead en Lindenbergh (red.) 2005, p. 406. Zie ook McGregor 1975, in: Tunc (red.) 1975, p. 70.

2 Parl. Gesch. Boek 6, p. 392-393 en (expliciet) 396; Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1315; Lindenbergh 1998, p. 180-182; Engelhard 2003, p. 379; Mon. BW B37 (Van Wassenaer), nr.19a; Tromp 2005, nr. 3040-10; G.C. Endedijk 2005, nr. 3050-1; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 154 en 159.

3 Engelhard 2003, p. 379 (zie hierover p. 377-381 en 142-147). Engelhard noemt de combinatie limitatief en exclusief een 'super' beperkte uitleg. Vgl. Holzhauser 1986, p. 6 en 10 (over de art. 1406 en 1407 Oud BW); Lindenbergh 1997, p. 189; Lindenbergh 1998, p. 180-184 en 204; Hartlief 2000, p. 866-867; Hartlief 2009, p. 297 en 303. Zie over het oude BW Drion 1956, p. 35-38; Bloembergen 1965, p. 286, vnt. 3. Zie o.a. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), 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 kan worden afgeleid dat art. 6:107 BW exclusief zou moeten werken, Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1288.

4 Anders is dat wanneer de oorzaak van de schade van de derde is gelegen in iets anders dan het letsel of overlijden van een ander. Een voorbeeld hiervan is de schade door geestelijk letsel ontstaan door de confrontatie met het ongeval of de ernstige gevolgen daarvan. Zie hoofdstuk 6, paragraaf 3.2.

5 Dat deze regeling bijzonder is, kan worden verduidelijkt door een vergelijking te maken met zaakschade en zuivere vermogensschadezaken. Indien een derde in dit type zaken nadeel ondervindt door de schade van de oorspronkelijke schadelijder, dan wordt de vordering van de derde langs de meetlat van het algemeen aansprakelijkheidsrecht gelegd. In personenschadezaken is dat dus anders: daar geldt de bijzondere regeling uit de art. 6:107, 107a en 108 BW.

6 Parl. Gesch. Boek 6, p. 399, 400.

lingen. Het is aldus niet nodig dat de derde aantoont dat ook jegens hem autonoom aansprakelijkheid bestaat.⁷

Over de achtergrond en de betekenis van deze drie kenmerken gaat deze paragraaf.

2.2 De bijzondere wettelijke regeling geeft een limitatieve opsomming

2.2.1 Inleiding

De artikelen 6:107, 107a en 108 BW hebben betrekking op verschillende derden en zijn van toepassing in verschillende situaties (letsel en overlijden). In letselschadezaken gelden de artikelen 6:107 en 107a BW. Artikel 6:107 BW geeft een derde een vorderingsrecht indien hij, anders dan krachtens verzekering, schade lijdt in plaats van de direct gekwetste. Met andere woorden, als de schade van de directe gekwetste verplaatst is naar een derde, dan heeft die derde ter verhaal van zijn schade een eigen vorderingsrecht. Andere schade hoeft echter niet te worden vergoed. Artikel 6:107a BW geeft de private werkgever een vorderingsrecht ter verhaal van het doorbetaald nettoloon en de kosten van re-integratie van de gewonde werknemer. Ook in het kader van dit vorderingsrecht geldt: andere schade komt niet voor vergoeding in aanmerking.

Artikel 6:108 BW is van toepassing in overlijdenszaken. Als de direct gekwetste overlijdt, eindigt de periode waarover zijn schade kan worden begroot en vergoed. Artikel 6:108 BW geeft dan een gelimiteerde kring van nabestaanden een vorderingsrecht ter verhaal van de kosten door het verlies van levensonderhoud, zowel in financiële zin als in natura. Daarnaast zijn de redelijke kosten van de lijkbezorging vergoedbaar, ongeacht door wie deze zijn gemaakt.

De regeling is limitatief: alleen de personen die worden genoemd in deze bepalingen ontvangen een vergoeding van de schadeposten die daarin zijn genoemd. Immateriële schade van naasten (in letselschadezaken) en nabestaanden (in overlijdensschadezaken) komt niet voor vergoeding in aanmerking, omdat deze schadepost niet genoemd wordt in artikel 6:107 of 108 BW. De aanwezigheid van en de interpretatie die is gegeven aan dit bijzondere wettelijke systeem moet worden gezien in het licht van de artikelen 1406 en 1407 Oud Burgerlijk Wetboek (Oud BW).

2.2.2 De artikelen 1406 en 1407 Oud BW: bijzondere onrechtmatige daadsbepalingen

De aanwezigheid van deze verhaalsrechten van derden in ons BW wordt meestal verklaard door terug te verwijzen naar het Oud BW, waarin de artikelen 1406 en 1407 in respectievelijk overlijdens- en letselschadezaken van toepassing waren. Deze bepalingen waren toegevoegd aan het onrechtmatige daadsrecht en beoogden in bijzonderheden te treden als het ging over bepaalde typen onrechtmatige daden.⁸ De onrechtmatige daden waarop de artikelen 1406 en 1407 Oud BW zagen, waren

⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 154 en 159; Hartlief 2009, p. 303.

⁸ Zie hierover Jonckers Nieboer 1935, p. 12-14.

‘moedwilligen of onvoorzigtigen doodslag’ enerzijds, en ‘moedwilligen of onvoorzigtigen kwetsing of verminking van eenig deel des lichaams’ anderzijds. Deze bepalingen bepaalden limitatief welke kring van personen schadevergoeding kon vorderen en welke schadeposten vergoedbaar waren.⁹

Artikel 1406 Oud BW gold in geval van onrechtmatige doodslag. Bepaald was dat uitsluitend de ouders, de kinderen en de overblijvende echtgenoot of echtgenote een recht op vergoeding toekwam voor het verlies van levensonderhoud.¹⁰ De kosten van de lijkbezorging hoefden niet vergoed te worden onder het regime van het Oud BW. In letselschadezaken moest een beroep worden gedaan op de bijzondere onrechtmatige daadsbepaling van artikel 1407 Oud BW. Indien sprake was van onrechtmatig toegebracht letsel kon uitsluitend de direct gekwetste een vergoeding vorderen van zijn materiële schade.¹¹ Anderen dan de direct gekwetsten (in letselschadezaken) konden dus geen beroep doen op artikel 1407 Oud BW.

Aangezien het vaste rechtspraak van de Hoge Raad was dat de artikelen 1407 en 1406 Oud BW derogerden aan het algemeen aansprakelijkheidsrecht, konden derden geen beroep doen op artikel 1401 Oud BW.¹²

Met de invoering van de artikelen 1406 en 1407 week de Nederlandse wetgever af van het voorbeeld voor ons Burgerlijk Wetboek: de Franse *Code Civil* (CC). Daarin waren (en zijn) geen bijzondere onrechtmatige daadsbepalingen met betrekking tot persoonschadezaken opgenomen. De beoordeling wordt overgelaten aan de algemene regeling van het onrechtmatige daadsrecht (artikel 1382 CC).

De introductie van de artikelen 1406 en 1407 Oud BW was dus niet vanzelfsprekend, aangezien de inspiratiebron, de Franse *Code Civil*, geen vergelijkbare bepalingen bevatte.¹³ En hoewel het ontwerp van Van der Linden (1807) vergelijkbare bepalingen¹⁴

9 Zie bijvoorbeeld HR 6 december 1907, *W.* 1908, nr. 8630; HR 27 februari 1925, *NJ* 1925, 566, (*Spoorwegongeval te Weesp*); HR 27 juni 1941, *NJ* 1941, 188 (*Holland-Amerika Lijn/Delia*). Vgl. Voorduin 1838, p. 85-93; Jonckers Nieboer 1935, p. 24-25; Drion en Wiersma 1971, p. 272.

10 De (private) werkgever had onder het regime van het Oud BW nog geen zelfstandig verhaalsrecht, zie bijvoorbeeld HR 27 juni 1941, *NJ* 1942, 188, m.nt. P.S. (*Holland-Amerika Lijn/Delia*); HR 10 januari 1958, *NJ* 1958, 79, m.nt. L.E.H.R. (*Van Hoof/Gebroeders van der Plas*); HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958, m.nt. CJHB (*Rockwool/Poly*). Ook aan vennoten kwam geen recht op schadevergoeding toe, zie HR 15 februari 1963, *NJ* 1964, 423, m.nt. DJV (*Houtappel/Velthuyzen*) (vennoten van de direct gekwetste vennoot trachtten vergoeding te vorderen van de bedrijfsschade die laatstgenoemde heeft geleden).

11 Krachtens art. 1407 Oud BW was uitsluitend de materiële schade van de direct gekwetste vergoedbaar. In 1943 overwoog de Hoge Raad echter dat bij de waardering van de schade rekening moet worden gehouden met de immateriële schade, HR 21 mei 1943, *NJ* 1943, 455. Zie hierover o.a. Drion en Wiersma 1971, p. 147.

12 Zie o.a. HR 12 januari 1906, *W.* 1906, nr. 8324 (*Hollandse IJzeren Spoorwegmaatschappij/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 12 december 1986, *NJ* 1987, 958, m.nt. CJHB (*Rockwool/Poly*). Zie bijv. Brunner 1975, p. 209; Knol 1986, p. 18-19.

13 Voorduin 1838, p. 88. Zie ook Conclusie A-G Wijnveldt voor HR 23 januari 1936, *NJ* 1936, 614.

14 Voorontwerp van Van der Linden, derde boek, dertiende titel artikel 2 (1807).

bevatte, evenals het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland uit 1809 (artikel 1318) en de ontwerpen uit 1816 (artikel 3538), 1820 (artikel 3022) en 1833 (artikel 10a), ontbrak een vergelijkbare bepaling in het Wetboek 1830.¹⁵

Tijdens de parlementaire beraadslaging over het (laatste) ontwerp uit 1833 werd getwijfeld door sommige Kamerleden over de invoering van artikel 1406 Oud BW. Een aantal leden merkte op dat het artikel overbodig zou zijn. Bovendien zou het artikel nadelig zijn, omdat het beginsel van schadevergoeding bij elke onrechtmatige daad te veel beperkt zou worden. Zo merkte Kamerlid Luzac op dat de wetgever te veel in bijzonderheden was getreden en dat de werking van het (in 1830 aangenomen) Franse burgerlijk wetboek te veel verzwakt zou worden.¹⁶

Toch is het tot introductie van de wettelijke bepalingen gekomen. De reden die de Nederlandse wetgever gaf voor de uitwerking in bijzondere bepalingen was de behoefte aan rechtszekerheid en het voorkomen van willekeur. In letsel- en overlijdensschadezaken zouden de gevoelens van de rechters en hun vonnissen immers uiteen kunnen lopen.¹⁷

Langemeijer stelde zichzelf de vraag waarom bijzondere regels zijn gecreëerd in de artikelen 1406 en 1407 Oud BW. Komt dat door de aard van het misdrijf (toebrengen van letsel of veroorzaken van iemands overlijden), of door de aard van het gevolg (letsel of overlijden)? Geconcludeerd wordt in laatstgenoemde zin. Het eerste argument dat wordt genoemd is dat niet betoogd kan worden dat de schadeberekening van de artikelen 1406 en 1407 Oud BW 'steeds voordeeliger of steeds nadeeliger is dan de gewone (...)' en dus ontbreekt volgens hem het verband tussen de bijzondere begroting en de aard van het schadetoebrengende feit.¹⁸ Daarnaast zou een civielrechtelijke boete slecht passen in ons rechtstelsel.¹⁹ Er bestaat volgens Langemeijer wel een verband tussen de bijzondere wijze van schadebegroting en de aard van het gevolg (de kwetsing). De bijzondere schadeberekening past in de gedachtegang van de wetgever dat schade vanwege letsel of overlijden tot een bedrag kan oplopen 'dat buiten alle verhouding staat tot de schuld van hem, die haar heeft veroorzaakt (...)'. Ook zou de schadevergoedingsplicht bij toepassing van de gewone regels waarschijnlijk worden afgewezen, vanwege de onvoorzienbaarheid daarvan, terwijl volledige vergoeding 'volkomen billijk zou zijn', aldus Langemeijer.²⁰ Maar ook als die redenering niet wordt gevolgd, zo concludeert Langemeijer, 'dan nog zal men de bedoeling van de wet in dezen geest moeten opvatten op grond van wat naast de bijzondere vergoedingsregeling het belang van art. 1406 uitmaakt: de *beperking der groep van personen*, die gerechtigd zijn schadevergoeding te vorderen.'²¹ (cursivering RR)

15 Voorduin 1838, p. 85-86. Vgl. Jonkens Nieboer 1935, p. 1-11; Hofmann 1959, p. 269; Pals 1983, p. 8-14.

16 Voorduin 1838, p. 88-89. Vgl. Jonkens Nieboer 1935, p. 1-11; Hofmann 1959, p. 269; Pals 1983, p. 8-14.

17 Voorduin 1838, p. 85. Hierover bijvoorbeeld ook Opzoomer 1879, p. 341; Diephuis 1888, p. 117.

18 Langemeijer 1929, p. 343.

19 Langemeijer 1929, p. 344.

20 Langemeijer 1929, p. 344.

21 Langemeijer 1929, p. 344.

De bijzondere limitatieve regeling is nadien ook niet vrij geweest van discussie. In het begin van de 20^{ste} eeuw lag de regeling zelfs onder vuur op wetgevingsniveau. In 1911 stelde toenmalig Minister van Justitie Regout voor om de artikelen 1406 en 1407 Oud BW te verwijderen uit het Oud BW. Hij wilde het algemeen onrechtmatige daadsrecht (artikel 1401 Oud BW) uitbreiden door de ongeschreven norm (openbare orde, goede zeden of met de zorg van een goed huisvader) als grondslag voor onrechtmatig gedrag te introduceren. Bovendien wilde hij een derde lid (alineä) toevoegen aan artikel 1401 Oud BW waarin beschreven stond dat indien de schade niet op geld waardeerbaar was, de rechter deze ‘in billijkheid naar de omstandigheden bepaal[t].’²² Door deze laatste toevoeging achtte hij de aanwezigheid van artikel 1407 (schadevergoeding in letselschadezaken) niet langer nodig. Artikel 1406 Oud BW zou moeten worden geschrapt, omdat het een te verregaande beperking van artikel 1401 zou inhouden. Volgens Regout ‘kome [de actie] toe aan een ieder, die schade heeft geleden.’²³ Het wetsvoorstel Regout werd gewijzigd in het Ontwerp-Heemskerk in 1913, maar is vanwege de Eerste Wereldoorlog geen wet geworden en is uiteindelijk in 1928 ingetrokken.²⁴

2.2.3 De keuze voor een limitatieve opsomming in het huidig BW

Gedurende het debat over het Nieuw BW werd opnieuw de vraag gesteld of een bijzondere regeling zoals opgenomen in de artikelen 1406 en 1407 Oud BW nodig was. In eerste instantie werd geen bijzondere bepaling opgenomen wat betreft letselschadezaken. De beoordeling van dit soort vorderingen moest worden overgelaten aan het onrechtmatige daadsrecht.²⁵ Dit was anders in geval van overlijdensschade: de komst van een opvolger van artikel 1406 Oud BW, in de vorm van artikel 6:108 BW, werd niet betwijfeld.²⁶ Het nieuwe artikel gaf een recht op vergoeding van het verlies van levensonderhoud aan een gelimiteerde (bredere) groep nabestaanden en van de kosten van de lijkbezorging. De werkingssfeer werd dan ook uitgebreid ten opzichte van artikel 1406 Oud BW.²⁷

In eerste instantie werd dus geen bijzondere regel over de vergoeding van schade in letselschadezaken geïntroduceerd. Tijdens de discussie in het kader van de invoeringswet nam het debat hierover echter een andere wending. Alsnog werd er gesuggered om een regeling op te nemen ten aanzien van de vergoeding van schade van anderen dan de direct gekwetste in letselschadezaken. De reden hiervoor was de onwenselijkheid om onzekerheid te laten (voort)bestaan over dit onderwerp.²⁸ Het

22 W. 1911, nr. 9099, p. 1.

23 W. 1911, nr. 9099, p. 1.

24 W. 9459. Hierover Van Maanen 1995, p. 46; Schut 1997, p. 38.

25 Parl. Gesch. Boek 6, p. 607-608; Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1278. Zie ook Mon. BW B37 (Van Wassenaer), nr. 18. Kritisch waren Beekhuis 1963, p. 514-515 en Brunner 1975, p. 214.

26 Parl. Gesch. Boek 6, p. 392.

27 In hoofdstuk 5 wordt uitgebreid stilgestaan bij de vergoeding voor overlijdensschade.

28 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1279. Hartlief vraagt zich af waarom de wetgever het onwenselijk vond

aanvankelijk voorgestelde artikel 6.1.9.11a BW kende een brede werkingssfeer. Het kende een vorderingsrecht toe aan:

- de werkgever ter verhaal van het bruto doorbetaald loon tijdens arbeidsongeschiktheid (sub a);
- de maatschap, vennootschap onder firma of besloten vennootschap ten behoeve van de geleden bedrijfsschade, mits het aandeel in de winst van de direct gekwetste méér dan eenderde bedroeg (sub b);
- derden, mits geen verzekeraar, die in verband met het letsel van de direct gekwetste kosten hebben gemaakt, die de direct gekwetste – indien zelf gemaakt – op de aansprakelijke had kunnen verhalen (verplaatste schade) (sub c); en
- derden die kosten hebben gemaakt in verband met het letsel, ‘mits deze kosten of het derven van inkomen werden gerechtvaardigd door de persoonlijke relatie, waarin hij tot de gekwetste stond’ (sub d).²⁹

Later werd echter besloten om de werking van dit artikel in te perken tot de vergoeding van de materiële schade van de direct gekwetste die verplaatst is naar een ander (anders dan krachtens verzekering).³⁰ De vordering werd dus gemaximeerd ter hoogte van de hypothetische schade van de direct gekwetste.³¹ De ‘eigen’ schade van de derde hoeft daarom niet te worden vergoed.

De reden voor deze beperking was dat, hoewel artikel 1407 Oud BW als onbillijk werd ervaren, een uitbreiding (anders dan een vergoeding van verplaatste schade) niet strikt noodzakelijk was voor het goed kunnen functioneren van het nieuwe recht. Bovendien zou een uitbreiding een bron voor veel procedures kunnen zijn. Ten slotte zou de vergoeding van schade van derden nauw samenhangen met de uitbreiding van de regresrechten van (sociale en particuliere) verzekeraars en de overheid, waardoor de discussie hierover uitgesteld werd tot het debat over de regresrechten.³²

Hoewel artikel 1407 Oud BW in verband wordt gebracht met het huidige artikel 6:107 BW,³³ gaan beide artikelen over iets anders. Het artikel in het Oud BW regelde namelijk de onrechtmatigheid én de vergoeding van de schade van de direct gekwetste: uitsluitend het letselschadeslachtoffer had een vorderingsrecht ter verhaal van diens materiële schade. Hoewel artikel 6:107 BW de ‘direct gekwetste’ wel noemt als persoon die een

dat juist op dit (schadevergoedings)gebied onduidelijkheid zou voortbestaan, bijvoorbeeld in vergelijking met de onduidelijkheid over de kring van gerechtigden in zaakschadezaken, Hartlief 2006, p. 98-101.

29 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1278.

30 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1287.

31 De term ‘verplaatste schade’ is geïntroduceerd door Bloembergen in zijn proefschrift uit 1965, Bloembergen 1965, p. 247-251. Zie Langemeijer – eerder – over het onderscheid tussen de vergoedbaarheid van verplaatste en eigen schade van een feitelijk derde (hoewel hij niet deze terminologie hanteerde), Langemeijer voor HR 10 januari 1958, *NJ* 1958, 79, m.nt. L.E.H.R. (*Van Hoofd/Van der Plas*).

32 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1287-1288. De discussie over de kenmerken van het systeem, of over de (fundamentele) uitbreiding van art. 6:107 BW, heeft echter nog niet plaatsgevonden.

33 Zie bijvoorbeeld Mon. BW B37 (Van Wassenaer), nr. 24.

schadevergoeding kan vorderen, gaat dat artikel voornamelijk over de vorderingsmogelijkheid van derden als de direct gekwetste letsel heeft opgelopen (kring en hoogte vordering derden). De hoogte van de schadevergoeding voor de direct gekwetste wordt bepaald door artikel 6:95 BW (e.v.).

2.3 Er gaat een exclusieve werking uit van het bijzondere systeem

2.3.1 De achtergrond: jurisprudentie over artikel 1406 en 1407 Oud BW

Ten tijde van de werking van het Oud BW ging de Hoge Raad een stap verder dan de wetgever.³⁴ Niet alleen zou de opsomming van vorderingsgerechtigden uit artikel 1406 en 1407 Oud BW limitatief zijn, maar deze bepalingen derogeerden bovendien aan het onrechtmatige daadsrecht.³⁵ In concreto betekende dit dat indien ook jegens de derde zelf een autonome onrechtmatige daad was gepleegd krachtens de regels van het onrechtmatige daadsrecht, hij toch (in beginsel) geen succesvolle vordering geldend kon maken via deze 'weg' (toen: artikel 1401 en 1402, thans: artikel 6:162 BW). De Hoge Raad legde de aanwezigheid van de bijzondere regeling in de artikelen 1406 en 1407 Oud BW namelijk zo uit dat deze artikelen werkten *in plaats van* de algemene regeling van de onrechtmatige daad.³⁶

De vraag werd daarom gesteld of de artikelen 1406 en 1407 Oud BW volledig autonoom waren ten opzichte van de bepalingen in artikel 1401-1405 Oud BW.³⁷ Met andere woorden: kon aansprakelijkheid in letsel- en overlijdensschadezaken uitsluitend worden gevestigd op grond van de artikelen 1406 en 1407 Oud BW? Of kon de aansprakelijkheidsvraag ook beheerst worden door hetgeen bepaald was in de artikelen 1401-1405 Oud BW en waren de twee bijzondere bepalingen uitsluitend beslissend wat betreft de kring van gerechtigden, de vergoedbare schade en de begroting hiervan? De Hoge Raad overwoog in 1931 dat de vraag of iemand aansprakelijk is, ook beheerst kon worden door de artikelen 1401-1405 Oud BW, maar dat de artikelen

34 Brunner 1975, p. 209.

35 HR 12 januari 1906, W. 1906, nr. 8324 (*Hollandse IJzeren Spoorwegmaatschappij/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*). Vgl. Asser/Hartkamp 4-I (negende druk), nr. 472. Ook in de situatie dat de nabestaande (moeder) direct betrokken was bij (en gewond raakte door) het ongeval waardoor haar dochter was overleden, overwoog de Hoge Raad dat de strekking van art. 1406 Oud BW er aan in de weg stond om via art. 1407 Oud BW een vergoeding voor immateriële schade te ontvangen: de immateriële schade werd namelijk veroorzaakt doordat haar dochter was overleden, HR 8 april 1983, NJ 1984, 717, m.nt. CJHB (*Van der Heijden/Holland*). Zie de noot van Brunner onder dit arrest. Het is daarom dat in het *Taxibus*-arrest (met succes) is getracht om schadevergoeding te vorderen van (o.a.) de immateriële schade door de rechtstreekse confrontatie met de ernstige gevolgen van het ongeval (shockschadevordering), HR 22 mei 2002, NJ 2002, 240, m.nt. JBMV (*Taxibus*), HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*). Over de shockschadevordering zie hoofdstuk 6.

36 Zie expliciet: 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*).

37 Zie hierover Langemeijer 1929, p. 343. Volgens Langemeijer berust de bijzondere schadeberekening van art. 1406 en 1407 Oud BW niet op het bijzondere karakter van de daad (het misdrijf), maar op 'den bijzonderen aard van het schadelijke gevolg n.l. dood of verwonding (...)'

1406 en 1407 Oud BW exclusief bepaalden wie een vergoeding kon ontvangen voor welke schadeposten in letsel- en overlijdensschadezaken.³⁸ In de woorden van Drion en Wiersma:

‘Men kan dus niet, door zijn actie op 1401 (...) te baseren, ontkomen aan de beperkingen welke 1406 en 1407 aanleggen t.a.v. de personen die recht op vergoeding hebben en t.a.v. van de omvang van die vergoeding.’³⁹

Met deze uitspraak van de Hoge Raad zijn de artikelen 1406 en 1407 Oud BW meer gaan lijken op een afgeleid vorderingsrecht, in plaats van (volledig) autonoom werkende bepalingen naast het algemene onrechtmatige daadsrecht (artikel 6:162 BW e.v.).

De consequenties van deze bijzondere (exclusieve) regeling worden helder als de uitkomst van de arresten *Van Hoof/Gebroeders Van der Plas* en *Rockwool/Poly* wordt bezien.⁴⁰ Beide arresten hebben betrekking op een schadelijgende werkgever doordat letsel is toegebracht aan zijn werknemer(s). Onder het oude recht behoorde de werkgever niet tot de kring van gerechtigden van artikel 1407 Oud BW. In het eerste arrest wordt de werknemer (door verkeerd verkeersgedrag) aangereden tijdens zijn (weg) werkzaamheden. De werkgever lijdt daardoor onder andere bedrijfsschade door bedrijfsstagnatie, moet (een deel van) het nettoloon doorbetalen en maakt kosten ter vervanging van onbruikbaar geworden verf en kwasten. De Hoge Raad overweegt:

‘dat art. 1407 BW ingeval van toebrengen van lichamelijk letsel door opzet of schuld de vordering tot vergoeding van schade uit dien hoofde alleen aan den gewonde geeft, welke bijzondere regeling treedt in plaats van hetgeen anders naar de gewone regelen des rechts in dit opzicht zou gelden.’⁴¹

De werkgever komt dus geen vorderingsrecht toe vanwege de bijzondere regeling in artikel 1407 Oud BW. Opmerkenswaardig is echter dat de schadeveroorzaker wel een vergoeding diende te betalen voor de onbruikbaar geworden verf en kwasten: deze schade was immers niet het gevolg van het letsel of overlijden van een ander. Op die schade was artikel 1407 Oud BW niet van toepassing. In dit arrest maakt de Hoge Raad niet expliciet of een vordering krachtens het algemeen onrechtmatige daadsrecht (ter verhaal van de kosten door het letsel) succesvol zou zijn geweest. Anders is dat in het tweede arrest: *Rockwool/Poly*.⁴² Rockwool verontreinigt de lucht boven naburig bedrijf Poly. Hierdoor ontstaat een bovenmatig ziekteverzuim on-

38 HR 2 januari 1931, *NJ* 1931, 349, m.nt. E.M.M. (*Vollaard/Van der Jacht*). Zie eerder Langemeijer 1929, p. 344. Zie (o.a.) ook Wolfsbergen 1946, p. 223; Brakel 1948, p. 553; Drion en Wiersma 1971, p. 270; Knol 1986, p. 12-13; Schirmeister 1989, p. 338.

39 Drion en Wiersma 1971, p. 270.

40 HR 10 januari 1958, *NJ* 1958, 79, m.nt. L.E.H.R. (*Van Hoof/Gebroeders Van der Plas*); HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958, m.nt. CJHB (*Rockwool/Poly*).

41 HR 10 januari 1958, *NJ* 1958, 79, m.nt. L.E.H.R. (*Van Hoof/Gebroeders Van der Plas*).

42 HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958, m.nt. CJHB (*Rockwool/Poly*).

der de werknemers van Poly, waardoor bedrijfsschade wordt geleden. Vaststaat dat Rockwool de voorwaarden uit de Hinderwetvergunning en de Wet inzake de luchtverontreiniging heeft overtreden. Het hof oordeelt dat Rockwool onrechtmatig heeft gehandeld jegens Poly door deze overtredingen. De Hoge Raad ontkent in cassatie dit onrechtmatig handelen jegens Poly niet, maar overweegt dat artikel 1407 Oud BW aan een schadevergoeding voor Poly (als werkgever van de direct gekwetste in de weg staat).⁴³ Een vergoeding krachtens artikel 1401 Oud BW door een derde, indien zijn schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander, is dus niet mogelijk.

2.3.2 Herhaling uitgangspunten jurisprudentie na 1992

De artikelen 6:107-108 BW zijn opgenomen in de afdeling over het schadevergoedingsrecht en niet, zoals naar Oud BW, als bijzondere onrechtmatige daadsbepalingen na artikel 6:162 BW. Dit duidt erop dat het geen bijzondere regeling is die 'op zich' geldt in plaats van het onrechtmatige daadsrecht. De wetgever bevestigt echter de exclusieve werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW bij de introductie van het huidige BW.⁴⁴ De Hoge Raad herhaalt zijn uitgangspunt betreffende de exclusiviteit van deze nieuwe bijzondere regeling; laatstelijk in het *Vilt*-arrest (2009):

'Art. 6:108 BW geeft een beperkt aantal gerechtigden bij overlijden van een naaste of dierbare – *ongeacht* of degene die jegens de overledene aansprakelijke is voor de gebeurtenis die tot diens dood heeft geleid *zich tevens onrechtmatig heeft gedragen jegens deze gerechtigden* en ongeacht of die persoon tegenover de overledene een opzetsdelict heeft begaan – slechts aanspraak op de in art. 6:108 BW genoemde vermogensschade; het stelsel van de wet staat aan toekenning van een vergoeding voor ook andere materiële en immateriële schade in de weg.⁴⁵ (cursivering RR)

Indien de schade van derden wordt veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander geldt dus het regime uit de artikelen 6:107, 107a en 108 BW. Dit geldt dus ook als een autonome onrechtmatige daad is gepleegd tegenover de derde. De oorsprong van de schade van de derde is dus doorslaggevend voor de weg die moet worden bewandeld om zijn schade te verhalen: via het onrechtmatige daadsrecht of via de bijzondere regeling uit het schadevergoedingsrecht.⁴⁶

43 HR 12 december 1986, NJ 1987, 958, m.nt. CJHB (*Rockwool/Poly*), r.o. 3.1-3.2.

44 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1280. Zie echter Engelhard 2003, p. 380.

45 HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), r.o. 3.5. Vgl. HR 22 mei 2002, NJ 2002, 240, m.nt. JBMV, r.o. 4.1-4.3 (*Taxibus*). In cassatie is in het *Baby Joost*-arrest niet opgekomen tegen het oordeel van het hof dat de bijzondere regeling in de weg staat aan een vergoeding voor ouders krachtens het algemeen onrechtmatige daadsrecht. Vranken noemde dit, in zijn noot onder dit arrest, de kern van de zaak en vond het jammer (doch begrijpelijk) dat dit niet is aangevoerd, HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Joost*).

46 Zie eerder Lindenbergh 1998, p. 184.

2.3.4 Hoe wordt de exclusieve werking gerechtvaardigd?

De rechtvaardiging voor de exclusiviteit van de regeling wordt gevonden in de rechtszekerheid. De regeling maakt duidelijk welke kring om het slachtoffer heen een vergoeding toekomt en voor welke schadeposten. Hierdoor wordt voorkomen dat de rechter moeilijke beslissingen moet nemen over onrechtmatigheid, causaliteit en relativiteit.⁴⁷ Daarnaast wordt volgens Drion voorkomen dat in de rechtspraak en de doctrine constructies en theorieën worden bedacht over de begrenzing van het vorderingsrecht, die buiten gevallen van personenschade en derden tot onjuiste uitkomsten of consequenties leiden.⁴⁸

Langemeijer betoogde voorts in zijn conclusie voor *Van Hoofd/Gebroeders Van der Plas* dat artikel 1407 Oud BW vooral bestemd is (was) ‘om een grens te stellen aan de anders onafzienbare omvang van de vergoedingsverplicht (...).’⁴⁹ Bovendien houdt de regeling de deur gesloten voor procedures ingesteld door verschillende typen derden die vergoeding vorderen voor uiteenlopende soorten nadelen.⁵⁰

2.4 De aard van het vorderingsrecht: afgeleid

Zoals in de introductie reeds is verwoord, worden de vorderingsrechten uit de artikelen 6:107, 107a en 108 BW afgeleid van de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker jegens de direct gekwetste.⁵¹ Het is niet nodig dat de derde aantoont dat jegens hem een autonome onrechtmatige daad is gepleegd; hij kan ‘direct’ en zelfstandig een beroep doen op de bijzondere bepalingen jegens de aansprakelijke partij. Eerst vindt een beoordeling plaats over de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste en daarna wordt, door middel van bepalingen uit het schadevergoedingsrecht, bepaald aan welke andere personen (derden) een recht op schadevergoeding toekomt.

De afgeleide aard van het vorderingsrecht heeft als consequentie dat de eigen schuld van de overledene kan worden tegengeworpen aan de derde. De vergoeding wordt dan verminderd.⁵²

47 Zie bijv. Conclusie A-G Langemeijer voor HR 10 januari 1958, NJ 1958, 79 (*Van Hoofd/Gebroeders van der Plas*).

48 Drion 1956, p. 49-50.

49 Conclusie A-G Langemeijer voor HR 10 januari 1958, NJ 1958, 79 (*Van Hoofd/Gebroeders van der Plas*).

50 Zie bijv. A-G Spier voor HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), nr. 6.3.

51 Parl. Gesch. Boek 6, p. p. 399-400; Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1280. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 154 en 159; Hartlief 2009, p. 293. Dit was ook de opvatting wat betreft art. 1406 en 1407, J. Drion 1956, p. 46. J. Drion spreekt over een ‘extra recht’.

52 Art. 6:107 lid 2, 6:107a lid 3 (laatste volzin) en 6:108 lid 3. Anders dan naar Oud recht werd aangewend (HR 22 december 1950, NJ 1951, 222 (*Groninger Lemmer-Stoomboot/Visser*), kunnen ook exoneraties (overeengekomen door direct gekwetste met de aansprakelijke) worden tegengeworpen aan de nabestaanden. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 400. Vgl. Asser/Hartkamp 4-I (negende druk), nr. 476; Endedijk 2005, nr. 3050-63.

2.5 Tussenconclusie

Indien een derde nadeel ondervindt doordat de direct gekwetste letsel heeft of overlijdt (door een onrechtmatige daad), en hij wil een vergoeding voor dit nadeel, dan moet hij een beroep doen op de bijzondere regeling in het schadevergoedingsrecht (artikelen 6:107, 107a en 108 BW). In deze regeling staat een limitatieve opsomming van de kring van personen (om de direct gekwetste heen) die een aanspraak hebben. Bovendien zijn de te vergoeden schadeposten limitatief opgesomd. De regeling is echter niet alleen limitatief, maar ook exclusief: het samenstel aan bepalingen deroeert aan het algemeen onrechtmatige daadsrecht.

De rechtszekerheid lijkt het voornaamste argument te zijn ten voordele van het huidige gesloten stelsel. De vraag is echter in hoeverre het huidige stelsel wel gewenst is. Deze vraag is mede ingegeven door de (op handen zijne) uitbreidingen in wetgeving en ontwikkelingen binnen de rechtspraak.

3. Het probleem: zoektocht naar uitbreidingen

3.1 Inleiding

Zowel op rechtspraak- als op wetgevingsniveau is er gezocht naar mogelijkheden om het hiervoor besproken systeem uit te breiden. Deze uitbreidingen of pogingen daartoe hebben zowel betrekking (gehad) op het limitatieve karakter (paragraaf 3.2) als het exclusieve karakter (paragraaf 3.3) van de vorderingsrechten van derden.

3.2 Uitbreidingen (of pogingen daartoe) van de limitatieve regeling

Zowel de wetgever als de rechter tornde aan de omvang van de limitatieve regeling die aanvankelijk in 1992 werd ingevoerd. Het eerste voorbeeld is de introductie van het werkgeversverhaal in artikel 6:107a BW door de wetgever in 1996.⁵³ Dit verhaalsrecht betreft het door de werkgever doorbetaalde nettoloon tijdens de periode van arbeidsongeschiktheid van de werknemer, waarvoor een ander (de schadeveroorzaker) aansprakelijk is (lid 2). Dit verhaalsrecht is in 2008 uitgebreid naar het verhaal van de (door de werkgever) betaalde kosten van de re-integratie (lid 3).⁵⁴

In 2003 trachtte de wetgever een stap verder te gaan door de gelimiteerde regeling uit de artikelen 6:107 en 108 BW uit te breiden met een regeling voor de vergoeding voor affectieschade. Deze vergoeding beoogde erkenning (en genoegdoening) te bieden voor het verdriet van de directe omgeving van de ernstig gewonde of overledene. Hoewel de Tweede Kamer met algemene stemmen instemde met het voorstel⁵⁵ en de

53 *Staatsblad* 1995, 691.

54 *Staatsblad* 2008, 199.

55 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 781, nr. 62-3984 (stemmingen).

letselschadepraktijk zich schaarde achter het wetsvoorstel, verwierp de Eerste Kamer het voorstel in maart 2010.⁵⁶

Naast uitbreidingen en de poging daartoe op wetgevingsniveau, heeft de Hoge Raad zich een enkele maal creatief opgesteld wat betreft de interpretatie van het limitatieve karakter van de artikelen 6:107 en 108 BW. In 1998 overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld dat indien de direct gekwetste is verpleegd door een ander dan een betaalde professionele hulp, er onder bepaalde omstandigheden toch een vergoeding moet worden toegekend voor deze verpleging in de vorm van de bespaarde kosten van professionele hulpverlening. Dit betekent dat als een ouder een gewond kind (langdurig) gaat verplegen er een vergoeding kan worden verkregen, ongeacht of daarmee tijd verloren gaat of dat er een inkomensverlies ontstaat.⁵⁷ Later oordeelde de Hoge Raad dat dit ook geldt voor de ontstane behoefte aan huishoudelijke hulp in letselschadezaken en in overlijdensschadezaken.⁵⁸

3.3 Doorkruising (of pogingen daartoe) van de exclusiviteit van de regeling

De bijzondere regeling in de artikelen 6:107, 107a en 108 BW regelt exclusief het vorderingsrecht van de derde indien zijn schade is ontstaan door het letsel of overlijden van een ander. De Hoge Raad heeft echter twee uitzonderingen toegelaten.

Het eerste arrest waarin de Hoge Raad gezien het resultaat afwijkt van de exclusiviteit van de regeling is het *Oogmerk*-arrest.⁵⁹ In deze zaak heeft een vader zijn zoon gedood met de bedoeling om zijn ex-echtgenote en tevens de moeder van zijn zoon, immaterieel nadeel toe te brengen. De centrale vraag is of de moeder vergoeding voor haar immateriële schade zou moeten ontvangen op grond van artikel 6:106 lid 1 aanhef onder a BW. De Hoge Raad overweegt:

‘Anders dan het onderdeel betoogt, staat het stelsel van de wet, en met name art. 6:108, niet in de weg aan vergoeding van immateriële schade indien de dader iemand heeft gedood met het oogmerk aan een ander, de benadeelde, zodanige schade toe te brengen.

Voor de toepassing van art. 6:108 doet niet terzake of het doden van het slachtoffer alleen jegens deze of mede jegens anderen onrechtmatig is. In beide gevallen

56 *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, nr. 23-1014 (stemmingen). Hierover Lindenbergh 2010, p. 1530-1532; Rijnhout 2010, p. 37-41. Zie nader hoofdstuk 7, paragraaf 2.2.

57 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. ARB (*Johanna Kruidhof*); HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter*) (uitgangspunt is herhaald, vordering is afgewezen). Zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.2.1 en 3.3.1.

58 Huishoudelijke hulp in letselschadezaken: HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*). Hulp in overlijdensschadezaken: HR 16 december 2005, *NJ* 2008, 186 (*Pruisken/Organice*); HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*); HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Philip Morris/Bolink*). Zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.3.1.

59 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216 (*Oogmerk*). Zie hoofdstuk 7, paragraaf 3.

kunnen alleen de in deze bepaling genoemden aanspraak maken op vergoeding van schade, en wel enkel de materiële schade die bestaat in het derven van levensonderhoud. Art. 6:95 staat eraan in de weg dat op grond van art. 6:108 immateriële schadevergoeding wordt gevorderd.

Dit neemt evenwel niet weg dat een aanspraak op vergoeding van immateriële schade wel kan bestaan, indien voldaan is aan het in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder a, neergelegde vereiste dat het oogmerk heeft bestaan immateriële schade toe te brengen, en, gelet op art. 6:95, aan het vereiste dat, voorzover hier van belang, het doden van het slachtoffer een onrechtmatige daad jegens de benadeelde oplevert. Art. 6:106 lid 1, aanhef en onder a, en art. 6:108 bestrijken derhalve van elkaar te onderscheiden (categorieën van) gevallen, met dien verstande dat zich gevallen kunnen voordoen waarin beide regelingen van toepassing zijn.⁶⁰

De Hoge Raad oordeelt dat bij samenloop van artikel 6:106 lid 1 aanhef onder a en artikel 6:108 BW beide bepalingen naast elkaar van toepassing kunnen zijn.⁶¹ De moeder kan dus aanspraak maken op een vergoeding voor haar immateriële schade, terwijl die schade is veroorzaakt doordat een ander is overleden. Het resultaat van deze uitspraak staat haaks op de exclusiviteit van de artikelen 6:107-108 BW.

De tweede manier waarop het systeem 6:107-108 BW kan worden omzeild, betreft een vordering ter vergoeding van de materiële en immateriële schade die is veroorzaakt door geestelijk letsel vanwege de confrontatie met een ongeval of de ernstige gevolgen daarvan (shockschadevordering). In het *Taxibus*-arrest (2002) en het *Vilt*-arrest (2009) heeft de Hoge Raad aangegeven hoe hij deze uitzondering interpreteert:

‘Indien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij in een geval als hier bedoeld *niet alleen onrechtmatig jegens* degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, *maar ook jegens degene wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan*, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit *geestelijk letsel voortvloeit*, hetgeen zich met name zal voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffen in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond.’⁶² (cursivering RR)

Het geestelijk letsel moet zijn veroorzaakt door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan, en *niet* (louter) door het letsel of overlijden van een ander. De omweg die de Hoge Raad vindt door de

60 HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 (*Oogmerk*), r.o. 3.3.2. Zie ook NTBR 2002, p. 77 (E.F.D. Engelhard). Vgl. wat betreft de vordering van de verzekeraar (een derde) op grond van het algemeen onrechtmatige daadsrecht HR 24 januari 1930, NJ 1930, 299, m.nt. EMM (*Brandstichting*). Hierover Engelhard 2003, p. 378.

61 In het arrest van 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*) overwoog de Hoge Raad dat dit ook geldt indien een derde in zijn persoon is aangetast in de zin van art. 6:106 lid 1 aanhef onder b BW. Zie hoofdstuk 6, paragraaf 3.2.4.

62 HR 22 mei 2002, NJ 2002, 240, m.nt. JBMV (*Taxibus*), r.o. 4.3.

confrontatie als oorsprong te noemen van de schade, in plaats van het letsel of overlijden van een ander, levert vanuit juridisch perspectief geen doorkruising op van de exclusiviteit van de regeling. De regeling is dan namelijk niet van toepassing.⁶³ Het is echter in de praktijk onmogelijk om vast te stellen of geestelijk letsel is ontstaan door de confrontatie of door het gegeven dat een naaste is overleden.⁶⁴ Met deze kennis is het helder dat er een fictie is gecreëerd, waarmee de exclusiviteit die uitgaat van het bijzondere systeem kan worden omzeild.

3.4 Tussenconclusie

Er worden in de praktijk uitzonderingen gezocht en toegelaten op zowel de limitatieve opsomming als de exclusiviteit van het systeem uit de artikelen 6:107, 107a en 108 BW. Onduidelijk is echter op welke manier deze praktijk voortgezet moet worden en – meer fundamenteel – of de uitgangspunten van het systeem als zodanig eigenlijk nog wel steekhoudend zijn in het licht van deze ontwikkelingen. Een opmerking van Vranken hierover is alleszeggend:

‘Het verleden stelt de norm en bepaalt de relevante feiten en argumenten, maar de norm past niet altijd in het concrete geval, wordt door de betrokkene soms onwenselijk gevonden, of strookt niet meer met inmiddels gegroeide opvattingen en behoeften. Wat te doen? Hoe te springen met lemen voeten?’⁶⁵

4. Het onderwerp van het onderzoek

4.1 Doel van het onderzoek

Dit onderzoek beoogt een bijdrage te leveren aan de theorievorming met betrekking tot de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht in het kader van vorderingen van derden in personenschadezaken. Uitbreiding lijkt gewenst, maar is dat zo? En zo ja, op welke manier? Via wetgeving of jurisprudentie? Via een open systeem in de vorm van de toepassing van het onrechtmatige daadsrecht, of via een gelimiteerd systeem? En als er wordt uitgebreid, wat zijn daarvan de consequenties? Wie heeft een vorderingsrecht en wie niet? Wat is de rechtvaardiging voor een ruimere of minder ruime kring van gerechtigden? Welke schadeposten (materieel of immaterieel) zouden voor vergoeding in aanmerking moeten komen? En welke niet? Er wordt getracht een antwoord te vinden op deze vragen.

Het doel van dit onderzoek is om de bijzondere regeling van de artikelen 6:107 en 108 BW en de kenmerken van dat systeem te analyseren. In het kader van dit onder-

63 In hoofdstuk 6 wordt uitgebreider aandacht besteed aan de vergoeding in geval van schokschade.

64 Zie o.a. Van Tilburg 2004, p. 7-12; Engelhard en Engelhard 2008, p. 239-240 en 241. Hierover hoofdstuk 6, paragraaf 3.2.

65 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 19.

zoek zal de nadruk liggen op de zoektocht naar en analyse van de argumenten om al dan niet bepaalde belangen van derden in personenschadezaken te beschermen door middel van het onrechtmatige daadsrecht en/of het schadevergoedingsrecht.

4.2 Onderzoeksvraag

De volgende onderzoeksvraag staat hierbij centraal:

Verdient de wettelijke regeling in de artikelen 6:107 en 108 BW heroverweging?

4.3 Afbakening

Het onderzoek is op vier manieren afgebakend. Die afbakening heeft achtereenvolgens betrekking op het soort schadezaken, de soort derde, de wijze waarop het onderzoek is opgezet en de keuze om geen onderzoek te doen naar de begroting van schade.

De eerste vorm van afbakening betreft het soort schadezaken. Dit onderzoek gaat over de schade van derden in personenschadezaken. De grondslag van de 'primaire aansprakelijkheid' tegenover de direct gekwetste kan variëren van wanprestatie tot onrechtmatige daad en risicoaansprakelijkheid. Er is echter geen onderzoek gedaan naar (het leerstuk van) de bescherming van derden door middel van het contractenrecht. Met andere woorden, de vraag onder welke omstandigheden een derde een beroep kan doen op de overeenkomst tussen twee andere partijen is niet aan de orde gesteld. Die vraag betreft een leerstuk op zich.⁶⁶ Er wordt ook geen aandacht besteed aan andersoortige schadezaken dan personenschadezaken, wat betekent dat geen analyse wordt gepresenteerd over de vergoeding van schade van derden in zuivere vermogensschadezaken en zaakschadezaken.⁶⁷ Deze keuze is gemaakt omdat deze thema's niet geregeld worden door middel van een bijzonder systeem. Daarnaast gaat het in die zaken (meestal) over andersoortige belangen. Indien nodig en relevant wordt wel gerefereerd aan jurisprudentie.

Er is ook gekozen om één soort derde centraal te stellen, namelijk 'naasten' van de direct gekwetste. De belangrijkste reden is dat die persoon van oudsher centraal staat in het wettelijke systeem. Ook wordt thans ten gunste van vooral deze persoon uitbreiding van het systeem bepleit. Bovendien moest er in het licht van het tijdsbestek van het onderzoek worden gekozen voor de beperking van het onderzoeksgebied. Er wordt in hoofdstuk 6, waar het gaat over de positie van de gekwetste derde, wel stilgestaan bij de positie van de hulpverlener (die geestelijk of lichamelijk letsel heeft opgelopen door een reddingsactie). Voor die uitbreiding is gekozen omdat de afwijzing van de shockschadevordering (geestelijk letsel door een schok) van de hulpverlener naar Engels en Duits recht in de literatuur wordt geplaatst in het licht van de moge-

⁶⁶ Du Perron 1999.

⁶⁷ Zie hierover Engelhard 2010, p. 325-373.

lijkheid voor hulpverleners om vergoeding te ontvangen als zij (niet geestelijk maar) lichamelijk gekwetst zijn geraakt bij een reddingsactie. Ik heb er dus voor gekozen om dit vollediger beeld te presenteren, ondanks dat het daar gaat over een ander type derde dan naasten of nabestaanden. Het regresrecht en het werkgeversverhaal blijven wel in beginsel buiten beschouwing.⁶⁸ De *wenselijkheid* van een regresrecht staat los van de vraag of het bijzondere systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW heroverweging verdient. Andere argumenten, zoals het vestzak/broekzak-argument, moeten worden gewogen als het gaat over de *wenselijkheid* van een regresrecht. Be-toogd zou kunnen worden dat aandacht besteden aan het regresrecht juist wel aanbeveling verdient in het licht van de begrenzing van het regres (de verplaatsingsgedachte, het civiele plafond) en de wens om het aansprakelijkheidsrecht niet (te ver) uit te breiden. Ik heb er echter voor gekozen om het regresrecht niet te behandelen, omdat die verplaatsingsgedachte reeds bij de bespreking van het afgeleide vorderingsrecht van 6:107 BW naar voren komt. Daarnaast wilde ik mijzelf concentreren op een andere vraagstelling: de vraag welke kenmerken het systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW heeft, wat daarvan de consequenties zijn voor de positie van derden (met name naasten), wat de kritieken zijn op die kenmerken en de consequenties daarvan: waarom is er gekozen voor een bijzonder systeem en verdient dit systeem heroverweging, in het licht van de argumenten die naar voren zijn gekomen in de rechtsvergelijkende analyse.

Voorts is het onderzoek afgebakend door de wijze waarop het is opgezet. Er is geen onderzoek gedaan naar een juridisch begrip, zoals ‘schade’, ‘relativiteit’ of ‘redelijke toerekening’, omdat de nadruk zal liggen op de argumenten voor en tegen de bescherming van een bepaalde kring van derden en dus op de algemene rechtvaardiging voor een schadevergoedingsplicht. Voor die keuze bestaan twee redenen. Ten eerste worden in elk bestudeerd rechtstelsel problemen ervaren met de afbakening van de kring van gerechtigden, ongeacht de materiële vereisten van de onrechtmatige daad die gelden in ieder individueel rechtstelsel. Als illustratie kan worden genoemd het Franse recht. Daar geldt geen relativiteitsvereiste, maar dat heeft niet tot gevolg dat alle derden daarom een recht op vergoeding toekomt. Andere wijzen van beperking (vooral de interpretatie van het schadebegrip) zorgen voor de begrenzing van het vorderingsrecht. Daarnaast geldt, zoals Verheij terecht stelt: ‘De afbakening van de kring van gerechtigden is (...) een beleidsbeslissing die aan de hand van inhoudelijke overwegingen dient te geschieden.’⁶⁹ Hij heeft geen voorkeur voor toepassing van de relativiteitsleer respectievelijk de juridische causaliteit. Advocaat-generaal Vranken gaat in zijn conclusie voor het eerste *wrongful birth*-arrest een stap verder:

‘Het minst bevredigend, m.i. zelfs ronduit onjuist, is het wanneer men de oplossing zou willen zoeken op het niveau van de dogmatiek, bijvoorbeeld in het begrip schade of de gezinsplanning als persoonlijkheidsrecht. Dogmatiek is niet meer dan de inkadering van de initiële keuze in het bestaande systeem. De rechtvaardiging

68 Hierover o.a. Van Boom 2000; Engelhard 2003.

69 Verheij 2002a, p. 287. Vgl. Boone 2009, p. 430.

van de initiële keuze ligt elders. Op dat niveau moet zich dan ook de argumentatie bewegen.⁷⁰

Ik heb er daarom voor gekozen om het probleem één niveau hoger te trekken naar dat van de argumentatie, en dus niet door de analyse van een specifiek juridisch-dogmatisch kader, en de nadruk te leggen op de algemene rechtvaardiging van een schadevergoedingsverplichting.

De laatste afbakening van dit onderzoek is dat het onderwerp ‘schadebegroting’ niet centraal staat in het onderzoek. De schadebegroting zegt in beginsel niets over de argumenten voor en tegen de schadevergoedingsverplichting jegens een derde en over de werking van het bijzondere systeem.⁷¹ Het is echter onvermijdelijk om, waar relevant, iets over de schadebegroting te zeggen. Op sommige punten zijn de beide thema’s namelijk vervlochten. Denk hierbij aan de vergoeding voor inkomensschade als een naaste voor de direct gekwetste gaat zorgen in plaats van een professionele hulpverlener (zie hoofdstuk 4, paragraaf 3).

4.4 Relevantie

In de literatuur is gewezen op de moeilijkheden die gepaard gaan met het huidige systeem.⁷² Gesuggereerd is om een discussie te starten over het systeem en het wellicht te heroverwegen.⁷³ De letselschadepraktijk lijkt ook te vragen om andere grenzen of een andere manier van begrenzen. Een illustratie daarvan vormen de uitspraken over de reikwijdte van de shockschadevordering. De Hoge Raad wordt gevraagd om de grenzen van het systeem aan te geven en eventueel op te rekken. Deze procedures duiden op een onduidelijk en in zekere zin niet afdoende werkend systeem.

Opgemerkt moet worden dat onderzoek naar de wenselijkheid van het regresrecht wel al heeft plaatsgevonden.⁷⁴ Engelhard heeft bovendien onderzoek gedaan naar de reden voor vergoeding van schade van derden in personenschadezaken, zaakschadezaken en zuivere vermogensschadezaken. Dit onderzoek ging echter niet in op de vraag of het systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW heroverwogen dient te worden. Er is wel onderzoek verricht specifiek naar de wenselijkheid van het systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW, maar dit stamt uit de eerste helft van de 20^{ste} eeuw en handelde aldus over de artikelen 1406 en 1407 Oud BW. Gewezen wordt op

70 Conclusie A-G Vranken voor HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*), nr. 23.

71 Onderzoek hiernaar is wel belangrijk in verband met de discussie die thans bestaat over de behoefte van art. 6:108 BW.

72 Zie onder andere Storm 1999, p. 10-14; Vranken 2001, p. 839-840; Van Boom 1999, p. 92-93; Giesen 2003, p. 19; Du Perron 2003, p. 131-147.

73 Van Boom 2001, p. 97; Du Perron 2003, p. 136; Van Dam 2003, p. 16; Van Orsouw 2004, p. 111-112; Verheij 2005, p. 205-211; Hartlief 2006, p. 103-104; Hartlief 2006a, p. 2107.

74 Engelhard 2003.

het proefschrift van Jonckers Nieboer (1935) en de preadviezen van De Jong (1940), Mulderije (1940) en Drion (1956). Zij stelden zich de vraag hoe dit bijzondere systeem is ontstaan en of dit nog houdbaar is. Het is nuttig kort in te gaan op hun conclusies.

Jonckers Nieboer kwam in 1935 tot de conclusie dat het bijzondere systeem moest worden verlaten en dat het onrechtmatige daadsrecht richtinggevend zou moeten zijn. Hij legde echter niet uit hoe dit onrechtmatige daadsrecht zou kunnen werken. Hierdoor blijft onzeker hoe we tegemoet moeten komen aan het argument dat ten grondslag ligt aan het systeem: de behoefte aan rechtszekerheid.

In 1940 betoogde De Jong echter om de bijzondere regeling uit 1406 te behouden, omdat in verband met de introductie van het relativiteitsvereiste de nabestaanden geen schadevergoeding meer zouden hoeven te ontvangen.⁷⁵ Dit lijkt in zekere zin op wat Drion in zijn preadvies bedoelde met een 'extra' recht.⁷⁶ Verder wees De Jong op de rechtszekerheid. Wel suggereerde hij met enige aarzeling om het exclusieve karakter aan de artikelen 1406 en 1407 Oud BW te ontnemen.⁷⁷ Indien er een normschending heeft plaatsgevonden jegens de derde zou hij of zij een schadevergoeding krachtens het onrechtmatige daadsrecht moeten kunnen ontvangen.⁷⁸

Zijn mede-preadviseur Mulderije kwam tot een andere conclusie. De regeling moet blijven met dezelfde kenmerken, maar moet worden uitgebreid. Zijn reden daarvoor was dat een andere oplossing aanleiding zou kunnen geven tot een veelheid aan processen waarin moeilijke (causaliteits)vragen zouden voorliggen. Dat zou ongunstig zijn voor de schadeveroorzaker (of diens verzekeraar) en voor de benadeelden.⁷⁹

Ook Drion concludeerde in zijn preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland om het gesloten systeem te behouden. Zijn argumenten voor behoud waren enerzijds de rechtszekerheid en anderzijds de onwenselijkheid dat (in afwezigheid van een bijzondere regeling) in rechtspraak en doctrine constructies en theorieën worden bedacht om de kring van gerechtigden (in overlijdensschadezaken) door middel van het onrechtmatige daadsrecht af te bakenen, die buiten het kader van derden in personenschadezaken niet toepasbaar zouden zijn.⁸⁰ De vraag is echter of dit bezwaar nog kan standhouden in het licht van de constructies die thans worden gezocht om de bijzondere regeling te omzeilen of uit te breiden.

75 De Jong 1940, p. 49 en 57.

76 Drion 1956, p. 48. Hij legde hier de nadruk op het afgeleide karakter van de vordering uit art. 1406 Oud BW.

77 De Jong noemde dit het 'limitatieve karakter', eerder noemde ik dat 'exclusief'.

78 De Jong 1940, p. 58-59 en 61. Hij noemde de casus waarin de schadeveroorzaker het oogmerk heeft gehad om de derde schade toe te brengen door de direct gekwetste te doden.

79 Mulderije 1940, p. 150.

80 Drion 1956, p. 49-50. Zie echter in andere zin de Belgische mede-preadviseur Ronse die pleit tegen een bijzondere regeling, omdat dit de onmogelijkheid creëert om een 'rechtmatige eis tot schadevergoeding toe te wijzen' en (dus) de belangen van de benadeelde onvoldoende kan dienen, Ronse 1956, p. 18 en 32.

Sindsdien hebben zich nieuwe vraagstukken voorgedaan: de vergoeding voor immateriële schade van naasten, de vergoeding voor een verlies van tijd en de shockschadevordering. De vraag of het bijzondere wettelijke systeem heroverweging verdient, heeft daarom aan actualiteit gewonnen. En daarom worden die nieuwe vraagstukken in dit onderzoek centraal gezet ter beantwoording van de vraag of dit systeem heroverweging verdient, en, zo ja, op welke wijze.

5. Methoden

5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de gekozen onderzoeksmethode toegelicht: een rechtsvergelijkende analyse en een analyse van de literatuur en jurisprudentie over het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

5.2 Normatief onderzoek

De kenmerken van de bijzondere regeling in de artikelen 6:107 en 108 BW worden in dit onderzoek geanalyseerd door middel van de argumenten die zijn genoemd ter rechtvaardiging van een schadevergoedingsplicht ten gunste van een derde in een personenschadezaak. Er wordt bestudeerd wat de argumenten zijn voor of tegen de toekenning van een vorderingsrecht en die argumenten zullen worden gewogen (zie hoofdstuk 8, paragraaf 3).⁸¹ Aan de hand daarvan wordt beoordeeld of de huidige wetsystematiek heroverweging verdient (hoofdstuk 9, paragraaf 4). Er volgt een conclusie over hoe het systeem zou moeten werken, welke kenmerken het toegedicht zou moeten krijgen en hoe hieraan vorm zou moeten worden gegeven. Benadrukt moet worden dat het onderzoek niet (alleen) gaat over geldend recht; de conclusies hebben betrekking op wenselijk recht.

5.3 Verantwoording methode: verzamelen van argumenten door middel van rechtsvergelijking

De methode die wordt aangewend is normatieve of argumentatieve rechtsvergelijking.⁸² De reden voor de keuze voor een rechtsvergelijkende analyse is dat dit een bron van argumenten voor en tegen de bescherming van bepaalde derden oplevert.⁸³ Het directe doel is dus het verwerven van kennis over waarom bepaalde derden in personenschadezaken een recht op vergoeding zouden kunnen hebben, en dus waarom is gekozen voor een bepaalde begrenzing van aansprakelijkheid.⁸⁴ In de woorden van Smits:

81 Smits 2009, p. 136.

82 De term 'argumentatieve rechtsvergelijking' is geïntroduceerd door Giesen 2005, p. 18.

83 Giesen 2005, p. 18; Smits 2009, p. 115.

84 Oderkerk betoogt in haar proefschrift dat kennisverwerving het directe doel is van elk rechts-

‘Bestaande rechtsstelsels (...) [zijn] laboratoria van hoe met conflicterende normatieve posities wordt omgegaan. Aan die rechtsstelsels kan worden ontleend welke argumenten vóór en tegen een bepaalde oplossing pleiten, welk argument elders prevaleert en hoe dat resultaat in een bepaalde jurisdictie wordt gepercipieerd. Door vergelijking kunnen inzichten van elders vervolgens toegankelijk worden gemaakt voor de eigen jurisdictie.’⁸⁵

En, aanvullend, zoals Vranken opmerkt:

‘Rechtspolitieke keuzen kunnen opener op tafel komen, en ook overigens kan minder verhullend worden geargumenteed. Rechtsvergelijking bewijst hierbij goede diensten, omdat zij, mits goed beoefend, de aandacht door alle details heen juist scherp richt op de kern, en dus ook op de achterliggende waarden en belangen van regels, beginselen, precedenten en leerstukken. Argumenten waarom welke keuze gemaakt wordt, zijn belangrijker dan hoe een bepaalde keuze ingebed zou moeten worden in het bestaande juridische systeem.’⁸⁶

Deze kennisverwerving moet leiden tot reflectie en tot de vorming van een eventueel nieuw systeem: hoe werkt het recht (wat dit leerstuk betreft) en waarom? En hoe zou een nieuwe regeling – gezien deze inzichten – er uit moeten zien?⁸⁷

5.4 Verantwoording landenkeuze

Er is gekozen om vier rechtsstelsels te vergelijken: het Nederlandse stelsel en drie andere stelsels: Duits, Engels en Frans recht.⁸⁸

Bij de start van dit proefschriftonderzoek werd aanvankelijk gekozen om naast het Nederlandse recht, het Franse en Duitse recht te bestuderen. De reden daarvoor was dat deze systemen elkaars tegenpolen lijken als het aankomt op vorderingen van derden in personenschadezaken. Ten eerste kent het Franse systeem geen bijzondere regeling voor de vergoeding van benadeelden in personenschadezaken, terwijl het Duitse systeem die wel kent. Daarnaast ontbreekt het in het Franse recht (in theorie)

wetenschappelijk onderzoek, en daarmee ook van rechtsvergelijking. Dit doel kan echter nader vorm gegeven worden door aan te geven wat de onderzoeker met die kennis wil gaan doen (‘de beoogde toepassing’), Oderkerk 1999, p. 222.

85 Smits 2009, p. 115.

86 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 148.

87 Oderkerk 1999, p. 223.

88 De *Principles of European Tort law* (PETL) en de uitgangspunten van het *European Common Frame of Reference* (ECFR) worden niet geanalyseerd in dit boek. De reden daarvoor is dat in het licht van de beschikbare onderzoekstijd is gekozen voor bestudering van vier nationale rechtsstelsels (geldend recht) en de literatuur (met de daarin genoemde argumenten) die over deze thematiek in de betreffende landen is verschenen. Zie over de PETL en ECFR Lindenbergh 2011a, p. 346-350. Over de positie van naasten in de EPTL zie European Group on Tort law 2005, p. 164-167 en 174-177; over die in de ECFR Von Bar et al. 2009, p. 322a e.v.; Lindenbergh 2008a, p. 221-228; Lindenbergh 2011a, p. 346-350.

aan relativiteitsdenken, terwijl het Duitse onrechtmatige daadsrecht (in beginsel) nu juist een centrale plaats toekent aan beschermde rechtsbelangen in het onrechtmatige daadsrecht. Voor de keuze voor een vergelijking met deze landen en Nederland speelde ook de overweging een rol dat het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht geïnspireerd is door beide rechtsstelsels: het heeft zijn wortels in het Franse recht wat betreft de open norm en is beïnvloed door het Duitse recht wat betreft de relativiteit. Deze factoren maken een vergelijking van deze drie landen relevant: het zou inzicht en argumenten opleveren vanuit verschillende stelsels die sterk met het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht verbonden zijn.

Engeland is in een later stadium toegevoegd aan de rechtsvergelijking, omdat dit rechtsstelsel een goede bron van argumenten voor en tegen bepaalde oplossingen oplevert. De *Lords* in het *Supreme Court* (voorheen *House of Lords*) geven uitgebreide motiveringen over waarom zij kiezen voor een bepaalde oplossing. Hierbij wordt verwezen naar zowel juridische als beleidsargumenten. Dit is veel minder het geval voor het *Cour de Cassation* in Frankrijk of het Duitse *Bundesgerichtshof* (BGH). Deze vergelijking heeft daarom toegevoegde waarde.

6. Opbouw van het onderzoek

In hoofdstuk 2 wordt gestart met een algemeen kader van het onderzoek. Er wordt een werkdefinitie gegeven van de begrippen 'schade' en 'derden'. In hoofdstuk 3 wordt een introductie gegeven over de werking van het aansprakelijkheidsrecht wat betreft de positie van derden in personenschadezaken naar Nederlands, Duits, Engels en Frans recht.

In hoofdstuk 4 wordt dieper ingegaan op de werking van artikel 6:107 BW wat betreft de vorderingsmogelijkheden voor naasten in letselschadezaken. Er wordt aandacht besteed aan verplaatsing van concrete schade, de vergoeding voor verzorging, verpleging en huishoudelijke hulp en de bezoekkosten.

Hoofdstuk 5 richt zich op overlijdensschade en dus op artikel 6:108 BW. De nadruk ligt op de vergoeding voor het verlies van levensonderhoud in financiële zin en in natura, en op de kosten van lijkbezorging. In dit hoofdstuk wordt tevens aandacht besteed aan het vorderingsrecht van de erfgenaam.

In hoofdstuk 6 verandert het perspectief: het gaat in dit hoofdstuk niet meer over een afgeleid vorderingsrecht voor derden, maar over een direct (autonoom) beroep van derden op het onrechtmatige daadsrecht. Voorbeelden hiervan zijn de shockschadevordering en de vordering van de hulpverlener die bij een reddingsactie letsel heeft opgelopen. Het hoofdstuk gaat over de gekwetste derde.

Hoofdstuk 7 bouwt op dit thema voort in die zin dat de vergoeding voor leed van de naaste of nabestaande aan de orde komt. De derde is dus niet gekwetst, maar zijn privéleven is veranderd en hij heeft verdriet door de ontstane situatie. Een vergoeding hiervoor kan naar Nederlands recht niet worden gegeven. Daarmee neemt Neder-

land, samen met Duitsland, een uitzonderingspositie in binnen Europa. Dat is opvallend, zeker omdat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) positief staat tegenover deze vergoeding.

Hoofdstuk 8 is een zogenaamd schakelhoofdstuk tussen de rechtsvergelijkende analyse uit de voorgaande hoofdstukken en hoofdstuk 9 waarin de onderzoeksvraag wordt beantwoord. Er worden drie thema's gepresenteerd. Het eerste thema betreft de argumenten voor en tegen de werking van het huidige systeem. Daarnaast wordt er aandacht besteed aan het begrip 'privaatrechtelijke handhaving'. Het laatste thema betreft twee vragen die mijns inziens duidelijker onderscheiden moeten worden als het gaat over de overkoepelende vraag welke schadevergoedingsverplichting zou moeten bestaan tegenover derden. Hoofdstuk 9 gaat over deze twee vragen en betreft wenselijk recht. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met de beantwoording van de onderzoeksvraag.

In hoofdstuk 10 wordt tot slot een samenvatting gegeven van de belangrijkste aspecten en conclusies van het onderzoek.

1. Inleiding

Er bestaan een aantal interpretatiemoelijkheden als het gaat over ‘de derde’ en zijn ‘schade’. Het doel van dit hoofdstuk is om werkdefinities te geven van de begrippen ‘schade’ (paragraaf 2) en ‘derde’ (paragraaf 3), zodat helder wordt wat hieronder wordt verstaan in de navolgende hoofdstukken.

2. Schade

2.1 Inleiding

Wat schade is, is omstreven. Noch de wet noch de wetgever geeft daarover uitsluitel.¹ Hoewel is betoogd dat bij de interpretatie van het begrip ‘schade’ zo veel mogelijk aansluiting moet worden gezocht bij het algemeen taalgebruik, wordt daardoor niet duidelijker wat schade is. Taalgebruik is immers ook niet altijd eenduidig.² Daarnaast is schade een juridisch begrip, dat vanzelfsprekend aan interpretatie onderhevig is.³

Vooropgesteld moet worden dat in dit hoofdstuk niet wordt beoogd om voor eens en altijd een sluitende definitie te geven, omdat er niet wordt beoogd onderzoek te doen naar het schadebegrip op zich (hoofdstuk 1, paragraaf 4.3). Toch wordt aandacht besteed aan de interpretatie van dit begrip ten behoeve van een werkdefinitie van het begrip ‘derden’ en van ‘derden en hun schade’.

Vijf discussies over het schadebegrip komen hierna aan de orde. Ten eerste het onderscheid tussen ‘beschadiging’ of ‘kwetsing’ en ‘schade’. Daarna de (gesuggereerde) samenhang tussen ‘schade’ en ‘onrechtmatigheid’. Vervolgens worden de elementen van het schadebegrip behandeld: het vergelijkings-, hypothetische en causaliteitselement. Daarna wordt aandacht besteed aan de keuze van vergoedbare nadelen, zoals

1 Zie o.a. Knol 1986, p. 6; Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 12; Mon. BW B34 (Lindenbergh), p. 46; Lindenbergh 2007, p. 428; Hartlief 2009, p. 230; Lindenbergh 2010a, p. 902.

2 Lindenbergh 2010a, p. 901. Vgl. Van Dunné 2001, p. 664: ‘Kortom, het eind is zoek, een jurist heeft daaraan geen houvast. Bovendien, wat de één schade noemt, hoeft de ander nog niet als schade te zien.’

3 Bloembergen 1965, p. 11. Zie bijvoorbeeld HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 567, m.nt. W.C.L. van der Grinten; HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215, m.nt. A.R. Bloembergen. Vgl. Polak 1949, p. 17 e.v.; Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 12; Schut 1997, p. 150-151; Conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 4.5; Brunner 1997, p. 63-64; Mon. BW B34 (Lindenbergh), p. 48; Zwitser 1980, p. 322; Zwitser 1999, p. 2059; Mon. BW A15 (Engelhard/Van Maanen), p. 2-3; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 14; Lindenbergh 2010a, p. 902. Vgl. Cane 2008, p. 415; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 23. Over recht en taal zie Asser-Scholten 1974, p. 36-41.

thans gemaakt in afdeling 6.1.10 BW. Afgesloten wordt met een beschrijving van de discussie over de vaststelling van de schade: abstract of concreet.

2.2 Over beschadiging of kwetsing en schade

De theorie van Mommsen is leidend voor de manier waarop ‘schade’ naar (o.a.) Nederlands recht wordt beschouwd:

‘die Differenz zwischen den Betrage des Vermögens, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde.’⁴

Bloembergen leidt uit deze redenering af dat er altijd sprake moet zijn van een vermindering, en wel een vermindering (of nadeel) in ‘iets’, zoals ‘vermogen, belang, behoeftebevrediging’.⁵ Maar wat nu dat ‘iets’ is waarin een verandering moet hebben plaatsgevonden, is op het eerste gezicht onduidelijk. Volgens Hartkamp en Sieburgh moet zo veel mogelijk aansluiting worden gezocht bij het spraakgebruik: ‘Het kan betekenen *het nadeel dat voor iemand uit een gebeurtenis voortvloeit* en voorts *al wat de gaafheid van iets teniet doet*.’⁶ In de wet wordt de term geïnterpreteerd in eerstgenoemde zin, aldus Hartkamp en Sieburgh.⁷ Schade gaat in beginsel over de gevolgen van de beschadiging of kwetsing, zoals de ziekenhuisrekening of de kosten voor de aanpassing van een woning, niet over de kwetsing ‘op zich’, zoals de deuk in de auto of het letsel.⁸

Barendrecht, Kars en Morée betogen dat de ‘feitelijke situatie waarin de benadeelde zou verkeren zonder en met het toebrenghende feit (...) [moet worden, RR] vergeleken.’⁹ De focus ligt dan bij de feitelijke aantasting, de beschadiging. Daardoor

4 Mommsen 1855, p. 3. Zie Bloembergen 1965, p. 13; Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 12.

5 Bloembergen 1965, p. 13-14. Vgl. Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 12; Mon. BW B34 (Lindenbergh), p. 51; Mon. BW A15 (Engelhard/Van Maanen), p. 2 (‘nadelige verandering’). Over het Duitse recht in deze zin Larenz 1987, p. 426.

6 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 13. Deze interpretatie is volgens beiden afkomstig uit de Van Dale.

7 Vgl. Schut 1997, p. 151.

8 Asser/Rutten 3-II (tweede druk), p. 475; Bloembergen 1965, p. 20-21; Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 15; Mon. BW B34 (Lindenbergh), p. 46; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 13. Larenz noemt de beschadiging (van een rechtsgoed, zoals de gezondheid en lichamelijke integriteit) ‘*Schaden im natürlichen Sinne*’: er wordt dan geen vermogensvergelijking gemaakt, maar een feitelijke vergelijking tussen twee situaties, Larenz 1987, p. 426. Hij onderscheidt de ‘*natürlicher*’ *Schadensbegriff* van de ‘*rechtlich ersatzfähige Schaden*’: de vergoedbare schade die wordt bepaald door wettelijke begrenzingen en uitsluitingen. Net zoals naar Nederlands recht bestaan er twee typen vergoedbare schade: materiële en immateriële, Larenz 1987, p. 428-429.

9 Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 14. Engelhard stelt in haar proefschrift daarentegen dat ten aanzien van schade in de vestigingsfase aangesloten wordt bij het spraakgebruik: het letsel, het overlijden et cetera. En dat pas in de omvangsfase ‘schade’ de betekenis krijgt van de ‘verhaalbare financiële of niet-financiële (maar wel steeds op geld waardeerbare) *nadelige* consequenties van het letsel of overlijden (...)’ Engelhard 2003, p. 29.

zou 'het proces van koppeling van een bepaald vergoedingsbedrag aan een feitencomplex het meest inzichtelijk worden.'¹⁰ Onderkend wordt dat deze feitelijke opvatting van het schadebegrip niet de heersende leer lijkt.¹¹ Gewezen wordt op het arrest *Meerstool I*, waarin de Hoge Raad oordeelde dat geen vergoeding kon worden toegekend voor de beschadiging van de meerstoel, omdat de meerstoel als zodanig geen dienst meer deed als meerstoel en er dus geen sprake was van schade veroorzaakt door de beschadiging, terwijl feitelijk gezien wel sprake is van een beschadiging van een zaak.¹²

Deze vaststelling is interessant in het licht van hetgeen nog aan de orde gaat komen in hoofdstuk 7. Daar wordt aandacht besteed aan de doorkruising van fundamentele rechten, zoals het zelfbeschikkingsrecht, en het idee dat voor die doorkruising 'op zich' een vergoeding moet worden geven, ook als geen sprake is van schade in concrete zin. In bijzondere omstandigheden kan die doorkruising echter wel worden aangemerkt als een immateriële schadepost (aantasting van de persoon in andere zin), maar het is aan discussie onderhevig wanneer dit het geval is.¹³

Afgezien van Barendrecht, Kars en Morée hebben ook anderen afwijkende opvattingen geuit. Polak koos voor een schadebegrip waarin de onrechtmatigheid ingebakken zit: 'Juridische schade is vermindering in de door "aanspraken" gedekte rechtsbelangen van de gelaedeerde.'¹⁴ Slagter heeft het daarentegen over schade als een 'vermindering van de behoeftebevrediging.'¹⁵ Van Opstall verstaat onder schade: 'de ontneming of vermindering van gunstige mogelijkheden en/of van gunstige kansen van de schuldeiser ingevolge een bepaald positief of negatief feit.'¹⁶

Er bestaat een traditioneel onderscheid tussen de beschadiging van een zaak (zaak-schade), de kwetsing van een persoon (personenschade) en de vermindering in (louter) vermogen (zuivere vermogensschade). Een aantal nadelige materiële en immateriële gevolgen daarvan worden als 'schade' gekwalificeerd. Deze drie typen 'beschadigingen' dekken echter niet (meer) het gehele spectrum van het aansprakelijkheidsrecht. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op schade door hinder, schending van iemands privacy, de kwetsing van iemands recht op zelfbeschikking en 'angstschade'.

2.3 Over onrechtmatigheid en schade

Afgezien van het gegeven dat schade een juridisch begrip is, kan ook de vraag worden gesteld of schade een normatief begrip is in de zin dat de onrechtmatigheid inge-

10 Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 15.

11 Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 15.

12 Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 15. Zie HR 20 september 1985, NJ 1986, 211 (*Meerstool I*).

13 Hartlief 2008a, p. 244-245; Nguyen 2009, p. 1812-1818; Lindenbergh 2011, p. 91-96.

14 Polak 1949, p. 17.

15 Slagter 1952, p. 2.

16 Van Opstall 1976, p. 174. Kritisch Bloembergen 1965, p. 21; Spier 1998, p. 7.

bakken zit in het schadebegrip.¹⁷ Een onderscheid kan worden gemaakt tussen twee interpretaties: in schade ligt een onrechtmatigheids-element besloten, respectievelijk van schade is alleen sprake als die is veroorzaakt door een onrechtmatige daad.

Polak, bepleiter van de eerste interpretatie, definieerde schade als: ‘schade is een ‘vermindering in de door “aanspraken” gedekte rechtsbelangen (...)’.¹⁸ Maar deze omschrijving is niet de heersende leer.¹⁹ Drion en Wiersma toonden zich hiervan geen voorstanders: ‘Een goede analyse van de verschillende elementen van 1401 wordt hier zeker niet door bevorderd, terwijl noch de tekst van 1401, noch de wetsgeschiedenis, noch het spraakgebruik aan deze opvattingen steun bieden.’²⁰ Bloembergen is ook kritisch. Hij noemt het dogmatisch verwarrend, omdat de aanspraak twee maal aan de orde komt, bij de onrechtmatigheid en bij de schade. Bovendien is het strijdig met het spraakgebruik, omdat niet alleen sprake is van schade ‘als iemand minder heeft dan hem toekomt.’²¹ Als voorbeeld wordt de vergoeding in geval van rechtmatige daden genoemd. Ondanks dat niet iets verkeerd is gedaan tegenover de benadeelde, bestaat toch een vergoedingsplicht. Tegenwoordig kan de opvatting van Polak ook niet op steun rekenen. Hartkamp en Sieburgh vinden de interpretatie van het schadebegrip door Polak te beperkt, omdat ‘vele wetsbepalingen waarin het woord schade voorkomt onbruikbaar’ zijn geworden. Daarnaast wordt gesteld dat deze interpretatie een tautologisch karakter heeft: ‘schade zou een aanspraak (bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad) veronderstellen, maar van een aanspraak kan slechts sprake zijn als er schade geleden is’, aldus Hartkamp en Sieburgh.²²

Een andere opvatting is dat uitsluitend over ‘schade’ kan worden gesproken als deze is veroorzaakt door een onrechtmatige daad. Spier lijkt hiervan voorstander: ‘In het schadevergoedingsrecht is het er om te doen na te gaan of een vorderingsrecht bestaat (...). Bestaat dit recht niet, dan mist het goede zin om te spreken van schade.’²³ Het argument dat hij daarvoor inbrengt is: ‘Dat biedt de mogelijkheid om enigszins naar een wenselijk resultaat toe te werken, om *policy*-argumenten een rol te laten spelen.’²⁴ Van Goudoever uitte een gelijke opvatting: ‘Men kan (...) zich afvragen, of het geleden nadeel in het algemeen of in het gegeven geval een nadeel is, dat als “schade” (in juridieken zin) op een ander kan worden verhaald.’²⁵ Slagter deelt deze mening niet, maar merkt daarbij op dat het een terminologische strijd genoemd kan

17 Vgl. Bloembergen 1965, p. 11.

18 Polak 1949, p. 17. Hij stelt drie eisen aan het juridische schadebegrip. Ten eerste moet sprake zijn van ‘vermindering in een door een aanspraak gedekt belang’ (p. 18-24). Ten tweede moet de schade ‘reëel en relevant zijn’ (p. 24-25). En ten slotte moet niet de schade vergoed worden ‘welke met in redelijkheid van de gelaedeerde te verlangen zorg’ te voorkomen zou zijn geweest (p. 25-26).

19 Zwitser 1980, p. 322; Van Dunné 1997, p. 558. Zie ook de besproken kritieken in de hoofdttekst.

20 Drion en Wiermsa 1971, p. 137.

21 Bloembergen 1965, p. 26-27.

22 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 13.

23 Spier 1998, p. 6. Spier vervolgt zijn zin met: ‘en zo ja voor welk bedrag.’

24 Spier 1998, p. 6 en 8.

25 Van Goudoever 1938, p. 479 en 480.

worden.²⁶ Wat dat betreft, ben ik het met Slagter eens. Schade is een element dat terugkomt in zowel de vestigings- als in de omvangsfase. Het kan daarom niet zo zijn dat ‘een vermindering’ pas ‘schade’ wordt genoemd, zodra aansprakelijkheid is gevestigd. Daarentegen deel ik de mening van Spier wat betreft de doorwerking van beleidsargumenten: het moet mogelijk zijn om daarmee rekening te houden.²⁷ Die argumenten kunnen echter ook worden meegewogen bij vragen over ‘onrechtmatigheid’ of over welke gevolgen als ‘schade’ te typeren zijn.

2.4 De elementen van het schadebegrip

Deze subparagraaf gaat niet zozeer over het schadebegrip, als wel over de elementen die Bloembergen er aan toedicht. Dit is interessant in het licht van hetgeen aan de orde komt in hoofdstuk 7: vergoeding in geval van schending van fundamentele rechten, terwijl geen concrete schade is ontstaan.

Het schadebegrip heeft drie elementen: het vergelijkingselement, het hypothetische element en het causale element.²⁸ Het vergelijkingselement gaat over de vergelijking tussen de situatie die is ontstaan na de schadeveroorzakende gebeurtenis en de situatie die zou hebben bestaan indien die schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.²⁹ Er moet dus, zoals Lindenbergh het verwoordt, iets ‘meer’ hebben bestaan.³⁰ Dat ‘meer’ heeft betrekking op zowel materiële gevolgen (verlies en gederfde winst) als immaterieel nadeel (artikel 6:95 BW).

Verder heeft het schadebegrip een hypothetisch element: een vergelijking moet worden gemaakt tussen de toestand die is ontstaan na de onrechtmatige daad en die *zou hebben bestaan* zonder de onrechtmatige daad.³¹ Het betreft dus geen vergelijking voor/na. Er moet rekening worden gehouden met ontwikkelingen die in de toekomst – zonder schadeveroorzakende gebeurtenis – zouden hebben plaatsgehad.

Ten slotte het causale element: schade gaat over gevolgen veroorzaakt door een ongewenste gebeurtenis.³² De kernvraag is dus: door welke gebeurtenis is de schade veroorzaakt? Bijvoorbeeld, worden de kosten van de verzekeraar veroorzaakt door de aanwezigheid van een verzekeringsovereenkomst of direct door de onrechtmatige daad? Voor de hand ligt het antwoord: door de overeenkomst. Gevraagd kan dus worden of een verzekeraar schade kan lijden als hij, in plaats van de aansprakelijke, de schade van de direct gekwetste vergoedt.

26 Slagter 1952, p. 2.

27 Vgl. Van Dunné 1997, p. 561 wat betreft de inkleuring van het begrip ‘schade’.

28 Bloembergen 1965, p. 14-18; Vgl. Mon. BW B34 (Lindenbergh), p. 49-52.

29 Bloembergen 1965, p. 16.

30 Mon. BW B34 (Lindenbergh), p. 50. Vgl. Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 13.

31 Bloembergen 1965, p. 17. Vgl. Mon. B34 (Lindenbergh), p. 50; Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 13; Asser-Hartkamp 6-II* 2009, nr. 31. Zie bijvoorbeeld HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (*Harmke Vehof-Vaster/Helvetia Schadeverzekering*); HR 18 januari 2002, NJ 2002, 168 (*Interplant/Arend Oldenburger*); HR 26 maart 2010, RvdW 2010, 468.

32 Bloembergen 1965, p. 15; Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 13; Mon. BW B 34 (Lindenbergh), p. 50. Schade kan niet los worden gezien van de context, aldus Engelhard en Van Maanen, Mon. BW A15 (Engelhard/Van Maanen), p. 2.

2.5 Wat een vergoedbaar nadeel is, is een keuze

Niet alle nadelen veroorzaakt door de onrechtmatige daad zijn vergoedbaar. Wat vergoedbare schade is, wordt bepaald door 'het recht'; het is een keuze die in het recht gemaakt moet worden.³³ Lindenbergh merkt op dat maatschappelijke waarderingen en veranderingen een rol spelen bij de invulling van het schadebegrip.³⁴ Hij wijst op de ontwikkeling van de vergoedbaarheid van immateriële schade. Eerder was dit type schade niet vergoedbaar, terwijl deze vergoeding thans niet meer valt weg te denken uit het schadevergoedingsrecht. Denk hierbij ook aan 'de onvergoedbaarheid van affectieschade'. In de meeste door ons omringende landen wordt affectieschade beschouwd als een vergoedbare schadepost. Ook het Nederlands juridische klimaat leek in deze richting te bewegen. De Eerste Kamer stelt echter paal en perk: het Wetsvoorstel affectieschade werd in 2010 verworpen.³⁵ Affectieschade is aldus naar Nederlands recht vanuit juridisch perspectief geen vergoedbare schade.

2.6 De concrete en abstracte vaststelling van schade

Een onderscheid kan worden gemaakt tussen concrete en abstracte schadevaststelling. Ik zal hier uitsluitend aandacht besteden aan de schadevaststelling in de zin van de 'objectieve schade'. De reden daarvoor is dat dit onderwerp van belang is voor de begroting van de schadevergoeding voor een verlies van tijd door naasten en nabestaanden (hoofdstuk 4, paragraaf 3.2.1 en hoofdstuk 5, paragraaf 3.3.1). Andere vormen van abstracte schadevaststelling bestaan; denk hierbij aan de begroting van de schade als er winst is gemaakt door de aansprakelijke (artikel 6:104 BW).

Gaat het bij materiële schade over de *concrete* financiële gevolgen, de 'subjectieve schade'³⁶ of over de *objectieve* schade waarbij geabstraheerd wordt van (sommige) concrete omstandigheden?³⁷ In dat laatste geval wordt nagegaan, in de woorden van Hartkamp en Sieburgh, 'hoe groot in het algemeen de schade is van een schuldeiser die in een gelijksoortige positie verkeert als de eiser in het geding.'³⁸ Volgens de huidi-

33 Bloembergen 1965, p. 11 en 120. Zie bijvoorbeeld HR 18 april 1986, NJ 1986, 567, m.nt. W.C.L. van der Grinten; HR 17 november 2000, NJ 2001, 215, m.nt. A.R. Bloembergen. Vgl. Polak 1949, p. 17 e.v.; Barendrecht, Kars en Morée 1995, p. 12; Brunner 1997, p. 63-64; Mon. BW B34 (Lindenbergh), p. 45 en 48; Mon. BW A15 (Engelhard/Van Maanen), p. 2-3; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 14; Lindenbergh 2010a, p. 902. Hartkamp en Sieburgh wijzen er op dat er een tendens bestaat in de wetgeving en rechtspraak die wijst op een 'versterking van het normatieve element in het schadevergoedingsrecht'. In het bijzonder wijzen zij op de causaliteitsleer uit art. 6:98 BW (redelijke toerekening): 'Dit criterium scheidt immers de mogelijkheid om een bepaalde schadepost van vergoeding uit te sluiten of om naar gelang van de aansprakelijkheidsgrond de door de gelaedeerde geleden schade in ruimere of minder ruime mate ten laste van de aansprakelijke persoon te brengen, hetgeen een bij uitstek normatieve bezigheid is.' Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 14.

34 Mon. BW34 (Lindenbergh), p. 48-49.

35 Zie hierover hoofdstuk 7, paragraaf 2.2.

36 Drion en Wiermsa 1971, p. 138.

37 Drion en Wiermsa 1971, p. 138.

38 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 35. Vgl. Mon. BW B35 (Klaassen), p. 9.

ge opvatting is concrete schadevaststelling het uitgangspunt. De rechter heeft echter de mogelijkheid om schade abstract te begroten (artikel 6:97 BW).³⁹

Volgens Lindenbergh bestaat er een verschil van mening of artikel 6:97 BW uitsluitend gaat over schadebegroting of ook over de invulling van het schadebegrip.⁴⁰ In de memorie van antwoord wordt gezegd: 'dit artikel (...) beoogt een wettelijke basis te geven aan abstracte en andere wijzen van *schadebegroting*'.⁴¹ (cursivering RR) De inkleuring van wat schade is, lijkt echter moeilijk te onderscheiden van de begroting daarvan.⁴² Bloembergen verdedigde dat het bij abstracte schadeberekening gaat over de invulling van het schadebegrip.⁴³ Of abstracte schadevaststelling gaat over de inkleuring van het begrip 'schade' of over schadebegroting is echter volgens Lindenbergh meer 'een kwestie van terminologie dan (...) een werkelijke tegenstelling'.⁴⁴ Hij geeft de voorkeur aan de terminologie: 'een abstracte wijze van schadevaststelling', omdat deze 'zowel het begrip schade als de berekening omvat'.⁴⁵

Zoals gezegd, de abstracte wijze van schadevaststelling is van belang voor de vergoeding van schade van derden als die schade is verplaatst van de direct gekwetste naar een derde. De vraag die rijst, is of 'verplaatste' schade onder de noemer van de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker jegens de direct gekwetste (aan de derde) kan worden vergoed. Met andere woorden, kan bij de vaststelling van de totale schade van de direct gekwetste geabstraheerd worden van de omstandigheid dat de direct gekwetste geen concrete schade lijdt? En kan dat ook als de derde daardoor geen concreet financieel nadeel heeft? Naar Nederlands recht worden beide vragen onder bepaalde omstandigheden met 'ja' beantwoord.⁴⁶ Strikt genomen is in de huidige situatie, door het vorderingsrecht dat artikel 6:107 BW geeft aan de derde, meestal geen sprake van een abstracte schadevaststelling van de begroting van de schadevergoeding voor de direct gekwetste. Los van die vaststelling blijft de kernvraag waarom en onder welke omstandigheden een abstracte wijze van schadevaststelling mogelijk is.

39 Hierover Schut 1997, p. 153; Krans 1999, p. 72; Hartlief 2009, p. 244; Mon. BW B35 (Klaassen), p. 9-15.

40 Mon. BW B34 (Lindenbergh), p. 56; GS Schadevergoeding, artikel 97 Boek 6 BW, aant. 26 (Lindenbergh).

41 Parl. Gesch. Boek 6, p. 339. Vgl. GS Schadevergoeding, artikel 97 Boek 6 BW, aant. 26 (Lindenbergh).

42 Deurvorst benadrukt het onderscheid tussen het abstracte schadebegrip en de abstracte schadebegroting. Bij hantering van een abstract schadebegrip, en bij vaststelling van schade (in het kader van dat begrip), zou een onweerlegbaar gegeven van schade ontstaan, terwijl in concreto geen schade hoeft te zijn geleden. De abstracte schadebegroting levert daarentegen geen onweerlegbaar vermoeden op, maar een begrotingswijze die toegepast *kan* worden en waartegen bezwaar kan worden gemaakt door de schadeveroorzaker. Deurvorst 1994, p. 142-144.

43 Bloembergen 1965, p. 37; noot Bloembergen onder HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (*Johanna Kruidhof*), nr. 4.

44 GS Schadevergoeding, artikel 6:97 BW Boek 6 BW, aant. 26 (Lindenbergh).

45 Mon. BW B34 (Lindenbergh), p. 56. Deze term wordt ook gehanteerd door Hartkamp en Sieburgh, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 35.

46 Gewezen kan worden op de inhoud van art. 6:107 en 107a BW en de uitkomst in het *Johanna Kruidhof*-arrest (HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen) en het *Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*-arrest (HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken).

Volgens Bloembergen hoeft schade *niet altijd* objectief vastgesteld te worden. De reden daarvoor is dat het bij rechtsvinding gaat om het afwegen van factoren en:

‘Het ene begrip schade nu bestrijkt, zelfs als men zich tot de schade bij onrechtmatige daad beperkt, zo’n veelheid van onderling vrij sterk verschillende situaties, dat de argumenten die voor aanvaarding van een objectief schadebegrip pleiten (evenals trouwens de argumenten die voor aanvaarding van een subjectief begrip pleiten) niet bij iedere soort schade gelden en, als zij dit wel doen, niet steeds even zwaar wegen.’⁴⁷

Niet altijd zou de schade abstract moeten worden vastgesteld. Een weging van argumenten is vereist. Andere geluiden zijn echter ook te horen. Klaassen noemt de abstracte schadevaststelling in het kader van de begroting van de schadevergoeding voor naasten bij een verlies van tijd als minimum.⁴⁸ Krans sluit zich hierbij aan, met dien verstande dat hij zijn uitspraak alleen doet over schadevaststelling bij wanprestatie.⁴⁹

Zwitser gaat een stap verder. Hij betoogt dat concrete schade niet de schade is. Schade is altijd een *vermogensvermindering of het uitblijven van een vermogensvermeerdering* en dat hoeft zich niet te concretiseren in een financieel gevolg. Dat *kan*, maar die gevolgen zijn dan slechts symptomen, aldus Zwitser.⁵⁰ Abstract berekende schade, op deze manier, is dus, in de opvatting van Zwitser, de werkelijke schade.⁵¹

Zoals Lindenbergh echter terecht opmerkt, is ‘schade bij letsel vaak afhankelijk (...) van persoonlijke omstandigheden.’⁵² Met andere woorden, er bestaan wellicht geen objectieve herstelkosten van een persoon. Volgens hem kunnen echter ‘bij de vaststelling en berekening van sommige schadeposten bij letsel [wel, RR] bepaalde abstracties worden toegelaten.’⁵³

2.7 Tussenconclusie

In het licht van het bovenstaande kan een werkdefinitie worden gegeven van het begrip ‘schade’. Schade is een juridisch begrip: er worden onder andere keuzes gemaakt met betrekking tot welke schade vergoedbaar is en welke niet. Dit is niet een louter dogmatische keuze, maar heeft ook te maken met rechtspolitieke keuzes, met beleid.

47 Bloembergen 1965, p. 38.

48 Mon. BW B35 (Klaassen), p. 12.

49 Krans 1999, p. 95. Bij letsel en overlijden ligt volgens Krans een abstracte vaststelling minder voor de hand, omdat de concrete vaststelling weinig problemen oplevert. Onderkend wordt dat de met het letsel samenhangende schadeposten wel abstract kunnen worden berekend (p. 76 en 77, voetnoot 34).

50 Zwitser 1980, p. 329.

51 Zwitser 1980, p. 329.

52 Noot S.D. Lindenbergh bij HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (*Johanna Kruidhof*), NTBR 1999, p. 230. Vgl. Bloembergen 1965, p. 39, hij betoogt dat hoe minder persoonlijk de schade is, hoe meer ruimte er bestaat voor objectivering.

53 Noot S.D. Lindenbergh bij HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (*Johanna Kruidhof*), NTBR 1999, p. 230. Vgl. Krans 1999, p. 77, voetnoot 34.

Helder is wel dat ‘schade’ een begrip is dat terugkomt in zowel de vestigings- als omvangsfase en gaat over negatieve materiële en immateriële gevolgen van een kwetsing of een beschadiging van ‘iets’ (in de meest brede zin des woords) of ‘iemand’. Of ook een vergoeding voor die gevolgen moet worden gegeven, is voor nu irrelevant, omdat naar Nederlands recht niet alle schade van derden wordt beschouwd als vergoedbare schade, terwijl dat in andere rechtssystemen anders kan zijn en ook zo is.

3. Derde ten opzichte van wat?

3.1 Inleiding

‘De derde’ bestaat niet, tenminste niet als één categorie personen. Het zijn ‘derden’ die een groep vormen van personen om de direct gekwetste heen. Dit zijn personen die verschillende soorten relaties kunnen hebben met de direct gekwetste, of zelfs geen relatie met hem hebben en desondanks schade lijden.

Of iemand een ‘derde’ is, kan worden bepaald aan de hand van het relativiteitselement uit het aansprakelijkheidsrecht: iemand heeft geen succesvol vorderingsrecht op grond van (bijvoorbeeld) het onrechtmatige daadsrecht, staat ‘buiten het systeem’ en is daarmee ‘derde’. Dit is een juridische opvatting van het begrip ‘derden.’ Toch is dat niet de betekenis die ik wil hanteren van het begrip ‘derden’ in personenschadezaken, tenminste niet al bij aanvang van het onderzoek.

In het onderstaande volgt een beschrijving van het begrip ‘derden’ zoals gehanteerd naar Nederlands, Duits, Engels en Frans recht. Vervolgens wordt een werkdefinitie geformuleerd en een onderverdeling gegeven van vier categorieën derden.

3.2 Derden in personenschadezaken naar Nederlands recht

Naar Nederlands recht is iemand in beginsel ‘een derde’ als zijn schade is veroorzaakt door de kwetsing van een andere persoon. Dat is ook het geval als vanwege het letsel of overlijden van de ander, de derde lichamelijk of geestelijk ziek is geworden.⁵⁴ Voor de achtergrond moet worden teruggegaan naar de artikelen 1406 en 1407 Oud BW, zoals besproken in hoofdstuk 1, paragraaf 2.3.1.

Met de introductie van het huidige Burgerlijk Wetboek en in 1996 met de introductie van het verhaalsrecht van de werkgever is gekozen voor een bijzonder systeem voor de vergoeding van schade van derden in personenschadezaken: artikel 6:107 BW (verplaatsing van schade bij letsel), artikel 6:107a BW (verhaalsrecht werkgever voor doorbetaald nettoloon) en artikel 6:108 BW (vergoedingsmogelijkheden bij overlijden). De Hoge Raad interpreteert dit systeem op dezelfde wijze als het ‘oude’ bijzondere systeem uit de artikelen 1406 en 1407 Oud BW. In de *Vilt*-zaak werd vooropgesteld:

54 HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 (*Van der Heijden/Holland*).

‘Art. 6:108 BW geeft een beperkt aantal gerechtigden bij overlijden van een naaste of dierbare – *ongeacht* of degene die jegens de overledene aansprakelijke is voor de gebeurtenis die tot diens dood heeft geleid *zich tevens onrechtmatig heeft gedragen jegens deze gerechtigden* en ongeacht of die persoon tegenover de overledene een opzetsdelict heeft begaan – slechts aanspraak op de in art. 6:108 BW genoemde vermogensschade; het stelsel van de wet staat aan toekenning van een vergoeding voor ook andere materiële en immateriële schade in de weg.’⁵⁵ (cursivering RR)

Hieruit lijkt voort te vloeien dat iemand ‘een derde’ is als zijn schade wordt veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander (de kwetsing van een persoon). Die ander is de ‘direct gekwetste’. De Hoge Raad laat echter twee uitzonderingen toe op het exclusief werkend bijzondere systeem.⁵⁶ Ten eerste is dat de situatie waarin de schadeveroorzaker het oogmerk heeft om een derde leed toe te brengen en het middel daartoe de moord op de direct gekwetste is. De tweede uitzondering is de shockschadevordering.⁵⁷ Zij kunnen, buiten de bijzondere regeling om, wel succesvol een beroep doen op het onrechtmatige daadsrecht. Zij zijn dus juridisch ‘tweeden’. Los van de vraag naar de wenselijkheid hiervan, levert dit moeilijkheden voor de definiëring: wanneer is een derde ‘derde’ en wanneer ‘tweede’?⁵⁸

In de doctrine zijn verschillende definities gegeven. Volgens Lindenbergh zijn derden personen die niet direct gekwetst zijn, zoals ‘naasten, nabestaanden of werkgever’. Deze ‘derden’ lijden schade ‘in verband met’ de kwetsing van de direct gekwetste.⁵⁹ Hartlief spreekt van eerste- en verderegraadsslachtoffers, waarmee hij doelt op het onderscheid tussen direct gekwetsten en indirect getroffen. Het onderscheidend vermogen tussen beide begrippen zit in de term ‘rechtstreeks getroffen’, waarbij hij de persoon die initieel het letsel lijdt, of overlijdt, als rechtstreeks getroffen ziet.⁶⁰ Engelhard spreekt over schade van derden als ‘schade veroorzaakt door andermans schade’. Zij doelt hiermee eveneens op schade veroorzaakt doordat een andere persoon letsel heeft opgelopen of is overleden.⁶¹

55 HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), r.o. 3.5. Vgl. HR 22 mei 2002, NJ 2002, 240, m.nt. JBMV, r.o. 4.1-4.3 (*Taxibus*). In cassatie is in het *Baby Joost*-arrest niet opgekomen tegen het oordeel van het hof dat de bijzondere regeling in de weg staat aan een vergoeding voor ouders krachtens het algemeen onrechtmatige daadsrecht. Vranken noemde dit, in zijn noot onder dit arrest, de kern van de zaak en jammer (doch begrijpelijk) dat dit niet is aangevoerd, HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (*Baby Joost*). Kritisch is ook Giesen 2003, p. 26.

56 Als zodanig ook door de Hoge Raad genoemd in HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*).

57 HR 22 mei 2002, NJ 2002, 240, m.nt. JBMV (*Taxibus*); HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*). Vgl. Zie hoofdstuk 6, paragraaf 3.2.

58 Eerder zette ook Lindenbergh het spanningsveld uiteen tussen de juridisch derden en feitelijk derden, Lindenbergh 1997, p. 188.

59 Lindenbergh 2006, p. 97.

60 Hartlief 2006, p. 98.

61 Engelhard 2010, p. 326-327. Engelhard heeft echter een wijder perspectief dan uitsluitend de vergoeding van schade van derden in personenschadezaken; zij spreekt ook over zaakschadezaken en zaken waarin de direct gekwetste zuivere vermogensschade heeft geleden.

3.3 Derden in personenschadezaken naar Duits recht

Een *Dritter* is naar Duits recht iemand die niet direct betrokken is bij het ongevalsgebeuren. Dat niet wordt gesproken over ‘*Drittschaden*’ laat zich verklaren doordat een derde wél een *unmittelbar Geschädigte* kan zijn, een persoon jegens wie een onrechtmatige daad is gepleegd:

*‘Nach allgemeinen deliktrechtlichen Grundsätzen kann kein Zweifel an der Haftung bestehen, wenn die eigene Gesundheitsverletzung durch die Verletzung einer anderen Person vermittelt wird, denn dann handelt es sich gar nicht um einen “Drittschaden”, sondern um eine eigenständige Rechtsgutsverletzung, deren Folgen selbstverständlich auszugleichen sind, sofern nur die übrigen Voraussetzungen des § 823 Abs. I vorliegen.’*⁶²

Aldus Wagner. Een feitelijk derde – een ander dan de direct gekwetste – kan dus ook in een rechtsgoed (gezondheid of lichaam) worden aangetast en daardoor een recht op vergoeding hebben krachtens het algemeen onrechtmatige daadsrecht. Naar Duits recht moet dus onderscheid gemaakt worden tussen *unmittelbar* en *mittelbar Geschädigte*. De *unmittelbar Geschädigte* is een benadeelde jegens wie direct een onrechtmatige daad is gepleegd. Een voorbeeld van een derde die naar Duits recht een *unmittelbar Geschädigte* is, is een benadeelde met een *Schockschäden*-vordering.⁶³ Er is dan sprake van een aantasting van de gezondheid van de derde. Een derde die uitsluitend vermogensschade lijdt – en dus niet in zijn persoon is aangetast of zaakschade lijdt – kan in beginsel geen *unmittelbar Geschädigte* zijn, omdat het vermogen op zich geen beschermd rechtsgoed is.⁶⁴

Een *mittelbar Geschädigte* is een benadeelde jegens wie géén onrechtmatige daad is gepleegd, maar die desondanks schade lijdt. *Mittelbar Geschädigten* moeten hun schade in beginsel zelf dragen.⁶⁵ Dat is, aldus Oetker, ook het geval indien de derde bij een wettelijke bepaling of door een contractuele afspraak verplicht is om (een deel van) de schade van de direct gekwetste te vergoeden.⁶⁶ Een uitzondering wordt (onder andere) gemaakt in de §§ 844 en 845 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB): aan een gelimiteerde kring van naasten en nabestaanden is een vorderingsrecht toegekend in geval van overlijden of verwonding van een ander.⁶⁷

62 MünchKommBGB/Wagner § 823, RgNr 80. Vgl. Larenz 1987, p. 459.

63 Zie o.a. Larenz 1987, p. 460; MünchKommBGB/Oetker § 249, RgNr 273, p. 373. Zie hoofdstuk 6, paragraaf 3.3.

64 Larenz 1987, p. 459. Verhaal van zuivere vermogensschade is wel mogelijk op grond van §§ 823 II en 826 BGB.

65 MünchKommBGB/Oetker § 249, RgNr 269, p. 372.

66 MünchKommBGB/Oetker § 249, RgNr 269, p. 372.

67 Wichelhaus 1978, p. 15; Larenz 1987, p. 460.

3.4 Derden in personenschadezaken naar Engels recht

Naar Engels recht lijkt 'letsel' het sleutelwoord voor het verschil tussen personen die – onder bepaalde omstandigheden – worden beschermd en personen die buiten een vergoeding op basis van *tort law* worden gehouden. De verklaring lijkt daarvoor dat de *common law* van oudsher schade aan personen en zaken beoogt te beschermen, en zuivere vermogensschade in mindere mate.⁶⁸

De direct gekwetste wordt aangeduid als '*the person injured*': de verwonde of overledene.⁶⁹ Zoals later zal blijken, bestaat in beginsel geen *duty of care* tegenover anderen dan de '*person injured*'. Bij overlijden eindigt het vorderingsrecht. Met een beroep op de *Fatal Accidents Act 1976* (FAA 1976) kan echter een gelimiteerde kring nabestaanden toch vergoeding vorderen voor kosten veroorzaakt door het verlies van levensonderhoud, voor de begrafeniskosten en vanwege *bereavement* (verlies van een persoon).⁷⁰ Bij letsel bestaat bovendien de mogelijkheid voor de direct gekwetste om vergoeding te vorderen voor de verzorging en verpleging door naasten.⁷¹ Een *duty of care* kan echter wél bestaan tegenover een reddingswerker die het slachtoffer helpt en daardoor schade lijdt.⁷²

Ook worden naar Engels recht de termen *primary* en *secondary victims* gebruikt, maar dat onderscheid heeft geen betrekking op het onderscheid zoals dat naar Nederlands recht geldt tussen de direct gekwetste en derden. *Primary victims* en *secondary victims* zijn namelijk beide slachtoffers die een *nervous shock* hebben (hoofdstuk 6, paragraaf 3.4). Tegenover hen kan, onder bepaalde omstandigheden, een *duty of care* worden aangenomen. Buiten de context van *nervous shock* spelen deze termen geen rol.

3.5 Derden in personenschadezaken naar Frans recht

De beschrijving van Lambert-Faivre en Porchy-Simon van de schade van derden in personenschadezaken in het Franse recht is helder:

*'On appelle généralement dommage par ricochet l'ensemble des préjudice subis par un tiers victime du fait dommage corporel initial dont est directement atteinte la victime immédiate.'*⁷³

Schade *par ricochet* is dus schade van een persoon, de derde, veroorzaakt door een gebeurtenis waarbij het onmiddellijke slachtoffer initieel gekwetst is aan het lichaam.⁷⁴

68 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 4.

69 Section 1(1) FAA 1976.

70 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 4.4 en hoofdstuk 7, paragraaf 2.4.

71 Clerk en Lindsell 2006, p. 1815 e.v. Zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.2.3 en 3.3.3.

72 Zie hoofdstuk 6, paragraaf 2.2.4.

73 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 300.

74 Vgl. Civ. 1er, 28 oktober 2003, *RTD Civ.* 2004.96, chron. P. Jourdain; Delebecque, *D.2004.233*;

Gesproken wordt ook over *préjudice réfléchi*.⁷⁵ Dupichot stelt dat de schade *par ricochet* altijd posterieur is aan de *dommage* van het initiële slachtoffer, hetgeen bij een directe dood slechts een ogenblik later is.⁷⁶ Schade *par ricochet* bestaat niet alleen in geval van overlijden, maar ook bij verwonding van de direct gekwetste.⁷⁷ Lambert-Faivre en Porchy-Simon geven als argument voor deze gelijkstelling dat ernstig letsel ook diep kan ingrijpen in het leven van naasten.⁷⁸ Jourdain stelt echter dat rechters dit type schade met voorzichtigheid benaderen, omdat er soms twijfels bestaan over de concrete aanwezigheid van die schade.⁷⁹

Het is van belang een onderscheid te maken tussen een aantal termen. Er wordt naar Frans recht in beginsel geen onderscheid gemaakt tussen de termen ‘*dommage*’ en ‘*préjudice*’.⁸⁰ Een onderscheid moet wel worden gemaakt tussen de derde en het onmiddellijke slachtoffer (*la victime immédiate, la victime initiale, la victime directe*): de derde lijdt schade *vanwege de aantasting van het lichaam van het onmiddellijke slachtoffer*. Zoals Chartier het verwoordt: ‘*le dommage de la victime initiale peut être à l’origine d’autres préjudices – réfléchis – pour des tiers*’.⁸¹ Door Dupichot ook wel ‘*des victimes médiatees*’ genoemd.⁸²

Het slachtoffer met schade *par ricochet* wordt ook wel korthedshalve *victime par ricochet* of slachtoffer *médiate* genoemd.⁸³ Gesproken wordt ook wel over *action par ricochet*.⁸⁴ Ook *les tiers* (de derden) wordt gehanteerd.⁸⁵ Regresnemers worden veelal aangeduid als ‘*tiers-payeurs*’. Het oorspronkelijke ‘eerste’ slachtoffer, degene die letsel lijdt of overlijdt, wordt *victime directe, première victime* en *victime immédiate* genoemd.⁸⁶

Behoort iemand tot de kring van slachtoffers met schade *par ricochet*, dan bestaat tegenover hem of haar een vergoedingsverplichting. Deze actie staat in beginsel los van de actie van de direct gekwetste.⁸⁷ Er is dan voldaan aan de vereisten voor aansprakelijkheid: fout, causaliteit en schade. In het kader van dit type vordering is het schade-

Jourdain 2007, p. 124.

75 Chartier 1983, p. 4 en 75; Viney en Jourdain 2006, p. 154; Le Tourneau 2008, p. 448.

76 Dupichot 1969, p. 3. Vgl. Le Tourneau 2008, p. 448.

77 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 304.

78 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 304.

79 Jourdain 2007, p. 124.

80 Viney en Jourdain 2006, p. 3-4. Zie echter Lambert-Faivre en Porchy 2008, p. 300. Zie ook de interpretatie van de werkgroep onder leiding van Lambert-Faivre: Lambert Faivre 2003, p. 9.

81 Chartier 1983, p. 237. Vgl. Viney en Jourdain 2006, p. 154; Jourdain 2007, p. 121; Le Tourneau 2008, p. 448.

82 Dupichot 1969, p. 2.

83 Chartier 1983, p. 75; Lambert-Faivre en Porchy 2008, p. 300 en 301; Terré, Simpler en Lequette 2009, p. 894 en 895.

84 Terré, Simpler en Lequette 2009, p. 894.

85 Chartier 1983, p. 75 en 237 e.v.; Starck, Roland en Boyer 1996, p. 81; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 166.

86 Chartier 1983, p. 215; Starck, Roland en Boyer 1996, p. 52 en 54; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 300; Viney en Jourdain 2006, p. 154; Terré, Simpler en Lequette 2009, p. 894.

87 Terré, Simpler en Lequette 2009, p. 894.

vereiste meestal doorslaggevend. Daarom mag volgens Dupichot schade geleden *par ricochet* niet ‘indirect’ worden genoemd; die term ziet namelijk op het ontbreken van de causaliteit tussen de schade en de fout:

‘Il n’est reste pas moins que le dommage dit par ricochet n’est pas ipso facto un dommage indirect. (...) Le dommage par ricochet est donc un dommage personnel à celui qui l’invoque et direct lorsqu’il est la suite nécessaire du fait dommageable, c’est-à-dire la conséquence “normale” de l’accident.’⁸⁸

Sinds 1970 is het vaste rechtspraak dat de schade persoonlijk (*personnel*), zeker (*certain*) en direct (*direct*) moet zijn. Er dient tevens sprake te zijn van een legitiem belang (*intérêt légitime*).⁸⁹

3.6 Een werkdefinitie

Gezien het bovenstaande kunnen verschillende perspectieven worden gekozen om te kwalificeren wie een ‘direct gekwetste’ is en wie een ‘derde.’ Iemand kan niet direct betrokken zijn bij de schadeveroorzakende gebeurtenis. Daarnaast kan iemand derde zijn ten opzichte van iemands kwetsing of ten opzichte van iemands schade. Maar een derde kan ook iemand zijn ten opzichte van een aansprakelijkheidsrelatie tussen A en B. Daaraan kan een derde ten opzichte van een contractuele relatie tussen twee andere personen worden toegevoegd.

Van belang is dat de werkdefinitie neutraal is. Dat wil zeggen, een definitie die los staat van de normatieve keuzes die zijn gemaakt in de te onderzoeken rechtsstelsels. De reden daarvoor is dat dit de rechtsvergelijking vereenvoudigt. Bovendien leidt het werken met een systeemneutrale definitie tot een nieuwe blik op het huidige systeem. Daarnaast moet de definitie meerdere situaties van schade van derden omvatten. Zo moet bijvoorbeeld ook schokschade binnen de definitie kunnen vallen. Een feitelijke definitie ligt daarom voor de hand. Daarom hanteer ik, ter ondervanging van al die verschillende type relaties in een personenschadezaak, een ruime definitie van de term ‘derde’:

‘Derde’ is de persoon die materieel of immaterieel nadeel ondervindt doordat en nadat de direct gekwetste is gekwetst, in de vorm van letsel of overlijden, veroorzaakt door het gedrag van de schadeveroorzaker.

Hierna zal een aantal termen worden toegelicht. Ten eerste ‘nadeel’, waarmee wordt bedoeld een ‘nadelig materieel of immaterieel gevolg’ ofwel schade. Zoals in para-

88 Dupichot 1969, p. 5, zie ook p. 4. Vgl. Savatier 1951, p. 115; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2006, p. 305.

89 Ch. Mixte, 27 februari 1970, *JCP* 1970.II.156395, concl. Lindon. Hierover Chartier 1983, p. 239; Viney en Jourdain 2006, p. 161; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 301. Zie nader hoofdstuk 3, paragraaf 5.3.

graaf 2.7 uiteengezet, hanteer ik een breed begrip. Als iets ‘schade’ wordt genoemd, gebruik ik die term zonder na te gaan of het nadeel ook naar Nederlands recht vergoedbaar is. Bovendien is inherent aan het onderwerp ‘schade van derden in personenschadezaken’ dat er iemand moet bestaan die initieel, onmiddellijk, in eerste instantie letsel heeft geleden of is overleden. Die persoon is de ‘direct gekwetste’. Het gaat dus over *the person injured, la victime initiale* of *immédiate*. De termen ‘doordat’ en ‘nadat’ hebben betrekking op het feitelijke causaal verband tussen de kwetsing van de ene persoon en de schade van een derde. De term ‘nadat’ wordt gebruikt, omdat duidelijk moet zijn dat eerst de kwetsing van de direct gekwetste heeft plaatsgevonden en daarna, naar aanleiding daarvan, ook derden schade lijden.

3.7 Een vierdeling van type derden

3.7.1 Inleiding

Door de keuze voor deze definitie wordt een keuze gemaakt voor de behandeling van een potentieel aan type claimanten en daarmee voor een potentieel aan verschillende soorten vorderingen.⁹⁰ Er worden in het onderstaande vier categorieën derden onderscheiden, waarvan er in dit onderzoek twee zullen worden behandeld. Deze categorisering is gebaseerd op de indeling die is gemaakt door Starck, Roland en Boyer, met dien verstande dat een vierde categorie is toegevoegd: de gekwetste derde.⁹¹

3.7.2 De eerste categorie: de naasten

De eerste groep ‘derden’ zijn personen die deel uitmaken van de directe, affectieve leefwereld om het slachtoffer heen: de naasten bij letsel of nabestaanden in geval van overlijden.⁹² In het navolgende bedoel ik met ‘naasten’ zowel de naasten in geval van letsel als nabestaanden bij iemands overlijden.

Fleming noemt deze groep: *‘third persons who, secondarily (par ricochet), incur expenses or lose their livelihood, support or expected benefits from their association with them.’*⁹³ Dit type derden ondervindt dus (in beginsel) nadeel door de affectieve relatie met het slachtoffer. Zij moeten bijvoorbeeld het huis aanpassen, derven levensonderhoud, gaan verplegen en hebben verdriet dat zou kunnen leiden tot een depressie. Dat dit kan gebeuren heeft niets te maken met het zien of ervaren van de schade-

⁹⁰ Vgl. Bloembergen 1965, p. 245.

⁹¹ Starck, Roland en Boyer 1996, p. 81 e.v. Roland en Boyer maken een driedeling wat betreft de vergoeding van de materiële schade van derden bij overlijden: de *tiers payeurs* (verzekeraars), personen die een *rapport d'affaires avec elle* hebben gehad en personen die privé schade lijden door iemands wegvallen.

⁹² Starck, Roland en Boyer 1996, p. 94-95. Zij noemen deze groep *‘personnes privé des subsides fournis par la victime’*. Zie ook Viney en Jourdain 2006, p. 159 e.v.; Lambert-Faivre en Porchy 2008, p. 303-305 en 307-309.

⁹³ Fleming 1998, p. 196. Zie ook Starck, Roland en Boyer 1996, p. 94. Over de wijze waarop de verschillende kamers van het *Cour de Cassation* deze kring beperkte, zie hoofdstuk 3, paragraaf 5.3.

veroorzakende gebeurtenis op zich; door de affectieve band kan een naaste schade lijden.

3.7.3 *De tweede categorie: personen die schade lijden in de uitoefening van een beroep of bedrijf*

De tweede groep 'derden' zijn de (rechts)personen die vanwege het letsel of overlijden van een ander financieel nadeel ondervinden in hun bedrijf. Men kan hierbij denken aan werkgevers, schuldeisers, afnemers, leveranciers et cetera.⁹⁴ De personen uit deze kring ondervinden nadeel vanwege hun contractuele relatie met de direct gekwetste.

Dit is slechts anders als de schadeveroorzaker, los van de veroorzaking van letsel bij de werknemer, ook diens materieel beschadigt. Er is dan sprake van zowel personenschade als zaakschade. In zaakschadezaken kan de derde, de werkgever, wel een beroep doen op het onrechtmatige daadsrecht. Vergoeding voor deze materiële schade werd in het verleden reeds toegelaten.⁹⁵ Dit leidt tot een opmerkelijke uitkomst: de werkgever kreeg geen vergoeding voor het doorbetaalde loon vanwege de inhoud van artikel 1407 Oud BW, maar wel voor de beschadiging van het materieel. Tot op zekere hoogte is die uitkomst te verklaren, doordat zaken tot iemands eigendom kunnen behoren, terwijl dat met personen niet kan.

Hoewel betoogd kan worden dat de werkgever, in verband met zijn loondoorbetalingsverplichting, tot de categorie 'verzekeraars' behoort, wil ik deze categorie toch apart benoemen. Ook zonder de loondoorbetalingsverplichting zou de werkgever namelijk financieel nadeel ondervinden. Hij moet de werknemer vervangen, hij mist een onmisbare kracht waardoor het bedrijfsproces tijdelijk komt stil te liggen et cetera. Dat is anders bij de klassieke risicodragers, zoals verzekeraars. Zij ondervinden uitsluitend financieel nadeel doordat zij verplicht zijn, of zichzelf hebben verplicht om, een gedeelte van de schade te dragen. Bovendien is deze categorie van derden niet beperkt tot de werkgever; het gaat over derden die schade lijden in de uitoefening van hun bedrijf. De vraag is echter onder welke omstandigheden dit zuiver economische belang beschermwaardig is.

3.7.4 *De derde categorie: de verzekeraars*

De publieke en sociale verzekeraars vormen de derde categorie 'derden': personen die krachtens wet of contract verplicht zijn om (gedeeltelijk) bij te dragen aan het herstel van de direct gekwetste. De oorzaak van hun nadeel is primair gelegen in de verplichtingen ten opzichte van de direct gekwetste en niet in de schadeveroorzakende gebeurtenis.

94 Starck, Roland en Boyer 1996, p. 92-94. Vgl. Viney en Jourdain 2006, p. 162.

95 HR 10 januari 1958, NJ 1958, 79, m.nt. L.E.H.R. (*Van Hoof/Gebroeders Van der Plas*). Kritisch over het verschil van uitkomst Van Boom 2004, p. 37.

Het verhaalsrecht van de verzekeraars, sociaal en privaats, wordt in de navolgende hoofdstukken minimaal behandeld. De wenselijkheid van een stelsel van regresrechten is namelijk een ander leerstuk dan de wenselijkheid van de huidige inrichting van en interpretatie die is gegeven aan het bijzondere systeem uit het onrechtmatige daadsrecht.⁹⁶ In hoofdstuk 9 wordt wel betoogd dat als de verzekeraar schade draagt in plaats van de primair draagplichtige aansprakelijke partij *er in beginsel* geen bezwaar bestaat tegen een verhaalsrecht. Daarmee is echter nog niet de beleidsvraag beantwoord óf het wenselijk is om een regresrecht te hebben. Die vraag wordt zoals gezegd niet behandeld.

3.7.5 De vierde categorie derde: de gekwetste derden

De laatste categorie is de derde die lichamelijk of geestelijk gekwetst is geraakt doordat en nadat een ander letsel heeft opgelopen of is overleden.⁹⁷ Men kan hierbij denken aan derden met een shockschadevordering en hulpverleners die tijdens een reddingsactie letsel oplopen.

3.8 Tussenconclusie

In deze paragraaf is een werkdefinitie gegeven van het begrip ‘derden’. De reden daarvoor is dat verschillende termen worden gebruikt voor verschillende derden naar Nederland, Duits, Engels en Frans recht. Ook wordt niet altijd een feitelijk begrip ‘derden’ gehanteerd (de persoon die schade lijdt ten gevolge van de kwetsing van een andere persoon), want er bestaan natuurlijk ook juridische begrippen die te maken hebben met de term ‘derden’. Denk hierbij aan de Duitse termen ‘*unmittelbar*’ en ‘*mittelbar Geschädigten*’ (personen met of zonder een succesvolle vordering op grond van § 823 I BGB) die beiden toch feitelijk derden kunnen zijn. Een ander voorbeeld daarvan zijn de termen ‘*primary*’ en ‘*secondary victims*’ naar Engels recht. Deze termen worden gebruikt in shockschadezaken en hebben een specifieke juridische betekenis (waarover in hoofdstuk 6, paragraaf 3.4 meer). Om een rechtsvergelijkende analyse te vereenvoudigen is gekozen voor een brede werkdefinitie die verschillende soorten ‘derden’ omvat:

‘Derde’ is de persoon die materieel of immaterieel nadeel ondervindt doordat en nadat de direct gekwetste is gekwetst, in de vorm van letsel of overlijden, veroorzaakt door het gedrag van de schadeveroorzaker.

Ik hanteer een feitelijke opvatting van het begrip ‘derden’ in de volgende hoofdstukken. De derde wordt onderscheiden van de direct gekwetste.

⁹⁶ Zie hierover Engelhard 2003.

⁹⁷ In de categorisering van Starck, Roland en Boyer, waarop de bovenstaande indeling is gebaseerd, ontbreekt deze categorie.

Er bestaan verschillende categorieën derden. In het bovenstaande zijn er vier onderscheiden: de naasten, de personen die in het kader van hun bedrijfsvoering nadeel ondervinden van de kwetsing van de direct gekwetste, de verzekeraars en de gekwetste derden. Zoals in hoofdstuk 1 paragraaf 4.3 aan de orde is gekomen, beperk ik mij in de rechtsvergelijkende analyse vooral tot de naasten en de gekwetste derden. In hoofdstuk 6 wordt aandacht besteed aan (met name) naasten als gekwetste derden.

4. Conclusie

Het doel van dit hoofdstuk was om twee werkdefinities te geven, voor het begrip 'schade' en voor 'derden'. Zowel het begrip 'schade' als het begrip 'derden' kan feitelijk en normatief worden geïnterpreteerd. Een keuze voor een normatieve interpretatie (bij voorbaat) bemoeilijkt de rechtsvergelijkende analyse, omdat in andere rechtssystemen andere normatieve keuzes zijn gemaakt. Daarom is gekozen voor de volgende werkdefinities.

Schade zijn de materiële en immateriële nadelen veroorzaakt door de kwetsing van 'iets' (in de meest brede zin des woords) of 'iemand'. Of een vergoeding voor die schade moet worden toegekend is voor nu irrelevant. Ook komt het begrip terug in zowel de vestigings- als de omvangsfase, wat betekent dat reeds over 'schade' zal worden gesproken als nog geen aansprakelijkheid is gevestigd. Welke schade voor vergoeding in aanmerking komt, is in beginsel een keuze die kan worden beïnvloed door rechtspolitieke argumenten die van invloed zijn op de keuze om een bepaald nadeel vergoedbaar te maken. Daarom zal in de navolgende hoofdstukken zo veel mogelijk, hoewel een beschrijving van de techniek van de regels onvermijdelijk is, worden uitgelegd waarom er voor is gekozen om een bepaalde schadepost vergoedbaar te maken.

Het begrip 'derde' wordt feitelijk geïnterpreteerd:

'Derde' is de persoon die materieel of immaterieel nadeel ondervindt doordat en nadat de direct gekwetste is gekwetst, in de vorm van letsel of overlijden, veroorzaakt door het gedrag van de schadeveroorzaker.

Er wordt dus een onderscheid gemaakt tussen de direct gekwetste en de derde die schade lijdt. De schade van de derde is veroorzaakt *nadat* en *doordat* de gekwetste is verwond.

3 INLEIDING IN DE TE ONDERZOEKEN RECHTSSYSTEMEN

1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een inleiding gegeven ten aanzien van de te onderzoeken rechtssystemen. Een aantal aspecten komt aan de orde. Zo wordt ingegaan op de werking en systematiek van het onrechtmatige daadsrecht en schadevergoedingsrecht. Voorts wordt kort uiteengezet wat de positie van derden daarin is. Beide aspecten worden achtereenvolgens voor het Nederlandse, Duitse, Engelse en Franse recht behandeld.

2. Nederland

2.1 Het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht

Het beginpunt van het onrechtmatige daadsrecht naar Nederlands recht zijn de artikelen 6:162 en 6:163 BW. Er bestaan vijf vestigingseisen: de onrechtmatigheid, toerekening, schade, causaliteit en relativiteit. Het startpunt is dat iedereen zijn eigen schade draagt, 'tenzij'.¹ Die 'tenzij' wordt in beginsel langs de meetlat van de genoemde vereisten gelegd. Engelhard en Van Maanen stellen dat van het startpunt (ieder draag zijn eigen schade, tenzij) de grond voor aansprakelijkheid moet worden onderscheiden: de achterliggende gedachte van het onrechtmatige daadsrecht. Als grond voor de onrechtmatige daad noemen zij 'verkeerd gedrag'.²

Het is van belang om kort aandacht te besteden aan het relativiteitsvereiste, omdat dit vereiste in verband wordt (en kan worden) gebracht met schade van derden. Het relativiteitsvereiste kent drie elementen. De benadeelde moet als persoon binnen de beschermingsreikwijdte van de geschonden norm vallen. Ook moet de strekking van de norm tegen de geleden schade beschermen. En ten slotte moet de wijze waarop de schade is ontstaan worden beschermd door de strekking van de norm.³

Een omstandigheid die in verband wordt gebracht met het relativiteitsvereiste – wat betreft de relativiteit van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm – is of de schadeveroorzaker bedacht kon zijn op het belang van de benadeelde.⁴ Hartkamp en Sie-

1 Hartlief 1997, (met name) p. 75-76; Mon. BW A15 (Engelhard/Van Maanen), p. 4.

2 Mon. BW A15 (Engelhard/Van Maanen), p. 3.

3 Bloembergen 1965, p. 169-170; Lindenbergh 2007a, p. 10; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 129. Zie HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*), r.o. 3.4.1; HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527 (*Vie d'Or*), r.o. 4.4.6.

4 HR 30 september 1994, NJ 1996, 199, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van den Brink/Staat*), r.o. 4.3.2. Anders is dat in het kader van de vaststelling van de relativiteit van een wettelijke norm: vanwege de aard van

burgh noemen, in het licht van recentere jurisprudentie, aanvullende invalshoeken die van belang zijn voor het relativiteitsoordeel (hoewel niet altijd even beslissend):

‘het oogmerk van de wetgever onder meer blijkend uit (positieve) aanwijzingen in de Parlementaire Geschiedenis, het systeem van het recht, waaronder begrepen de aard van het geschonden belang (bedrijfsschade vs. personenschade of derving levensonderhoud) en de aard van de aansprakelijkheid (primaire aansprakelijkheid of afgeleide aansprakelijkheid) en de (on)bepaaldheid van de groep potentieel benadeelden (...), de actuele maatschappelijke context, voortgeschreden inzichten en redelijkheid.’⁵

Die invalshoeken zijn van belang geworden in het licht van de uitkomsten van een reeks arresten aan het begin van de 21^{ste} eeuw waarin het relativiteitsvereiste een centrale rol innam.⁶ De uitkomsten van die arresten zijn niet altijd zonder kritiek gebleven, vooral omdat de uitkomsten minder goed met elkaar te rijmen zijn, of omdat de norm juist wél lijkt te strekken tot de bescherming van de belangen van de benadeelde en diens schade, maar er toch geen relativiteit wordt aangenomen.⁷

Eén arrest, waarop kritiek is geuit, wordt hier besproken. De reden daarvoor is dat in die kritieken aan de orde is gekomen dat de Hoge Raad in dit arrest heimelijk rechtspolitiek zou hebben bedreven. Met andere woorden, aansprakelijkheid werd niet gewenst, en de relativiteitseis zou zijn aangewend ter afwijzing van de vordering. Het arrest waarop wordt gedoeld, is het *Vluchteling*-arrest.⁸ De persoon in kwestie, een vluchteling, is naar het oordeel van de Hoge Raad, onterecht een verblijfsvergunning onthouden. De vraag ligt voor of aan haar een vergoeding moet worden geboden voor inkomensschade: in de vorm van het inkomen dat zij niet heeft kunnen verwerven in de jaren dat haar ten onterechte een verblijfsvergunning is onthouden. Advocaat-generaal Spier heeft in zijn conclusie voor dit arrest een analyse gemaakt van de wettelijke regelingen en concludeert dat een beroep op het ontbreken van de relativiteit moet worden verworpen. De Hoge Raad oordeelt anders. De kern van de beslissing houdt in dat de vergunning zou moeten zijn verleend vanwege humanitaire redenen en dat de strekking van die norm niet beoogt de inkomensschade van de vluchteling te beschermen.

Zoals gezegd, is naar aanleiding van deze uitkomst in de literatuur betoogd dat er rechtspolitiek is bedreven.⁹ Van Orsouw betoogt dat, ondanks dat het relativiteitsvereiste in sommige zaken goed dienst kan doen, de toepassing van dit vereiste in zaken

de norm hoeft niet te worden vastgesteld of de schadeveroorzaker bedacht was of behoorde te zijn op de belangen van de benadeelde.

5 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 129.

6 HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*); HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527 (*Vie d'Or*); HR 23 februari 2007, NJ 2008, 492 (*De Groot/lo Vivat*); HR 13 april 2007, NJ 2008, 576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vluchteling*).

7 Zie bijv. Albers 2007, p. 94-104.

8 HR 13 april 2007, NJ 2008, 576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vluchteling*).

9 Di Bella 2007, p. 1524; Van der Wiel 2007, p. 188; Drion 2007, p. 1395; Hartlief 2008, p. 32.

zoals het *Vluchteling*-arrest gekunsteld aandoet en het vereiste in wezen is aangegrepen om niet tot aansprakelijkheid van de overheid te willen concluderen.¹⁰ Hartlief vraagt zich af waarom de Hoge Raad deze beslissing heeft genomen. Is dat vanwege een vrees voor mogelijk grote aansprakelijkheidslast, of is ‘het idee eigenlijk dat de betrokkene blij moet zijn met de uiteindelijke toelating, maar verder niet moet zeuren?’ aldus Hartlief.¹¹ Wat daarna wordt opgemerkt is belangrijk:

‘Het probleem hier, en eerder al in de *Linda*-zaak, is dat de rechter zich “enkel” beroept op de strekking van de geschonden norm en daarmee suggereert dat hij handelt in lijn met wat de wetgever “duidelijk” heeft gewild. Het vervelende is dat de rechter zijn oordeel velt over een punt waarop de wetgever als eerst aangewezen juist heeft gezwegen. Uit naam van de wetgever wordt dan een machtsoordeel geveld dat voor zich moet spreken, maar juist dat nu niet doet.’¹²

De strekking van een norm is vaker niet duidelijk dan wel. De ‘echte argumenten’ die als achterliggende redenen gelden voor het beroep op de strekking van de norm dat leidt tot afwijzing, moeten daarom worden genoemd. Hierbij zijn twee vragen belangrijk, aldus Hartlief:

‘Wat gaat er schuil achter een beroep op de strekking van de norm? Wat zijn de werkelijke argumenten tegen het aannemen van de door eiser bepleite aansprakelijkheid?’¹³

Afgezien van het feit dat het lijkt alsof de Hoge Raad een rechtspolitieke keuze maakt en dat brengt onder de noemer ‘relativiteit’ en afgezien van het gegeven dat de strekking van de norm vaak niet duidelijk is of kan zijn, komt daar wat betreft het vorderingsrecht *van derden* nog een volgend probleem bij. De positie van die derden *kan* in relatie tot een normschending tegenover een ander (de direct gekwetste) worden bezien. Maar als de normschending tegenover de direct gekwetste als startpunt wordt gekozen voor de analyse van de vergoedbaarheid van schade van derden, kan er weinig in het algemeen worden gesteld over ‘de beschermwaardigheid van de belangen van de derde’. Er bestaan immers vele feitelijke situaties en in die verschillende situaties kunnen verschillende normen (met een andere strekking) zijn geschonden. Dat hoeft echter nog niet doorslaggevend te zijn om niet over te gaan tot bestudering van de strekking van de geschonden norm. Voor mij is doorslaggevend geweest om geen onderzoek te doen naar louter het relativiteitsvereiste dat er naast de schending van een norm tegenover de één (de direct gekwetste), ook sprake kan zijn van een autonome onrechtmatige daad tegenover een ander (de derde), *ook* als de geschon-

10 Van Orsouw 2010, p. 263.

11 Hartlief 2008, p. 32.

12 Hartlief 2008, p. 32.

13 Hartlief 2008, p. 32. Zie hierover Vranken in zijn noot onder HR 13 april 2007, *NJ* 2008, 576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vluchteling*). Vranken noemt de bepaaldheid van de groep vorderingsgerechtigden als een argument dat (soms op de achtergrond) meeweegt bij de besluitvorming.

den norm jegens de direct gekwetste *niet* strekt ter bescherming van het belang van die derde. Er kan een 'tweede' andere norm zijn geschonden jegens een derde. Een voorbeeld van een personenschadezaak waarin daartoe is geconcludeerd, biedt het *Oogmerk*-arrest.¹⁴ Een vader vermoordt zijn zoon met de bedoeling om zijn (inmiddels) ex-echtgenote leed toe te brengen. Er wordt niet alleen een onrechtmatige daad gepleegd tegenover de zoon, maar ook tegenover de moeder, aldus de Hoge Raad. In het kader van de normschending tegenover de moeder wordt geen relativiteitsoordeel gegeven over de strekking van de norm geschonden tegenover de direct gekwetste (moord).

Benadrukt moet worden dat de positie van de derde die wegens het letsel of overlijden van een ander schade lijdt thans niet wordt bepaald door de strekking van de geschonden norm. Dat komt door de exclusieve werking die uitgaat van het bijzondere systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW. Dit betekent dat als een geschonden norm wel strekt tot bescherming van derden er toch geen schadevergoeding wordt toegekend. Een goed voorbeeld hiervan is de uitkomst in het *Rockwool/Poly*-arrest.¹⁵ Ondanks dat de Hoge Raad oordeelt dat er een onrechtmatige daad is gepleegd tegenover Poly (de werkgever van de direct gekwetsten), hoeft aan hem geen vergoeding te worden geboden voor zijn schade, omdat zijn schade is veroorzaakt door het letsel van zijn werknemer: de werking van artikel 1407 Oud BW stond daaraan in de weg (zie hoofdstuk 1, paragraaf 2.3.1).

Er bestaan twee uitzonderingen op die exclusieve werking, namelijk de uitkomst van het *Oogmerk*-arrest, waaraan in het bovenstaande al werd gerefereerd, en de shockschadevordering van derden met geestelijk letsel.¹⁶ De Hoge Raad is uiterst expliciet wat betreft de omstandigheden waaronder de geschonden norm beoogt de belangen van die derde te beschermen. In het *Taxibus*-arrest, waarin die specifieke relativiteitstest wordt geïntroduceerd, wordt daarvoor een reden genoemd; gewezen wordt op het feit dat door iemands letsel of overlijden vele derden (financieel) nadeel kunnen lijden. Gesteld wordt: 'Ook ten aanzien van hen geldt dat het recht beperkingen stelt aan de mogelijkheid van vergoeding van dit nadeel, omdat te ruim getrokken grenzen van aansprakelijkheid in maatschappelijk opzicht tot onaanvaardbare gevolgen zouden kunnen leiden.'¹⁷ In het licht van het *floodgate*-argument is gekozen voor een specifieke omlijning van het vorderingsrecht.¹⁸ Kortom: de vraag of schade van derden in personenschadezaken moet worden vergoed, is thans geen relativiteitsvraag.

14 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216, m.nt. J.B.M. Vranken.

15 HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958, m.nt. C.J.H. Brunner.

16 Er kan gediscussieerd worden over het antwoord op de vraag of de shockschadevordering daadwerkelijk een uitzondering is op de exclusieve werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW, omdat de oorzaak van het geestelijk letsel de directe confrontatie met het ongeval of de nasleep daarvan moet zijn en juist niet het letsel of overlijden van een ander; waarop de artikelen 6:107 en 6:108 BW betrekking hebben. In hoofdstuk 6 zal worden betoogd dat het maken van het onderscheid tussen beide oorzaken in de praktijk moeilijk tot onmogelijk is. Ook lijkt de Hoge Raad de shockschadevordering als uitzondering op de werking van de artikelen 6:107 en 6:108 te beschouwen, zie HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), r.o. 3.5 waar wordt gesproken over 'Dit is slechts anders indien (...)'.
17 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.1.

18 Vgl. Vranken in zijn noot onder HR 13 april 2007, *NJ* 2008, 576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vluchteling*).

2.2 Het Nederlandse schadevergoedingsrecht

Het startpunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht is artikel 6:95 BW: zowel vermogensschade als ander nadeel is vergoedbaar. De vergoeding voor ‘ander nadeel’ is echter beperkt tot de door de wet geboden mogelijkheden. Het uitgangspunt van het schadevergoedingsrecht is volledige vergoeding van schade door middel van de toekenning van een geldbedrag.

Het schadevergoedingsrecht wordt in personenschadezaken steeds vaker in verband wordt gebracht met ‘immaterieel’ herstel.¹⁹ Herstel moet dan niet geïnterpreteerd worden als ‘terugdraaien’ of ‘alsnog nakomen’, maar als ‘gehoor geven aan iemands behoeftes’ of ‘het letselschadetraject niet onnodig bezwarend inrichten.’ Als voorbeelden kunnen worden gegeven de ‘Gedragscode Behandeling Letselschade’,²⁰ het onderzoek van het IGER naar behoeftes van slachtoffers, naasten en nabestaanden in een personenschadezaak,²¹ de toenemende aandacht voor secundaire ziekte winst, secundaire victimisatie en procedurele rechtvaardigheid,²² de aandacht die uitgaat naar het afdwingen van excuses²³ en de ‘Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid’ (goma).²⁴

De schade van de direct gekwetste in letselschadezaken kan *grosso modo* worden ingedeeld in drie belangrijke categorieën: de kosten van herstel, de schade die samenhangt met de tijdelijke of blijvende arbeidsongeschiktheid en/of invaliditeit, en de immateriële schade.²⁵ Daarnaast kunnen ook de kosten van buitengerechtelijke afwikkeling, de proceskosten en de kosten van de beperking van de schade worden genoemd als vergoedbare schadeposten (artikel 6:96 lid 2 BW).

De genoemde herstelkosten moeten vanuit medisch perspectief wenselijk zijn. Bovendien moet voldaan zijn aan een dubbele redelijkheidstoets: zowel de keuze voor de behandeling, verzorging, revalidatie et cetera, als de kosten die daarmee gepaard gaan, moeten redelijk zijn.²⁶ Het verlies van arbeidsvermogen heeft betrekking op de behoefte aan huishoudelijke hulp, het verlies van zelfwerkzaamheid en het (toekomstig) verlies van inkomen. Ook voor de vergoeding van de kosten van de schadebeperking geldt de dubbele redelijkheidstoets.²⁷

Een vergoeding voor immateriële schade is mogelijk voor zover de wet daartoe de mogelijkheid biedt. Een aantal van die mogelijkheden biedt artikel 6:106 BW als:

19 Vgl. Lindenbergh 2008, p. 4.

20 Te vinden via www.deletselschaderaad.nl.

21 Huver et al. 2007; Akkermans et al. 2008. Zie ook Akkermans en Van Wees 2007, p. 103-118.

22 Klaming en Bethlehem 2007, p. 119-124; Akkermans en Van Wees 2007, p. 206-210.

23 Hulst, Van Wees, Uijttenbroek en Akkermans 2008, p. 778-784.

24 Te vinden via www.deletselschaderaad.nl.

25 Zie bijv. Schut 1997, p. 160.

26 HR 2 november 1962, NJ 1963, 61 (H.B.); HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (*Speeckaert/Gradener*). Hierover o.a. Knol 1986, p. 54-55; Storm, Kamp en Schön 1995, p. 169; Schadevergoeding (Lindenbergh en Deurvorst), art. 6:96 BW, aant. 161; Van Dam, Engelhard en Giesen 2007, p. 84 (Engelhard).

27 Schadevergoeding (Lindenbergh en Deurvorst), art. 6:96 BW, aant. 161.

1. er een oogmerk bestaat tot het toebrengen van immateriële schade; 2. de benadeelde lichamelijk of geestelijk letsel heeft opgelopen; 3. de benadeelde op andere wijze is aangetast in de persoon; 4. de benadeelde in de eer en goede naam is aangetast; of 5. indien de nagedachtenis van de overledene is aangetast. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat in geval van schending van een fundamenteel recht ook een vergoeding voor immateriële schade kan plaatsvinden (op andere wijze aangetast in de persoon). Geestelijk letsel is dan geen vereiste. Voorbeelden uit de jurisprudentie betreffen de schending van het huisrecht en het zelfbeschikkingsrecht in de zin van gezinsplanning.²⁸ Onduidelijk is echter in welke andere gevallen op basis van de schending van fundamentele rechten een vergoeding moet of zou moeten worden toegekend.²⁹

2.3 De positie van derden: het systeem

Het bijzondere aan het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is dat niet het algemene onrechtmatige daadsrecht (artikel 6:162 BW) richtinggevend is voor de positie van derden in personenschadezaken, maar de artikelen 6:107 en 6:108 BW. Die bijzondere regeling bepaalt limitatief wie een vergoeding kan vorderen en welke schadeposten vergoedbaar zijn. Maar het meest opvallend is dat van die artikelen een exclusieve werking uitgaat. De vorderingsrechten zijn wel afgeleid van aard, wat betekent dat de grondslag wordt gevonden in de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste (zie hoofdstuk 1, paragraaf 2). In het *Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*-arrest oordeelt de Hoge Raad dat het feit dat artikel 6:107 BW aan derden een vorderingsrecht toekent, niet betekent dat de direct gekwetste geen vergoeding meer kan vorderen van deze schade. Als de aansprakelijke de vergoeding betaalt aan de één wordt hij echter wel bevrijd tegenover de ander.³⁰

Het vorderingsrecht bestaat naast dat van de direct gekwetste, maar dat betekent niet dat de vordering van de direct gekwetste en van de derde geheel onafhankelijk van elkaar werken. In de artikelen 6:107 lid 2 en 6:108 lid 3 BW staat dat de verweren die kunnen worden tegengeworpen aan de direct gekwetste ook kunnen worden tegengeworpen aan derden. Dit betreft zowel de eigen schuld van de direct gekwetste als exoneraties gemaakt door de direct gekwetste voor diens overlijden of letsel.³¹ De minister geeft hiervoor twee argumenten. Ten eerste wordt hierdoor hetgeen bepaald is in bijzondere (internationale) wetgeving betreffende personenvervoer gediend. Daarnaast berust de aansprakelijkheid op de onrechtmatige daad (of niet-nakoming) jegens de gekwetste.³²

28 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 (*Oosterpark*); HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. JBMV (*Baby Kelly*).

29 Hartlief 2008a, p. 237-245. Zie ook Nguyen 2009, p. 1812-1818; Lindenberg 2011.

30 HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*).

31 Parl. Gesch. Boek 6, p. 399-400, (Inv.) 1286. Anders was dit naar oud recht. De Hoge Raad besliste in het *Groninger Lemmer-Stoomboot/Visser*-arrest dat exoneraties niet tegengeworpen konden worden aan nabestaanden, HR 22 december 1950, NJ 1951, 222, m.n.t. A.N. Houwing. Hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 156.

32 Parl. Gesch. Boek 6, p. 399-400.

Ten tijde van de introductie van het Oud BW werd gekozen voor een limitatieve opsomming vanwege een behoefte aan rechtszekerheid en de wens om willekeur te voorkomen. In letsel- en overlijdenszaken zouden namelijk de gevoelens van de rechter, en dus zijn vonnissen, te ver uiteen kunnen lopen.³³ Maar het bijzondere systeem is niet vrij gebleven van kritiek.

In 1935 verschijnt van de hand van Jonckers Nieboer een kritisch proefschrift over het systeem van de artikelen 1406 en 1407 Oud BW.³⁴ Betoogd wordt dat het systeem afgeschaft moet worden. Zijn eerste argument gaat over het doel van het systeem: voorkomen van willekeur. Jonckers Nieboer wijst er op dat '[b]eide artikelen (...) door hun onlogische en onduidelijke redactie aanleiding gegeven tot het ontstaan van talrijke geschilpunten (...) en dwingen den rechter meermalen tot uitspraken, die het billijkheidsgevoel van der justitiabelen allerminst bevredigen.'³⁵ Daarnaast wordt een vernieuwde gedetailleerde regeling afgewezen, omdat na verloop van tijd opnieuw leemtes zouden kunnen ontstaan en aanpassing van de wet nodig zou worden in het licht van nieuwe rechtsovertuigingen.³⁶ Ten slotte betwijfelt hij of een gedetailleerde regeling nodig is. Als onderbouwing wordt genoemd een situatie waarin kunstschaten in het Rijksmuseum door brand worden vernietigd. Waarbij hij zich afvraagt: is het echt zo dat de schade bij letsel minder berekenbaar is dan in die situatie?³⁷ Geconcludeerd wordt dat er teruggekeerd moet worden naar de regeling uit de *Code Civil* en dat het aan de rechter is om te beoordelen tegenover wie een vergoedingsverplichting bestaat en hoe hoog een dergelijke vergoeding moet zijn.³⁸

Een ander geluid is afkomstig van Drion, die in 1956 preadviseert over het bijzondere systeem. Betoogd wordt dat artikel 1406 Oud BW een 'extra recht toekent aan bepaalde' nabestaanden, maar dit niet zou hoeven mee te brengen dat aan anderen het recht moet worden ontnomen om een beroep te doen op het algemene onrechtmatige daadsrecht.³⁹ Drion is toch geen voorstander van het afschaffen van artikel 1406 Oud BW, waarbij hij ter onderbouwing van die stelling een vergelijking maakt met het Franse en Belgische systeem, waarin geen bijzondere regeling is opgenomen. Hij wijst op de grote onzekerheid die op dat moment nog bestaat naar Frans recht over het mechanisme ter afbakening van de kring van gerechtigden bij overlijden. Drion noemt ook als bezwaar dat vanwege het ontbreken van een bijzondere regeling in rechtspraak en doctrine constructies en theorieën over 'de onrechtmatige daad in het algemeen [zijn bedacht], die buiten de gevallen van doodslag tot onjuiste consequenties leiden.'⁴⁰ Genoemd wordt het vereiste van '*lésion d'un droit*', dat in 1970 als vereiste is afgeschaft, en de werking van het causaliteitsvereiste dat tot overspanning van

33 Voorduin 1838, p. 85. Hierover bijv. ook Opzoomer 1879, p. 341; Diephuis 1888, p. 117.

34 Jonckers Nieboer 1935.

35 Jonckers Nieboer 1935, p. 156-157.

36 Jonckers Nieboer 1935, p. 157.

37 Jonckers Nieboer 1935, p. 157-158.

38 Jonckers Nieboer 1935, p. 158-159.

39 Drion 1956, p. 46-47.

40 Drion 1956, p. 49-50.

dat vereiste zou leiden.⁴¹ De kritiek van Drion moet in perspectief worden geplaatst: het Franse recht heeft vanaf 1970 een ontwikkeling doorgemaakt in de richting van een open opvatting over wie tot de kring van gerechtigden behoort in personenschadezaken (zie paragraaf 5.3 van dit hoofdstuk).

Overigens moet worden opgemerkt dat ook bij de aanwezigheid van een bijzonder systeem, zoals naar Nederlands recht, constructies worden bedacht om het systeem te ontwijken. Denk hierbij aan de voorschot- en cessieconstructies die nodig waren vanwege het strakke keurslijf van de artikelen 1406 en 1407 Oud BW.⁴² Maar ook aan de wijze waarop thans is vormgegeven aan de shockschadevordering en de lastige confrontatie-eis die in dat kader geldt (hoofdstuk 6, 3.2.3). Iedere keuze heeft dus voor- en nadelen. Drion kiest voor een bijzonder systeem, terwijl Jonckers Nieboer suggereert om dat systeem af te schaffen.

Tijdens de discussie over de introductie van het huidige BW werd het wederom onwenselijk geacht om onzekerheid te laten (voort)bestaan over het onderwerp.⁴³ Opgemerkt moet worden dat dit argument werd genoemd in het kader van de introductie van artikel 6:107 BW: vergoeding van schade van derden bij letsel. De behoefte aan een wetbepaling die gaat over de vergoeding van de schade van nabestaanden lijkt nooit te zijn betwijfeld.

Kortmann stelt dat met artikel 6:107 BW het strakke keurslijf van artikel 1407 oud BW is verruimd.⁴⁴ De introductie van artikel 6:107 BW heeft een 'turbulente' voor geschiedenis. Oorspronkelijk zou er geen opvolger van artikel 1407 Oud BW komen. De ontwerpers van het Nieuw BW stelden dat eventuele onbegrensde vergoedingsplichten voorkomen zouden worden door toetsing aan de algemene regels van causaliteit en relativiteit.⁴⁵

Kritiek op die keuze kwam van de hand van Beekhuis. Gesteld werd dat dezelfde onzekerheid over de kring van gerechtigden bij overlijdensschade zich ook voordeed bij letselschade. Als de ratio van de codificatie van vergoedbare overlijdensschade het voorkomen van onzekerheid was, dan moest diezelfde lijn doorgetrokken worden naar letselschadezaken. Toch vond hij de leer van de Hoge Raad dat uitsluitend de

41 Drion 1956, p. 50. Onderkend moet worden dat in de Franse voorstellen voor hervorming van het Franse onrechtmatige daadsrecht bepalingen zijn opgenomen over de kring van gerechtigden in personenschadezaken. Dat kan een teken zijn dat er behoefte bestaat aan een bij wet gelimiteerde kring van gerechtigden, hoewel onduidelijk is wat de consequenties zijn van een dergelijke bijzondere regeling. In de toelichting wordt aandacht besteed aan de vergoedbare schadeposten. De voorstellen beoogen echter niet de vergoedingsmogelijkheden te beperken, maar om consistentie aan te brengen in het leerstuk.

42 Brunner 1975, p. 209-215; Joustra 1999, p. 200; Schirmeister 1989, p. 340 e.v.; conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 3.7 en 3.33.

43 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1279. Hartlief vraagt zich af waarom de wetgever het onwenselijk vond dat juist op dit (schadevergoedings)gebied onduidelijkheid zou voortbestaan, Hartlief 2006, p. 98-101.

44 Kortmann 1999, p. 659. Vgl. Bloembergen 1992, p. 22-23; 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; Knol 1986, p. 19.

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

direct gekwetste een vordering kon instellen, ‘in hoge mate onredelijk’.⁴⁶ Daarom stelde hij voor om een scheiding te maken tussen schade veroorzaakt door ziektekosten (wel vergoeden indien geleden door een derde) en schade veroorzaakt door blijvende of tijdelijke invaliditeit van de direct gekwetste (niet vergoeden indien geleden door een derde).⁴⁷ Wat de argumenten voor dit onderscheid zijn, maakt Beekhuis echter niet duidelijk.

Ook Brunner was kritisch. Ondanks dat ook hij uit het keurslijf van artikel 1407 Oud BW wilde ontsnappen, was hij van mening dat het onrechtmatige daadsrecht, specifiek het relativiteitsbeginsel, onvoldoende houvast gaf voor de beoordeling van vorderingen van derden. Onzekerheid en willekeur zouden het gevolg (kunnen) zijn. Daarom concludeerde hij dat een bijzondere regeling geïntroduceerd moest worden waarin werd bepaald dat de schade van de direct gekwetste moest worden vergoed, zonder dat de eis werd gesteld dat hij ‘die schade in zijn eigen vermogen heeft geleden’.⁴⁸

De rechtswetenschap heeft twintig jaar in de veronderstelling geleefd dat deze open regeling er zou komen. Bij indiening van de invoeringswet werd echter alsnog gekozen voor een limitatieve bepaling: artikel 6.1.9.11a BW. Wat betreft de positie van naasten waren sub c en d van belang, waarin was bepaald dat verplaatste schade vergoedbaar zou moeten worden, net als kosten van derden ‘mits deze kosten of het derven van inkomen werden gerechtvaardigd door de persoonlijke relatie, waarin hij tot de gekwetste stond’.⁴⁹

De reden dat alsnog werd gekozen voor een bijzondere bepaling is dat anders te grote rechtsonzekerheid zou bestaan over de kring van gerechtigden. De rechter zou een grote vrijheid hebben in besluitvorming en onduidelijk was tot welke oordeelsvorming de rechter zou komen. Dat werd onwenselijk geacht.⁵⁰ Het is echter onwaarschijnlijk dat met de introductie van dit artikel iedere rechtsonzekerheid zou verdwijnen, aldus Bloembergen: ‘Een dergelijke uitvoerige en minutieuze regeling leidt natuurlijk tot de nodige interpretatievragen.’⁵¹ Ook wijst hij op het nadeel van een zekere verstarring. De continuïteit van wetgeving zou kunnen worden bemoeilijkt door veranderende maatschappelijke opvattingen of ontwikkelingen.

Zoals in hoofdstuk 1 weergegeven, had het oorspronkelijk voorgestelde artikel 6.1.9.11a BW een bredere werkingssfeer dan het uiteindelijk ingevoerde artikel 6:107 BW. Er is namelijk voor gekozen om alleen bij verplaatsing van schade van de direct gekwetste naar een derde (anders dan een verzekeraar) een vergoedingsmogelijk-

46 Beekhuis 1963, p. 515.

47 Beekhuis 1963, p. 515.

48 Brunner 1975, p. 215.

49 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1278.

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

51 Bloembergen stemde in met de uitbreiding in sub c en d, hoewel hij in het kader van sub c – verplaatsing van schade – liever zou spreken over de redelijke kosten van het herstel, Bloembergen 1982, p. 1081.

heid aan derden te bieden. De reden voor die beperking was dat de minister bang was dat 'zij gemakkelijk een bron van vele procedures zal worden.'⁵² In het kader van de discussie over het regresrecht zou opnieuw aandacht worden besteed aan de geschrapte onderdelen. Maar die discussie heeft niet in een dergelijke volle omvang plaatsgevonden.⁵³

Rechtvaardiging voor artikel 6:107 BW was volgens de minister dat het gaat:

'om een verplaatsing van de schade die de aansprakelijkheid van de schuldenaar in haar totaliteit niet verhoogt en het voordeel heeft dat derden zich van hun bereidheid deze kosten te maken niet hoeven te laten weerhouden door de omstandigheid dat zij de kosten niet en de gekwetste ze wel zou kunnen terugvorderen.'⁵⁴

Hartlief is kritisch over het bijzondere systeem en noemt het een 'botte bijl': als een derde niet binnen de kring van gerechtigden valt, krijgt hij nul op rekest, ook indien jegens hem een onrechtmatige daad is gepleegd.⁵⁵ Ook plaatst hij een kanttekening bij het rechtszekerheidsargument:

'Maar om welke onzekerheid gaat het dan? Gaat het om "onduidelijkheid" omtrent de omvang van de groep potentiële claimanten en daarmee omtrent de omvang van de (uitbreiding van de) aansprakelijkheidslast? Zou zekerheid omtrent niet-vergoeding voor de getroffen en aantrekkelijker zijn dan onzekerheid omtrent wel-vergoeding? Eerlijk gezegd denk ik dat het vooral om de "betalende kant" gaat: zekerheid omtrent niet-vergoeding is voor daders en hun verzekeraars oneindig veel aantrekkelijker dan onzekerheid omtrent wel-vergoeding.'⁵⁶

Storm argumenteerde eerder dat er een ongelijkheid bestaat tussen personenschadezaken (wel een bijzonder systeem) en zaakschadezaken (geen bijzonder systeem), en dat dit argument zou pleiten voor afschaffing van de exclusieve werking van het systeem.⁵⁷ Maar in het licht van die overweging noemt Hartlief juist een argument tegen afschaffing van het bijzondere systeem. Een vergelijking wordt gemaakt tussen de beoordeling in zaakschadezaken en die in personenschadezaken:

'In dit verband kan men zich ook voorstellen dat de praktijk behoefte heeft aan een duidelijk doorgehakte knoop, gegeven dat eigenlijk *iedere* direct getroffene naasten heeft en in de regel bijvoorbeeld ook een werkgever. Buiten personenschade is het niet per definitie zo dat indirect getroffen in beeld komen. Bij personenschade gaat het om zekerheid omtrent rechtsposities in *standaardsituaties*. Vanuit

52 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1287. Hierover Hammerstein 1994, p. 2.

53 De werkgever heeft wel een verhaalsrecht gekregen met de introductie van artikel 6:107a BW.

54 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1288.

55 Hartlief 2006, p. 100.

56 Hartlief 2006, p. 103.

57 Storm 1996, p. 128.

dit perspectief zou dan inderdaad de tweede, minder verregaande, optie aantrekkelijker zijn: het alsnog invoeren van artikel 6.1.9.11a.⁵⁸

Derden in personenschadesituaties zijn vrijwel altijd aanwezig. Hartlief verwoordt dit als een discussie over ‘rechtsposities in standaardsituaties.’ Dat is volgens hem anders in zaakschadezaken. Dat argument kan een reden zijn om te kiezen voor gelimiteerde regeling in personenschadezaken.

In het licht van hetgeen betoogd is door Hartlief, moet de vraag worden gesteld of het bijzondere systeem de werking van het onrechtmatige daadsrecht uitbreidt of beperkt. Holzhauser noemde de artikelen 1406 en 1407 Oud BW een beperking van de kring van gerechtigden en de te vergoeden schade.⁵⁹ Storm noemt het huidige bijzondere systeem echter zowel een beperking als een uitbreiding. De uitbreiding bestaat in het licht van de afgeleide aard van de vorderingsrechten. Ook is ten opzichte van het oude BW de huidige regeling een uitbreiding. Tegelijkertijd hebben derden geen recht op volledige vergoeding van schade, ook niet als de derde behoort tot de kring van gerechtigden. Wat dat betreft lijkt er dus sprake te zijn van een beperking.⁶⁰

Verheij noemt het huidige systeem onevenwichtig en wijst op de verschillen in uitkomst in vergelijking met *wrongful birth*-situaties (vergoeding van de opvoedkosten en de inkomenschade, en voor immateriële schade van de moeder en de vader wegens de doorkruising van het recht op zelfbeschikking) en *wrongful life*-situaties (vergoeding van de materiële schade en voor de immateriële schade van het kind).⁶¹

In 1997 besliste de Hoge Raad voor het eerst over aansprakelijkheid in geval van *wrongful birth*.⁶² Na een operatie is foutief nagelaten om een spiraaltje bij een vrouw terug te plaatsen. Daardoor heeft zij ongewenst zwanger kunnen raken. Vergoeding wordt gevorderd van zowel de kosten die gepaard gaan met de opvoeding van het kind, als het inkomensverlies van de moeder. Beide vorderingen slagen, met dien verstande dat aan de schadevergoeding voor het inkomensverlies een voorwaarde is verbonden. De keuze om te stoppen met werken moet namelijk redelijk zijn. Bij dat redelijkheidsoordeel moet gewicht worden toegekend aan het feit dat de vrouw *de vrijheid heeft om te kiezen* voor een bepaalde wijze van opvoeding die haar goeddunkt. Maar er moet tevens acht geslagen worden op de schadebeperkingsplicht van de vrouw: ‘voor zover haar dit mogelijk is en redelijkerwijs van haar kan worden gevergd’ dient de schade te worden beperkt.⁶³ De

58 Hartlief 2006, p. 103.

59 Holzhauser 1986, p. 6.

60 Storm 1996a, p. 91; Storm 1999, p. 10-11. Vgl. Lindenbergh 1997, p. 188; Engelhard 2010, p. 332-334. Drion sprak over het ‘extra recht’ van art. 1406 Oud BW dat niet ontleend kan worden aan art. 1401 Oud BW, Drion 1956, p. 46.

61 Verheij 2005, p. 207.

62 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*).

63 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*), r.o. 3.13.

vergoeding voor immateriële schade wordt afgewezen, omdat sprake is van een 'meer of minder sterk psychisch onbehagen', maar dat heeft niet geleid tot geestelijk letsel.⁶⁴

Het tweede *wrongful birth*-arrest is geweest in 2002 en gaat over een mislukte sterilisatie van een vrouw.⁶⁵ Om een vergoeding te kunnen vorderen voor haar immateriële schade wordt een beroep gedaan op doorkruising van haar keuze om geen kinderen meer te willen krijgen. Dit is geformuleerd als persoonsaantasting in die zin dat het gaat over 'de wezenlijke inrichting van haar bestaan en dus haar persoonlijke levenssfeer (...)'.⁶⁶ De Hoge Raad beslist dat het Oud BW van toepassing is op deze situatie. In het kader daarvan was vereist alvorens een vergoedingsplicht voor immateriële schade bestond, dat iemand geestelijk letsel heeft. In deze casus is geen sprake van geestelijk letsel.⁶⁷

Van die laatste uitspraak is het eenvoudig een brug te slaan naar het *Baby Kelly*-arrest, waarin er zowel een vordering is ingediend door de ouders van het kind als door het kind zelf.⁶⁸ Een verloskundige begaat een beroepsfout door prenataal onderzoek na te laten, terwijl dit onderzoek gewenst is vanwege een chromosale afwijking binnen de familie. De baby komt ernstig gehandicapt ter wereld. Die handicap is niet het gevolg van een medische fout; er wordt echter vastgesteld dat als de ouders zouden hebben geweten dat de baby deze afwijking zou hebben gehad, zij voor een abortus zouden hebben gekozen.⁶⁹ De vraag is in hoeverre de schade van de moeder, de vader en het kind voor vergoeding in aanmerking komt. Deze casus verschilt dus in zoverre van de vorige twee dat dit kind niet zonder handicap maar gehandicapt ter wereld is gekomen.

Ik besteed eerst aandacht aan de positie van de moeder en de vader in deze casus; beide vorderingen slagen. De grondslag van de vordering van de moeder is wanprestatie. De vader is echter geen contractspartij bij de behandelingsovereenkomst tussen het ziekenhuis en de moeder. De Hoge Raad oordeelt dat jegens hem onrechtmatig is gehandeld.⁷⁰ Beslist wordt, terecht, dat de positie van de vader gelijk is aan die van de moeder als het aankomt op gezinsplanning. Vier omstandigheden zijn van belang: de ontstane familierechtelijke betrekkingen, de onderhoudsplicht, de algemene verantwoordelijkheid tot verzorging en opvoeding en, hoewel deze opmerking terzijde is gemaakt, de omstandigheid dat een ernstig gehandicapt kind de verhoudingen binnen het gezin 'beïnvloedt en beproeft'.

De ouders ontvangen vergoeding zowel van hun materiële schade, als voor hun immateriële schade. De Hoge Raad beslist dat het fundamentele recht op zelfbeschikking en het daaruit voortvloeiende keuzerecht met betrekking tot de geboorte van een kind is doorkruist ten opzichte van beiden. De Hoge Raad kwalificeert deze schending als een persoonsaantasting in de zin van artikel 6:106 lid 1 aanhef, onder b BW; geestelijk letsel wordt niet vereist. Er is geen sprake van affectieschade, zo wordt benadrukt door de Hoge Raad.⁷¹ Belangrijk voor het onderhavige onderwerp is nog het volgende dat de Hoge Raad opmerkt:

64 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*), r.o. 3.14.

65 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, m.nt. M.H. Wissink (*Stichting X/F*).

66 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, m.nt. M.H. Wissink (*Stichting X/F*), r.o. 4.3.

67 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, m.nt. M.H. Wissink (*Stichting X/F*), r.o. 4.3. Onder verwijzing naar HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*).

68 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*).

69 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.6.

70 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.2.

71 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.8 en 4.9.

‘Voor zover de vordering – anders dan die van de moeder – echter erop berust dat het (gezinsleven) van de vader aanmerkelijk en langdurig wordt overschaduwd door de problematiek die een ernstige gehandicapt kind met zich brengt, is deze hem terecht door het hof ontzegd omdat voor toewijzing van de vordering ook in zoverre, geestelijk letsel van de vader als gevolg van de gemaakte fout zou zijn vereist.’⁷²

De vergoeding voor immateriële schade wordt toegekend aan de vader vanwege de doorkruising van zijn keuzerecht en niet vanwege de aanmerkelijke en langdurige schaduw die over zijn leven is komen te liggen.

Er bestaat ook aansprakelijkheid jegens het geboren kind. Die vordering wordt tevens gebaseerd op onrechtmatige daad: er bestaat in deze situatie een bijzondere zorgplicht tegenover de ongeboren vrucht.⁷³ Een vergoeding wordt toegekend voor zowel de materiële als immateriële schade, waarbij over de laatste schadepost het volgende wordt opgemerkt:

‘Zij is immers door haar (aanzienlijke) handicaps, die haar ouders haar hadden willen besparen, in haar persoon aangetast in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW.’⁷⁴

Giesen ziet de kern van deze uitkomsten, dus zowel de vordering van de ouders als die van de baby, in het recht op zelfbeschikking; in deze situatie, het recht om te kiezen hoe het gezinsleven er uit gaat zien. Hij concludeert:

*‘Those who value this right highly will conclude that the breach involved actually affects the whole family (mother, father, and other children if present) and will conclude that such a breach deserves to be sanctioned properly.’*⁷⁵

Degenen die veel waarde hechten aan het recht om te kiezen hoe het familieleven er uit gaat zien, zullen concluderen dat de doorkruising van dit recht gesanctioneerd moet worden. De Hoge Raad lijkt zich tot die groep te rekenen door volledige vergoeding van alle schade inclusief de toekenning van een smartengeldbedrag toe te laten. De volgende vraag is dan of dezelfde waarde moet worden gehecht aan het verlies of ernstige kwetsing van een kind of een ander gezinslid.⁷⁶ Als dat zo is dan zou dezelfde conclusie moeten worden getrokken voor die gevallen (zie hierover hoofdstuk 9, paragraaf 3).

Terug naar de positie van derden in personenschadezaken. Drion stelt zichzelf in 1956 reeds de vraag waarom vastgehouden wordt aan de gelimiteerde regeling: is het een traditie of zijn er argumenten aan te voeren die ook gelden in landen waar deze

72 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.9.

73 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.13.

74 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*), r.o. 4.18.

75 Giesen 2009, p. 268.

76 Het Hof Arnhem oordeelde al dat sprake is van een schending van art. 8 EVRM als kinderen zijn ontvoerd, Hof Arnhem 27 maart 2005, JA 2005, 47.

traditie ontbreekt?⁷⁷ De inrichting van het Duitse, Engelse en Franse recht is wat betreft de positie van derden anders: daar is het algemene onrechtmatige daadsrecht *in beginsel* richtinggevend. Daarover gaan de volgende paragrafen.

3. Duitsland

3.1 Het Duitse onrechtmatige daadsrecht

Naar Duits recht moet een onderscheid worden gemaakt tussen de *Haftungsbegründung* en *Haftungsausfüllung*.⁷⁸ De aanwezigheid van een *Haftungsgrund* betekent dat er sprake is van een onrechtmatige daad in de zin van: een ‘*zurechenbaren Verletzung des rechtlich geschützten Interesses eines Anderen*’ (zie §§ 823 BGB en verder). Daarvan wordt de *Haftungsausfüllung* onderscheiden, wat vooral gaat over de rechtsgevolgen: de schadevergoedingsplicht of verplichting tot herstel (zie §§ 249 BGB en verder). Het onrechtmatige daadsrecht kent ook bijzondere schadevergoedingsregels ten gunste van naasten, omschreven in §§ 844 (overlijdensschade), 845 (vordering derde bij letsel en overlijden) en 846 (eigen schuld werkt door ten aanzien van de vordering van derden).

Haftungsbegründung heeft betrekking op de verantwoordelijkheid van de dader.⁷⁹ Drie termen zijn belangrijk: *Tatbestand*, *Rechtswidrigkeit* en *Verschulden*. Dit zijn de vereisten voor onrechtmatigheid in enge zin.⁸⁰ *Tatbestand* heeft betrekking op hetgeen beschermd moet worden. Dat kan een van de opgesomde rechtsbelangen of ‘rechtsgoederen’ (*Rechtsgüter*) uit § 823 I BGB zijn: leven, lichaam en gezondheid, vrijheid, eigendom, of een ‘*sonstiges Recht*’ (§ 823 I BGB). Het *Tatbestand* kan echter ook betrekking hebben op de schending van een wettelijke plicht (§ 823 II BGB) of handelen in strijd met de goede zeden (§ 826 BGB).

Het buitencontractuele schuldaansprakelijkheidsrecht heeft dus drie ‘*Generalklausel*’ of ‘*Grundtatbestände*’ waarmee aansprakelijkheid kan worden gevestigd. § 823 I BGB (bescherming van een aantal *Rechtsgüter*); § 823 II BGB (handelen in strijd met een wettelijke plicht); en § 826 BGB (opzettelijk veroorzaken van schade in strijd met de goede zeden). Volgens Schiemann beoogt § 823 I BGB de kring van gerechtigden te beperken tot dragers van rechtsgoederen (leven, lijf, gezondheid, vrijheid en eigendom) en tot bescherming van belangen die binnen de *Schutzzweck* van de geschonden norm blijven.⁸¹ Niet-fysieke persoonlijkheidsbelangen en zuivere vermogensschade worden daarom niet beschermd via § 823 I BGB. Er moet een beroep worden gedaan op een van de andere grondslagen van aansprakelijkheid. Een uitzondering bestaat onder de noemer van ‘*sonstiges Recht*’. Een voorbeeld daarvan is de schending van een *algemeines*

77 Drion 1956, p. 48.

78 Kötz en Wagner 2010, p. 59. Vgl. Gebauer 2007, p. 90.

79 Kötz en Wagner 2010, p. 60.

80 Medicus 2004, p. 364.

81 Staudinger/Schiemann (2005), § 249, Rn 49, p. 27.

Persoonlichkeitsrecht. Het *Allgemeines Persönlichkeitsrecht* is volgens Wagner ‘promoveert’ als een beschermd rechtsbelang in de zin van § 823 I BGB (eer, portret en privéleven).⁸² Wagner wijst ook op de inhoud van de artikelen 1 I, II en 2 *Grundgesetz* (GG). Het is echter niet zo dat iedere inbreuk op een persoonlijkheidsrecht *rechtswidrig* is. Het belang van de individuele benadeelde moet namelijk binnen het beschermingsbereik van het betreffende persoonlijkheidsrecht vallen.⁸³

De *Rechtswidrigkeit* heeft betrekking op het *Unrechtbestand*, de onrechtmatigheid van de daad. De *Rechtswidrigkeit* heeft volgens Wagner twee functies. Het moet het *Schutzbereich* van de buitencontractuele *norm* benoemen en in het kader van de *Rechtswidrigkeit* moet worden bezien of het recht moet optreden tegen het *gedrag* van de dader.⁸⁴

In §§ 823 II (handelen in strijd met een wettelijke plicht) en 826 BGB (opzettelijk veroorzaakte schade in strijd met de goede zeden) komen beide functies samen.⁸⁵

Die twee aspecten, de norm en het gedrag, hebben voor discussie gezorgd in de Duitse literatuur, namelijk over de ‘*Erfolgsunrechtslehre*’ en de ‘*Lehre vom Handlungsunrecht*’.⁸⁶ In de *Erfolgsunrechtslehre* wordt ervan uitgegaan dat een handeling die zorgt voor een doorkruising van iemands beschermd belang (van § 823 I BGB) onrechtmatig is, omdat het gevolg (*der Erfolg*) onrechtmatig is. De nadruk ligt dus op de onrechtmatigheid van het gevolg en niet op de onrechtmatigheid van de handeling. Dat is anders in de *Lehre vom Handlungsunrecht*. Daar ligt de nadruk op de onrechtmatigheid van de handeling. Als die handeling opzettelijk is verricht, bestaan er weinig moeilijkheden. Dat geldt niet als het gedrag niet opzettelijk is verricht, dan moet er namelijk getoetst worden aan de vereiste zorgvuldigheid in het licht van de vermijdbaarheid van de daad (*geforderte Sorgfalt*).⁸⁷

De moeilijkheid van deze discussie is volgens Wagner dat de eis van *Rechtswidrigkeit* twee functies heeft, zoals al in het bovenstaande is weergegeven. Hij geeft een oplossing aan de hand van het doel van de *Rechtswidrigkeit* om een *algemeine Fahrlässighaftung*, een ongelimiteerde aansprakelijkheid, voor zuivere vermogensschade en onlichamelijke persoonlijkheidsbelangen te voorkomen.⁸⁸ De ‘*Lehre vom Handlungsunrecht*’ wordt in essentie aangehangen, omdat de nadruk ligt op de handeling en het karakter daarvan. Een verklaring daarvoor is dat bij een doorkruising van een beschermd rechtsgoed uit § 823 I BGB, de *Erfolgsunrechtslehre* kan leiden tot vergaande aansprakelijkheden: door het gebruik van een product kan letsel ontstaan en, in het licht van de *Erfolgsunrechtslehre*, zou de producent daarom al per definitie

82 Kötz en Wagner 2010, p. 74. Het is ook mogelijk om bij de schending van een persoonlijkheidsrecht (dat valt binnen de beschermingsreikwijdte van een wettelijke bepaling of in strijd is met de goede zeden) een beroep te doen op § 823 II BGB of § 826 BGB. Vgl. Soergel/Spickhoff § 823 R 22, p. 14.

83 Kötz en Wagner 2010, p. 48.

84 Deutsch 1995, p. 7-8. MünchKommBGB/Wagner § 823, RgNr 1-12.

85 Kötz en Wagner 2010, p. 50.

86 Zie bijv. Kötz en Wagner 2010, p. 49-51; MünchKommBGB/Wagner § 823, RgNr 4-12.

87 Zie bijv. Kötz en Wagner 2010, p. 49-50.

88 MünchKommBGB/Wagner § 823, RgNr 2.

aansprakelijk zijn (middellijke beschadiging). Er wordt daarom een tweedeling gemaakt. Ten eerste tussen *Vorsatzhaftung* (bewustzijn) en *Fahrlässigkeitshaftung* (nalatigheid). Als de schending bewust is begaan, dan wordt *Rechtswidrigkeit* verondersteld.⁸⁹ Is echter sprake van nalatigheid, dan moet wederom een tweedeling worden gemaakt tussen een onmiddellijke aantasting (*unmittelbare Verletzung*) en een middellijke aantasting (*mittelbare Verletzung*) waardoor het gevolg is ontstaan. Bij een onmiddellijke aantasting wordt wederom *Rechtswidrigkeit* verondersteld, terwijl dat bij een middellijke aantasting niet het geval is. Er moet dan getoetst worden aan de *Verkehrspflichten*.⁹⁰

Ten slotte is *Verschulden* vereist: de schadeveroorzaker beoogde de belangenaantasting (*Vorsatz*) of de belangenaantasting heeft kunnen ontstaan door nalatigheid (*Fahrlässigkeit*). Het gaat dus over de verwijtbaarheid van de dader.⁹¹

Afgezien van de vereisten van *Tatbestand*, *Rechtswidrigkeit* en *Verschulden*, moet er ook een causaal verband aanwezig zijn. In het kader van de causaliteit moet er een onderscheid worden gemaakt tussen 'haftungsbegründende' en 'haftungsausfüllende' causaliteit. De 'haftungsbegründende' causaliteit betreft het oorzakelijke verband tussen het vereiste gedrag en de aantasting van het rechtsgoed, terwijl de 'haftungsausfüllende' causaliteit het verband betreft tussen de aantasting van iemands integriteit of zaak en de daaruit ontstane schade.⁹²

De feitelijke vaststelling van de causaliteit werkt te weinig beperkend of is onduidelijk.⁹³ Daarom wordt naar Duits recht ook een juridisch relevant causaal verband vereist: de aantasting van het rechtsgoed moet, in de normale gang der zaken, heel bijzondere en onwaarschijnlijke omstandigheden buiten beschouwing latend, de ingetreden schade hebben veroorzaakt.⁹⁴

89 Kötz en Wagner 2010, p. 51.

90 Wagner is kritisch: 'von Denen wiederum niemand so recht weiß, wo sie denn eigentlich hingehörten: Zur Verletzungshandlung, zur Kausalität oder zur Rechtswidrigkeit.' Kötz en Wagner 2010, p. 51.

91 MünchKommBGB/Wagner § 823, RgNr 1.

92 Beide type causaliteit liggen verscholen in § 823 BGB, aldus Larenz 1987, p. 432. Over *haftungsbegründende Kausalität* ook Kötz en Wagner 2010, p. 82 e.v. Vieweg stelt dat de *haftungsbegründende Kausalität* van belang is voor de vestiging van aansprakelijkheid in geval van louter geestelijk letsel, bijvoorbeeld een schok. Er bestaat dan een 'extra' vereiste: er moet sprake zijn van een psychisch erkend ziektebeeld. De *Haftungsausfüllende Kausalität* kan daarentegen gaan over geestelijk letsel als gevolg van fysiek letsel. Denk hierbij aan de problematiek van een renteneurose. Staudinger/Vieweg (2007) § 843, Rn 11 en 14-20, p. 148-152.

93 Kötz en Wagner 2010, p. 82-84.

94 Hierover Larenz 1987, p. 435-440; Kötz en Wagner 2010, p. 84-85 (kritisch); Staudinger/Vieweg § 843, Rn 11-13, p. 148-150.

3.2 Het Duitse schadevergoedingsrecht

Als de onrechtmatige daad is gevestigd, moet worden bepaald wat de rechtsgevolgen daarvan zijn: *Haftungsausfüllung*.⁹⁵ Het uitgangspunt van het Duitse schadevergoedingsrecht is herstel (§ 249 I BGB, *Naturalrestitution*). In personenschadezaken is dat echter vrijwel altijd onmogelijk, daarom moeten krachtens § 249 II en 251 I BGB de kosten in verband met het herstel (in ruime zin) worden vergoed.⁹⁶ De §§ 842 BGB en verder geven schadevergoedingsregels voor personenschadezaken. Deze regels werken naast het algemene deel over het schadevergoedingsrecht. Het onderscheid tussen beide regelingen is dat § 249 BGB gaat over eenmalige herstelkosten, terwijl § 843 BGB gaat over voortdurende kosten (*Dauerschäden*).⁹⁷

Hagen betoogt dat § 249 II hetzelfde doel heeft als § 249 I BGB: ‘Satz 2 verfolgt auf andere Weise das gleiche Ziel wie Satz 1, nämlich die gegenständliche Herstellung des Rechtsgüterzustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestünde; nicht etwa zielt er nur – wie § 251 – auf einen Wertausgleich für die Vermögenseinbuße.’⁹⁸ Larenz noemt de kosten van het herstel (in de brede zin des woords) ook wel ‘*Folgeschäden im Vermögen des Verletzten*’.⁹⁹

Kötz en Wagner maken een onderscheid tussen vier schadeposten wat betreft nadelen die direct voortvloeien uit iemands letsel:¹⁰⁰ herstelkosten (*Heilungskosten*) (§ 249 e.v. BGB), de kosten van een toegenomen hulpbehoefte (*vermehrten Bedürfnisse*) (§ 843 BGB), het inkomensverlies, en de immateriële schade.¹⁰¹ Ook de *unmittelbarer (Objekt-) und Vermögensfolgeschaden*, zoals gederfde winst, worden volgens Larenz vergoed. Die vermogensschade moet voortvloeien uit de beschadiging of kwetsing van een bepaald rechtsbelang zoals ‘gezondheid’.¹⁰²

Kosten van medisch herstel moeten worden gemaakt gericht op genezing. Oetker merkt daarover op dat de aansprakelijke alleen die kosten hoeft te vergoeden die betrekking hebben op ‘handelingen’ die vanuit medisch inzicht zouden kunnen leiden tot genezing of verlichting.¹⁰³ Schiemann spreekt ook wel over kosten die vanuit medisch perspectief geboden zijn en hij verdeelt de herstelkosten in twee categorieën: *Krankenhausleistungen* en *Besuchen naher Angehörigen*.¹⁰⁴ De hoogte van de kosten

95 Zie bijv. MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RgNr 1, p. 2571.

96 Hierover Hagen in: Lange en Hagen 1987, p. 60; Larenz 1987, p. 428-429. Larenz noemt deze schade ook wel ‘*Folgeschäden*’: schade niet direct geleden in het vermogen, maar vermogensschade veroorzaakt door de aantasting van een persoon. Larenz 1987, p. 428. Vgl. Kötz en Wagner 2010, p. 276; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 23-24. Brüggemeier noemt de kosten van een medische behandeling wel als onderdeel van de *Naturalrestitution*, Brüggemeier 2006, p. 566.

97 Hierover Larenz en Canaris 1994, p. 585-587; Staudinger/Vieweg (2007) § 843, Rn 4 en 9, p. 145 en 147.

98 Hagen in: Lange en Hagen 1987, p. 73.

99 Larenz 1987, p. 428. Zie ook § 842 BGB.

100 De vergoeding voor buitengerechtigde kosten en proceskosten wordt buiten beschouwing gelaten.

101 Kötz en Wagner 2010, p. 277. Vgl. Larenz 1987, p. 428; Staudinger/Vieweg (2007) § 843, Rn 4 en 9, p. 145 en 147.

102 Larenz 1987, p. 429.

103 Deutsch en Ahrens 2002, p. 201; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 381.

104 Staudinger/Schiemann (2005) § 249 Rn 237, 238, 239. Vgl. Markesinis et al. 2005, p. 105-106; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 323; Kötz en Wagner 2010, p. 277-278.

lijkt in beginsel irrelevant, aldus Kötz en Wagner, omdat gezondheid een belangrijk beschermd rechtsbelang uit § 823 I BGB is. Bijzonder hoge kosten hoeven dus niet onevenredig te zijn, mits de maatregel nodig (*erforderlich*) is voor het herstel.¹⁰⁵ Ook kosten van een mislukte operatie of behandeling moeten worden vergoed, mits het vooruitzicht veelbelovend was en de kosten daarvan in verhouding staan tot de verwachte gevolgen.¹⁰⁶ Verpleegkosten zijn vergoedbaar als die nodig (*erforderlich*) en noodzakelijk (*notwendig*) waren voor het herstel.

De vergoedbaarheid van de kosten door een toename van de hulpbehoefte berust op de gedachte dat herstel niet plaatsvindt van de ene op de andere dag, aldus Kötz en Wagner.¹⁰⁷ Anders dan bij herstelkosten, zijn kosten vanwege een toegenomen behoefte aan hulp niet gericht op louter herstel van de gezondheid.¹⁰⁸ Men kan bij deze schadepost denken aan orthopedische hulpmiddelen, aangepast schoeisel, aanpassing van de woning en het inhuren van verplegend personeel.¹⁰⁹ Volgens Lange en Schiemann is de behoefte (*Bedarf*) van de direct gekwetste het uitgangspunt.¹¹⁰

Verrichtte de direct gekwetste huishoudelijke taken, dan kan bij het (tijdelijk of gedeeltelijk) verlies van het vermogen daartoe ook een vergoeding worden toegekend (§§ 842 en 843 BGB).¹¹¹ Als anderen in plaats van de aansprakelijke hebben voorzien in het onderhoud van de gekwetste, dan mag dat voordeel niet verrekend worden (§ 843 IV BGB). De aansprakelijke mag niet profiteren van iets wat louter toekomt aan de gekwetste, aldus Oetker.¹¹² Schiemann spreekt ook wel over: ‘*Wer sich unrecht verhält, soll sich später nicht zu seinem Vorteil darauf berufen dürfen.*’¹¹³ Dit is slechts anders indien de derde de bedoeling had om de aansprakelijke te ontlasten.¹¹⁴

Afgezien van herstelkosten en kosten vanwege een toegenomen hulpbehoefte, worden ook de kosten veroorzaakt door het verlies van arbeidsvermogen (*Minderung der*

105 Kötz en Wagner 2010, p. 277. Vgl. Brüggemeier 2006, p. 565.

106 Larenz 1987, p. 506; Deutsch 1996, p. 517; Medicus 2004, p. 312; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 326. Kosten van plastische chirurgie worden ook vergoed, MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr. 325; Kötz en Wagner 2010, p. 277.

107 Kötz en Wagner 2010, p. 278. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RdNr 56.

108 Staudinger/Vieweg (2007) § 843, Rn 7, p. 146.

109 Kötz en Wagner 2010, p. 278. Vgl. Larenz 1987, p. 506-508; Lange en Schiemann 2003, p. 311-312; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 388; MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RdNr 56, 62, 63, 64, 65, 66, 67; Staudinger/Vieweg (2007) § 843, Rn 9.

110 Lange en Schiemann 2003, p. 312. Een toegenomen behoefte die geen verband houdt met de instandhouding van de alledaagse levensomstandigheden, maar uitsluitend betrekking heeft op de vormgeving van vrije tijd, waardoor uitsluitend een verminderde levensvreugde ontstaat, is niet vergoedbaar, aldus Wagner, MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RdNr 57.

111 Larenz 1987, p. 536; Kötz en Wagner 2010, p. 280; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 79 en 86.

112 MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 242. Vgl. Larenz 1987, p. 536; Lange en Schiemann 2003, p. 516; Staudinger/Vieweg (2007) § 843, Rn 43; MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RdNr 83; Kötz en Wagner 2010, p. 278. Die regel geldt ook als de derde verplicht was tot een prestatie ten gunste van de direct gekwetste. Denk hierbij aan verzekeringsuitkeringen of de verplichting tot doorbetaling van loon. Deze uitkeringen worden niet gedaan met het doel de aansprakelijke te ontlasten, en er zijn op diverse plekken in de wet verhaalsrechten opgenomen, aldus Oetker, MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 246-248. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RdNr 83.

113 Schiemann 1981, p. 34.

114 Staudinger/Vieweg (2007) § 843, Rn 44. Volgens Vieweg is het idee dat ten grondslag ligt aan § 843 IV ook de rechtvaardiging voor de regresrechten, Staudinger/Vieweg (2007) § 843, Rn 45.

Erwerbsfähigkeit) vergoed. Volgens Oetker vallen onder deze schadepost ook kosten van de rehabilitatie en omscholing.¹¹⁵ Oetker leert dat het arbeidsvermogen ‘op zich’ geen vermogensgoed is. Het BGH wees daarom een vordering van een zelfstandig ondernemer af toen zijn uitval geen nadelig effect had op het bedrijfsresultaat.¹¹⁶

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen *unmittelbare Schaden* en *mittelbare Schaden*. Onmiddellijke schade betreft de herstelkosten. In personenschadezaken zijn dit de medische herstelkosten en de kosten van de toegenomen behoefte aan hulp. De middellijke kosten zijn bijvoorbeeld de gedeerde winst vanwege de aantasting van een rechtsgoed.¹¹⁷ Beide typen kosten zijn in beginsel vergoedbaar en moeten dus – qua begrippen – worden onderscheiden van de begrippen *unmittelbar* en *mittelbar Geschädigte*.

Uitgangspunt is de *Differenzhypothese* van Mommsen: het verschil tussen de hypothetische situatie die zou zijn ontstaan zonder ongeval (*hypothetischer Zustand*) en de werkelijke toestand (*realer Zustand*) vormt de schade en die moet worden vergoed.¹¹⁸ Volgens Larenz wordt de schadevergoeding in beginsel concreet berekend.¹¹⁹ Volgens Lange wint echter de abstracte schadebegroting aan terrein in Duitsland, hoewel hij nog niet de ‘*Totenglocken*’ voor de concrete schadeberekening wil luiden. De denkbare soorten vermogensschade van een benadeelde zijn nog te talrijk om afstand te doen van de concrete schadebegroting.¹²⁰ In geval van personenschade wordt in beginsel de schade concreet berekend.¹²¹

Een vergoeding voor immateriële schade is naar Duits recht alleen mogelijk als de mogelijkheid daartoe wordt geboden bij wet (§ 253 I BGB) of als sprake is van een kwetsing van het lichaam, een aantasting van de (geestelijke en lichamelijke) gezondheid, een doorkruising van de vrijheid, of de seksuele zelfbeschikking (§ 253 II BGB). Affectieschade is geen vergoedbare schadepost naar Duits recht.¹²²

3.3 De positie van derden: het systeem

Het Duitse aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht worden wat betreft de positie van derden in personenschadezaken vormgegeven door twee zwaar-
tepunten, die, zoals Traugott dat doet, verwoord kunnen worden in twee vragen: ‘*Wer is Gläubiger eines Anspruchs?*’ en ‘*Wessen Schaden kann der Gläubiger ersetzt*’

115 MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 324.

116 MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 78-79. Volgens Oetker is louter tijdbesteding of arbeidsinzet van de gekwetste niet als vermogensschade te typeren, behalve wanneer die arbeidsinzet nodig is voor herstel. Men kan hierbij denken aan de reparatie van een zaak door eigen personeel.

117 Hierover Deutsch 1996, p. 503; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 94.

118 Mommsen 1855, p. 3.

119 Larenz 1987, p. 511.

120 Lange en Hagen 1987, p. 48.

121 MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RgNr 15.

122 Kötz en Wagner 2010, p. 292. Immateriële schade ontstaan door een schok wel, zie hierover hoofdstuk 6, paragraaf 3.3.

verlangen?¹²³ Deze twee vragen lopen parallel met vragen van *Haftungsbegründung* en *Haftungsausfüllung*.

Haftungsbegründung is naar Duits recht ook mogelijk indien de schade van een derde is veroorzaakt door het letsel of overlijden van ander. Een derde kan *unmittelbar Geschädigte* zijn indien een van zijn beschermde rechtsgoederen is aangetast; hij kan dan een beroep op het (algemene) onrechtmatige daadsrecht doen, hetgeen kan leiden tot volledige schadevergoeding.¹²⁴ Een voorbeeld van een *unmittelbar Geschädigte* is het *Schockschäden*-slachtoffer naar Duits recht: die persoon is aangetast in zijn rechtsbelang 'Gesundheit' en kan onder omstandigheden succesvol een beroep doen op § 823 BGB (zie hoofdstuk 6, paragraaf 3.3).¹²⁵

Jegens een derde kan dus onrechtmatig worden gehandeld en de schade die daardoor is veroorzaakt moet worden vergoed, ook als de gezondheidsschade het gevolg is van het letsel van een ander. Hierin verschilt het Duitse recht van het Nederlandse. Dat is op het eerste gezicht opvallend, aangezien het Duitse recht vergelijkbaar is met het Nederlandse wat betreft de bijzondere bepalingen over de vergoeding van schade van naasten en nabestaanden (§§ 844 en 845 BGB, waarover later meer). Het verschil is dus dat deze bepalingen niet derogeren aan het onrechtmatige daadsrecht.

Ter rechtvaardiging van dit uitgangspunt noemt Wagner het argument dat de wetgever een derde geen vorderingsrecht op grond van het onrechtmatige daadsrecht heeft willen ontnemen als een van zijn beschermde belangen is doorkruist. Dat er een bijzondere regeling bestaat waarin aan een gelimiteerde kring van gerechtigden een afgeleid vorderingsrecht wordt toegekend, doet daaraan niet af.¹²⁶

Met de vaststelling van de persoon *jegens wie* aansprakelijkheid bestaat, is nog niet bekend *door wie* schadevergoeding mag worden gevorderd. Daarvoor zijn de §§ 249 en 251 BGB bepalend, waarin het *Dogma von Gläubigersinteresse*, ook wel *Tatbestandprinzip* genoemd, is verwoord: als herstel onmogelijk is geworden, moet bij aansprakelijkheid de schade van degene tegenover wie aansprakelijkheid bestaat, de benadeelde (*Gläubiger*), worden vergoed.¹²⁷ De *Gläubiger*, ook wel de *unmittelbar Geschädigte* genoemd, ontvangt dus vergoeding van *zijn* schade. De *unmittelbar Geschädigte* mag in principe geen vergoeding vorderen van de schade die niet door hem, maar door een derde is geleden.¹²⁸ Dat kan wel als een naaste kosten maakt in plaats van de direct gekwetste. Maar een vergoeding voor verpleging en bezoek is aan voorwaarden onderhevig (hoofdstuk 4, paragrafen 3.2.2, 3.3.2 en 4.3).

123 Traugott 1997, p. 13.

124 Larenz 1987, p. 425.

125 Hierover in deze zin Lange en Schiemann 2003, p. 460.

126 Kötz en Wagner 2010, p. 63. Vgl. Bischoff 2004, p. 559; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 15.

127 Reinhardt 1933, p. 9; Larenz 1987, p. 461; Odersky 1989, p. 14; Huber 1999, p. 281; Lange en Schiemann 2003, p. 456; Staudinger/Schiemann (2005) §249, Rn 4, 49; Brüggemeier 2006, p. 547; MünchKommBGB/Oetker § 249 RgNr 277 (in het kader van *Drittchadensliquidation*). Kritisch hierover was Reinhardt 1933, p. 67-71.

128 Larenz 1987, p. 461. Vgl. Traugott 1997, p. 13.

Gezien het geldende Duitse recht, zal de derde echter meestal niet in een van zijn beschermde belangen van het onrechtmatige daadsrecht zijn aangetast. Wagner beoogt dat dit resultaat moet worden gezien in het licht van de introductie van het algemene onrechtmatige daadsrecht. De wetgever wilde oorspronkelijk een open norm introduceren, waardoor zuivere vermogensschade van derden vergoedbaar zou worden (voor zover voorzienbaar). In het tweede ontwerp is echter gekozen voor een regeling van beschermde rechtsbelangen. De commissie wilde een sterke toename van het aantal vorderingen bij letsel of overlijden voorkomen. Zuivere vermogensschade werd daarom uitgesloten van bescherming. In een aantal situaties is echter overgegaan tot het creëren van bijzondere bepalingen.¹²⁹

De §§ 844 (actie nabestaanden bij overlijden) en 845 BGB (actie naasten en nabestaanden bij letsel en overlijden) vormen een correctie op het stringente uitgangspunt dat geen aansprakelijkheid bestaat voor zuivere vermogensschade.¹³⁰ In die paragrafen wordt aan een gelimiteerde kring van naasten en nabestaanden een vorderingsrecht toegekend voor een deel van hun materiële schade. Volgens Röthel zijn de §§ 844 en 845 BGB eigen en zelfstandige aanspraken voor derden, die onmiddellijk ontstaan in de persoon van de derde en waarover kan worden beschikt *naast* het vorderingsrecht van de direct gekwetste. Wat dat betreft vormen de §§ 844 en 845 BGB een uitbreiding van de kring van gerechtigden.¹³¹ Brüggemeier noemt deze bepalingen *gestreckte Delikte*: de *Haftungsgrund* en *Haftungsausfüllung* zijn in de persoon van de direct gekwetste gegeven en de *Reflexschaden* is ingetreden bij de (bij wet genoemde) naasten of nabestaanden.¹³² De grond van de aanspraak is gelegen in de schade aan de direct gekwetste, aldus Brüggemeier.¹³³

§ 845 BGB is (of liever was) van toepassing in letsel- en overlijdensschadezaken. De Duitse wetgever ging er bij de introductie van het BGB van uit dat de direct gekwetste een vergoeding zou moeten ontvangen voor zijn schade als gevolg van arbeidsongeschiktheid. Dat zou echter anders zijn als echtgenotes en kinderen arbeidsongeschikt raakten, terwijl zij kosteloos voldeden aan hun onderhoudsverplichting tegenover hun echtgenoot of vader: zij lijden dan geen schade, die ligt bij de onderhoudsgerechtigde.¹³⁴ Voor die situatie is § 845 BGB geïntroduceerd. De onderhoudsgerechtigde kan vergoeding vorderen voor de *Dienstleistungsausfall* vanwege het letsel of overlijden van de direct gekwetste.¹³⁵

129 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr. 2 Vgl. Wichelhaus 1978, p. 10-11.

130 Lange en Schiemann 2003, p. 461; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 3.

131 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 3. Deze paragrafen betreffen schadevergoedingsaanspraken, aldus Röthel: '*Sämtliche Ansprüche setzen daher die Entstehung eines Schadens voraus*', waardoor regels betreffende voordeelverrekening, eigen schuld en schadeverminderingplicht van toepassing zijn, Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 11.

132 Brüggemeier 2006, p. 550.

133 Brüggemeier 2006, p. 550.

134 Hierover Wichelhaus 1978, p. 13.

135 De originele tekst van § 845 BGB is: '*Im Falle der Tötung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung hat der Ersatzpflichtige, wenn der Verletzte kraft Gesetzes einem*

Brüggemeier brengt deze paragraaf in verband met het verlies van *consortium*.¹³⁶ De direct gekwetste moet diensten (op grond van de wet) verschaffen aan naasten. Wichelhaus noemt § 845 BGB daarom een ‘*Nebenprodukt*’ van het familierecht.¹³⁷ Denk hierbij aan de verplichting van kinderen en echtgenoten om zorg te dragen voor het huishouden, het familiebedrijf of in de boerderij.¹³⁸

De schadebegroting vindt plaats aan de hand van de waarde van de diensten op de arbeidsmarkt. Als de naaste daadwerkelijk een betaalde derde inschakelt ter vervanging van het verlies, kunnen de brutoloonkosten gevorderd worden. Als de naaste echter besluit geen vervangende hulp in te huren, maar een beroep doet op andere familieleden of zichzelf extra inspanst, wordt het schadebedrag gebaseerd op het fictieve nettoloon.¹³⁹

Door veranderende ideeën over de positie van man en vrouw is in 1957 met het *Gleichberechtigungsgesetz* en met de *Eherechtsreform* uit 1976 de onderhoudsverplichting van de vrouw omgezet naar een familierechtelijke onderhoudsplicht (§ 1356, 1360 Abs. II BGB).¹⁴⁰ Daardoor is het ‘recht op onderhoud’ in de zin van § 845 BGB komen te vervallen.¹⁴¹ Röthel spreekt over een vergelijkbare ‘emancipatie’ als in de relatie echtgenoot/echtgenote.¹⁴² § 845 BGB heeft daardoor sterk aan praktische betekenis ingeboet.¹⁴³ Röthel spreekt ook wel over een “*normativen Ruine*” *ohne Anwendungsbereich*.¹⁴⁴ Daar komt bij dat de direct gekwetste in geval van letsel zelf een vorderingsrecht heeft ter verhaal van zijn ongeschiktheid tot het uitoefenen van zijn huishoudelijke taken, ongeacht of hij een professional inhurt of een beroep doet op een familielid (§ 842 BGB).¹⁴⁵ Het BGH oordeelde al in 1972 dat uitsluitend de direct gekwetste (echtgenote of echtgenoot) vergoeding kan vorderen voor opgevallen huishoudelijke taken. Ter onderbouwing stelt het BGH dat beide echtgenoten moeten zorgen voor het huishouden en niet (enkel) de echtgenoot die ‘*Haushaltungsvorstand*’ is.¹⁴⁶

Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war, dem Dritten für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten. Die Vorschrift des § 843 Abs. 2 bis 4 findet entsprechende Anwendung.

136 Brüggemeier 2006, p. 550-552.

137 Wichelhaus 1978, p. 14.

138 Brüggemeier 2006, p. 550. MünchKommBGB/Wagner § 845, RgNr 3-12. De verplichting tot het verlenen van diensten dient uitdrukkelijk bij wet bepaald te zijn en mag niet op basis van arbeidscontract (*Dienst-, Arbeits-, of Gesellschaftsvertrags*) tot stand zijn gekomen, MünchKommBGB/Wagner § 845, RgNr 9.

139 MünchKommBGB/Wagner § 845, RgNr 14.

140 Röthel 2001, p. 333; Brüggemeier 2006, p. 551.

141 Deutsch 1996, p. 518; Staudinger/Röthel (2007) § 843, Rn 5.

142 Staudinger/Röthel (2007) § 845, Rn 8; Lange en Schiemann 2003, p. 322.

143 Lange en Schiemann 2003, p. 322; Brüggemeier 2006, p. 550.

144 Staudinger/Röthel (2007) § 845, Rn 8. Vgl. Schiemann 1981, p. 237.

145 Zie BGH 25 september 1962, NJW 1962, 2248, hierover Lange en Schiemann 2003, p. 460; Brüggemeier 2006, p. 551; Staudinger/Röthel (2007) § 843, Rn 5.

146 BGH 11 juli 1972, NJW 1972, 2217, nr. Iib. Zie hierover Lange en Schiemann 2003, p. 323-324.

Het BGB heeft dus nog wel een zelfstandig vorderingsrecht voor naasten, maar dat is in onbruik geraakt. Een zelfstandig vorderingsrecht ter verhaal van de schade die is verplaatst van de direct gekwetste naar de derde ontbreekt in het BGB. De direct gekwetste heeft echter een beperkte mogelijkheid om vergoeding te vorderen voor de schade van naasten. In § 843 IV BGB is namelijk bepaald dat de aansprakelijke geen beroep kan doen op voordeelstoerekening als een derde in het onderhoud voorziet. De aansprakelijke mag daarvan niet profiteren.¹⁴⁷ De direct gekwetste heeft daarentegen niet de verplichting om de schadevergoeding te houden voor of uit te keren aan de naaste.¹⁴⁸

De vergoeding voor immateriële schade van naasten is naar Duits recht niet mogelijk. Anders is dat als sprake is van *Schockschäden* (zie hoofdstuk 6, paragraaf 3.3 en hoofdstuk 7, paragraaf 2.3).

In geval van *Schockschäden* is wel een vergoeding mogelijk, maar die berust op een zelfstandige onrechtmatige daad van de aansprakelijke tegenover de derde en staat dus in beginsel los van de vergoedingsverplichting tegenover de direct gekwetste. Hoofdstuk 7 gaat over schokschade.

De eigen schuld van de direct gekwetste aan zijn letsel (*mitwirkende Verschulden* § 254 I BGB) en diens schadeverminderingplicht (*Abwendung des Schadens* § 254 II BGB) werken door in de schadevergoeding voor de derde.¹⁴⁹ Dat is ook zo in geval van iemands overlijden (§ 846 BGB).¹⁵⁰ Ook de eigen schuld van nabestaanden werkt door (§ 254 I BGB).¹⁵¹ Andere verweren die aan de direct gekwetste kunnen worden tegengeworpen, kunnen ook worden tegengeworpen aan derden.¹⁵² Verweren waarvoor de grondslag na het letsel of overlijden is ontstaan, kunnen niet worden tegengeworpen aan naasten of nabestaanden, omdat de §§ 844 en 845 BGB het moment

147 De aansprakelijke profiteert niet van een *toevallige* schadevermindering, waardoor het figuur van de *Drittschadensliquidation* niet van toepassing is, Traugott 1997, p. 872. Vgl. Medicus 2004, p. 313.

148 Dit is anders onder het Engelse recht (*trust*) en het Nederlandse recht (direct en zelfstandig vorderingsrecht ten gunste van het secundaire slachtoffer).

149 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 5, p. 235.

150 Kötz en Wagner 2010, p. 291.

151 MünchKommBGB/Wagner § 846 RgNr 7; Kötz en Wagner 2010, p. 291.

152 Dat geldt ook voor contractuele exoneraties van aansprakelijkheid, Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 6, p. 236. Er bestaan echter twee opvattingen, aldus Röthel. Enerzijds dat de uitsluiting alleen tegengeworpen kan worden tegenover derden als het gaat over een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid. Anderzijds dat aansprakelijkheidsuitsluitingen altijd tegengeworpen kunnen worden tegenover derden in het licht van de afgeleide aard van §§ 844 en 845 BGB. Derden mogen niet in een betere positie komen te verkeren dan de direct gekwetste. Röthel is voorstander van de tweede opvatting, Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 7, p. 236. Ook toestemming van de direct gekwetste zorgt voor een vermindering of afwijzing van de schadevergoedingsplicht tegenover derden. Toestemming geven voor de eigen dood is echter in strijd is met de goede zeden en kan dus wel tot een schadevergoedingsplicht leiden, Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 8, p. 236. Ten slotte kunnen ook andere verweren worden tegengeworpen, zoals 'handelen met eigen gevaar' en een beroep op 'estoppel' (*unzulässiger Rechtsausübung*), Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 9, p. 236-237.

van verwonding als tijdstip voor berekening van de omvang van de vergoeding nemen, wat overigens niet het moment van overlijden hoeft te zijn.¹⁵³

Deze opvatting steunt op de gedachte dat de derde zijn aanspraak ontleent aan de aansprakelijkheid tegenover een ander.¹⁵⁴ Röthel stelt voorts dat de achterliggende gedachte daarvan is dat de derde geen sterkere positie mag hebben dan de direct gekwetste.¹⁵⁵

§§ 844 en 845 BGB vormen onderdeel van het onrechtmatige daadsrecht (§ 823 BGB e.v.) en zijn volgens Röthel uitsluitend van toepassing binnen dit kader.¹⁵⁶ De bepalingen worden niet analoog toegepast in andere familieverhoudingen, bij andere schade of in andere soort situaties (*Analogiefeindlichkeit*).¹⁵⁷ Het argument ter onderbouwing van deze keuze is het uitzonderingskarakter van die bepalingen, aldus Röthel.¹⁵⁸

In de rechtspraak zijn twee bijzondere theorieën ontwikkeld die gaan over de schade van derden: de *Drittschadensliquidation* en het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. Beide leerstukken zijn niet direct van belang voor de vergoeding van schade van derden zoals in dit onderzoek naar voren komt, maar kunnen niet onbesproken blijven, omdat de systematiek van beide theorieën, zoals later zal blijken, richtinggevend is voor de conclusies van dit onderzoek (hoofdstuk 8, paragraaf 5).

Lange en Schiemann geven aan '*Drittschadensliquidation*' deze algemene omschrijving:

*'Betroffen sind vor allem Sachlagen, in denen der Schaden, der sonst typischerweise in der Person des Verletzten entsteht, kraft gesetzlicher Vorschriften oder aufgrund besonderer Tatumstände in der Person eines Dritten entstanden ist.'*¹⁵⁹

Het gaat vooral om situaties waarin schade, die normaal gesproken typisch door de direct gekwetste zou zijn geleden, door een wettelijke bepaling of door een bijzondere omstandigheid ontstaat aan de zijde van een derde.¹⁶⁰

Het betreft situaties waarin de derde in zijn relatie tot de rechthebbende (op het goed dat wordt beschadigd) het risico draagt, terwijl hem als *mittelbar Geschädigte* geen vordering toekomt jegens de schadeveroorzaker. De rechthebbende lijdt daarentegen geen concrete schade (dat doet de derde), terwijl aan hem wel een vorderingsrecht toekomt.¹⁶¹ Stamm voegt daaraan toe dat het vanuit het perspectief van de schadeveroorzaker moet gaan

153 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 10, p. 237.

154 MünchKommBGB/Wagner § 846 RgNr 1.

155 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 5, p. 236.

156 In geval van niet nakoming zijn de §§ 844 en 845 BGB niet toepasselijk. Zie echter § 618 III en § 62 III *Handelsgesetzbuch*.

157 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 18, 23-25.

158 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 23.

159 Lange en Schiemann 2003, p. 462.

160 Vgl. Huber 1999, p. 282.

161 Stamm 2000, p. 194.

om een toevallige schadelastvermindering.¹⁶² Deze 'uitzonderingsmogelijkheden' zijn volgens Oetker gerechtvaardigd, omdat bij afwezigheid van de mogelijkheid tot *Drittschadensliquidation* een niet te rechtvaardigen voordeel voor de schadeveroorzaker zou bestaan.¹⁶³

Volgens de heersende leer wordt bij de begroting van het bedrag aansluiting gezocht bij het concrete verlies van de derde.¹⁶⁴ Betoogd is ook dat uitsluitend een vergoeding zou moeten worden gegeven van de schade die typisch bij direct benadeelden heeft kunnen ontstaan.¹⁶⁵

Er bestaat echter al lange tijd discussie over de *Drittschadensliquidation*.¹⁶⁶ Lange en Schiemann stellen dat de betreffende auteurs niet willen bereiken dat de *Drittschadensliquidation* wordt afgeschaft, maar dat aangesloten wordt bij leerstukken en theorieën die zijn opgenomen in het BGB.¹⁶⁷ Ook is volgens Oetker de begrenzing moeilijk: wanneer mag de *Drittschadensliquidation* wel worden gebruikt en wanneer niet?¹⁶⁸ Lange en Schiemann zijn van mening dat zolang er geen dogmatisch fundament bestaat voor een alternatief, vastgehouden moet worden aan vaste rechtspraak.¹⁶⁹

Naast de *Drittschadensliquidation* kan ook het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* worden genoemd: het contract met werking tegenover derden. Deze leer is een andere dan de *Drittschadensliquidation*. Bij *Drittschadensliquidation* gaat het over de schade van derden waarvoor de direct gekwetste een vorderingsrecht heeft. Het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* gaat over de uitbreiding van het aantal claimanten, zoals familieleden van de gekwetste.¹⁷⁰ Naast de direct benadeelde, kan ook aansprakelijkheid bestaan tegenover een derde. 'Aansprakelijkheidsaccumulatie' in geval van een contract dus.¹⁷¹ Dit leerstuk is tot ontwikkeling gekomen in letselschadezaken. Het heeft thans echter een bredere werking. Bovendien is dit leerstuk niet beperkt tot bepaalde categorieën van situaties.¹⁷² Toch zijn beperkingen geïntroduceerd in de vorm van drie vereisten. De reden daarvoor is, zoals Söllner verwoordt: '*Eine übermäßige Ausdehnung des Kreises der geschützten Personen würde das Risiko des Vertragspartners unangemessen erhöhen und die Grenzen zur Deliktshaftung verwischen.*'¹⁷³

Er bestaan grofweg drie vereisten. Ten eerste moet de derde zijn blootgesteld aan 'typische gevaren': gevaren die ook bestaan ten opzichte van de contractspartij en die dus samenhangen met de nakoming van het contract. Voorts moet de derde in een bijzonder nabije relatie staan met de direct benadeelde contractspartij, waardoor laatstgenoemde

162 Stamm 2000, p. 194. Vgl. Söllner 1970, p. 162.

163 MünchKommBGB/Oetker § 249, RgNr 277, p. 374; Traugott 1996, p. 18 en 49.

164 Traugott 1996, p. 18.

165 Traugott 1996, p. 18.

166 Zie uitgebreid Traugott 1996, p. 26-48.

167 Lange en Schiemann 2003, p. 462-463. Vgl. Traugott 1996, p. 26-48.

168 MünchKommBGB/Oetker § 249, RgNr 278, p. 374.

169 Lange en Schiemann 2003, p. 464.

170 Lange en Schiemann 2003, p. 483.

171 Traugott 1996, p. 49, 73. Over de verschillen tussen beide mechanismen zie MünchKommBGB/Oetker § 249, RgNr 280, 281, p. 375. Vgl. Söllner 1970, p. 162-163; Huber 1999, p.282-283.

172 Traugott 1996, p. 25.

173 Söllner 1970, p. 163.

een bijzonder belang heeft bij de bescherming van de derde. Een voorbeeld dat wordt genoemd in geval van letselschade is dat de benadeelde contractspartij instaat voor het ‘*Wohl und Wehe*’ van de derde.¹⁷⁴ Ten slotte moet het bijzondere belang van de derde bekend zijn geweest bij de schadeveroorzaker.¹⁷⁵ De voorzienbaarheid (*Erkennbarkeit*)¹⁷⁶ van zowel het gevaar als het belang is dus doorslaggevend.¹⁷⁷

In het bovenstaande werd vooral een dogmatische uitleg gegeven van het Duitse systeem. Lange en Schiemann noemen echter ook een aantal beleidsargumenten om de positie van de derde te beperken. Ten eerste is het noodzakelijk om het risico dat kleeft aan menselijk handelen binnen beheersbare grenzen te houden en te kunnen overzien; de uitsluiting van vergoeding van schade van derden is daarom gewenst.¹⁷⁸ Zij schrijven in dit kader niet alleen over schade van derden in personenschadezaken, maar ook over schade over de gehele linie van het verbintenissenrecht (contract, zaakschade et cetera). In het kader van het onrechtmatige daadsrecht en derden, betogen zij dat grenzeloze betrokkenheid van schade van derden in ‘*unserer differenzierten Güterwelt*’ verlamdend kan werken door het risico van onverzekerbaarheid.¹⁷⁹ Traugott voegt daaraan toe dat de schadeveroorzaker belang heeft bij voorzienbaarheid en dus calculeerbaarheid van de schade.¹⁸⁰

4. Engeland

4.1 *Het Engelse onrechtmatige daadsrecht*

Het Engelse onrechtmatige daadsrecht bestaat uit verschillende *torts*, ofwel acties. Volgens Clerk en Lindsell is elke *tort* uniek wat betreft het te sanctioneren gedrag en te beschermen belang.¹⁸¹ Er bestaan grofweg twee categorieën: *torts* in het kader waarvan ‘schade’ geen vereiste is (*actionable per se*) en die waarvoor ‘schade’ wel een vereiste is. Voorbeelden van *torts actionable per se* zijn *libel* en *trespass to land, goods* en *trespass to the person*.¹⁸² In het kader van de *tort of negligence* is wel vereist dat schade is geleden.

Naar *common law* ligt de nadruk bij personenschade op de bescherming van de lichamelijke integriteit.¹⁸³ Genoemd worden ook iemands *personal liberty* en (onder

174 Traugott 1996, p. 23-24. Traugott wijst er op dat thans voldoende is dat de belangen van de benadeelde contractspartij en die van de derde, ten minste gedeeltelijk, niet tegenstrijdig zijn (*gegenläufig*) (p. 24).

175 Traugott 1996, p. 24. Over de drie vereisten, zie ook Lange en Schiemann 2003, p. 483 en 484.

176 Traugott 1996, p. 50.

177 Discussie over dit mechanisme, zie Traugott 1996, p. 49-65.

178 Lange en Schiemann 2003, p. 456. Vgl. Staudinger/Schiemann (2005) § 249, Rn 29; Traugott 1996, p. 16.

179 Lange en Schiemann 2003, p. 456.

180 Traugott 1996, p. 16. Hij wijst hierop als hij spreekt over de *Dogma von Gläubigersinteresse* in de volle breedte, dus niet alleen in het kader van personenschadezaken.

181 Clerk en Lindsell 2006, p. 13.

182 Hierover Clerk en Lindsell 2006, p. 28. Genoemd wordt ook de mogelijkheid van *misfeasance* door een publieke organisatie in het licht van een *constitutional right*, Clerk en Lindsell 2006, p. 28.

183 Clerk en Lindsell 2006, p. 14.

omstandigheden) *psychiatric harm*.¹⁸⁴ Louter *distress* wordt in beginsel vooral beschermd als een opzettelijk delict is gepleegd (*torts actionable per se*).¹⁸⁵ Een uitzondering vormt de Engelse regel dat *bereavement damages* (vergoeding voor immateriële schade van nabestaanden) kunnen worden toegekend.¹⁸⁶

Afgezien van lichamelijke integriteit worden ook eigendomsbelangen beschermd. Een beschrijving hiervan gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten. Het is wel belangrijk te vermelden dat naar Engels recht zuivere vermogensschade slechts bij uitzondering wordt vergoed.¹⁸⁷ De schade van derden in personenschadezaken gaat meestal over dit type schade.¹⁸⁸

De *tort of negligence* kent vier vereisten: *duty of care*, *breach of duty*, *causation* en *damage*.¹⁸⁹ De achterliggende vraag bij vaststelling van een *duty of care* is of het mogelijk is om aansprakelijkheid 'te koppelen' aan de aangesprokene gezien het type situatie.¹⁹⁰ Het gaat dus over de juridische relatie tussen de schadeveroorzaker en de schadelijder, ofwel om de vraag of er een '*legal duty to take care*' bestaat van de schadeveroorzaker ten opzichte van de individuele schadelijder om geen schade toe te brengen aan die ander?¹⁹¹ Er bestaat geen lijst van *duties*; de *duty* is een dynamisch en open concept.¹⁹²

Als het gaat over voorzienbare personenschade of zaakschade, lijkt de *duty of care* tot weinig problemen te leiden in de praktijk, aldus Rogers, hoewel het hem te ver gaat om te stellen dat er in die gevallen altijd een *duty* bestaat.¹⁹³ De *duty of care* lijkt vooral te fungeren om aansprakelijkheid af te kunnen wijzen. Rogers wijst op een citaat van Lord Goff uit *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd*:

'[T]he broad general principle of liability for foreseeable damage is so widely applicable that the function of the duty of care is not so much to identify cases where liability is imposed as to identify those where it is not.'¹⁹⁴

Witting wijst er op dat de *duty of care* vooral een rol speelt als het gaat over 'nieuwe' vormen van mogelijke aansprakelijkheid.¹⁹⁵ Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de *notional duty* en de *factual duty*. De *notional duty* is een objectieve test: zou een redelijk denkend persoon onder deze omstandigheden hebben moeten

184 Clerk en Lindsell 2006, p. 15-17. Vgl. Witting 2005, p. 46-47. Witting spreekt over '*physical interests*'. Over *psychiatric harm* zie hoofdstuk 6, paragraaf 3.4.

185 Clerk en Lindsell noemen de *Protection from Harassment Act 1997*, Clerk en Lindsell 2006, p. 16.

186 Sinds de zaak *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* wordt 'autonomie' waarschijnlijk ook als beschermd belang erkend, [2004] 1 AC 309. Hierover Clerk en Lindsell 2006, p. 21 en 442-443.

187 Hierover Clerk en Lindsell 2006, p. 24.

188 Hierover Rogers 2010, p. 221.

189 Clerk en Lindsell 2006, p. 383.

190 Clerk en Lindsell 2006, p. 383-384.

191 Clerk en Lindsell 2006, p. 384; Rogers 2010, p. 151; Witting 2005, p. 35.

192 Clerk en Lindsell 2006, p. 384.

193 Rogers 2010, p. 155-156.

194 *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd* [1987] A.C. 241, 280. Zie hierover Rogers 2010, p. 156.

195 Witting 2005, p. 35.

voorzien dat door zijn gedrag nadelige consequenties zouden hebben kunnen ontstaan bij anderen? Zo ja, dan had hij zijn gedrag daarop moeten afstemmen.¹⁹⁶ Het gaat over de reikwijdte van de *duty* in het algemeen.

Door middel van de *factual duty of care* wordt vervolgens beoordeeld of de concrete schadelijder behoort tot de kring van personen waarop de *novel duty of care* ziet. Een *duty of care* bestaat dus tegenover 'iemand' en niet tegenover eenieder.

De *notional duty of care* wordt bepaald aan de hand van een 'threefold test': de beschadiging (*harm*) moet redelijk voorzienbaar (*reasonable foreseeable*) zijn, er moet nabijheid (*proximity*) bestaan tussen partijen en het moet rechtvaardig (*fair, just* en *reasonable*) zijn om een *duty* aan te nemen.¹⁹⁷ De *proximity* gaat over nabijheid tussen partijen en heeft betrekking op verschillende facetten, zoals tijd en plaats.¹⁹⁸ Wittig verwoordt het als volgt: 'The test seeks to determine whether, as between the claimant and defendant, there existed at some stage prior to the failure in care significant causal pathways by which such a failure might have resulted in harm to the claimant (...).'¹⁹⁹ (onderstreping RR) Volgens Rogers is dit vereiste niet statisch: de vereisten die aan de *proximity* worden gesteld verschillen per situatie.²⁰⁰ De derde 'test', de redelijkheid, heeft betrekking op de wenselijkheid van een *duty of care* vanuit het perspectief van *legal policy*.²⁰¹ Zou het recht een juridische relatie moeten aannemen tussen twee partijen, ondanks dat *proximity* bestaat en er sprake is van 'harm'?²⁰² Wittig stelt dat *reasonable foreseeability* en *proximity* vereisten zijn die gaan over de feitelijke vaststelling van zaken, terwijl *justice, fairness* en *reasonableness* een meer normatieve vaststelling van de *duty* betreffen.²⁰³ Het gaat dan dus meestal over 'externe' argumenten, los van de feiten van de individuele zaak: moeten we zo ver gaan? Welke consequenties heeft de uitbreiding? Gewezen kan worden op de doorwerking van het *floodgate*-argument, argumenten van *corrective* of *distributive justice* en *public policy*.²⁰⁴ Clerk en Lindsell wijzen op het voorbeeld van het 'ripple effect': economische schade die voortkabbelt van de ene benadeelde naar de andere, of waar de impact van gebeurtenissen doorwerkt naar de gemoedstoestand van familieleden van de gekwetste of diens vrienden en naar hulpverleners en louter toeschouwers. Als rechters het aantal en de aard van de claims niet meer realistisch kunnen vaststellen, dan wordt de invloed van het *floodgate*-argument groter en zullen zij minder snel geneigd zijn om een *duty of care* aan te nemen, aldus Clerk en Lindsell.²⁰⁵ Volgens Rogers bestaat er echter een verband tussen hetgeen *fair, just* en *reasonable* is en de *proximity* tussen partijen: 'The necessary degree of proximity is the product of the court's conclusion on what is fair,

196 Wittig 2005, p. 36. Volgens Wittig moet in *pure-economic loss* zaken echter worden aangetoond dat de schadeveroorzaker 'actual knowledge' heeft van de kring van personen die door zijn gedrag schade zouden lijden. Dit heeft in wezen te maken met *proximity*: 'it is concerned with how the statement maker was placed with regard to the recipient prior to the injurious interaction that resulted in damage.' Wittig 2005, p. 36.

197 Hierover Clerk en Lindsell 2006, p. 392; Rogers 2010, p. 161, 164-188; Wittig 2005, p. 36 e.v.

198 Clerk en Lindsell 2006, p. 392.

199 Wittig 2005, p. 37.

200 Rogers 2010, p. 167 en 179.

201 Clerk en Lindsell 2006, p. 392; Rogers 2010, p. 181-186; Wittig 2005, p. 37.

202 Wittig 2005, p. 38.

203 Wittig 2005, p. 38.

204 Clerk en Lindsell 2006, p. 392-398.

205 Clerk en Lindsell 2006, p. 394. Over het *ripple effect* ook Wittig 2005, p. 39.

just and reasonable.²⁰⁶ Deze gedachte is ingegeven door de idee dat *proximity* een variabel begrip is en Rogers wijst op twee uitspraken van het *House of Lords*. Als voorbeeld kan wellicht worden genoemd de situatie waarin derden geestelijk letsel hebben opgelopen door een *nervous shock*: vanwege *policy*-overwegingen is gekozen voor stringente *proximity*-vereisten.²⁰⁷

Afgezien van de aanwezigheid van een *duty of care*, is vereist dat het gedrag van de schadeveroorzaker onder de maat is (*breach of duty*). Er wordt daarvoor aansluiting gezocht bij de *'reasonable and prudent man'*.²⁰⁸ Clerk en Lindsell beschrijven de objectieve test als volgt: *'In principle, the standard of care expected of the reasonable person is objective and does not take into account the weakness or inexperience of the particular defendant.'*²⁰⁹ Aansluiting wordt gezocht bij wat mag worden verwacht van iemand die de betreffende activiteit verricht.²¹⁰ Diverse factoren spelen een rol. Genoemd worden de waarschijnlijkheid van het nadeel (*harm*), de ernst daarvan, de kosten van voorzorgsmaatregelen en het nut van het gedrag.²¹¹ Ook zijn de *'common practice and expectations'* van belang.²¹²

Het derde vereiste van de *tort of negligence* is causaliteit. In het kader van de causaliteit wordt een onderscheid gemaakt tussen *causation in fact* en *remoteness of damage*. *Causation in fact* betreft een *but for*-test: de gebeurtenis is een oorzaak van de schade. Rogers betoogt dat gesproken moet worden van 'een' oorzaak, omdat schade meerdere oorzaken kan hebben. Maar helder moet zijn dat de gebeurtenis, waarop de *duty of care* betrekking heeft, een oorzaak moet zijn. De eis van *causation in fact* is een eerste mechanisme om te schiften, aldus Rogers.²¹³ Afgezien van causaliteit moet ook sprake zijn van *remoteness of damage (legal causation)*.²¹⁴ De schade moet redelijk voorzienbaar zijn door een redelijk denkend mens.²¹⁵ Deze voorzienbaarheid ziet op iets anders dan de voorzienbaarheid in het kader van de vaststelling van de *duty of care*. De voorzienbaarheid bij de *notional duty* is één vereiste bij de vaststelling of de schadeveroorzaker een *duty* heeft in het licht van zijn gedrag. Zoals Clerk en Lindsell stellen:

206 Rogers 2010, p. 180.

207 Zie Rogers 2010, p. 181. Rogers bespreekt *nervous shock* als één type zaak waarin *policy* van invloed is geweest op de uitkomst.

208 Clerk en Lindsell 2006, p. 474; Rogers 2010, p. 279.

209 Clerk en Lindsell 2006, p. 476. Vgl. Rogers 2010, p. 280. Er kan echter een minder hoge standaard worden vereist indien er bijzondere omstandigheden bestaan die dit rechtvaardigen. Clerk en Lindsell noemen als voorbeeld een noodsituatie. Zie ook Rogers 2010, p. 282.

210 Clerk en Lindsell 2006, p. 476-477.

211 Clerk en Lindsell 2006, p. 483-491; Rogers 2010, p. 290-297.

212 Clerk en Lindsell 2006, p. 476.

213 Rogers 2010, p. 311. Zie o.a. ook Cane 2006, p. 111-112.

214 McGregor 2009, p. 83, vnt. 35.

215 Hierover Rogers 2010, p. 336-338. Volgens Rogers is deze test echter niet *'universal'*: *'it is a rational policy to impose a more extensive liability upon an intentional wrongdoer for reasons of both deterrence and morality and so a fraudster will be held liable for direct consequences of his wrong even though they are unforeseeable.'*

*'The question is whether the level of risk created by that type of conduct is such to justify a general duty of care in relation to it.'*²¹⁶

Bij *remotess of damage* gaat het over de voorzienbaarheid van de schade, zoals wederom Clerk en Lindsell stellen:

*'The question is whether the kind of damage was fairly within the risk created by the defendant.'*²¹⁷

Daarbij moet worden opgemerkt dat het niet gaat over de voorzienbaarheid van *alle* gevolgen.²¹⁸ Bedoelde gevolgen van opzettelijk handelende daders zijn altijd vergoedbaar, aldus Rogers.²¹⁹ Als de schade redelijk voorzienbaar is, betekent dit echter niet dat alle schade ook altijd wordt vergoed.²²⁰ De redelijkheid en wenselijkheid worden als redenen genoemd om schade al dan niet af te wentelen op de veroorzaker.²²¹

Als voorbeeld noemt Rogers *Pritchard v. J.H. Cobden Ltd.*²²² Als gevolg van een ongeval lijdt Pritchard ernstig letsel, waardoor zijn huwelijk strandt. In hoger beroep ligt de vraag voor of de kosten vanwege de echtscheiding vergoedbaar zijn. Sir Roger Ormrod oordeelt: *'These considerations suggest to my mind that the financial consequences of divorce should be regarded as too remote to be recoverable or alternatively excluded as indirect economic loss or, failing both of these, excluded as a matter of policy.'*²²³ Het hoge speculatieve karakter en de mogelijkheid tot misbruik worden als redenen gegeven.

Ten slotte kan de reikwijdte van de verantwoordelijkheid voor schade niet los worden gezien van de reikwijdte van de *duty of care*.²²⁴ Er bestaat een gelijkenis met de zakelijke relativiteit naar Nederlands recht: de schade moet vallen binnen de beschermingsreikwijdte van de geschonden norm.²²⁵

4.2 Het Engelse schadevergoedingsrecht

Het uitgangspunt van het Engelse schadevergoedingsrecht is *'full compensation for the loss that he has suffered'*.²²⁶ Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen vijf

216 Clerk en Lindsell 2006, p. 387.

217 Clerk en Lindsell 2006, p. 387.

218 Cane 2006, p. 127.

219 Rogers 2010, p. 347.

220 Rogers 2010, p. 343.

221 Rogers 2010, p. 343.

222 Rogers 2010, p. 343.

223 *Pritchard v. J.H. Cobden Ltd* [1986] Fam. 22, 49 C. Gevolgd door O'Connor L.J. [1986] Fam. 22, 40 C, D, E.

224 Rogers 2010, p. 344-347.

225 Clerk en Lindsell wijzen er op dat het niet altijd eenvoudig is om de moeilijkheden in verband met *duty of care* enerzijds en *remoteness of damages* en causaliteit anderzijds uit elkaar te houden. Clerk en Lindsell 2006, p. 387. Hierover ook McGregor 2009, p. 80-85.

226 McGregor 2009, p. 1330.

soorten *damages*: *compensatory damages*, *nominal damages*, *exemplary damages*, *aggravated damages* en *restitutionary damages*.

Compensatory damages zien op twee verschillende soorten verliezen: *pecuniary* en *non-pecuniary loss*. *Pecuniary loss* gaat over schade die direct vertaalbaar is in geld, terwijl *non-pecuniary loss* gaat over immaterieel verlies.²²⁷

De *pecuniary losses* zijn te verdelen in het verlies van inkomen en andere winst die de direct gekwetste zou hebben gehad enerzijds, en de kosten als gevolg van het letsel anderzijds.²²⁸ McGregor noemt herstelkosten, zoals de kosten van de medische behandeling, het toezicht van artsen of verplegers, de kosten van medicijnen en hulpmiddelen, de ziekenhuiskosten en de vervoerskosten.²²⁹ Ook bezoekkosten moeten worden vergoed indien die kunnen worden gekwalificeerd als herstelkosten.²³⁰ Een ander voorbeeld zijn de extra kosten vanwege het leven met letsel.²³¹ Gewezen wordt ook op de uitkomst in *Daly v. General Steam Navigation Ltd*: een huisvrouw heeft recht op vergoeding voor vervangende hulp.²³² De kosteloze inzet door derden (*gratuitous assistance*) in personenschadezaken valt niet onder de verplichting om schade te beperken en wordt daarom niet verrekend (*mitigation of damage*).²³³ McGregor noemt gratis onderdak verschaffen, (vrijwillige) loondoorbetaling door een werkgever en verzorging door naasten als voorbeelden.²³⁴

De redelijkheid (*reasonableness*) is in Engeland de maatstaf voor de vergoeding van de kosten veroorzaakt door het letsel:

*‘The claimant is entitled to damages to meet her reasonable requirements and reasonable needs arising from her injuries.’*²³⁵

Clerk en Lindsell stellen dat alle kosten ook *non-remote* moeten zijn. De voorkeur van de gekwetste is richtinggevend voor zover voldaan is aan het algemene vereiste

227 Clerk en Lindsell 2006, p. 1811.

228 McGregor 2009, p. 1329.

229 McGregor 2009, p. 1404.

230 McGregor 2009, p. 1413.

231 McGregor 2009, p. 1417.

232 *Daly v. General Steam Navigation* [1981] 1 W.L.R. 120. Zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.3.3.

233 McGregor 2009, p. 309.

234 McGregor 2009, p. 309.

235 *Section 2(4) Law Reform (Personal Injuries) Act 1948*. Eventuele voordelen, zoals besparingen van kosten van onderhoud tijdens verblijf elders, ten gevolge van het letsel moeten in mindering worden gebracht op het schadevergoedingsbedrag, *section 5 Administration of Justice Act 1982*. Zie ook *Cunningham v. Harrison* [1973] Q.B. 952, *Sowden v. Lodge* [2004] EWCA Civ. 1370; *A v. Powys* [2007] EWHC Civ. 2996, 94 (QBD). Hierover Clerk en Lindsell 2006, p. 1813. In Engeland kan een beroep worden gedaan op de *National Health Service* (NHS). Deze voorzieningen zijn kosteloos. Maar deze mogelijkheid maakt een vergoeding van toch gemaakte kosten met een beroep op andere bronnen van hulp niet onmogelijk (*section 2(4) Law Reform (Personal Injuries) Act 1948*). Hierover McGregor 2009, p. 1405-1406. McGregor stelt echter dat: *‘The courts do however take into account, in respect of future care, whether the claimant is on the balance of probabilities likely to use National Health Service facilities, principally because the particular form of care will not be available privately.’* Een gelijke bepaling ontbreekt als het gaat over *care* afkomstig van *local authorities*, McGregor 2009, p. 1406 e.v.

van 'redelijk noodzakelijk'.²³⁶ Zo wordt de wens van de gekwetste om thuis door naasten verpleegd te worden gerespecteerd, ook als er een goedkoper alternatief bestaat.

Non-pecuniary losses zijn *pain and suffering*, *loss of amenities* (*loss of happiness*) en *bereavement* (affectieschade).²³⁷ Voor smart (*distress*) in *negligence*-zaken, die niet wordt veroorzaakt door kwetsing van het eigen lijf, wordt in beginsel geen vergoeding toegekend.²³⁸ Clerk en Lindsell wijzen op de zaak *Hicks v. Chief Constable of Yorkshire Police*. Tijdens het drama in het Hillsborough stadion zijn personen klem komen te zitten in het publiek, maar zij zijn niet lichamelijk of geestelijk gewond geraakt.²³⁹ Deze personen hebben volgens Lord Bridge geen claim wegens *distress*:

*'It is perfectly clear law that fear by itself, of whatever degree, is a normal humane motion for which no damages can be awarded. Those trapped in the crush at Hillsborough who where fortunate enough to escape without injury have no claim in respect of distress they suffered in what must have been a truly terrifying experience.'*²⁴⁰

Daarbij kan tevens gewezen worden op de zaak *Kralj v. Mc Grath*: een moeder verliest haar baby kort na de geboorte vanwege een medische fout.²⁴¹ Woolf J. kent een vergoeding toe vanwege *distress*, maar overweegt daarbij:

*'I emphasise that in considering what is the appropriate figure to award to Mrs Kralj I will look at the consequences to her of what was done and not award any damages merely for the fact that, like any mother, she naturally suffered grief as a result of death of Danial (the baby).'*²⁴²

Naar *common law* wordt ook geen vergoeding toegekend voor affectieschade (*bereavement*), maar in de *Fatal Accidents Act 1976* heeft de wetgever op dit uitgangspunt een uitzondering gemaakt, waarover in hoofdstuk 5, paragraaf 2.4 meer.

236 *Sowden v. Lodge* [2004] EWCA Civ 1370. Zie ook *Peter v. East Midlands SHA* 2009 WL 392220. Hierover McGregor 2009, 1408-1413; Gardiner en Browne 2002, p. 372. Over de schadebeperkingsplicht (*duty to mitigate*) in personenschadezaken als het gaat over *private* en *public care*, zie McGregor 2009, p. 1412-1413.

237 Over *pain and suffering* en *loss of amenities* zie Clerk en Lindsell 2006, p. 1932-1836; McGregor 2009, p. 57-59. Een vergoeding voor *loss of life expectations* is afgeschaft met de introductie van de *Administration of Justice Act 1982* wat betreft de mogelijkheid tot 'overleven' van de actie na overlijden. Als de direct gekwetste nog leeft op het moment dat zijn vordering wordt behandeld, kan met dit verlies rekening worden gehouden bij de vaststelling van de vergoeding voor *pain and suffering*. McGregor 2009, p. 58 en 1329.

238 Clerk en Lindsell 2006, p. 439; McGregor 2009, p. 60-61. Vergoeding voor angstschade in geval van een mogelijke asbestbesmetting is niet mogelijk gezien de uitkomst in *Rothwell v. Chemical & Insulation Co Ltd* [2008] A.C. 281, hierover McGregor 2009, p. 61.

239 Clerk en Lindsell 2006, p. 439.

240 *Hicks v. Chief Constable of South Yorkshire* [1992] P.I.Q.R. 433, 436.

241 Clerk en Lindsell 2006, p. 439.

242 Geciteerd in Clerk en Lindsell 2006, p. 439. Samenvatting uitspraak *Kralj v. Mc Grath and St Theresa's Hospital* 1985 WL 311031.

Volgens McGregor lijkt in het kader van *torts* die zien op de bescherming van reputatie (*libel* en *slander actionable per se*) en waarschijnlijk in geval van *malicious prosecution* echter wel een vergoeding te kunnen worden gegeven wegens 'gevoelsschade'. Dit geldt volgens McGregor ook in geval van *assault* en *deceit*. Genoemd wordt verder de inbreuk op iemands privéleven en *trespass to property* of *nuisance*. In het kader van de *tort of conspiracy* kan dit type vergoeding echter niet worden toegekend. Ten slotte maken een aantal wettelijke bepalingen het mogelijk om bij specifieke wetschendingen een vergoeding te ontvangen voor louter smart.²⁴³

Het tweede type *damages* zijn *nominal damages*. Deze zijn van een andere aard dan *compensatory damages*. Dit type *damages* kan in twee situaties worden toegekend. Ten eerste als er sprake is van een *wrong* of *injuria*, maar concrete schade afwezig is. Die vergoeding is mogelijk in geval van wanprestatie, of *torts actionable per se*, aldus McGregor.²⁴⁴ De tweede situatie is die waarin sprake is van schade, maar de omvang daarvan niet kan worden aangetoond.²⁴⁵ McGregor noemt twee functies van deze vergoeding. Als eerste '*the use of a verdict for nominal damages as a means of establishing, determining or protecting a legal right*'.²⁴⁶ Voorts kan de benadeelde via *nominal damages* zijn kosten van het proces verhalen.²⁴⁷

Het derde type *damages* zijn *exemplary damages* (*punitive damages*): de privaatrechtelijke boete met als doel om de schadeveroorzaker te straffen voor zijn gedrag.²⁴⁸ Het *House of Lords* laat, indien er geen wettelijke grondslag bestaat,²⁴⁹ in twee gevallen toe dat *exemplary damages* kunnen worden toegekend. Ten eerste de situatie waarin een (rechts)persoon met publieke bestuurstaken zich schuldig heeft gemaakt aan '*arbitrary, oppressive or unconstitutional conduct*'.²⁵⁰ De tweede situatie betreft die waarin de schadeveroorzaker de onrechtmatige daad heeft gepleegd met het oogmerk daaruit winst te halen.²⁵¹ Volgens Cane wilde een aantal *Lords* liever afzien van de toekenning van *exemplary damages*, omdat er geen *rational foundation* voor zou bestaan, maar gezien eerdere uitspraken zijn zij hiertoe niet overgegaan.²⁵² De Law Commission betoogt echter dat *exemplary damages* behouden zouden moeten worden en stelde zelfs voor tot uitbreiding over te gaan:

243 McGregor 2009, p. 61-62. Wat betreft *compensatory damages* kan er tevens een onderscheid worden gemaakt tussen *special* en *general damages*. Volgens Clerk en Lindsell hebben *special damages* in de traditionele praktijk betrekking op verliezen die exact te berekenen zijn, zoals reeds geleden materiële schade. *General damages* zijn daarentegen de vergoedingen voor immateriële schade en toekomstige materiële schade. Hierover Clerk en Lindsell 2006, p. 1802-1803 en 1811.

244 McGregor 2009, p. 413.

245 McGregor 2009, p. 414-415.

246 McGregor 2009, p. 416-417.

247 McGregor 2009, p. 417-418.

248 Law Commission 1997, p. 53; McGregor 2009, p. 420.

249 Law Commission 1997, p. 59-61; McGregor 2009, p. 439-440.

250 Hierover McGregor 2009, p. 429-432. Zie ook Law Commission 1997, p. 55-56.

251 Hierover Law Commission 1997, p. 56-59; Cane 2008, p. 420; McGregor 2009, p. 432-439.

252 Cane 2008, p. 420.

*'Punitive damages should be available for any tort or equitable wrong which is committed with conduct which evinces a deliberate and outrageous disregard of the plaintiff's rights. Punitive damages should not, however, be available for breaches of contract.'*²⁵³

Opgemerkt wordt wel dat deze sanctie als *'last resort'* moet worden gehanteerd en dat sprake moet zijn van consistentie (*consistency*), matigheid (*moderation*) en proportionaliteit (*proportionality*) bij de vaststelling van de hoogte van het bedrag.²⁵⁴

Volgens Cane heeft deze uitbreiding slechts in theorie betrekking op letsel en overlijden. Hij verwacht niet dat het voorstel veel impact zal hebben op een groot aantal van deze zaken.²⁵⁵

Het vierde type *damages* zijn *aggravated damages*. Deze kunnen worden toegekend in situaties waarin de schadeveroorzaker uitzonderlijk of onbeschaamd, grof of beledigend gedrag heeft vertoond tegenover de gekwetste en deze last heeft van *mental distress*.²⁵⁶ Voorbeelden hiervan zijn *intimidation*, *battery* en *false imprisonment*.²⁵⁷ Hoewel deze betalingsverplichting wordt gezien als compenserend en niet als straffend, kunnen *aggravated damages* volgens Cane eigenlijk niet onderscheiden worden van *exemplary damages*. De betalingsverplichting wordt toegekend bovenop het compenserende schadevergoedingsbedrag.²⁵⁸ De Law Commission adviseerde om dit type vergoeding als louter compenserend te zien en te beschouwen: *'as part of the law on damages for mental distress'*.²⁵⁹

Een vijfde type *damages* dat kan worden toegekend zijn *restitutionary damages*. Deze vergoeding is vrij nieuw.²⁶⁰ McGregor verstaat onder *restitutionary damages*:

*'(...) restitutionary damages arise where the commission of a wrong results in a benefit to the wrongdoer which exceeds and outstrips the loss to the person wronged, who suffers a lesser loss or, frequently, no loss at all.'*²⁶¹

253 Zie Law Commission 1997, p. 97-104 voor het betoog voor het behoud van *exemplary damages*. De Law Commission betoogt daarna tot uitbreiding van de mogelijkheid hiertoe, zie hoofdstuk en p. 105 van het rapport.

254 Law Commission 1997, p. 105.

255 Cane 2008, p. 421.

256 Law Commission 1997, p. 11.

257 Zie Law Commission 1997, p. 14.

258 Cane 2008, p. 420.

259 Law Commission 1997, p. 27 (25-27).

260 *Advocate General vs. Blake* [2001] 1 A.C. 284 G H en 287 F-H, door Lord Nicholls of Birkenhead. Hij spreekt echter liever niet over *'restitutionary damages'*. Er was in deze zaak sprake van niet nakoming van een contract. De argumentatie voor de aanvaarding van dit type vergoeding is te vinden op [2001] 1 AC 285 B – H. De facto is de argumentatie tweërlei: in geval van wanprestatie bestaat niet altijd een *'sufficient remedy'* en winstafdracht is onder omstandigheden de passende sanctie. Eerder adviseerde de Law Commission om *restitutionary damages* te erkennen, Law Commission 1997, p. 40.

261 McGregor 2009, p. 453.

McGregor stelt dat het vooralsnog onduidelijk is of het mogelijk is om in geval van 'torts affecting the person' *restitutionary damages* toe te kennen.²⁶²

4.3 De positie van derden: het systeem

Het vereiste van *duty of care* is doorslaggevend voor de positie van derden. In letselschadezaken wordt aangenomen dat er geen *duty of care* bestaat tegenover anderen dan de direct gekwetste.²⁶³

Het Engelse recht kent bovendien, in tegenstelling tot het Nederlandse recht, géén zelfstandig vorderingsrecht voor derden in letselschadezaken. Voorheen gaf het verlies van diensten van familieleden (vrouw, kinderen) vanwege letsel, en eerder ook verleiding (*seduction* en *enticement*) en overspel, aanleiding tot aansprakelijkheid van de 'dader' jegens de echtgenoot of vader: het verlies van *consortium*, oftewel *actio per quod consortium et servitium amisit* (*common law*).²⁶⁴ Fleming stelt dat het idee dat ten grondslag lag aan deze actie niet meer of minder was dan dat de echtgenoot een *proprietary interest* had in zijn vrouw en kinderen en hun diensten en dat de doorkruising daarvan aanleiding gaf voor *tresspass*.²⁶⁵ Deze opmerking moet genuanceerd worden: de echtgenoot had een onderhoudsplicht ten opzichte van zijn gezin en aldus was hij verplicht om voor hun te zorgen indien hen iets overkwam. Hij werd daarom beschouwd als de schadelijder. Maar deze actie had niet alleen betrekking op diensten van materiële aard van de echtgenote jegens haar echtgenoot (het huishouden), maar ook op het gezamenlijke comfort en gezelligheid. Overigens had de vrouw geen vergelijkbare actie en bij overlijden van de echtgenote bestond de actie niet.²⁶⁶ Ook kinderen hadden geen vorderingsrecht van deze aard als een van hun ouders gewond raakte.²⁶⁷

In het licht van dit alles is het niet opmerkelijk dat deze actie is afgeschaft. De aanspraak wegens het verlies van diensten vanwege verleiding en overspel is als eerste afgeschaft met de introductie van de *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970*, *section 4* en *5*. De actie in geval van letsel is afgeschaft met de introductie van

262 McGregor 2009, p. 464-465. McGregor brengt deze vergoeding in verband met ongerechtvaardigde verrijking, maar merkt daarbij op dat *restitutionary damages* worden beschouwd als een vergoeding: 'Nevertheless, it looks as if this form of restitution is now to be treated as a form of damages and we must live with it.' McGregor 2009, p. 454.

263 *Best v. Samuel Fox & Co. Ltd* 1952 WL 11800, [1952] A.C. 716, [1952] 2 All E.R. 394; *Hunt v. Severs* [1994] 2 A.C. 350, 358; *Buckley v. Farrow & Buckley* WL 1104078 (CA (Civ. div.), [1997] P.I.Q.R. 78. Hierover o.a. Degeling 2003, p. 111; Rogers 2010, p. 221. Kritisch over het feit dat geen *duty of care* kan bestaan jegens de verzorgende derde is Degeling 2003, p. 121-123. Zie echter *Roach v. Yates* [1938] 1 K.B. 256. Volgens Clerk en Lindsell is deze uitspraak echter langere tijd over het hoofd gezien, maar die leer is verlaten, Clerk en Lindsell 2006, p. 1815.

264 Clerk en Lindsell 2006, p. 17, McGregor 2009, p. 54.

265 Fleming 1998, p. 723. Hierover ook Mullany en Handford 1993, p. 97-98.

266 Fleming 1998, p. 723. De vordering van de echtgenote is afgewezen door het *House of Lords* in *Best v. Samuel Fox & Co. Ltd* 1952 WL 11800, [1952] A.C. 716, [1952] 2 All E.R. 394. Overigens niet zozeer omdat de vrouw geen actie zou moeten hebben, maar omdat het idee van *loss of consortium* werd afgewezen en dus uitbreiding van dit leerstuk als ongewenst werd beschouwd.

267 Fleming 1998, p. 726.

de *Administration of Justice Act 1982, section 2*.²⁶⁸ Dat kwam vooral vanwege nieuwe ideeën over familie en autonomie.²⁶⁹

McGregor stelt dat het voorheen onmogelijk was voor de direct gekwetste om verhaal te halen voor verplaatste schade, maar inmiddels oordelen rechters anders: de direct gekwetste heeft zelf een vorderingsrecht ter verhaal van kosten die naasten ten gunste van hem maken.²⁷⁰ Naasten hebben, nogmaals, geen eigen verhaalsrecht voor vrijwillig gemaakte kosten ten gunste van het herstel van de direct gekwetste. Deze regel kan op instemming rekenen gezien de respons op een questionnaire van het Ministerie van Justitie in 2009. Het belangrijkste argument is dat het geen kwestie is van onrechtmatige daad, maar van de wens om iemand te helpen.²⁷¹

In overlijdensschadezaken wordt ook aangenomen dat er geen *duty of care* bestaat tegenover een ander dan de overledene. De reden daarvoor is niet louter dat zuivere vermogensschade naar Engels recht minder wordt beschermd, maar dat er een oud precedent bestaat waarin principieel is besloten dat met iemands overlijden ook alle vorderingsmogelijkheden eindigen, aldus Lord Ellenborough in *Baker v. Bolton*:

*'In a Civil Court, the death of a human being could not be complained of as an injury; and in this case the damages, as to the plaintiff's wife, must stop with the period of her existence.'*²⁷²

Deze uitspraak is bekritiseerd, maar herhaald door het *House of Lords* in *Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika*.²⁷³ De wetgever heeft een uitzondering gecreëerd in de *Fatal Accidents Act 1976*. In deze wet wordt aan een gelimiteerde kring van gerechtigden een vorderingsrecht toegekend voor de vergoeding van een aantal materiële schadeposten en *bereavement damage* (hoofdstuk 5, paragraaf 2.4). Een uitzondering bestaat in geval van *nervous shock*. Onder omstandigheden kan aan een derde een vergoeding worden toegekend als hij geestelijk letsel heeft (hoofdstuk 6, paragraaf 3.4).

De eigen schuld van zowel de overledene als de nabestaande werkt door in de hoogte van de schadevergoeding (*section 5 FAA 1976*). Als meerdere nabestaanden een vergoeding vorderen en slechts één van hen heeft schuld aan de dood van de overledene, dan werkt deze 'eigen schuld' niet door in de vordering van de schuldloze nabestaanden.²⁷⁴

268 McGregor 2009, p. 54, voetnoot 208 en p. 63. Vgl. Clerk en Lindsell 2006, p. 17.

269 Zie *Best v. Samuel Fox & Co. Ltd* 1952 WL 11800, [1952] A.C. 716, [1952] 2 All E.R. 394. Vgl. Cane 1997, p. 161-162; Degeling 2003, p. 111.

270 McGregor 2009, p. 1430. Zie ook Bona, Mead en Lindenbergh 2005, p. 69-93; Van Dam, in: Van Dam, Engelhard en Giesen 2007, p. 71-82.

271 Ministry of Justice, *The Law on Damages. Response to consultation CPR 9/07 2009*, p. 23. Zie: www.justice.gov.uk.

272 *Baker v. Bolton* [1808] 170 E.R. 1033.

273 *Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika*, [1917] A.C. 41 (*Lord Earl Loreburn*), 50 (*Lord Parker of Waddington*) en 60 (*Lord Sumner*).

274 Matthews, Morgan en O'Conneide 2008, p. 289.

Hoewel de Law Commission in eerste instantie bezwaren had met betrekking tot de doorwerking van de eigen schuld van de direct gekwetste, werd hiertoe toch geadviseerd. Gewezen werd op de moeilijkheid bij samenloop van de actie van de erfgenaam en die van de nabestaande. Bovendien voorzag de commissie moeilijkheden in verband met de alles-of-niets-oplossing; want onder welke omstandigheden zullen de *dependants* (in geval van eigen schuld van de direct gekwetste) een volledige vergoeding ontvangen en onder welke omstandigheden niets?²⁷⁵

Binnen de *common law* wordt dus terughoudend gereageerd op vorderingen van derden, dus ook van naasten, in personenschadezaken. De reden is volgens Fleming als volgt:

*‘the burden of compensating anyone besides the primary casualty is feared to be unduly oppressive because most accidents are bound to entail repercussions, great or small, upon all with whom he had family, business or other valuable relations.’*²⁷⁶

Er bestaat een vrees voor een te grote uitbreiding van aansprakelijkheid: het ‘hekan-van-de-dam-argument’.²⁷⁷ Fleming spreekt over schade van naasten, niet in de zin van ‘verplaatste schade’, maar over schade veroorzaakt omdat er een relatie bestaat met de direct gekwetste (*relational interest*). Door de relatie met de direct gekwetste, is hun schade een indirect en onbedoeld gevolg van het schadeveroorzakende gedrag. Maar het is wel een vrijwel zeker gevolg, omdat vrijwel iedere gekwetste naasten heeft. Schade door die relatie wordt in het algemeen niet vergoed, omdat, nogmaals, gevreesd wordt dat een buitenproportionele schadelast wordt gelegd op de aansprakelijke in een personenschadezaak.²⁷⁸ Volgens Fleming werd deze terughoudendheid ooit verklaard met een beroep op de onvoorzienbaarheid, thans is dit echter anders:

*‘(...) it is now clear that it is precisely because of the high probability and frequency of such injury that the law regards the resulting burden to defendants as too onerous and therefore denies recovery as a matter of policy.’*²⁷⁹

De terughoudende houding moet echter worden genuanceerd in het licht van de uitzonderingen die worden toegelaten ten gunste van naasten in personenschadezaken, waarover de volgende hoofdstukken gaan. Cane spreekt ook wel over ‘*the centre of the web*’:

‘The classes of claimants listed in the Fatal Accidents Act represent the law’s attempt to describe what is meant by “the centre of the web”, and the head of damages for loss of income in the lost years is designed to benefit the same classes of person. In practice,

275 Law Commission 1999, nr. 3.10, p. 38.

276 Fleming 1998, p. 179 Vgl. Mullany en Handford 1993, p. 90-94.

277 Cane 1997, p. 162.

278 Fleming 1998, p. 723.

279 Fleming 1998, p. 162.

most gratuitous carers also fall within one of the FA Act classes. In personal injury tort law, a concept of family intimacy represents the law's attempt to place acceptable bounds on the responsibility of tortfeasors for losses resulting from the tort but suffered by people other than the personal injury victim. Those not in the family circle must look after themselves. The reason why tort law protects the relational interests of intimates in cases of death but not of non-fatal injury is that in the latter type of case, the interests of the intimates can be protected through the injured person's claim. This reasoning is reflected in the head of damages for loss of income in the lost years.²⁸⁰

Belangrijk is ook wat hij vervolgens opmerkt, omdat Cane daar een duidelijke keuze maakt wiens belangen nog wel beschermwaardig zijn en wiens belangen niet:

*'In modern society, the autonomy and separate identity of each individual is highly prized. If I injure someone, my responsibility is to that person above all, and to those members of the person's immediate family who are most closely affected. The web of financial interdependencies in society is large and complex, but once we get beyond the centre of the web, people must take steps to protect their own financial interests.'*²⁸¹

Naar *common law* en in de FAA 1976 is een aantal uitzonderingen gecreëerd ten gunste van de vergoeding van de schade van naasten en nabestaanden (al dan niet te vorderen via de vordering van de direct gekwetste). Afgezien van de personen die tot de binnenste cirkel van het 'web' behoren, moeten individuen zelf voorzorgsmaatregelen nemen om hun financiële belangen te beschermen.

Fleming spreekt ook over 'transferred loss'.²⁸² In *beginsel* is ook dit type schade van derden naar *common law* (en ook naar Engels recht) niet vergoedbaar. De angst voor te verregaande aansprakelijkheden wordt daarvoor als reden genoemd. In het licht van dit argument is de niet vergoedbaarheid van verplaatste schade volgens Fleming niet te rechtvaardigen, omdat toelaten van dit type vorderingen alleen ziet op het toelaten van een andere claimant, terwijl de aansprakelijkheid niet wordt verhoogd.²⁸³

5. Frankrijk

5.1 Het Franse aansprakelijkheidsrecht

Artikel 1382 *Code Civil* (CC) biedt de grondslag voor buitencontractuele aansprakelijkheid. Iedere benadeelde kan een beroep doen op dit artikel, ongeacht of hij direct gekwetste of derde is. Er bestaat een aantal bijzondere regresbepalingen. Denk hierbij aan de verhaalsrechten uit de *Loi Badinter juillet 1985*, de *Code de la sécurité sociale*

280 Cane 1997, p. 162.

281 Cane 1997, p. 162.

282 Fleming 1998, p. 198. Hij spreekt over dit type schade in het kader van schade van derden in geval van zaakschade.

283 Fleming 1998, p. 198.

en de *Code de procédure pénale*.²⁸⁴ Deze regelingen werken niet exclusief. Met andere woorden, deze derogeren niet aan het onrechtmatige daadsrecht.²⁸⁵

Er ontbreekt een 'relativiteitsachtig' vereiste, zoals naar Nederlands, Duits en (hoewel anders verwoord) Engels recht bestaat. Dat betekent niet dat iedere vordering zal worden gehonoreerd. Er moet conform artikel 1382 CC worden voldaan aan drie vereisten: 1. er moet een *faute* zijn gemaakt, 2. sprake zijn *dommage* oftewel *préjudice* en 3. er moet een causaal verband bestaan tussen de *faute* en de *dommage*.

Er is sprake van een *faute* indien wordt gehandeld in strijd met een wettelijke plicht, een regeling, een gewoonte of een gebruik.²⁸⁶ De vergoedingsmogelijkheden voor naasten en nabestaanden (slachtoffers *par ricochet*) worden afgebakend door de toepassing van het schadevereiste. Zonder schade kan in beginsel geen aansprakelijkheid bestaan. Le Tourneau noemt als uitzondering de doorkruising van eigendomsrechten, persoonlijkheidsrechten, intellectuele eigendomsrechten (*droits de la propriété littéraire*) en oneerlijke concurrentie.²⁸⁷ Het schadevereiste komt in paragraaf 5.3 uitgebreider aan de orde.

Het causaliteitsvereiste naar Frans recht betreft de '*conditio sine qua non*' (*la théorie de l'équivalence des conditions*): de fout moet een oorzaak zijn van de schade.²⁸⁸ Het causaal verband moet direct en zeker zijn.²⁸⁹

Viney en Jourdain stellen dat het causaliteitsvereiste *in beginsel* geen problemen oplevert als het gaat over slachtoffers *par ricochet*, omdat het gedrag van de schadeveroorzaker meestal een *conditio sine qua non* zal zijn voor de schade van de derde.²⁹⁰ Tourneau noemt een voorbeeld van een situatie waarin dat niet zo is: een man die onterecht heeft vastgezet, heeft geen aanspraak op vergoeding van de schade veroorzaakt door de tijdens detentie gepleegde zelfmoord van zijn partner. De schade staat niet in direct causaal verband met het onterecht vastzitten.²⁹¹

284 Voor zover er een bijzonder regime bestaat wat betreft vergoeding van schade, lijkt dat niet te derogeren aan het algemene onrechtmatige daadsrecht.

285 Viney noemt artikel 706-3 *Code de procédure pénale* waarin is bepaald dat iedereen die schade lijdt vanwege schade aan de persoon veroorzaakt door een strafbaar feit, onder omstandigheden een recht op vergoeding heeft van die schade. 'Eenieder' is niet beperkt tot de direct gekwetste, maar heeft ook betrekking op het slachtoffer *par ricochet*. Deze regeling derogeert volgens Viney niet aan het onrechtmatige daadsrecht, gezien het oordeel van het *Cour de Cassation* dat de algemene regels van het privaatrecht van toepassing blijven voor de toepassing van de bijzondere regeling: de eiser, erfgenaam van de overledene, kan een vordering indienen op grond van artikel 706-3 in conformiteit met het *droit commun*. Viney 1999, p. 1190. Over de vordering van de erfgenaam gaat hoofdstuk 5, paragraaf 6.5. Over de mogelijkheid tot samenloop van art. 451-1 en het onrechtmatige daadsrecht Cass. Ass. Plén., 2 februari 1990, *JCP II*.1990.21558, noot Y. Saint-Jours, *D*.1992.49, noot F. Chabas, *Soc.*, 10 oktober 1991, *D*.1992.212. De naaste heeft een autonoom vorderingsrecht als schade persoonlijk is geleden. Zie paragraaf 5.3 van dit hoofdstuk.

286 Viney en Jourdain 2006, p. 374.

287 Le Tourneau 2008, p. 409.

288 Viney en Jourdain 2006, p. 197-198 Jourdain 2007, p. 61. Slechts bij uitzondering wordt de adequatieleer toegepast, zie hierover Jourdain 2007, p. 64-65.

289 Le Tourneau 2008, p. 518; Viney en Jourdain 2006, p. 192.

290 Viney en Jourdain 2006, p. 208.

291 Jourdain 2008, p. 539.

Een uitzonderlijke situatie doet zich voor in de zaak waarover het *Cour de Cassation* op 9 april 2009 besliste. De echtgenoot van een beroofde vrouw raakt volledig arbeidsongeschikt als hij bij de achtervolging van de dief struikelt over een boomwortel. Zijn echtgenote kan, als slachtoffer van een misdrijf, een beroep doen op een fonds (artikel 706-3 van de *Code de procédure pénale*). Zij is zowel slachtoffer van het misdrijf als slachtoffer *par ricochet*. Het *Cour de Cassation* oordeelt echter anders wat betreft de schade van de echtgenoot. Er ontbreekt een causaal verband tussen de diefstal en de schade van de echtgenoot. Zijn schade is veroorzaakt door de val en niet door de diefstal en er komt hem geen vergoeding toe.²⁹²

Jourdain noemt schade *par ricochet* als voorbeeld van het ontbreken van de adequatieleer. De schade is ontstaan vanwege een relatie tussen de direct gekwetste en de derde, en daardoor bestaat er in beginsel geen voorzienbaar causaal verband, maar wel een *conditio sine qua non*: zonder de fout zou geen schade zijn opgetreden bij het slachtoffer *par ricochet*.²⁹³

5.2 Het Franse schadevergoedingsrecht

Het Franse recht kent geen bijzondere schadevergoedingsregels. De *Code Civil* heeft ook geen bijzondere regels voor slachtoffers *par ricochet* in onrechtmatige daadssituaties. Het uitgangspunt is dat schade integraal wordt vergoed en dat het bedrag concreet wordt berekend.²⁹⁴ Dit behelst in beginsel een feitelijke vaststelling die is voorbehouden aan de feitenrechter.²⁹⁵ In de rechtspraak is vorm gegeven aan de vergoedbare schadeposten. Schade kan worden verdeeld in twee soorten: *dommage patrimonial* of *économique*, en *dommage extrapatrimonial, moral* of *personnel*.²⁹⁶

In het kader van de *dommage patrimonial* wordt een vergoeding gegeven van de reeds gemaakte en nog te maken kosten als gevolg van ziekte of letsel (*des frais de soins nécessaires*).²⁹⁷ Men kan hierbij denken aan de medische en de paramedische kosten.²⁹⁸ Ook wordt vergoeding toegekend voor kosten van een verpleger of verzorger als die nodig is (*nécessite l'assistance d'une tierce personne*). Deze vergoeding moet worden afgestemd op de concrete behoefte van de direct gekwetste.²⁹⁹ De hoogte van het vergoedingsbedrag aan de direct gekwetste wordt niet verminderd als naasten (gedeeltelijk) in deze behoefte aan hulp voorzien.³⁰⁰ Het slachtoffer moet een zo nor-

292 2^e Civ., 9 april 2009, nr. 08-16424, *Petites affiches*, 14 april 2010, no. 74, p. 16, noot E. Gallardo.

293 Jourdain 2007, p. 63.

294 Jourdain 2007, p. 140.

295 Chartier 1983, p. 21; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 172; Le Roy 2007, p. 5-8.

296 Jourdain 2007, p. 121.

297 Viney en Jourdain 2006, p. 33-34; Jourdain 2007, p. 122.

298 Le Roy 2007, p. 16. Deze kosten worden overigens uitsluitend vergoed voor zover deze niet voor rekening van de sociale zekerheid zijn gekomen. Zie ook Viney en Jourdain 2001, p. 207; Jourdain 2007, p. 122.

299 Le Roy 2007, p. 38.

300 Zie bijvoorbeeld 2^e Civ., 16 november 1994, *Bull. Civ. II*, nr. 232 (93-11177); 2^e Civ., 8 februari 1995, *Bull. Civ. II*, nr. 47; Ass. plén., 28 november 2001, *Bull. A.P.* 2001, nr. 16 (00-14248), *Resp. Civ. et Assur.* 2002, comm., nr. 20; 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, comm., nr. 33; 2^e Civ., 5 juni

maal mogelijk leven kunnen leiden en daarom moeten de kosten voor een prothese of de aanpassing van een woning worden vergoed. Ook de kosten voor het vervoer van de direct gekwetste van en naar het ziekenhuis zijn vergoedbaar.³⁰¹

Het verlies van (verwachte) winst (*pertes de gains*) als gevolg van tijdelijke of blijvende arbeidsongeschiktheid (*l'incapacité professionnelle*) wordt ook vergoed.³⁰² Dat geldt ook voor kosten die nodig waren of zijn ter ondervanging van die ongeschiktheid voor taken in het huishouden die voor het letsel werden uitgevoerd.³⁰³

Afgezien van materiële schade wordt naar Frans recht ook vergoeding toegekend voor immateriële schade. *Dommages extrapatrimoniales* kunnen worden verdeeld in vier soorten: smart of pijn in geval van lichamelijk of geestelijk letsel (*pretium doloris*) en in geval van esthetische schade (*préjudice esthétique*), het verlies van levensvreugde (*préjudice d'agrément*) en affectieschade (*préjudice d'affection*).³⁰⁴ Het verlies van naasten wordt echter ook in verband gebracht met *préjudice d'accompagnement*: een vergoeding voor de ontstane moeilijkheden in het privéleven.³⁰⁵ Ook wordt een vergoeding gegeven in geval van aantastingen van persoonlijkheidsrechten, zoals het recht op privéleven, aantasting van de eer en goede naam en aantasting van de vrijheid.³⁰⁶ Een nieuwe immateriële schadepost is een vergoeding in geval van geestelijk letsel veroorzaakt door het overlijden van een kind (zie hoofdstuk 6, paragraaf 3.5).

5.3 De positie van derden: het systeem

Het Franse recht kent geen bijzonder vorderingsrecht voor naasten. Naasten moeten een beroep doen op het algemeen onrechtmatige daadsrecht (artikel 1382 CC).³⁰⁷ Viney en Jourdain verwoorden het beginsel voor vergoeding van schade van derden in personenschadezaken als volgt:

*‘Toute personne qui prouve avoir souffert un dommage personnel par contrecoup de celui qui a frappé de la victim initiale peut en obtenir réparation.’*³⁰⁸

2003, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, comm., nr. 256; 2^e Civ., 8 juli 2004, *Bull. Civ. II*, nr. 391 (02-20199). Hierover Viney 1995, no. 24, p. 272; Dagorne-Labbe 2001.

301 Viney en Jourdain 2001, p. 207; Le Roy 2007, p. 16.

302 Viney en Jourdain 2006, p. 33-34; Jourdain 2007, p. 122.

303 Viney en Jourdain 2006, p. 33-34. Zie ook Jourdain 2007, p. 122.

304 Viney en Jourdain 2006, p. 49-66; Jourdain 2007, p. 124. Viney en Jourdain leren dat de meerderheidsopvatting is dat een vergoeding wordt gegeven van *préjudice sexuel* onder de noemer *préjudice d'agrément* (p. 54).

305 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 304 en 319.

306 Hierover Viney en Jourdain 2006, p. 39-45.

307 Chartier 1983, p. 240. Vgl. Viney en Jourdain 2006, p. 33.

308 Viney en Jourdain 2006, p. 158. Zie bijvoorbeeld recentelijk Civ. 1^{er}, 16 april 2008, *Gaz. Pal.* 22 april 2008, nr. 113, p. 6 (slachtoffers *par ricochet* mogen ook een beroep doen op een bijzondere regeling wat betreft aansprakelijkheid van de Staat). Als de direct gekwetste letsel lijdt in het kader van de uitvoering van een reisovereenkomst, dan moet het slachtoffer *par ricochet* een beroep doen op het onrechtmatige daadsrecht ter verhaal van zijn schade, Civ. 1^{er}, 28 oktober 2003, *RTD Civ.* 2004.96, chron. P. Jourdain, *Resp. Civ. et Assur.* 2004, comm. 30, noot H. Groutel. Hierover Delebecque *D.2004.233*.

Gezien de openheid van het systeem is het niet verbazingwekkend dat niet gezocht wordt naar mogelijkheden tot uitbreiding maar, in plaats daarvan, naar 'het' mechanisme voor begrenzing. Dupichot stelt als volgt:

*'Comment limiter un flot montant d'actions que l'on ne peut exclure globalement des prétoires? Tel est l'essentiel du problème. (...) Le droit positif français navigue entre deux écueils: raz-de-marée d'actions concurrentes et impunité de l'auteur du fait dommageable.'*³⁰⁹

Volgens Dupichot vaart het Franse recht als het ware tussen twee 'kliffen': een vloedgolf aan acties en het 'ongestraft' blijven van de schadeveroorzaker. Dit roept de vraag op hoe te limiteren? Thans vindt limitering zoals gezegd plaats door middel van het schadevereiste en soms door het causaliteitsvereiste. Wat betreft de schade gelden vier vereisten: rechtmatigheid (*licité*), persoonlijk (*personnel*), zeker (*certain*) en direct (*direct*).³¹⁰ Dit is echter niet altijd het geval geweest.

De open regeling heeft een turbulente voorgeschiedenis. Viney en Jourdain stellen dat de vergoedingsmogelijkheden voor derden, en dus ook voor naasten, aarzelend tot stand zijn gekomen naar Frans recht. Binnen de rechtspraak heeft verdeeldheid bestaan en die verdeeldheid heeft zich geuit in twee concepten van schade *par ricochet*, namelijk enerzijds als schade die persoonlijk is geleden door een slachtoffer *par ricochet* en dus als autonoom beschouwd wordt ten op zichte van de positie en de schade van de direct gekwetste, en anderzijds als schade die een reflectie vormt van de schade van de direct gekwetste.³¹¹ Deze tweedeling kan worden geïllustreerd door de veranderende rechtspraak over de aantasting van een *intérêt simple* en het vereiste van 'rechtskrenking'.

In 1863 deed het *Cour de Cassation* een principe-uitspraak over de kring van gerechtigden in overlijdensschadezaken:

*'Attendu, d'ailleurs, que article 1382 précité, en ordonnant, en termes absolus, la réparation de tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, ne limite en rien, ni la nature de fait dommageable, ni la nature du dommage éprouvé, ni la nature du lien qui doit unir, au cas décès, la victime de fait avec celui de ses ayants droit qui en demanderait la réparation.'*³¹²

Iedereen kon vergoeding vorderen van de schade die is ontstaan doordat een ander is overleden als maar was voldaan aan de vereisten van artikel 1382 CC. De vorderingsmogelijkheid van een derde werd niet bij voorbaat beperkt: noch in het licht van de aard van de schadeveroorzakende gebeurtenis, noch naar de aard van de schade,

309 Dupichot 1969, p. 7. Zie ook Viney en Jourdain 2006, p. 154-155.

310 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 301.

311 Viney en Jourdain 2006, p. 155.

312 Crim., 20 februari 1863, S.1863.1.321, rapport Nougier.

noch naar de aard van de rechtsverhouding tussen de direct gekwetste en de overige benadeelden. De aantasting van een belang, in de zin van *intérêt simple*, was voldoende voor een beroep op artikel 1382 CC.

In de jaren dertig van de 20^{ste} eeuw beperkten de civiele en strafkamer van het *Cour de Cassation* echter de kring van gerechtigden in het kader van het verhaal van materiële schade en de vergoeding voor immateriële schade.³¹³ Een aantasting van een belang, in de zin van een *simple intérêt*, was voortaan onvoldoende voor de vergoeding van de schade van het slachtoffer *par ricochet*. De rechtsverhouding tussen de direct gekwetste (de overledene) en de nabestaande werd doorslaggevend.³¹⁴ Er moest sprake zijn van een '*intérêt légitime*' tussen de gekwetste en de naaste, of een relatie die beschermd werd door het recht ('*juridiquement protégés*') (de rechtskrenking).³¹⁵ De nabestaande moest bijvoorbeeld onderhoudsgerechtigd zijn ten opzichte van de overledene.

Er zijn drie argumenten genoemd tegen dit uitgangspunt. Ten eerste 'past' de uitsluiting van personen met wie de overledene wel een emotionele, maar geen juridische band had niet in het kader van de verregaande rechtspraak van het *Cour de Cassation* over de vergoeding van affectieschade.³¹⁶ Ten tweede werd de uitsluiting van nabestaanden zonder familiale band met de overledene arbitrair en onjuist genoemd. Dallant betoogt dat het *Cour de Cassation* zich vooral liet leiden door zijn morele opvatting over het huwelijk.³¹⁷ Viney en Jourdain geven als voorbeeld de uitsluiting van personen die feitelijk de ouders van de overledene waren, maar geen juridische band hadden met de overledene. Zij werpen de vraag op waarom deze personen geen vorderingsrecht zouden mogen hebben.³¹⁸ Ten derde beoogde (en beoogt) artikel 1382 CC niet alleen *ex ante* beschreven (subjectieve) rechten te beschermen. Het artikel heeft een open karakter. Dit geldt zowel voor de kring van personen die een beroep hierop doen, als voor de schade die zij lijden.³¹⁹

In 1954 deed de strafkamer van het *Cour de Cassation* als eerste afstand van de beperkte opvatting.³²⁰ In 1970 nam de gemengde kamer van het *Cour de Cassation* in een principe-uitspraak een hiermee in lijn zijnde beslissing:

313 Crim., 13 februari 1937 en Civ., 27 juli 1937, *D.P.* 1938.I.5, noot Savatier. Uitgebreid hierover Vidal 1971, 2390.

314 Vidal 1971, 2390.

315 Zie hierover Viney en Jourdain 2006, p. 156; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 300-301. De term 'rechtskrenking' is afkomstig van Dirix 1984, p. 18 e.v.

316 Conclusie *Le Premier Avocat Général* Lindon voor Ch. Mixte, 27 februari 1970, *JCP* 1970.II.16305. Vgl. Obs. Parlange, wiens noot onder voornoemd arrest is gepubliceerd.

317 Noot R. Dallant na Civ., 27 juli 1937, *JCP* 1937.II.466.

318 Viney en Jourdain 2006, p. 157. Vgl. Mazeaud, Mazeaud en Tunc 1965, p. 371-372 en 377.

319 Obs. Parlange onder Ch. Mixte, 27 februari 1970, *JCP* 1970.II.16305. Vgl. Vidal 1971, no. 2390. Vidal stelt de vraag: '*Le dommage susceptible d'ouvrir un droit à réparation implique-t-il la lésion d'un droit subjectif ou celle d'un simple intérêt?*'

320 Hierover Viney en Jourdain 2006, p. 157.

‘Attendu que l'article 1382 du Code civil ordonnant que l'auteur de tout fait ayant causé un dommage à autrui sera tenu de le réparer n'exige pas, en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation.’³²¹

Een rechtsverhouding tussen de overledene en de nabestaanden is niet vereist.³²² Het slachtoffer *par ricochet* heeft een autonoom vorderingsrecht, onafhankelijk van de ernst van de schade van de direct gekwetste of de rechtsband die tussen beiden bestaat.³²³ Aangenomen wordt dat de schade van naasten moet worden vergoed zodra die schade zeker, persoonlijk en direct is.

Terug naar de concrete vereisten die thans worden gesteld. Het beschadigde belang of de schade mag niet 'onrechtmatig' (*illégitime*) zijn: in strijd met de wet, de openbare orde of goede zeden.³²⁴ De vordering van de concubine of een homoseksuele partner van de direct gekwetste werd voorheen met een beroep op dit artikel afgewezen. Daarin is echter verandering gekomen.³²⁵

Schade moet ook 'direct' zijn geleden. Volgens Lambert-Faivre en Porchy-Simon lijkt er een tegenstrijdigheid te bestaan tussen de begrippen '*caractère direct*' en '*dommage par ricochet*', omdat het laatste begrip de indruk wekt dat de schade indirect is.³²⁶ Zoals zij betogen, is dat uitsluitend het geval als de schade van de derde niet is veroorzaakt door de fout van de schadeveroorzaker, maar door een oorzaak die exterieur is aan het ongeval. Men kan hierbij denken aan een *ex ante* overeengekomen contractuele of reeds bestaande wettelijke verplichting tot betaling van de schade. Derden die dan schade lijden, zijn geen slachtoffers *par ricochet* en kunnen geen succesvol beroep doen op artikel 1382 CC.³²⁷

De schade moet bovendien zeker zijn, wat betekent dat het slachtoffer *par ricochet* moet hebben aangetoond dat hij door het letsel of overlijden van de direct gekwetste schade heeft geleden of waarschijnlijk zal gaan lijden. Le Tourneau spreekt over *préjudice actuel*, *préjudice virtuel* en *préjudice éventuel*. *Préjudice actuel* betreft reeds geleden schade en de vergoeding daarvan levert in beginsel weinig problemen op. Als het gaat over toekomstige schade is het verschil tussen *préjudice virtuel* (waarschijnlijke schade) en *préjudice éventuel* (enkel hypothetische schade, afhankelijk van

321 Ch. Mixte, 27 februari 1970, *JCP* 1970.II.156395, concl. Lindon; *JCP* 1970.II.16305, obs. Perlange; *RTD Civ.*, 1970, p. 353, obs. Durry; *D.*1970.201, noot Combaldieu; *Gaz. Pal.* 1970, 1, p. 163.

322 Hierover Chartier 1983, p. 248-249; Viney en Jourdain 2006, p. 158; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 301; Le Tourneau 2008, p. 448-449.

323 Viney en Jourdain 2006, p. 158. Zij wijzen op het arrest Ch. Mixte, 27 februari 1970, *JCP* 1970.II.156395, concl. Lindon; *JCP* 1970.II.16305, obs. Perlange; *RTD Civ.*, 1970, p. 353, obs. Durry; *D.*1970.201, noot Combaldieu.

324 Le Tourneau 2008, p. 427. Zie ook Terré, Simpler en Lequette 2009, p. 719-722. Daarvan moet volgens Le Tourneau onderscheiden worden de ontvankelijkheidseis uit artikel 31 van de *Code de procédure civile*, inhoudende: '*l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention.*'

325 Ch. Mixte, 27 februari 1970, *JCP* 1970.II.156395, concl. Lindon; *JCP* 1970.II.16305, obs. Perlange; *RTD Civ.*, 1970, p. 353, obs. Durry; *D.*1970.201, noot Combaldieu.

326 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 305.

327 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 305-306; Viney en Jourdain 2006, p. 166.

toekomstige ontwikkelingen of gebeurtenissen) van belang: het eerste wordt wel vergoed, het tweede niet.³²⁸ Volgens Lambert-Faivre en Porchy-Simon is dit het belangrijkste criterium om het indienen van een vordering te ontmoedigen.³²⁹ Dit vereiste beperkt het aantal slachtoffers *par ricochet*:

*‘Dans notre société de type industriel, urbain, constitué de familles conjugales voire monoparentales étroites dont les revenus sont essentiellement salariaux, le nombre des personnes qui peuvent prétendre tirer leurs moyens d’existence des ressources professionnelles du défunt est en fait très limité.’*³³⁰

Chartier merkt hetzelfde op voor morele schade.³³¹

Een discussiepunt voor de Fransen is het ontbreken van een objectief criterium voor de afbakening van de kring van gerechtigden van (bijvoorbeeld) de vergoeding voor affectieschade. Lambert-Faivre en Porchy-Simon stellen dat dit te verklaren is doordat besluitvorming over (onder andere) de zekerheid van de schade een beslissing is die is voorbehouden aan de feitenrechter en dus niet in cassatie kan worden getoetst.³³²

Ten slotte moet het slachtoffer *par ricochet* hebben aangetoond dat het persoonlijk schade heeft geleden. Dit vereiste heeft vooral betrekking op het onderscheid tussen de vordering van de nabestaanden enerzijds en die van de erfgenaam anderzijds.³³³ Hierover gaat hoofdstuk 5, paragraaf 6.5.

Volgens Viney en Jourdain heeft het *Cour de Cassation*, met het verlaten van de rechtspraak over het juridisch beschermd belang, de autonomie van de schade van het slachtoffer *par ricochet* ten opzichte van de onmiddellijke schade van de direct gekwetste bevestigd.³³⁴ Daardoor kan het onderscheid tussen de vordering van het slachtoffer *par ricochet* en de erfgenaam, worden verklaard.³³⁵ De autonomie van die vordering wordt benadrukt door de *Assemblée Plénière* van het *Cour de Cassation* met een oordeel uit 1990 dat slachtoffers *par ricochet*, ondanks de bijzondere vergoedingen van de *Code de sécurité sociale* (arbeidsongevallen), toch nog een beroep kunnen doen op het onrechtmatige daadsrecht ter verhaal van hun schade.³³⁶

328 Le Tourneau 2008, p. 431-432.

329 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 307.

330 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 307.

331 Chartier 1983, p. 255. Hierover ook Dupichot 1969, p. 8; Lambert-Faivre 1998, p. 559.

332 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 307.

333 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 301-305; Dupichot 1969, p. 4.

334 Viney en Jourdain 2006, p. 158. Zie ook Viney 1974, p. 3; Terré, Simpler en Lequette 2009, p. 894; Civ. 1^{er}, 28 oktober 2003, *RTD Civ.* 2004.96, chron. P. Jourdain, *D.*2004.233, noot Delebecque: de nabestaanden kunnen geen beroep doen op de overeenkomst tussen het reisbureau en de direct gekwetste, maar zij kunnen als slachtoffers *par ricochet* wel autonoom een beroep doen op het buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht.

335 Zie bijvoorbeeld Civ. 1^{er}, 9 januari 1973, *D.*1973.553, noot C.J. Berr en H. Groutel; 2^e Civ., 14 december 1981, *JCP* 1982.II.19874, obs. F. Chabas. Zie hoofdstuk 5, paragraaf 6.5.

336 Cass. Ass. Plén., 2 februari 1990, *RTD Civ.* 1990, Jur., p. 294-296, obs. P. Jourdain. Zie ook *JCP* 1990. II.21558, noot Y. Saint-Jours, *D.*1992.49, noot F. Chabas. Zie ook Soc., 10 oktober 1991, *D.*1992.212;

In het licht van het bovenstaande is de vraag of eigen schuld van de direct gekwetste kan doorwerken in de hoogte van de schadevergoedingverplichting tegenover de derde.³³⁷ Daarover bestond ook twijfel, maar daaraan is in 1981 een einde gemaakt door de *Assemblée Plénière* van het *Cour de Cassation*.³³⁸ Lambert Faivre en Porchy-Simon wijzen ook op hetgeen bepaald in de *Loi Badinter juillet 1985*: ‘*Le préjudice subi par un tiers du fait des dommages causés à la victime directe d’un accident de la circulation est réparé en tenant compte des limitations ou exclusions applicables à l’indemnisation de ces dommages*’.³³⁹ Deze regel wordt dus thans breed toegepast.

De rechtvaardiging hiervoor is dat de oorzaak van schade de ‘*dommage corporel initial*’ (de kwetsing) is.³⁴⁰ Jourdain spreekt daarom ook wel over de onvolmaaktheid van de autonomie van de schade *par ricochet*.³⁴¹ Delebecque meent zelfs dat schade *par ricochet* niet autonoom mag worden genoemd: ‘*il découle du préjudice immédiat. Il puise sa source dans le préjudice initial*’.³⁴² De schade heeft dezelfde oorsprong.³⁴³ Jourdain merkt echter op dat schade *par ricochet*, hoewel niet volledig autonoom in het licht van de oorzaak van de schade, wel verschillend in ‘doel’ is (‘*distincte par son objet*’).³⁴⁴

Hoewel het erop lijkt dat het Franse aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht coulant zijn wat betreft het vorderingsrecht van derden, merkt Jourdain op dat rechters dit type schade met voorzichtigheid benaderen omdat er soms twijfels zijn over het bestaan ervan.³⁴⁵ Slachtoffers *par ricochet* zijn meestal naasten. Op vorderingen van andere derden (werkgevers, schuldeisers) wordt terughoudend gereageerd, aldus Jourdain:

*‘Sans nier la possibilité de tels dommages, la jurisprudence ce montre cependant réticente à accorder une réparation à ces personnes, et rares sont finalement les indemnités allouées. Les tribunaux estiment généralement soit que le préjudice est trop hypothétique en l’espèce, soit que le lien de causalité est incertain.’*³⁴⁶

2^e Civ., 15 januari 1997, *D.*1997.320, noot Y. Saint-Jours.

337 Le Roy 2007, p. 99; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 300.

338 Ass. Plén., 19 juni 1981, *Gaz. Pal.* 1981.2.529, noot Boré.

339 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 325. Vgl. Viney en Jourdain 2006, p. 175-177. Zij wijzen er echter op dat de strafkamer van het *Cour de Cassation* deze redenering niet volgde. Uiteindelijk was een uitspraak van de gemengde kamer nodig om tot een eenduidig resultaat te komen.

340 Viney en Jourdain 2006, p. 156, p. 6; Jourdain 2007, p. 146; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 325; Terré, Simpler en Lequette 2009, p. 894-895.

341 Jourdain 2007, p. 146.

342 Delebecque 2004, p. 234.

343 Delebecque houdt zijn betoog over de mogelijkheid voor derden om hun vordering direct te baseren op niet-nakoming jegens de direct gekwetste, in plaats van het onrechtmatige daadsrecht. Hij wijst op de inconsistentie binnen dit leerstuk (transport wel, maar reisovereenkomst niet) en bepleit voor gelijkenschakeling: het slachtoffer *par ricochet* moet direct een beroep kunnen doen op niet-nakoming. Delebecque 2004, p. 236.

344 Jourdain 2007, p. 146.

345 Jourdain 2007, p. 124.

346 Jourdain 2007, p. 126.

Het Franse aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht bevinden zich in onrustig vaarwater. Er zijn recent vier hervormingsprojecten daarmee aan de slag gegaan.

Wat betreft het aansprakelijkheidsrecht kan worden gewezen op het ‘*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Article 1101 à 1386 du Code Civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code Civil)*’ (verder Avant-project).³⁴⁷ Viney en Durry hebben binnen dit project een werkgroep ‘*responsabilité civile*’ gevormd, bestaande uit vertegenwoordigers van zes universiteiten.³⁴⁸ Het doel was om zo veel mogelijk aansluiting te zoeken bij de *Code Civil*, de specifieke wetgeving op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht en de huidige stand van zaken binnen de jurisprudentie. Het ontwerp van het aansprakelijkheidsrecht is verdeeld in drie hoofdstukken: voorlopige opvattingen, een uitwerking van de vereisten van de verschillende vormen van aansprakelijkheid en een hoofdstuk over de gevolgen van de aansprakelijkheid.

Nieuw in het voorstel, in vergelijking met de huidige *Code Civil*, is dat de positie van slachtoffers *par ricochet* expliciet wordt geregeld. In artikel 1379, alinea 2 staat te lezen:

‘Les victimes par ricochet ont droit à la réparation de leurs préjudices économique consistant en des frais divers et pertes de revenus ainsi que le leurs préjudices personnel d’affection et d’accompagnement.’

Slachtoffers *par ricochet* kunnen dus vergoeding vorderen zowel van hun economische schade bestaande uit kosten en verliezen, als voor hun morele schade bestaande uit affectieschade en verlies van ‘gezelschap’. Gezien de wetsystematiek mag ervan worden uitgegaan dat aansprakelijkheid jegens het slachtoffer *par ricochet* reeds gevestigd moet zijn (artikel 1352).³⁴⁹

Het tweede initiatief is afkomstig van de werkgroep *Responsabilité civile*, als onderdeel van de Commissie constitutioneel recht, wetgeving, kiesrecht, regelgeving en administratie. Het *Rapport d’information* is afkomstig van senatoren Anziani en Béteille en is openbaar gemaakt op 15 juli 2009. Zij doen 28 aanbevelingen voor hervorming. In tegenstelling tot het Avant-project komen Anziani en Béteille dus niet tot een concreet voorstel van wet.

347 Catala verwoordt de uitkomst van het ontwerp in vijf steekzinnen. Ten eerste zorgt het ontwerp voor een completer civiel recht, losgemaakt van franjes. Ten tweede is het moderner, maar zonder het verleden te verloochenen. Verder is het efficiënter – doeltreffender – maar strevend naar (contractuele) rechtvaardigheid. Er wordt aansluiting gezocht bij de huidige status quo binnen de jurisprudentie en doctrine. Maar ook wordt aansluiting gezocht bij Europese beginselen en regelgeving, Catala 2005, p. 6. Zie ook Catala 2006, nr. 1, p. 11.

348 Catala 2005, p. 3.

349 Dit artikel biedt de basis voor buitencontractuele aansprakelijkheid voor eigen gedrag.

Anziani en Béteille adviseren om een *normclature* te introduceren wat betreft de schade en de personen die schade lijden. Daarbij wordt aansluiting gezocht bij de indeling van de werkgroep van Dintilhac, waarover in het onderstaande meer. Thans moet nog opgemerkt worden dat ook een definitie van het begrip ‘slachtoffers *par ricochet*’ wordt gegeven:

‘Ensemble des préjudices subis par des personnes liées à la victime direct du dommage en vertu d’un lien d’affection (conjoint, concubine, parents ou enfants) ou d’un lien professionnel (employeur, salarié ou associé).’³⁵⁰

Slachtoffers *par ricochet* zijn dus, volgens Anziani en Béteille, personen met een relatie met de direct gekwetste, die kan bestaan uit een affectieve relatie of een professionele relatie.

Er zijn ook twee rapporten verschenen die expliciet gaan over de verbetering van het schadevergoedingsrecht. Het eerste rapport is tot stand gekomen onder leiding van Lambert-Faivre: in 2002 is een werkgroep aan de slag gegaan met het Franse schadevergoedingsrecht in geval van *préjudice corporel*.³⁵¹ Zij kregen het verzoek van het *Conseil National de l’Aide aux victimes* om te komen tot een heldere categorisering van de verschillende schadeposten in personenschadezaken en om tot een harmonisatie van vergoedingen te komen (*un barème indicatif national*). Er worden drie verschillen genoemd:

- het verschil tussen de schade van ‘*la victime directe*’ en ‘*des victimes par ricochet*’;
- het verschil tussen ‘*les préjudices des économiques patrimoniaux*’ en ‘*les préjudices non-économiques personnels*’; en
- het verschil tussen ‘*les préjudices temporaires*’ en ‘*les préjudices permanents*.’³⁵²

Hier wordt uitsluitend ingegaan op de schade van het slachtoffer *par ricochet*. De werkgroep maakt een onderscheid tussen vijf schadeposten van deze benadeelden: drie economische schadeposten en twee niet-economische. Het eerste economische verlies dat wordt genoemd, zijn de kosten van de uitvaart, de begrafenis en het graf. Verder worden de ‘andere kosten’ genoemd, waaronder de werkgroep verstaat de extra kosten die zijn gemaakt door *les proches* (de naasten) voor vakanties, transport en hotels tijdens de periode waarin de direct gekwetste ernstig ziek was (*la maladie traumatique*) of tijdens diens sterfbed (*à l’occasion du décès de la victime directe*). De derde economische schadepost die de werkgroep noemt, zijn de geleden verliezen: het verlies van middelen (*les pertes de ressources*). Hieronder wordt verstaan het verlies van inkomsten door de echtgenoot of echtgenote en de kinderen als de direct

350 Anziani en Béteille 2009, p. 117.

351 De werkgroep rapporteerde in 2003: *Rapport sur l’indemnisation du dommage corporel* (verder: Lambert-Faivre 2003).

352 Lambert-Faivre 2003, p. 16.

gekwetste ernstig gewond is geraakt of is overleden.³⁵³ De twee niet-economische schadeposten die worden genoemd zijn: *le préjudice d'accompagnement* en *le préjudice d'affection*. Met *le préjudice d'accompagnement* worden de moeilijkheden bedoeld die worden ervaren door een naaste die de direct gekwetste steun en liefde biedt door zijn aanwezigheid. Die moeilijkheden doen zich voor door het samenleven met de direct gekwetste, of door de ziekenhuisbezoeken. Deze schade moet concreet worden geleden, '*et ne doit pas devenir une revendication théorique des proches de la victime.*' Volgens de werkgroep heeft het begrenzingscriterium niets te maken met juridische verwantschap, maar met de gemeenschap waarin de direct gekwetste leeft met de naaste.³⁵⁴ De andere niet-economische schadepost die wordt genoemd is *la préjudice d'affection*: een vergoeding voor het verlies van een dierbare. In beginsel kan (bij bewijs van dit type schade) een vergoeding worden toegekend aan naaste verwanten.³⁵⁵

Onder leiding van Dintilhac, raadsheer van het *Cour de Cassation*, is een laatste hier te bespreken rapport geschreven, met als doel om een categorisering van schadeposten te maken in geval van personenschade. Er is een verdeling gemaakt in twee 'hoofdcategorieën': *préjudices patrimoniaux* en *extrapatrimoniaux*.³⁵⁶ Een onderscheid wordt gemaakt tussen *victimes direct* en *victimes indirect* en die laatsten worden ook wel slachtoffers *par ricochet* genoemd. Dit rapport noemt vijf schadeposten van slachtoffers *par ricochet*. In geval van overlijden zijn dat de kosten van de begrafenis (*frais d'obsèques*), het verlies van inkomsten en een restcategorie waaronder verschillende kosten vallen, zoals reiskosten, overnachtingkosten en kosten voor catering.³⁵⁷ *Préjudice d'accompagnement* en *préjudice d'affection* worden als *préjudices extrapatrimoniaux* genoemd.³⁵⁸ In geval van letsel worden de volgende schadeposten onderscheiden: het verlies van inkomen van naasten vanwege het letsel van de direct gekwetste en wederom wordt een restcategorie genoemd ter vergoeding van bijvoorbeeld de kosten van reizen, overnachtingen en catering. Als vergoedbare *préjudices extrapatrimoniaux* worden genoemd: *préjudice d'affection* en *préjudices extra-patrimoniaux exceptionnels*. Deze laatste schadepost heeft betrekking op de ingrijpende verandering in het gezinsleven en eventueel ook het seksleven van de naaste.³⁵⁹

De verschillen tussen de twee laatstgenoemde rapporten worden nader belicht in de navolgende hoofdstukken.

353 Lambert-Faivre 2003, p. 26-27.

354 Lambert-Faivre 2003, p. 27.

355 Lambert-Faivre 2003, p. 28.

356 Zie hierover Dintilhac 2005, p. 1-6.

357 Dintilhac 2005, p. 42-43.

358 Dintilhac 2005, p. 43-44. Zie ook hoofdstuk 7, paragraaf 2.5.

359 Dintilhac 2005, p. 44-46.

6. Een eerste vergelijking en conclusie

Het doel van dit hoofdstuk was om een introductie te geven in de te analyseren rechtssystemen: het Nederlandse, Duitse, Engelse en Franse rechtssysteem. Drie onderwerpen zijn aan de orde gekomen, te weten het onrechtmatige daadsrecht, het schadevergoedingsrecht en de positie van derden daarbinnen. In deze conclusie wordt vooral ingegaan op de positie van derden.

De schade van derden in personenschadezaken bestaat meestal uit zuivere vermogensschade: zij zijn vaak niet zelf gekwetst, maar ondervinden financieel nadeel door de kwetsing van een ander. Hoewel naar Nederlands recht in beginsel geen obstakels bestaan ten opzichte van de aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade, zijn de vorderingsmogelijkheden voor derden beperkt. Dat komt door de exclusieve werking die van oudsher uitgaat van de artikelen 1406 en 1407 Oud BW en tegenwoordig van de artikelen 6:107 en 6:108 BW. Deze bijzondere bepalingen derogeren aan het onrechtmatige daadsrecht.³⁶⁰ Dit betreft de situaties waarin de schade van de derde is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. De vorderingsrechten zijn afgeleid van aard, wat betekent dat de grondslag voor het vorderingsrecht van de derde wordt gevonden in de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste.

In theorie neemt Nederland met dit systeem een uitzonderlijke positie in: naar Duits, Engels en Frans recht gaat geen exclusieve werking uit van bijzondere verhaalsrechten voor derden (voor zover die bestaan in die stelsels). Het dichtst bij de werking van het Nederlandse recht komt het Engelse recht. Dat komt niet doordat de FAA 1976 (waarin een vorderingsrecht voor nabestaanden is opgenomen) exclusief werkt, maar omdat naar *common law* grote terughoudendheid bestaat ten opzichte van de aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade. Zo is in letselschadezaken geoordeeld dat naasten geen eigen vorderingsrecht hebben op grond van *negligence*, omdat er geen *duty of care* bestaat ten opzichte van hen en hun schade. In overlijdensschadezaken heeft de terughoudendheid niet zozeer te maken met het idee dat zuivere vermogensschade minder snel wordt beschermd, maar met een precedent dat stamt uit 1806: de mogelijkheid tot het vorderen van vergoeding eindigt op het moment van iemands overlijden. Er is kritiek geuit op de interpretatie die aan dit arrest is gegeven, maar het *House of Lords* (thans: het *Supreme Court*) houdt hieraan vast. De *Fatal Accidents Act* (thans: 1976) is in 1846 geïntroduceerd om de leemte met betrekking tot de vorderingsmogelijkheden voor nabestaanden te vullen. In letselschadezaken is een naaste vooralsnog afhankelijk van de direct gekwetste ter verhaal van zijn schade.

Het Duitse recht is vergelijkbaar met het Nederlandse recht wat betreft de aanwezigheid van een bijzondere regeling waarin afgeleide vorderingsrechten zijn opgenomen

³⁶⁰ Door de plaatsing van beide artikelen in het schadevergoedingsrecht derogeren deze bepalingen ook aan de mogelijkheid van aansprakelijkheid bij aanwezigheid van een contractuele verhouding en bij vestiging van aansprakelijkheid op grond van een risicoaansprakelijkheid. Zie anders voor wat betreft de contractuele mogelijkheid tot schadevergoeding voor derden Vranken 2001.

voor naasten (§§ 844 en 845 BGB). Dat systeem derogeeft echter *niet* aan het onrechtmatige daadsrecht. De reden die Wagner daarvoor geeft is dat het feit dat de wetgever een afgeleid vorderingsrecht heeft gegeven aan een gelimiteerde groep naasten niets zegt over of die naasten beschermd zouden moeten worden door het onrechtmatige daadsrecht als zij in een van hun beschermde belangen (van § 823 I BGB) zijn aangetast. De werking van het Duitse onrechtmatige daadsrecht moet worden uitgelegd. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen vestiging van aansprakelijkheid en omvang van aansprakelijkheid. In het onrechtmatige daadsrecht biedt § 823 I BGB bescherming tegen de doorkruising van een aantal rechtsbelangen waaronder leven en gezondheid. Als een derde in zijn gezondheid wordt aangetast, is het mogelijk dat het onrechtmatige daadsrecht bescherming biedt in de vorm van een recht op volledige schadevergoeding. § 823 I BGB biedt echter in beginsel geen bescherming bij zuivere vermogensschade. Dat betekent dat vele derden geen recht op vergoeding kunnen ontlenen aan deze bepaling. Anders is dat als een wettelijke norm beoogt hun belangen te beschermen (§ 823 II BGB) of als er tegenover hen opzettelijk in strijd is gehandeld met de goede zeden (§ 826 BGB). Daarvan zal echter veelal geen sprake zijn in een klassieke ongevalsituatie. Om te voorkomen dat naasten met lege handen zouden achterblijven als de gekwetste overlijdt, zijn de bijzondere vorderingsrechten van de §§ 844 en 845 BGB gecreëerd. Die bepalingen werken echter niet exclusief. Dat heeft als voordeel voor naasten dat minder (doorslaggevende) betekenis wordt toegekend aan de oorzaak van hun schade. Een voorbeeld hiervan biedt de Duitse shockschadevordering: indien naasten geestelijk letsel hebben opgelopen, kunnen zij een beroep doen op § 823 I BGB, ook als dat geestelijk letsel is veroorzaakt door het overlijden van een ander.

Het Franse recht lijkt op het eerste gezicht het verst af te staan van het Nederlandse, Duitse en Engelse recht. Er bestaat geen bijzondere regeling voor naasten die derogeeft aan het onrechtmatige daadsrecht, er bestaat geen relativiteitsvereiste en er wordt in beginsel wel vergoeding voor zuivere vermogensschade gegeven. Er is daarom in de literatuur opgemerkt dat het Franse recht niet zoekt naar uitbreiding van vorderingsmogelijkheden voor derden, maar naar de wijze van beperking daarvan. Wat betreft de vorderingsmogelijkheden voor naasten heeft het onrechtmatige daadsrecht een ontwikkeling doorgemaakt in de 20^{ste} eeuw. Het uitgangspunt was dat eenieder die kon aantonen dat zijn schade direct, zeker en persoonlijk was geleden en bovendien niet in strijd was met het recht (*intérêt légitime*), een succesvol beroep zou kunnen doen op het algemeen onrechtmatige daadsrecht, met dien verstande dat er ook sprake was van een *faute* en van een direct en zeker causaal verband tussen de fout en de schade. Er golden geen 'extra' vereisten; de schending van een *intérêt simple* was voldoende. In de jaren dertig is daarin echter verandering gekomen. Het *Cour de Cassation* oordeelde dat nodig was dat er een beschermd rechtsbelang van de derde was aangetast. De kring van gerechtigden werd beperkt tot hoofdzakelijk ouders, kinderen en de echtgenoot van de direct gekwetste. Op deze manier werden de verloofde en niet-gehuwde partners uitgesloten van de kring van gerechtigden. In de

jaren zeventig is echter definitief verandering gekomen in dit uitgangspunt. Er wordt teruggekeerd naar het idee van *intérêt simple*. Dat betekent echter niet dat eenieder een succesvol beroep heeft op het onrechtmatige daadsrecht. De afbakening van het vorderingsrecht vindt thans vooral plaats door middel van het schadebegrip en, zij het in mindere mate, het causaal verband. In de literatuur is betoogd dat terughoudend wordt gereageerd op vorderingen van derden, vooral als dat vorderingen betreft van anderen dan naasten.

De achtergrond van de werking van de genoemde rechtssystemen is anders. In alle systemen lijkt tot op zekere hoogte terughoudendheid te bestaan ten opzichte van de vergoeding van schade van derden via het onrechtmatige daadsrecht. De vrees voor een te verregaande uitbreiding van aansprakelijkheid en het mogelijke domino-effect dat kan uitgaan van de vergoeding van schade van een derde worden als redenen genoemd.

4 ARTIKEL 6:107 BW: VERGOEDING VAN MATERIËLE SCHADE VAN NAASTEN VEROORZAAKT DOOR HET LETSEL VAN EEN ANDER

1. Inleiding

Als iemand letsel heeft opgelopen, dan is het waarschijnlijk dat personen in zijn of haar directe leefomgeving (naasten) daarvan last ondervinden, in welke vorm dan ook: emotioneel of financieel. Denk bijvoorbeeld aan de feiten uit het *Johanna Kruidhof*-arrest: beide ouders besteden hun tijd aan de verpleging van hun verwonde dochter. Daardoor worden kosten van professionele hulp bespaard, maar verliezen zij tijd voor andere activiteiten en worden zij bovendien iedere dag geconfronteerd met het letsel van hun dochter.¹ De vraag is waarom en in hoeverre een vergoeding voor die lasten zou moeten worden gegeven.

Het doel van dit hoofdstuk is om een beschrijving te geven van de stand van zaken (en de argumenten daarvoor) van de vergoedingsmogelijkheden voor naasten bij letsel wat betreft hun materiële schade veroorzaakt door het letsel van de direct gekwetste. Met naasten bedoel ik bijvoorbeeld: de partner, gezinsleden, familie en vrienden.² Naar Nederlands recht wordt dit vraagstuk beheerst door het afgeleide vorderingsrecht uit artikel 6:107 BW; het gaat dan over materiële schade veroorzaakt door het letsel van een ander en die bovendien niet voortvloeit uit eigen geestelijk letsel.

De achtergrond van de werking van artikel 6:107 BW is reeds in hoofdstuk 1 (paragraaf 2) en hoofdstuk 3 (paragraaf 2.3) aan de orde gekomen. Dit hoofdstuk gaat over de interpretatie van en discussie over dit artikel. De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Gestart wordt met de verplaatsing van concrete kosten naar de naaste (paragraaf 2). Vervolgens wordt aandacht besteed aan verplaatsing van schade 'in natura': de naaste verzorgt de direct gekwetste in plaats van een professionele hulpverlener in te huren. Paragraaf 3 gaat over de criteria voor vergoeding en de begroting daarvan. In paragraaf 4 komt de vergoeding van de bezoekkosten van naasten aan de orde. In paragraaf 5 wordt een conclusie gegeven.

1 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen.

2 Dit is een werkdefinitie; een omlijning van de typen naasten die mijns inziens een vorderingsrecht zouden moeten hebben, wordt gegeven in hoofdstuk 9, paragraaf 3.2.2

2. Vergoeding van concrete kosten van naasten

2.1 Inleiding

Deze paragraaf gaat over de vergoeding van concrete kosten die naasten maken ten gunste van de direct gekwetste. Meestal zal sprake zijn van kosten die zich van de direct gekwetste verplaatsen naar een naaste, zoals medische kosten en kosten van de aanpassing van een woning. Gestart wordt met het Nederlandse recht, waarna aandacht wordt besteed aan het Duitse, Engelse en Franse recht.

2.2 Nederland: eigen vorderingsrecht

Concrete kosten die naasten maken ten gunste van het herstel worden vergoed aan die naasten krachtens artikel 6:107 BW.³ Het moet dan wel gaan om 'verplaatste schade' van de direct gekwetste, wat betekent dat als de direct gekwetste zelf de kosten zou hebben gemaakt hij daarvoor een vergoeding zou hebben ontvangen.⁴ Als rechtvaardiging noemde de wetgever dat de vergoeding van verplaatste schade de aansprakelijkheid niet verhoogt en dat vanwege het vorderingsrecht de derde zich niet hoeft te laten weerhouden om kosten te maken ten gunste van de gekwetste.⁵

Het vorderingsrecht is op twee manieren beperkt. Ten eerste moet het gaan om kosten die een derde (anders dan verzekeraar) ten behoeve van de direct gekwetste heeft gemaakt. Daaruit lijkt voort te vloeien dat het gaat om de reeds gemaakte kosten van een derde en niet om de toekomstige kosten.⁶ Lindenbergh toont zich voorstander van deze beperking, omdat de toekomst altijd onzeker is: 'afgewacht [moet maar worden] of deze vergoeding daadwerkelijk aan de benadeelde ten goede komt.'⁷

De tweede beperking ligt verscholen in de woorden 'zo hij [de direct gekwetste, RR] ze zelf zou hebben gemaakt, van die ander had kunnen vorderen.' Dit impliceert dat de derde op twee manieren 'afhankelijk' is van de positie van de direct gekwetste: zowel wat betreft zijn vorderingsmogelijkheid, als wat betreft de omvang van de vordering.⁸ De hypothetische schade van de direct gekwetste is namelijk het uitgangspunt.

3 De tekst van art. 6:107 BW dwingt niet tot de conclusie dat alleen naasten daarop succesvol een beroep kunnen doen. De Rb. 's Hertogenbosch oordeelt echter in 2008 dat de belangenbehartigers geen recht op vergoeding kunnen ontleen aan art. 6:107 BW. Een vergoeding werd gevorderd voor de kosten die zij ten gunste van de procesvoering van de gekwetste hadden gemaakt. De rechtbank beroept zich terecht op de Parlementaire Geschiedenis, Rb. 's Hertogenbosch 19 maart 2008, L/JN BC8656. Mijns inziens is het niet de bedoeling van de wetgever geweest dat, bij afwezigheid van een bijzonder verhaalsrecht, art. 6:107 BW als vangnet zou kunnen worden gebruikt. Art. 6:107 BW moet in de context van art. 1407 Oud BW worden geplaatst: het werd als onwenselijk beschouwd dat (vooral) medische kosten die naasten maakten ten gunste van de gekwetste niet vergoed zouden worden. Een werkgever kan wel vergoeding vorderen op grond van art. 6:107 BW als hij de herstelkosten van de gekwetste heeft betaald, zie Rb. Rotterdam 21 november 2007, NJF 2008, 66.

4 Over de term 'verplaatste schade' zie Bloembergen 1965, p. 241 e.v.

5 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1288.

6 Vgl. Lindenbergh 2006a, p. 108-109.

7 Lindenbergh 2006a, p. 109.

8 Knol 1986, p. 16; S.D. Lindenbergh in zijn noot bij HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, NTBR 1999, p. 229 (Johanna Kruidhof). Lindenbergh spreekt ook wel over een sterke verbondenheid tussen het

Volgens Bloembergen blijft het gevaar voor een lawine aan aanspraken in dit geval uit, omdat uitsluitend de persoon naar wie de schade zich heeft verplaatst een vorderingsrecht toekomt. Bovendien wordt de aansprakelijke niet onevenredig zwaar belast.⁹ Het zou ook niet redelijk zijn als de gedaagde vrijuit gaat als schade min of meer toevallig verplaatst wordt naar een derde. Het zou de aansprakelijke een 'niet te motiveren buitenkansje opleveren'.¹⁰ Met andere woorden, de aansprakelijke partij mag niet profiteren van hulp van derden.

Engelhard rechtvaardigt het vorderingsrecht in iets andere zin: 'nadelige consequenties van het ongeval moeten voor rekening komen van degene die daarvan een verwijt treft'.¹¹ De functie van artikel 6:107 en 107a BW is vergelijkbaar met de functie van een regresrecht: de bepalingen zorgen ervoor dat 'de schade alsnog bij de schadeveroorzaker (diens WA-verzekeraar) komt te rusten'.¹²

Verder zou het volgens Bloembergen niet redelijk zijn om de degene naar wie de schade is verplaatst in een minder gunstige verhaalspositie te plaatsen dan de direct gekwetste: 'het gaat hier steeds om dezelfde schade en waarom zou de een daarvan nu wel en de ander niet vergoeding mogen vragen?'¹³ Volgens hem mocht de oplossing niet gevonden worden in een vorderingsrecht voor de gekwetste. Door die oplossing zou de direct gekwetste een vergoeding ontvangen van schade die hij niet heeft geleden.¹⁴ Bovendien zou de direct gekwetste dan voor reeds (door een derde) 'vergoede' schade nogmaals vergoeding ontvangen.¹⁵ Verder vereenvoudigt een zelfstandig vorderingsrecht voor derden de schadeafwikkeling.¹⁶

Gediscussieerd kan worden over de vraag of artikel 6:107 BW louter gaat over de positie van derden of ook over de positie van direct gekwetsten.¹⁷ Hoewel in artikel 6:107 BW de direct gekwetste wordt genoemd als persoon die bij letsel schadevergoeding kan vorderen, heeft artikel 6:107 BW mijns inziens vooral praktische betekenis voor de positie van derden. De positie van de direct gekwetste wordt namelijk geregeld door andere bepalingen, zoals de artikelen 6:162, 6:74 BW et cetera.¹⁸

2.3 Duitsland: geen eigen vorderingsrecht, wel vergoeding

§ 249 II BGB gaat over de herstelkosten bij letsel. De direct gekwetste kan daarvan vergoeding vorderen. In het BGB staan geen bepalingen over de vergoeding van verplaatste schade vanwege letsel.

vorderingsrecht uit art. 6:107 BW en het recht van de benadeelde, Lindenbergh 2006a, p. 106.

9 Bloembergen 1965, p. 248. Vgl. Spier, in: Bolt en Spier 1996, p. 362.

10 Bloembergen 1965, p. 249.

11 Engelhard 2003, p. 21.

12 Engelhard 2003, p. 26.

13 Bloembergen 1965, p. 249.

14 Bloembergen 1965, p. 290.

15 Bloembergen 1965, p. 291.

16 Bloembergen 1965, p. 249.

17 Knol 1985, p. 265.

18 Vgl. Knol 1986, p. 16.

Als een derde de direct gekwetste helpt bij het herstel, dan kan de aansprakelijke daarvan echter niet profiteren gezien de inhoud van § 843 IV BGB: ‘*Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat.*’ Volgens Stoll wordt de schade van de derde via de vordering van de direct gekwetste vergoed, als de hulp nodig (*erforderlich*) en passend (*angemessen*) is.¹⁹ Dit zijn dus dezelfde vereisten als wanneer de direct gekwetste zelf de schade lijdt.²⁰ De direct gekwetste heeft geen verplichting om de vergoeding uit te betalen aan de naaste.

2.4 Engeland: geen eigen vorderingsrecht, wel vergoeding

McGregor leert dat het voorheen onmogelijk was voor de direct gekwetste om verhaal te nemen van schade die was verplaatst naar een private persoon die een verplichting had om hem of haar bij te staan. De echtgenoot, maar ook de ouder of werkgever, had een eigen vorderingsrecht: *actio per quod consortium et servitium amisit*. Inmiddels, zo stelt McGregor, oordelen de rechters anders: de direct gekwetste heeft zelf een vorderingsrecht ter verhaal van die kosten.²¹

Er vindt dus geen vermindering van het schadevergoedingsbedrag plaats als derden vrijwillig de medische kosten betalen voor de direct gekwetste (*gratuitously payments*). Dit geldt niet alleen voor naasten, maar ook voor vrijwillige betalingen door andere individuen, bedrijven of liefdadigheidsorganisaties, aldus McGregor.²² Het maakt bovendien niet uit of het specifiek medische kosten betreft of dat het bedrag is gegeven ter verlaging van ook andere materiële schade. In *Burton v. Kingsbury* kent de rechter bijvoorbeeld een vergoeding toe voor de rijlessen van de moeder van de gekwetste die zij heeft moeten nemen in verband met het letsel.²³

Volgens McGregor is onduidelijk of de direct gekwetste het bedrag in *trust* moet houden voor de derde. McGregor lijkt hiervan geen voorstander: ‘*Once again our hope is that the result in Hunt v. Severs [waarin de trust-constructie is toegepast, RR] will not be pushed to this unfortunate extreme.*’²⁴

2.5 Frankrijk: eigen vorderingsrecht

Vergoeding van concrete kosten van naasten die vrijwillig worden gemaakt ten behoeve van het herstel van de direct gekwetste is mogelijk.²⁵ Denk hierbij aan medische kosten en paramedische kosten gemaakt door naasten, omdat de direct ge-

19 Stoll 1993, p. 455 en 459.

20 MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RdNr 82, p. 2602.

21 McGregor 2009, p. 1430. Zie ook Bona, Mead en Lindenbergh 2005, p. 69-93; Van Dam, in: Van Dam, Engelhard en Giesen 2007, p. 71-82.

22 McGregor 2009, p. 1430.

23 2007 WL 2573903.

24 McGregor 2009, p. 1431.

25 Chartier 1983, p. 241; Jourdain 2007, p. 125.

kwetste hun kind is of afhankelijk is van hen.²⁶ Het uitgangspunt is dat de kosten nodig waren (*nécessité*) vanwege het ontstane letsel. Ook kosten voor de (noodzakelijke) (her)inrichting of aanpassing van een huis zijn vergoedbaar.²⁷ Zowel Groutel als Jourdain is van mening dat deze vergoeding past in de idee van *réparation intégrale*.²⁸

Het is volgens Chartier onzeker of de kosten van ouders veroorzaakt door studievertraging vanwege de verwonding van een kind vergoedbaar zijn. Hij wijst op een uitspraak van het T.G.I. Nice waarin een dergelijke vordering is afgewezen. Opgemerkt wordt dat deze vordering daar werd afgewezen, omdat een vergoeding van deze kosten reeds was toegekend bij de beoordeling van de schade van het kind.²⁹

Een laatste schadepost, genoemd door Viney en Jourdain, betreft de onderbreking van de financiële steun door de direct gekwetste. Volgens hen wordt zelden een vergoeding gegeven van deze schadepost van naasten, omdat deze dezelfde is als die van de direct gekwetste (inkomensderving) en dus al is vergoed.³⁰

De kosten moeten daadwerkelijk zijn gemaakt.³¹ Zowel de direct gekwetste als de naaste die de kosten in concreto betaalt, kan een vergoeding vorderen.³² Als het slachtoffer *par ricochet* vergoeding vordert voor deze kostenpost, dan verliest de direct gekwetste dit vorderingsrecht en vice versa.³³

Anders is dit volgens Jourdain als de wet voorziet in een bijzonder regresrecht (*recours subrogatoire*). Denk hierbij aan hetgeen bepaald is in artikel 29 e.v. in de *Loi du 5 juillet 1985 (Loi Badinter)*. Dan gaat het vorderingsrecht wel direct over van de direct gekwetste op de betalende derde. Dat is dus niet het geval als het gaat over louter vrijwillige betalingen.³⁴

Zoals reeds in hoofdstuk 3, paragraaf 5.3 aan de orde kwam, werkt de eigen schuld van de direct gekwetste door in de hoogte van de vergoedingsplicht tegenover de naaste.

26 Le Roy 2007, p. 65.

27 Zie bijvoorbeeld C. Parijs (17e ch.), 28 oktober 2002, in: Moore 2005, nr. 323, p. 218; 2e Civ., 8 juli 2004, *Resp. Civ. et Assur.* 2004.comm.328, noot H. Groutel, *RTD Civ.* 2004, chron., p. 739, P. Jourdain (02-14854). Zie ook Delebecque en Jourdain 2005, p. 190 (door Jourdain).

28 2e Civ., 8 juli 2004, *Resp. Civ. et Assur.* 2004.comm.328, noot H. Groutel. Vgl. *RTD Civ.* 2004, chron., p. 739, P. Jourdain (02-14854). Hij maakt een vergelijking met de vergoeding voor hulp door naasten; ook in die situaties wordt het voordeel voor de direct gekwetste niet in mindering gebracht op het schadevergoedingsbedrag (p. 16-17).

29 Chartier 1983, p. 241; Le Roy 2007, p. 66.

30 Viney en Jourdain 2006, p. 167. Zie expliciet Crim., 12 april 1994, *Bull. crim.* 1994, nr. 146 (93-82579).

31 Zie 2^e Civ., 8 juli 2004, *RTD Civ.* 2004, chron., p. 739, P. Jourdain.

32 Viney en Jourdain 2001, p. 209. Zie bijv. 2^e Civ., 19 maart 1997, *Bull. Civ. II* 1997, nr. 87 (vordering naaste); 2^e Civ., 8 juli 2004, *Resp. Civ. et Assur.* 2004.comm.328, noot H. Groutel (02-14854), *RTD Civ.* 2004, chron., p. 739, P. Jourdain (vordering direct gekwetste).

33 2^e Civ., 8 juli 2004, *Resp. Civ. et Assur.* 2004.comm.328, noot H. Groutel. Vgl. *RTD Civ.* 2004, chron., p. 739, P. Jourdain (02-14854).

34 *RTD Civ.* 2004, chron., p. 739, P. Jourdain.

2.6 Tussenconclusie

Als concrete kosten worden gemaakt ten gunste van de direct gekwetste door naasten en die kosten waren redelijkerwijs nodig voor zijn herstel, dan worden die vergoed. In Nederland wordt dit expliciet door het gebruik van de term verplaatste schade: het moet gaan over schade die verplaatst is van de direct gekwetste naar de naaste. Aangenomen wordt dat aansprakelijkheid zich zo niet uitbreidt. In Duitsland wordt betoogd dat de aansprakelijke niet mag profiteren van de vrijwillige betalingen van naasten. Naar Frans recht wordt gesproken van het recht op volledige schadevergoeding (*réparation intégrale*).

Wat anders is in Nederland en Frankrijk enerzijds, en Duitsland en Engeland anderzijds, is de persoon die het vorderingsrecht heeft ter verhaal van die concrete kosten. Naar Nederlands en Frans recht kan de naaste zelf vergoeding vorderen van zijn schade, terwijl de naaste naar Duits en Engels recht een vergoeding moet ontvangen voor zijn schade via het vorderingsrecht van de direct gekwetste. Naar Duits recht heeft de gekwetste bovendien geen (persoonlijke) verplichting om het vergoedingsbedrag uit te keren. Naar Engels recht is dat (waarschijnlijk) anders.

Begrijpelijk is de conclusie dat naasten geen eigen vorderingsrecht hebben als het gaat over toekomstige concrete kosten: het gaat dan over schade van de direct gekwetste die mogelijkterwijs gedragen *zal gaan worden* door een naaste. Maar dat is anders als het gaat over reeds gemaakte kosten. Door vergoeding daarvan toe te kennen aan de gekwetste, zonder terugbetalingsverplichting, kan zich de situatie voordoen dat hij ‘dubbel’ wordt vergoed. Bovendien is hij niet de concrete schadelijder. Dat rechtvaardigt dat, zoals naar Nederlands recht het geval is, er een afgeleid vorderingsrecht bestaat voor kosten die naasten maken ten gunste van de gekwetste.

3. Vergoeding van schade veroorzaakt door inspanningen van naasten

3.1 Inleiding

Een naaste kan in natura voorzien in de hulpbehoefte van de direct gekwetste. Men kan hierbij denken aan verpleging en verzorging door ouders of aan hulp in en om het huis. In het ene geval voorziet de naaste in een behoefte aan zorg veroorzaakt door het ongeval (verpleging en verzorging) en in het andere geval neemt de naasten taken over van de direct gekwetste die hij door zijn letsel zelf niet meer kan uitoefenen (verlies arbeidsvermogen: huishoudelijke hulp en zelfwerkzaamheid).³⁵

In het onderstaande worden de twee ‘typen’ hulp, verpleging en huishoudelijke hulp, apart behandeld, omdat naar Engels en Frans recht een onderscheid wordt gemaakt in de vergoedbaarheid daarvan. Gestart wordt met de schade door verpleging en verzorging.

35 Vgl. Noot S.D. Lindenbergh bij HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (*Johanna Kruidhof*), NTBR 1999, p. 230; Lindenbergh en Van der Zalm 2009, p. 146-147.

3.2 Verpleging en verzorging door naasten

3.2.1 Nederland: het moet normaal en gebruikelijk zijn om professionele hulp in te huren

Het *Johanna Kruidhof*- en het *Krüter*-arrest zijn richtinggevende arresten als het gaat over de mogelijkheid tot vergoeding van nadeel veroorzaakt door de verpleging en verzorging.

Johanna Kruidhof is elf jaar als zij tijdens een koffie- en theedienst op school zware brandwonden oploopt. De gemeente is voor haar schade aansprakelijk gesteld. De rechtsvraag die in cassatie voorligt, is of een vergoeding toegekend kan worden voor de schade van de ouders, bestaande uit het verlies van vakantiedagen (72 dagen) veroorzaakt door het bezoek van de ouders aan Johanna, en het verlies van tijd van de ouders in verband met de verpleging en begeleiding van Johanna (1386 uren).³⁶ De vordering is namens Johanna ingediend op grond van artikel 1407 Oud BW.³⁷

Hoewel advocaat-generaal Spier voorstander is van vergoeding, betoogt hij terughoudend te zijn, omdat het de facto gaat over louter tijdsverlies. Een principiële afwijzing stuit echter op grote bezwaren, aldus Spier.³⁸ Er wordt voorgesteld te kiezen voor een casuïstische benadering en abstracte schadevaststelling.³⁹ Spier onderkent dat enige rechtsonzekerheid zal ontstaan, maar 'voorkomen wordt dat een regel wordt ontworpen die onbedoelde en onoverzienbare consequenties heeft (...).'⁴⁰ Hij noemt een aantal argumenten voor vergoeding. Ten eerste bestaat er een 'onmiskerbare ernst van situaties waarin iemand, door het toedoen van een aansprakelijke derde, gedoemd is tijd die anderen vrijelijk kunnen besteden, in te vullen op een door het noodlot bepaalde wijze.'⁴¹ Voor zijn tweede argument maakt Spier een vergelijking tussen de beperkte vergoedingsmogelijkheden voor naasten, en vergoedingsmogelijkheden in leiding- en kabelschadezaken en in geval van renteneurose. Het valt zijns inziens niet uit te leggen waarom in die laatste twee gevallen een vergoedingsplicht kan bestaan en bij verlies van tijd door verpleging van een gewond kind niet.⁴² Bovendien volgt hij niet het argument over de vercommercialisering van vrije tijd, omdat van 'commercialiseren' geen sprake is als iemand 'tegen zijn wil, slachtof-

36 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 3.2 (*Johanna Kruidhof*).

37 Lindenberg heeft Johanna (Hanneke) Kruidhof geïnterviewd op 23 juni 2009, zie hierover Lindenberg 2009, p. 31-35.

38 Conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 3.25.2 en 3.25.3.

39 Conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 3.18.1, 3.19-3.21.3.

40 Conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 3.21.2.

41 Conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 3.23.

42 Conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 3.25.1.

fer wordt van een schadegebeurtenis.⁴³ Ten slotte zou deze vergoeding niet leiden tot een ‘waterval’ aan vorderingen.

Spier legt de nadruk op ‘aansprekende gevallen’ van ‘een zekere ernst’⁴⁴ en introduceert, voor deze casus, drie vereisten. Er moet een ‘nauwe – niet noodzakelijkerwijs familiale – band bestaan tussen de benadeelde en degene die deze tijd aan hem heeft besteed’. Bovendien moet het gaan om ‘werkzaamheden die (...) voor vergoeding in aanmerking zouden zijn gekomen’. Ten slotte moet sprake zijn van een ‘wezenlijk schrijnende situatie *wanneer deze werkzaamheden onvergoed zouden blijven*, waarvoor in elk geval nodig is dat het gaat om een *relevant tijdsbeslag*’.⁴⁵ (cursivering RR)

In de kern volgt de Hoge Raad de conclusie van advocaat-generaal Spier:

‘Wanneer iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is ernstig letsel oploopt, waarvan het herstel niet alleen een ziekenhuisopname en medisch ingrijpen vergt, maar ook intensieve en langdurige verpleging en verzorging thuis, *is de aansprakelijke van de aanvang af verplicht de gekwetste in staat te stellen zich van die noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien*. Indien het dan, zoals in het onderhavige geval, gaat om een gewond kind waarvan de ouders *op redelijke gronden* zelf voor de genezing en herstel van het kind *noodzakelijke verpleging en verzorging* op zich nemen in plaats van deze taken aan professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners toe te vertrouwen, *voldoen de ouders in natura aan een verplichting die primair rust op de aansprakelijke*’.⁴⁶ (cursivering RR)

De Hoge Raad overweegt dus dat de aansprakelijke van aanvang af (lees: direct na het ongeval) verplicht is om de direct gekwetste in staat te stellen om te voorzien in de noodzakelijke verzorging en verpleging. Als ouders op redelijke gronden zelf voorzien in die verzorging en verpleging, dan voldoen zij in natura aan een verplichting die *primair* op de aansprakelijke rust. Wat de Hoge Raad dus doet, is helder maken dat het de aansprakelijke is die de schade moet dragen en niet de ouders zelf.⁴⁷ Dat doet hij ook door te overwegen:

‘Aan het voorgaande doet niet af dat het kind jegens zijn ouders aanspraak kan maken op verpleging en verzorging in geval van ziekte: het is immers primair de aansprakelijke die verplicht is de voor het herstel nodige middelen te verstrekken.’⁴⁸

43 Conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 3.23.

44 Conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 3.21.2 en 3.21.4.

45 Conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 3.33. Bij lichte schuld en in geval van risicoaansprakelijkheid bestaat bovendien reden voor terughoudendheid, nr. 3.3 en 3.4.

46 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), r.o. 3.3.2.

47 Zie eerder Brunner 1975, p. 211; Knol 1986, p. 20. Vgl. Spronck 1999, p. 69.

48 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), r.o. 3.3.2.

Het woord ‘middelen’ moet uitvergroot worden: de Hoge Raad spreekt over middelen die nodig zijn voor het herstel, en niet over kosten die zijn gemaakt waardoor de direct gekwetste sneller of beter herstelt, zoals kosten die worden gemaakt voor het bezoek aan de gekwetste. Voorts overweegt de Hoge Raad dat de aansprakelijke primair de verplichting heeft die middelen te verschaffen en niet de ouders. Het argument dat ouders ook een verplichting hebben tot verzorging, en daarom zelf (gedeeltelijk) het nadeel moeten dragen, is dus (wederom) van tafel geveegd.⁴⁹

Zoals advocaat-generaal Spier concludeert, lijkt dit ook in strijd met hetgeen is bepaald in de aanbeveling van de Verbondscommissie schaderegelingsbeleid, waarin stond dat in geen geval verwezen mocht worden naar de verantwoordelijkheid van ouders en gezinsleden.⁵⁰ Lindenberg wijst – ter onderbouwing van deze keuze – op de gelijkens met het *Wrongful birth I*-arrest: in dat arrest werd ook de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke als primair beschouwd ten opzichte van de onderhoudsplicht van de ouders.⁵¹

Ook wordt geoordeeld dat een vergoeding voor verlies van tijd moet worden toegekend. Zoals Bloembergen dat noemt in zijn noot onder het arrest, wordt een ‘drievoudige abstrahering van de omstandigheden’ gebruikt: ondanks dat geen professionals zijn ingehuurd, de ouders geen recht op beloning hebben en zij geen concreet inkomensverlies hebben geleden, brengt de redelijkheid mee dat geabstraheerd mag worden van die omstandigheden, en dat de rechter dit dus als *vermogensschade van het kind* gaat begroten.⁵² De vergoeding wordt beperkt tot de ‘verplaatste schade’ van de direct gekwetste:

‘Opmerking verdient nog dat de rechter bij deze wijze van begroten geen hogere vergoeding ter zake van de verpleging en verzorging zal mogen toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.’⁵³

Het maximumbedrag van de vergoeding zijn de bespaarde kosten wegens het niet inhuren van professionele hulp. Zoals Lindenberg het verwoordt: kosten van schade-

49 Over dit argument dat in cassatie is aangevoerd door de gemeente, nr. 2.4.1 conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A. R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*). Zie ook Brunner 1975, p. 211.

50 Conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 3.36.2. Daarin stond bovendien vermeld dat indien ouders hulp verlenen, daarvoor een redelijke vergoeding wordt gegeven.

51 S.D. Lindenberg in zijn noot bij HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, *NTBR* 1999, p. 229 (*Johanna Kruidhof*), onder verwijzing naar *Franciscaner Monnik* (HR 23 april 1976, *NJ* 451, m.nt. G.J. Scholten) en *Wrongful birth I* (HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, m.nt. C.J.H. Brunner).

52 Dat wordt gesproken over de vermogensschade van het kind laat zich in de eerste plaats verklaren doordat een beroep is gedaan op artikel 1407 Oud BW, dat een vergoedingsrecht toekende aan de direct gekwetste. Vgl. S.C.J.J. Kortmann noot bij HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, *AA* 1999, p. 655 (*Johanna Kruidhof*); S.D. Lindenberg noot bij HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, *NTBR* 1999, p. 230.

53 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), r.o. 3.3.2.

beperking.⁵⁴ Zolang artikel 6:107 BW uitgaat van het begrip ‘verplaatste schade’ lijkt dus een hogere vergoeding uitgesloten.⁵⁵

Lindenbergh reageert instemmend op de uitkomst van het *Johanna Kruidhof*-arrest: ‘In het onderhavige geval is dat alleszins gerechtvaardigd omdat er in feite sprake is van *nadeel* (forse extra inspanningen), terwijl dat in geld wordt vertaald, omdat het nadeel aanzienlijk is, omdat de kosten van professionele hulp hier doorgaans worden vergoed en omdat inspanningen van ouders er in feite toe bijdragen dat de schadelast van de aansprakelijke wordt beperkt. Professionele hulp is immers veelal duurder en hulp door ouders is bij kinderen vaak, zoals ook hier, beter.’⁵⁶

De vraag die nog gesteld kan worden, is of de maatstaf uit *Johanna Kruidhof* niet alleen een maximumvergoeding impliceert, maar ook een minimum. Wat als de ouders inkomen verliezen door de verzorging, maar dat inkomensverlies lager is dan de waarde van de verschafte zorg? Bij welk bedrag moet dan aansluiting worden gezocht? Een helder antwoord op deze vraag bestaat nog niet. In *Johanna Kruidhof* en ook in het later gewezen *Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*-arrest was sprake van een situatie waarin de derde géén inkomensverlies heeft geleden. Onduidelijk is (vooralsnog) wat het oordeel van de Hoge Raad zou zijn geweest als dit wél het geval zou zijn geweest. Een voorspelling is op zijn plaats: de Hoge Raad laat een abstractering toe (er wordt geen professionele hulp ingehuurd) en vanuit dat perspectief lijkt het vreemd om alsnog aansluiting te zoeken bij het concrete schadebedrag van de ouders, in plaats van de waarde van de zorg bepalend te laten zijn.⁵⁷

Vranken reageert vanuit een andere context op het arrest, namelijk die van de gebrekkige motivering. Een inhoudelijke argumentatie ontbreekt, er wordt louter verwezen naar de redelijkheid. Als verklaring wordt gegeven dat:

‘de motivering [waarschijnlijk, *RR*] welbewust is nagelaten, omdat zij zich te sterk bevond op het niveau van de wenselijkheid van het resultaat. De Hoge Raad heeft mijns inziens een rechtspolitieke keuze gemaakt die in hoge mate gedragen is door de gedachte dat een andere beslissing in de huidige tijd niet meer uit te leggen zou zijn geweest.’⁵⁸

54 Noot S.D. Lindenbergh bij HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (*Johanna Kruidhof*), *NTBR* 1999, p. 230.

55 De rechter lijkt wel de vrijheid te hebben om de schade alsnog concreet te begroten, maar het maximum wordt gevonden in de bespaarde kosten van de professionele hulpverlening, HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), r.o. 3.3.2. Vgl. S.C.J.J. Kortmann in zijn noot bij HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, *AA* 1999, p. 659 (*Johanna Kruidhof*).

56 Noot S.D. Lindenbergh bij HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (*Johanna Kruidhof*), *NTBR* 1999, p. 230.

57 Noot S.D. Lindenbergh bij HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (*Johanna Kruidhof*), *NTBR* 1999, p. 230. Vgl. Degeling 2003, p. 17. Benadrukt moet worden dat hier wordt gesproken over de huidige grens van artikel 6:107 BW. Een andere opvatting wordt verdedigd in hoofdstuk 9, paragraaf 3.

58 Asser-Vranken, *Vervolg*, nr. 25.

Het betreft in ieder geval een rechtspolitieke keuze die heeft geleid tot een uitbreiding van aansprakelijkheid ten gunste van verzorgende naasten: ook als zij geen concrete kosten maken ten gunste van de direct gekwetste, maar tijd verliezen door verpleging, moeten zij een vergoeding ontvangen.

Sinds de uitkomst in het *Krüter*-arrest is echter onduidelijk onder welke omstandigheden er een beroep gedaan mag worden op die uitbreiding. De Hoge Raad wijst vier jaar later een arrest in een vergelijkbare casus: *Krüter*. Kan de echtgenote van de heer Krüter een vergoeding ontvangen voor het verlies van tijd wegens verzorging van haar echtgenoot in zijn laatste levensfase? De heer Krüter lijdt aan de ziekte mesothelioom. Zijn werkgever is aansprakelijk gesteld. Mevrouw Krüter verzorgt haar stervende echtgenoot 24 uur per dag in de laatste zes weken van zijn leven, zonder dat daarbij inkomen wordt verloren. De verzorging bestaat uit zowel stervensbegeleiding als behandeling en verpleging.⁵⁹ In cassatie ligt de vraag voor of voor die verzorging een vergoeding moet worden toegekend. Die vergoeding wordt door de Hoge Raad niet toegekend. Het arrest is vooral bekend geworden vanwege het criterium dat de Hoge Raad aanlegt: in het licht van de aard van het letsel is het niet *normaal en gebruikelijk om professionele hulp* in te huren. Dit criterium is – in het licht van de feiten van de casus – bekritiseerd in de literatuur.⁶⁰ Eerst wordt stilgestaan bij de conclusie van Spier, waarin een aantal argumenten *tegen* vergoeding is genoemd.

Spier geeft een aantal redenen voor afwijzing van de vergoeding. Ten eerste is de vraag vanuit welke optiek bepaald moet worden of vergoeding is geïndiceerd: ligt de nadruk op stervensbegeleiding, dan zou de vergoeding moeten worden afgewezen. Een splitsing is echter mogelijk, wat leidt tot een 50/50 verdeling, omdat er geen betere maatstaf bestaat.⁶¹ Toch lijkt Spier die weg te willen vermijden in verband met de morele bezwaren die daaraan kleven: ‘Verdraagt de menselijke waardigheid zich met dit soort discussies?’⁶² Hij zoekt aansluiting bij de criteria uit *Johanna Kruidhof*: de periode van verzorging lijkt onvoldoende lang om de abstrahering toe te laten. Zeker omdat niet alleen sprake is van verpleging, maar ook van stervensbegeleiding.⁶³ Ook het feit dat in het kader van een asbestbesmetting een vergoeding wordt gevorderd, en voor die slachtoffers al een aantal uitzonderingen is gecreëerd, wordt benadrukt door Spier. Het gaat om een groot aantal (potentiële) claimanten en: ‘De vraag lijkt gewettigd of de grens van de rechtsontwikkeling in asbestzaken niet is bereikt. Of, iets anders gezegd: wordt het wellicht tijd om, bij twijfel, een hoge mate van terughoudendheid te betrachten?’⁶⁴ Daaraan voegt Spier toe dat het aansprakelijkheidsrecht in

59 Conclusie A-G Spier voor HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter*), nr. 3.9.

60 Noot Vranken onder HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504; noot van E.F.D. Engelhard bij het *Krüter*-arrest, *NTBR* 2004, p. 49; Lindenbergh 2006a, p. 107.

61 Conclusie A-G Spier voor HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter*), nr. 3.10.

62 Conclusie A-G Spier voor HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter*), nr. 3.11.

63 Conclusie A-G Spier voor HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter*), nr. 3.13.

64 Conclusie A-G Spier voor HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter*), nr. 3.24. Spier gaat in op de vraag of ten tijde van de asbestbesmetting de rechtsovertuiging bestond dat een

de afgelopen jaren in een stroomversnelling is geraakt. Gaan die ontwikkelingen niet te snel? Wat zijn de effecten daarvan? Is het wenselijk – gezien de verzekeraarbaarheid – om door te gaan met het inslaan van nieuwe wegen? En hoe past de toekenning of afwijzing van *deze* vordering ‘in het totale plaatje van het (privaat)recht?’⁶⁵ Ten slotte giet Spier zijn redenering in het vat van de vergoeding voor verlies van vrije tijd. Dit noopt tot terughoudendheid, omdat grenzen verleggen op één deel terrein kan leiden tot een domino-effect.⁶⁶

Vranken betoogt in zijn noot onder het arrest dat mevrouw Krüter professionele hulp had kunnen krijgen met een beroep op de AWBZ. Daarom ziet volgens hem het criterium van de Hoge Raad op particuliere hulp, maar het is voor de meesten niet normaal en gebruikelijk om die hulp in te schakelen, omdat dat te duur is. Het criterium uit *Krüter* kan ‘feitelijk vrijwel nooit vervuld worden en is daarmee niet reëel’, aldus Vranken.⁶⁷ De Hoge Raad had zich bij zijn uitleg meer moeten richten op hetgeen is bepaald in artikel 6:107 BW, waarmee hij waarschijnlijk bedoelt: de vergoeding voor de hypothetische schade van de direct gekwetste (waarbij de dubbele redelijkheidstoets de maatstaf is). In zijn (tweede) Algemeen deel betoogt Vranken dat andersoortige argumenten op de achtergrond bepalend zijn geweest voor de uitkomst in dit arrest. Hij noemt de vrees voor een vloedgolf aan vorderingen.⁶⁸ Vranken bepleit een redelijkheidstoets, onder verwijzing naar het betoog van Du Perron.⁶⁹

Du Perron suggereert een serieuze redelijkheidstoets, ook als het gaat over de vergoeding van bezoekkosten, waarbij hij als argument geeft: ‘Behoort het niet tot de kern van het *family life* dat men het recht heeft zijn familieleden (ouder, kind, echtgenoot of partner) zo nodig zelf te verzorgen?’⁷⁰

Volgens Hartlief moet doorslaggevend zijn ‘of inschakelen van een betaalde kracht een redelijke beslissing is, niet of dat normaal en gebruikelijk is.’⁷¹ De rechtvaardiging

vergoeding zou moeten worden gegeven. Hij komt tot de conclusie dat pas vanaf de jaren zeventig en tachtig de regel is ontstaan dat een vergoeding moet worden toegekend als naasten de direct gekwetste verzorgen. Een asbestbesmetting, zoals de onderhavige, heeft echter plaatsgevonden in de jaren vijftig. Een vergoeding zou dus niet voor de hand liggen.

65 Conclusie A-G Spier voor HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter*), nr. 3.29-3.30.

66 Conclusie A-G Spier voor HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter*), nr. 3.32 en 3.33. Hij noemt één uitzondering: als de naaste een beroep heeft gedaan op het zorgstelsel, maar dit zorgstelsel stelt geen professionele hulp ter beschikking, dan zou er wel een vergoeding moeten plaatsvinden. Immers: ‘Moeilijk valt immers in te zien waarom de aansprakelijke de vruchten zou moeten plukken van tekortkomingen in het zorgstelsel’ (nr. 3.36.2). Maar wat als iemand er bewust voor kiest om zelf te gaan verzorgen, terwijl het wel mogelijk is om professionele zorg in te schakelen via het zorgstelsel, is die zorg dan niet vergoedingswaardig? Waarom mag de aansprakelijke wel profiteren van solidaire naasten, maar niet van een tekortkomend zorgstelsel, terwijl het om dezelfde vorm van zorg gaat?

67 Noot Vranken onder HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504 (*Krüter*), 5c-5f.

68 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 28.

69 Zie ook noot J.B.M. Vranken onder HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*), nr. 17.

70 Du Perron 2003, p. 136. Verheij doet in deze context een beroep op het zelfbeschikkingsrecht van ouders, Verheij 1998, p. 347.

71 Hartlief 2004, p. 1835. In 2003 stelt Hartlief dat in een situatie zoals die van mevrouw Krüter toch geen vergoeding zou moeten worden toegekend. Zijn argument heeft waarschijnlijk betrekking op de aard van de verpleging (stervensbegeleiding) maar dit blijkt niet duidelijk uit de tekst, Hartlief 2003, p. 589.

hiervoor vindt hij in het keuzerecht van de gekwetste, zoals verwoord in *Wrongful birth I*.⁷² Ook volgens Lindenbergh is er ruimte voor abstrahering indien de zorg redelijkerwijs nodig is: ‘Het gaat er om of het letsel een reële behoefte aan verzorging of een reële uitval van de eigen bijdrage aan huishoudelijke activiteiten heeft meegebracht, die van zodanige aard is dat het redelijk is dat een beroep op een derde wordt gedaan.’⁷³ Nadelen voor derden die hebben bijgedragen aan het herstel, zijn, in de woorden van Lindenbergh, te beschouwen als kosten van het herstel.⁷⁴ Dit is mijns inziens het juiste uitgangspunt en dit uitgangspunt sluit aan bij de gedachte die ten grondslag ligt aan artikel 6:107 BW: vergoeding van de verplaatste schade van de direct gekwetste. Maatstaf voor de omvang van *die* schade (van de direct gekwetste) is de dubbele redelijkheidstoets. De ogenschijnlijk strengere maatstaf die de Hoge Raad aanlegt in *Krüter* levert een voordeel op voor de aansprakelijke ten ‘koste’ van de verzorgende naaste, terwijl onduidelijk is wat daarvoor de argumenten zijn.

Lindenbergh wijst er echter op dat een particulier geen professional is en dat men zich kan afvragen welk deel van de tarieven van professionals betrekking heeft op bedrijfs- en organisatiekosten.⁷⁵ Verwezen wordt naar paragraaf 3.2.3 over het Engelse recht, waarin hiermee wel rekening wordt gehouden.

Wat mogelijk is, is dat de Hoge Raad er van uitging dat het *niet* gebruikelijk was dat er *iemand* zou worden ingeschakeld. Het gaat dan niet alleen maar om de beschikbaarheid van professionele hulp voor de betreffende werkzaamheden, maar ook persoonlijke kenmerken van de verzorgende naasten worden in ogenschouw genomen. In dit geval was mevrouw Krüter in goede conditie, zij was met pensioen (en had dus ‘de tijd’), het ziektebed heeft relatief kort geduurd et cetera. Dit zijn omstandigheden van subjectieve aard, met als achterliggende redenering: ‘Dit doen we voor elkaar, dit is normaal en gebruikelijk; het aansprakelijkheidsrecht zou hier geen rol hoeven te spelen.’ Dat is echter niet wat de Hoge Raad zegt.

Als dat toch de bedoeling van de Hoge Raad is geweest, dan moet bezien worden of deze uitspraak de tand des tijds kan doorstaan. Te verwachten valt dat er een generatie van tweeverdieners aankomt die gewend is om taken uit te besteden. Dat varieert van huishoudelijke hulp tot kinderopvang. Dit betekent misschien dat het in de toekomst ‘normaler en gebruikelijker’ wordt om professionals in te schakelen als iemand op sterven ligt en dat dus wellicht eerder een vergoeding moet worden geboden.

De Hoge Raad beperkt de vergoeding tot de bespaarde kosten van de professionele hulpverlening. Klaassen gaat een stap verder: de bespaarde kosten van de professio-

72 Hartlief 2004, p. 1835-1836.

73 Lindenbergh 2006a, p. 107-108. Volgens Lindenbergh moet dit worden beoordeeld in het licht van de aard van het letsel en de concrete behoeften en beperkingen van de direct gekwetste. Volgens Lindenbergh is het niet relevant wie de taken op zich neemt (p. 108). In deze zin ook Mon. BW B35 (Klaassen), p. 12; Vranken in zijn noot onder HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504, m.nt. JBMV (*Krüter*).

74 Noot S.D. Lindenbergh bij HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (*Johanna Kruidhof*), NTBR 1999, p. 230.

75 Lindenbergh 2006a, p. 108.

nele hulpverlening zouden het minimum van de vergoeding moeten vormen, maar als inkomensschade wordt geleden, welke de kosten van professionele hulp overstijgt, moet ook dit meerdere worden vergoed, mits het inschakelen van *deze* hulpverlener redelijk is.⁷⁶ De keuze van de verpleger moet dus gezien de omstandigheden redelijk zijn. Ook zij verwijst naar *Wrongful birth I*. Hartlief ziet deze ook als een 'sleutelzaak' die een bredere toepassing zou kunnen krijgen in personenschadezaken.⁷⁷

Zwitser is kritisch over het plafond dat de Hoge Raad aanlegt. Hij maakt een onderscheid tussen vergoeding van concrete schade, herstelkosten en marktwaarde.⁷⁸ Als van de concrete schade wordt uitgegaan, dan blijft vergoeding in de *Johanna Kruidhof*- en *Krüter*-achtige zaken achterwege: er bestaat geen concreet verlies.⁷⁹ Anders is dit als wordt uitgegaan van de herstelkosten: als de direct gekwetste een redelijke behoefte heeft aan verzorging en die verzorging wordt gegeven door naasten, moet de waarde (het geschatte bedrag) daarvan worden vergoed. Zwitser noemt ook het gezichtspunt van marktwaarde:

'De laedens kan nu niet tegenwerpen dat de ouders in die tijd in het normale geval geen geld door arbeid zouden hebben verdiend, omdat hij de ouders juist wel in de bijzondere positie heeft gebracht dat ze moesten werken. Wie arbeidsuren usurpeert mag niet tegenwerpen dat die arbeidsuren bij gebrek aan werk of aan bereidheid tot werken wellicht of waarschijnlijk niet gemaakt zouden zijn. Hier geldt de overweging uit het arrest *Rijksweg 12*. Het gaat hier om ten behoeve van de laedens bestede arbeidsuren die nu niet meer ter beschikking stonden aan degene die recht had op het besteden van die arbeidsuren. Gedane arbeid moet betaald worden.'⁸⁰

Wat opvalt aan de analyse van Zwitser is dat hij een ander perspectief hanteert dan dat van artikel 6:107 BW. Aansluiting zou moeten worden gezocht bij de concrete schade van naasten, omdat zij hun arbeidsuren niet anders hebben kunnen besteden door de onrechtmatige daad tegenover de gekwetste. De gelijkenis die wordt gezocht met *Rijksweg 12* moet echter worden genuanceerd. Het ging daar over een onrechtmatige daad *tegenover de Staat* voor (kortgezegd) het vrijmaken van de openbare weg na een verkeersfout en (onder andere) over het verhaal van loon van werknemers die zijn ingezet voor de reparatie van die weg (en dus niet op een andere manier zijn ingezet).⁸¹ En daar gaat de vergelijking met *Rijksweg 12* mank, omdat de 'waarde' van beide uren (in *Rijksweg 12*) hetzelfde is: het gaat over de werknemer die door de fout van de één niet het andere *kan* doen. Eenvoudiger gezegd: in *Rijksweg 12* gaat het over de *concrete* schade van de Staat (tegenover wie aansprakelijkheid bestaat), terwijl het in het kader van 6:107 BW gaat over de *hypothetische* schade van

76 Mon. BW B35 (Klaassen), p. 12. Vgl. Du Perron 2003, p. 136.

77 Hartlief 2004, p. 1836.

78 Onder verwijzing naar Dobbs 1993, p. 216-217 en 220: *market damages, consequential damages en substitution cost damages*.

79 Vgl. S.C.J.J. Kortmann, 'Johanna Kruidhof', AA 1999, p. 658. Hij betoogde dat de ouders degenen zijn die schade hebben geleden.

80 Zwitser 1999, p. 2063.

81 HR 19 december 1975, NJ 1976, 280 (*Rijksweg 12*).

de gekwetste (tegenover wie aansprakelijkheid bestaat) en dus niet over de concrete marktwaarde van de ‘verloren’ uren van naasten.

De Hoge Raad is terughoudend, maar niet verklaard kan worden waarom precies. De normale vaststelling van iemands zorgbehoefte behelst een dubbele redelijkheids-toets. Waarom moet dat anders zijn als naasten die zorg verschaffen (welke zorg is redelijkerwijs nodig en wat zijn de redelijke kosten die daarmee gepaard gaan?). Nog belangrijker is wat Vranken opmerkt:

‘Geplaatst tegen deze achtergrond ging het in Johanna en Krüter om de vraag hoe de kennelijke, groeiende behoefte in de maatschappij aan enige vorm van genoegdoening voor naaste verwanten van gewonden die door fouten van anderen zware zorgtaken krijgen opgedrongen, dient te worden afgewogen tegen het op een algemener niveau gelegen belang niet alles met juridische aanspraken te willen oplossen.’⁸²

Met het criterium uit *Krüter* is gekozen voor een terughoudende opstelling, wellicht om dit soort vorderingen buiten het aansprakelijkheidsrecht te houden, maar, zoals Vranken opmerkt, kennelijk is er wel een behoefte aan vergoeding van deze zorg. Dat lijkt ook de gedachte van de regering te zijn geworden.

Tijdens de behandeling van het Wetsvoorstel affectieschade in de Tweede Kamer is toegezegd door de Minister van Justitie om de positie van de naaste te overzien als het gaat over zijn schade vanwege het letsel van een direct gekwetste.⁸³ Het is echter nog niet tot een wetsvoorstel gekomen.

Via internet is wel het advies van de Raad voor de Rechtspraak over een voorontwerp te vinden. Het blijft speculeren over de precieze inhoud van het voorontwerp, maar in de kern behelst dit de mogelijkheid om inkomensschade van naasten ruimer vergoedbaar te maken.⁸⁴ Vergoeding blijft niet beperkt tot ‘*Johanna Kruidhof*-achtige’ verpleegkosten. Genoemd worden namelijk ook: ‘bezoekkosten; kosten van de overkomst uit het buitenland (voor bezoek); kosten van huishoudelijke hulp, nu de partner die dat deed wegvalt; kosten voor het halen van een rijbewijs, omdat de partner niet meer kan rijden; kosten van een andere noodzakelijke vakantiebestemming.’⁸⁵ De status van dit ontwerp blijft onduidelijk, maar er is in de literatuur wel al over gespeculeerd en het heeft wel al enkele reacties uitgelokt.

Lindenbergh lijkt in te stemmen met een tegemoetkoming in het inkomensverlies in zeer schrijnende gevallen, maar hij ziet ook bezwaren.⁸⁶ Ten eerste wordt de schade

82 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 28.

83 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 781, nr. 8, p. 4.

84 Brief Raad voor de rechtspraak aan de Minister van Justitie d.d. 3 november 2006.

85 Brief Raad voor de rechtspraak aan de Minister van Justitie d.d. 3 november 2006.

86 Lindenbergh 2006a, p. 109; Lindenbergh 2006b, p. 115.

van de direct gekwetste, *zijn* hulpbehoefte, ‘verzelfstandigd’ als schade van de derde.⁸⁷ Lindenbergh merkt op dat het bestaan van ‘deze schade’ (ten gevolge van de verzorging of het bezoek) een *eigen keuze* van de derde betreft, die in ieder geval aan de redelijkheid zou moet worden getoetst.⁸⁸

Hoewel de toets aan de redelijkheid terecht is, moet men zich mijns inziens afvragen in hoeverre de schadeveroorzaking de naaste werkelijk voor een keuze stelt tussen wel of niet bezoeken, of wel of niet verzorgen. Zeker direct na de schadeveroorzaking zullen dit geen keuzes zijn. Dat gebeurt gewoon. Vervolgens kan men zich afvragen of die keuze al dan niet gefinancierd zou moeten worden door het aansprakelijkheidsrecht.

Terug naar het betoog van Lindenbergh. Interessant is zijn opmerking over hoe het inkomensverlies wegens verzorging onderscheiden kan worden van het inkomensverlies veroorzaakt door het verdriet of ‘psychische belasting van de naaste in verband met het letsel van de ander.’⁸⁹ Daarvoor is geen vergoeding beoogd. Dit is een terechte vraag, omdat die inkomensschade wel wordt vergoed in het kader van een shockschadevordering. Dat betekent dat indien het inkomensverlies veroorzaakt wordt door geestelijk letsel dat weer is veroorzaakt door de confrontatie met een ongeval of de nasleep daarvan, wel wordt vergoed, maar inkomensschade veroorzaakt door geestelijk letsel vanwege het letsel van een ander, niet. Er bestaat dus een ongelijkheid in de omvang van de vergoeding al naar gelang de oorzaak van de schade (de confrontatie met een ongeval of het letsel van een ander). Hierop wordt teruggekoemen in hoofdstuk 6, paragraaf 3.2 en in hoofdstuk 9, paragraaf 3.2.2.

Vervolgens merkt Lindenbergh op dat het onduidelijk is of toekomstig inkomensverlies zich leent voor vaststelling vooraf. Hij stelt de volgende vragen: ‘Blijft deze derde zich daadwerkelijk inspannen voor het slachtoffer? Hoe lang? En wat gebeurt er bij beëindiging?’⁹⁰

Engelhard bespreekt ook de inkomensschade van naasten en lijkt positiever te staan tegenover uitbreiding. Zij stelt echter wel voor om te kiezen voor een duidelijk criterium, zodat willekeur wordt voorkomen. Aansluiting moet worden gezocht bij het begrip ‘herstel’. Uitgangspunt moet zijn: ‘het bevorderen van herstel van de situatie van de gekwetste zoals die zonder schadevoerval zou zijn geweest en van schadebeperking. Alleen de kosten van derden die redelijkerwijs gemaakt zijn tot beperking van verdere schade van de gekwetste, en waarvan de aansprakelijke dus in essentie profijt heeft, komen dan voor vergoeding in aanmerking.’⁹¹ Als argument noemt Engelhard het doel van het aansprakelijkheidsrecht: sanctioneren van geschonden privaatrechtelijke (gedrags)normen, zodat *geschonden belangen worden hersteld*.

87 Lindenbergh 2006b, p. 114-115.

88 Lindenbergh 2006a, p. 109.

89 Lindenbergh 2006b, p. 115.

90 Lindenbergh 2006b, p. 115. Vgl. Lindenbergh 2006a, p. 109.

91 Engelhard 2008, p. 5. Vgl. Engelhard, in: Van Dam, Engelhard en Giesen 2007, p. 91.

Juist in de zinsnede ‘geschonden belangen worden hersteld’ zit de moeilijkheid. Er wordt vooralsnog uitsluitend gesproken over een *afgeleid* vorderingsrecht en dus over het geschonden belang van de gekwetste. De vraag is echter in hoeverre de normschending tegenover de direct gekwetste de ruimte biedt, en een rechtvaardiging kan bieden, om concrete schade van naasten, die hoger is dan de verplaatste schade van de direct gekwetste, te vergoeden (zie hoofdstuk 9).

3.2.2 Duitsland: de zorg moet de normale en gebruikelijke zorg van naasten overstijgen

Naar Duits recht wordt een onderscheid gemaakt tussen de kosten ten behoeve van het herstel van het slachtoffer op korte termijn (§ 249 II BGB) en de structureel toegenomen behoefte aan zorg ten gevolge van het ongeval (in beginsel niet gericht op herstel) op langere termijn (§ 843 BGB). Dat onderscheid moet ook gemaakt worden als de naaste in natura voorziet in een van deze behoeften. Benadrukt moet worden dat de direct gekwetste de vergoeding moet vorderen voor de naaste, omdat die geen eigen vorderingsrecht (meer) heeft in letselschadezaken voor dit nadeel.

Het BGB heeft nog geen uitspraak gedaan over de vergoeding voor op herstel gerichte verzorging door naasten.

Zie echter een uitspraak van het *Oberlandesgericht* (OLG) Hamm uit 1972 waarin een vordering ter vergoeding van verpleging door de echtgenote van de direct gekwetste wordt afgewezen. De concrete verzorging was namelijk naar haar aard niet te kwalificeren als ‘verpleging’. Het waren de alledaagse dingen die de direct gekwetste niet meer kon doen en die door zijn echtgenote voor hem werden gedaan, zoals strikken van zijn stropdas. Maar die handelingen behoren naar hun aard tot de dingen die men voor elkaar doet in de ‘*alltäglichen ehelichen Lebensgemeinschaft*’.⁹²

Oetker lijkt er echter van uit te gaan dat indien een naaste gaat verplegen, vergoeding van zijn schade mogelijk is (§ 249 II BGB).⁹³ Een onderscheid wordt gemaakt tussen verpleging waardoor concreet inkomen wordt misgelopen en verpleging waardoor uitsluitend tijd wordt ingeleverd. Oetker concludeert dat bij inkomensverlies de concrete schade wordt vergoed, waarbij hij wijst op een uitspraak van het OLG Bamberg uit 2005.

Een kind raakt zwaar gewond bij een verkeersongeval en wordt langdurig opgenomen in een universiteitskliniek en een revalidatiecentrum. Herstel lijkt uitgesloten, maar de revalidatie heeft een positieve invloed op de gezondheidstoestand van het kind. Het behandelingsteam kiest voor een andere aanpak: voortaan moet het kind thuis intensief worden verzorgd door zijn vader. Zijn vader werkt hieraan mee en zegt zijn baan op. Kan

⁹² OLG Hamm 26 april 1972, NJW 1972, 1521.

⁹³ Zie OLG Oldenburg 6 februari 2008, BeckRS 2009, 17501. Het *Oberlandesgericht* past de regels ter vergoeding van schade vanwege hulp door naasten in geval van een meerbehoefte aan zorg analoog toe, maar wijst de vordering af, omdat er geen ‘*Pflegebedürftigkeit des Klägers*’ aangenomen kan worden.

de vader (weliswaar via het vorderingsrecht van zijn zoon) vergoeding vorderen van zijn kosten? Het OLG oordeelt dat de direct gekwetste in objectieve zin heeft gehandeld als een verstandige gelaedeerde.⁹⁴ Daarnaast wordt overwogen dat geen sprake is van louter ouderlijke tijdsbesteding, maar dat de verpleging concentratie en bijzondere toewijding vereist. Het OLG oordeelt dat het inkomensverlies van de vader via de vordering van het kind vergoed kan worden.⁹⁵ De *Folgeschäden*, veroorzaakt doordat de vader werkeloos is geworden, terwijl de direct gekwetste geen behoefte meer heeft aan verzorging, hoeft volgens het hof niet vergoed te worden.

Wagner is voorstander van de vergoeding zoals het OLG die heeft toegekend. Hij maakt een kosten-batenanalyse: de zorg door naasten is meestal goedkoper dan ingehuurde hulp en weerspiegelt bovendien de wens van de direct gekwetste en leidt dus waarschijnlijk tot een beter resultaat.⁹⁶ Grunsky uit een vergelijkbare mening, maar als argument noemt hij de analogie die bestaat met de vergoeding van bezoeken van naasten (zie paragraaf 4.3 van dit hoofdstuk).⁹⁷ Met een beroep op die jurisprudentie betoogt Oetker dat het schadevergoedingsbedrag in beginsel gebaseerd moet worden op de concrete schade geleden door de derden. Als de direct gekwetste al een vergoeding heeft ontvangen van zijn verpleegkosten, dan wordt deze afgetrokken van de vergoeding van het inkomensverlies. Bovendien kan het uit hoofde van de schadebeperkingsplicht (§ 254 II BGB) geboden zijn dat de verpleging wordt overlaten aan professionele hulpverlening, aldus Oetker.⁹⁸ Onduidelijk blijft echter wanneer dat het geval is.

Schiemann is het niet eens met de uitspraak van Oetker. Hij betoogt dat de rechtspraak over bezoek niet zonder meer van toepassing is op de verpleging door familieleden:

*‘Hierbei handelt es sich nicht um im Grunde immaterielle Leistungen, sondern um Tätigkeiten, für die berufliche Vergleichsmaßstäbe zur Verfügung stehen. An ihnen hat sich dann auch die Vergütung zu orientieren.’*⁹⁹

Schiemann neemt dus de facto de zorgbehoefte van de gekwetste en de marktwaarde die dat vertegenwoordigt als uitgangspunt.

94 Oetker lijkt uit deze zin te concluderen dat met een beroep op de schadebeperkingsplicht (§ 254 II BGB) de naaste echter een beroep zou moeten doen op een betaalde derde indien het kostenverschil te hoog is. MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 390, p. 403.

95 OLG Bamberg 28 juni 2005, *VersR* 2005, 1593.

96 MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RdNr 68, p. 2597.

97 Deze conclusie is indirect af te leiden uit BGH 22 november 1988, *BGHZ* 106, *JZ* 1989, 344, zie commentaar Grunsky (p. 346): *‘Der BGH hatte es ferner nicht mit der Frage zu tun, ob erforderliche Pflegeleistungen, für die der Geschädigte auf Kosten des Schädigers eine bezahlte Pflegeperson einstellen kann, auch dann in Geld zu ersetzen sind, wenn die Pflege von Angehörigen unentgeltlich (...) erbracht wird. Die Frage wird heute allgemein bejaht (...)’*

98 MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 390, p. 403.

99 Staudinger/Schiemann (2005) § 249 Rn 241.

Het BGH heeft zich al wel uitgesproken over vergoeding wegens verzorging door naasten bij een *toegenomen behoefte* aan zorg vanwege het ongeval. Vergoeding is mogelijk, ongeacht of er inkomen of louter tijd wordt verloren.¹⁰⁰ Markesinis, Coester, Alpa en Ullstein stellen daarom dat de behoefte van de gekwetste centraal staat en niet de concrete kosten.¹⁰¹ In het licht van § 843 IV BGB mag de schadeveroorzaker namelijk niet profiteren van de verzorging door naasten.¹⁰² Stoll merkt op dat de wettelijke verplichting van naasten om elkaar te onderhouden secundair is ten opzichte van de verplichting van de aansprakelijke om schade te vergoeden.¹⁰³ Larenz en Canaris rechtvaardigen deze vergoeding niet alleen door een beroep te doen op § 843 IV BGB, maar ‘*vor allem*’ door de analogie die bestaat met hetgeen bepaald is in § 844 BGB e.v.: de vergoeding van schade van nabestaanden bij overlijden en bij een verlies van consortium. Het betreft geen ‘normale schade van derden’, aldus Larenz en Canaris. Juist de aard van de schade rechtvaardigt een vergoeding. De schade is een typisch gevolg van letsel en geen louter toevallige schade. Bovendien zorgt de verzorging door de naaste voor een ‘schadevermindering’ aan de zijde van de direct gekwetste.¹⁰⁴ Deze uitspraak wordt ook gedaan in het kader van de vergoeding van de bezoekkosten van naasten.

Er geldt een aantal criteria voor vergoeding bij een *toegenomen zorgbehoefte*. De verzorging moet er voor hebben gezorgd dat er een schadepost met geldwaarde bestaat die concreet in de vermogenssfeer kan worden gebracht. Dit is in ieder geval zo als de naaste concreet inkomensverlies lijdt en als de verzorging een objectieve marktwaarde vertegenwoordigt, aldus het BGH:

‘Auf der Grundlage dieser Überlegungen kann eine zusätzliche Betreuung, die Eltern – wie hier in ihrer Freizeit – ihrem gesundheitlich geschädigten Kind zuteil werden lassen, nur dann als vermögenswerte Leistung im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse des Kindes schadensersatzrechtlich ersatzpflichtig sein, wenn sie denn Bereich der allein den Eltern als engsten Bezugspersonen zugänglichen „unvertretbar“ Zuwendung verlässt und sich so weit aus dem selbstverständlichen, originären Aufgabengebiet der Eltern heraushebt, dass nicht nur theoretisch, sondern als praktische Alternative ein vergleichbarer Einsatz fremder Hilfskräfte in Betracht kommt.’¹⁰⁵

100 BGH 22 november 1988, *BGHZ* 106, 28, 31, *NJW* 1989, 766, *VersR* 1989, 188; BGH 8 juni 1999, *NJW* 1999, 2819, *VersR* 1999, 1157; OLG Zweibrücken 13 november 2007, *NJW-RR* 2008, p. 620. Zie ook Markesinis et al. 2005, p. 155.

101 Markesinis et al. 2005, p. 155.

102 BGH 15 december 1970, *VersR* 1971, 442; BGH 1 oktober 1985, *VersR* 1986, 173, 174; BGH 8 juni 1999, *NJW* 1999, 2819, *VersR* 1999, 1157; OLG Zweibrücken 13 november 2007, *NJW-RR* 2008, 620. Zie ook Markesinis et al. 2005, p. 155.

103 Stoll 1993, p. 459. Zie ook BGH 1 oktober 1985, *VersR* 1986, 173, 174.

104 Larenz en Canaris 1994, p. 586. Zij verwijzen naar de gedachte van schadeverlaging die ten grondslag ligt aan de ‘*Drittschadensliquidation*’.

105 BGH 8 juni 1999, *NJW* 1999, 2819, *VersR* 1999, 1157. Zie ook Deutsch 1996, p. 202; Markesinis et al. 2005, p. 157. Recentelijk OLG Zweibrücken 13 november 2007, *NJW-RR* 2008, 620.

In het citaat valt te lezen dat ook als voorwaarde geldt dat de verzorging de vanzelfsprekende zorg van naasten overstijgt en de zorg niet alleen in theorie, maar ook in de praktijk moet kunnen worden uitbesteed aan een vreemde kracht. Stoll noemt dit ook wel *Haftungsfolgen*.¹⁰⁶ Deze redenering verklaart waarom het BGH vervolgens oordeelt dat, ondanks dat in theorie professionele hulp ingeschakeld kan worden voor kalmeren, aankleden en troosten van een kind (en er dus een marktwaarde voor de zorg bestaat), deze zorg onder de noemer ‘*selbstverständliche und originären Aufgaben der Eltern im Rahmen des Eltern-Kind-Verhältnisses*’ valt en dat het inhuren van een vreemde kracht daarom geen serieus te nemen alternatief is.¹⁰⁷ Er is sprake van ‘*Vermehrte elterliche Zuwendung*’ en daarom wordt geen vergoeding toegekend.¹⁰⁸ In diezelfde uitspraak overweegt het BGH dat de tijd die is verloren door spraak-oefeningen met het kind, niet voor vergoeding in aanmerking komt, ondanks dat de mogelijkheid bestond tot inhuren van een logopedist. Deze oefeningen zijn namelijk niet te vergelijken met de oefeningen die een professional zou hebben gedaan met het kind.¹⁰⁹ Het BGB hanteert dus een casuïstische aanpak.

Als naasten voorzien in de zorgbehoefte, dan wordt het netto commerciële uurtarief als uitgangspunt genomen.¹¹⁰ De rechtvaardiging hiervoor is dat familieleden geen belasting- en socialezekerheidspremies hoeven af te dragen.¹¹¹ Dat is anders als de verzorgende naaste een uitkering heeft ontvangen uit de *Gesetzliche Rentenversicherung*. Dat is een vorm van sociale zekerheid waarmee wordt beoogd mensen te stimuleren mantelzorg te verschaffen. De hoogte van de uitkering is gebaseerd op het brutoloon. Als de naaste uit deze verzekering betaald is, wordt het schadevergoedingsbedrag voor de direct gekwetste gebaseerd op het brutoloon.¹¹² Onzeker is volgens Markesinis, Coester, Alpa en Ullstein of het BGH daarmee de eerste stap heeft gezet weg van de vergoeding op basis van het nettoloon.¹¹³

Markesinis, Coester, Alpa en Ullstein wijzen op lagere rechtspraak waarin de vergoeding in geval van verzorging door naasten wordt verminderd, omdat de zorg minder

106 Stoll 1993, p. 456.

107 BGH 8 juni 1999, *NJW* 1999, 2819, 2820, *VersR* 1999, 1157.

108 BGH 8 juni 1999, *NJW* 1999, 2819-2820, *VersR* 1999, 1157. Zie ook OLG Zweibrücken 13 november 2007, *NJW-RR* 2008, 620. Hierover Lange en Schiemann 2003, p. 311; Markesinis et al. 2005, p. 157. Zie ook BGH 3 juli 1973, *VersR* 1973, 1063: ‘*eine fremde Person herangezogen werden müsste*’; OLG Köln 2 augustus 1991, *VersR* 1992, 506, 507: ‘*zusätzliche Mühewaltung en Marktgerecht*’; OLG Karlsruhe 22 december 2004, *VersR* 2006, p. 515, 516, nr. 4a; KG 17 oktober 2005, *VersR* 2006, 799.

109 BGH 8 juni 1999, *NJW* 1999, 2819, 2820, *VersR* 1999, 1158.

110 BGH 8 november 1977, *VersR* 1978, 149; BGH 10 november 1998, *VersR* 1999, 253; OLG Karlsruhe 22 december 2004, *VersR* 2006, 515, 516.

111 Deutsch en Ahrens 2002, p. 202; Markesinis et al. 2005, p. 156.

112 BGH 10 november 1998, *NJW* 1999, 421, *VersR* 1999, 253. Een uitputtende uiteenzetting van de *Pflegeversicherung* gaat het onderhavige onderzoek te buiten. Hierover Deutsch en Ahrens 2002, p. 202.

113 Markesinis et al. 2005, p. 156. De vergoeding voor verpleging door naasten moet los worden gezien van de discussie over vergoeding van verlies van vrije tijd of verlies van arbeidsvermogen ‘op zich’. Bij tijdsverlies door verpleging in geval van een toegenomen behoefte aan zorg is vergoeding mogelijk, terwijl dat in de andere twee situaties niet zo is, omdat die verliezen op zich geen geldwaarde hebben.

bezwaarlijk is (geen reistijd), sommige zorg toch al door naasten wordt verschaft en omdat naasten geen getrainde professionals zijn en dus niet conform die maatstaf moeten worden betaald. Er wordt echter getwijfeld of deze redenering past bij hetgeen bepaald is in § 843 I BGB.¹¹⁴

Het is volgens Larenz onduidelijk of de verzorgende naaste door middel van cessie het vorderingsrecht van de direct gekwetste mag uitoefenen, of afdracht van het uitgekeerde schadevergoedingsrecht mag vorderen. Dit type vordering laat zich wel door het voorlopige en vrijwillige karakter van het onderhoud rechtvaardigen, aldus Larenz.¹¹⁵ Stoll wijst op de mogelijkheid uit hoofde van *Geschäftsführung ohne Auftrag* (zaakwaarneming): de naaste vergoedt de kosten van het bezoek door andere naasten aan de direct gekwetste. Onder verwijzing naar een uitspraak van het BGH uit 1979 concludeert Stoll dat deze vergoedingswijze mogelijk is.¹¹⁶ Hij is kritisch: de vergoedingsverplichting van de schadeveroorzaker tegenover de direct gekwetste, ongeacht de overname van de herstelkosten door derden, blijft bestaan. De hulp van de derde ontslaat de schadeveroorzaker niet van zijn betalingsverplichting.¹¹⁷ Stoll zoekt liever aansluiting bij het begrip ‘*Schadensverlagerung*’. Ook Larenz is kritisch over de toepassing van het leerstuk van de *Geschäftsführung ohne Auftrag* in deze situaties, omdat de onderhoudsplichtige naaste vaak niet de wil heeft om de zaken van de schadeveroorzaker waar te nemen.¹¹⁸

3.2.3 Engeland: beyond the call of duty

In 1937 oordeelt het *Court of Appeal* in *Roach v. Yates* dat vergoeding voor verpleging door naasten (hier: een echtgenote en schoonzus) mogelijk is.¹¹⁹ Het *House of Lords* bevestigt deze regel in *Hunt v. Severs*.¹²⁰ Deze vergoeding wordt gerechtvaardigd door het argument dat de aansprakelijke niet mag profiteren van de goede wil en liefdadigheid van derden.¹²¹ In de uitspraak bepaalt het *House of Lords* bovendien dat het centrale uitgangspunt van het Engelse recht met betrekking tot *care claims* is om de verzorgende naaste redelijkerwijs te compenseren.¹²² In de praktijk vertaalt zich dit in een *trust*-constructie: het slachtoffer houdt de vergoeding in *trust* voor de

114 Markesinis et al. 2005, p. 157.

115 Larenz 1987, p. 536. Hij maakt een analogie met hetgeen bepaald in § 1648 BGB.

116 Stoll 1993, p. 459, zie BGH 21 december 1978, NJW 1979, 598.

117 Stoll 1993, p. 459.

118 Larenz 1987, p. 537.

119 *Roach v. Yates* [1937] 3 All E.R. 442; [1938] 1 K.B. 256 (CA). Hierover McGregor 2009, p. 1431.

120 *Hunt v. Severs* [1994] 2 A.C. 350.

121 Matthews en Lunney 1995, p. 397.

122 *Hunt v. Severs* [1994] 2 A.C. 350, 363. Vgl. *Evans v. Pontypridd Roofing Ltd* [2001] EWCA Civ. 1657, [2002] P.I.Q.R. Q5 (CA (Civ Div)). In de voorlopers van *Hunt v. Severs*, te weten *Cunningham v. Harrison* en *Donnelly v. Joyce* (beide uit 1973, een dag na elkaar geweest) bestond hierover nog discussie, zie hierover bijvoorbeeld Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 994-998; McGregor 2009, p. 1432-1433. *Cunningham v. Harrison* 1973 WL 39212 (CA (Civ Div)), [1973] Q.B. 942, [1973] 3 All E.R. 463, [1973] 3 W.L.R. 97 en *Donnelly v. Joyce* 1973 WL 40409 (CA (Civ Div)), [1974] Q.B. 454, [1973] 3 All E.R. 475, [1973] 2 Lloyd's Rep. 130, [1973] 3 W.L.R. 514.

verzorgende naaste. Benadrukt moet worden dat de verzorger geen eigen vordering op grond van *tort law* heeft.¹²³

Vergoeding is mogelijk als tot de dag van de zitting geen betaalde hulp is ingeschakeld¹²⁴ en als in de toekomst geen hulp ingehuurd gaat worden.¹²⁵ Echter, zo blijkt uit *Hunt v. Severs*, een vergoeding kan niet worden toegekend als de verzorgende naaste tevens de aansprakelijke partij is.¹²⁶

Degeling betoogt dat de *trust*-constructie, waardoor de direct benadeelde de schadevergoeding houdt voor de verzorger, niet is gecreëerd om op die manier de compensatie van de verzorger als uitgangspunt te nemen. De *trust* dient juist als middel om onge-rechtvaardigde verrijking bij het directe slachtoffer te voorkomen.¹²⁷ Er is kritiek geuit op de *trust*-constructie.¹²⁸ McGregor stelt twee vragen: wat gebeurt er met het geld als de direct gekwetste onverwachts komt te overlijden? En als de direct gekwetste failliet gaat, welke juridische positie (als schuldeiser) heeft de naaste dan ten opzichte van de boedel? Volgens McGregor heeft het *House of Lords* deze vragen niet gesteld en wilde het de constructie vooral als argument gebruiken om de specifieke vordering in *Hunt v. Severs* af te wijzen. Want waarom zou een direct gekwetste een bedrag in *trust* moeten houden voor een verzorger die tevens de aansprakelijke is?¹²⁹ De Law Commission heeft gesuggereerd om de *trust*-constructie te vervangen – als het gaat over reeds verschaft verzorging – door een persoonlijke verplichting van de gekwetste om de naaste te betalen.¹³⁰ Deze suggestie kon op instemming rekenen, maar is uiteindelijk niet doorgevoerd.¹³¹

De maatstaf die geldt voor de vergoeding van *gratuitous care* is de zorg die redelijkerwijs nodig (*reasonably necessary*) is geworden door het letsel.¹³² Exall vraagt zich echter af welk type zorg door naasten gecompenseerd kan worden en welk niet.¹³³ *Lord Bridge of Harwich* lijkt zichzelf deze vraag ook gesteld te hebben in *Hunt v. Severs*:

'I accept that the basis of a plaintiff's claim for damages may consist in his need for services but I cannot accept that the question from what source that need has been met is irrelevant. (...) So it cannot, I think, be right to say that in all cases the plaintiff's

123 *Hunt v. Severs* [1994] 2 A.C. 350, 358, door *Lord Bridge*.

124 *Roberts v. Johnstone* [1988] 3 W.L.R. 1247, [1989] Q.B. 878, 1988 WL 623698 (CA (Civ Div)); *Nash v. Southmead Health Authority* [1993] P.I.Q.R. Q156, 1992 WL 896939; *Fairhurst v. St Helens and Knowsley Health Authority* [1995] P.I.Q.R. Q1, 1995 WL 1085061; *Martijn Willem Otto Biesheuvel v. Andrew Birrel*, 1998 WL 1043504, [1999] P.I.Q.R. 40.

125 Zie bijv. *Housecroft v. Burnett* [1986] 1 All.E.R. 332 (CA).

126 *Hunt v. Severs* [1994] 2 A.C. 350, 363. Zie echter *House of Commons Justice Committee* 2010, p. 40.

De regel is desondanks niet heroverwogen door de Engelse wetgever, *Ministry of Justice* 2011, p. 26.

127 Degeling 2003, p. 217-218.

128 Zie *Law Commission* 1999, p. 49; *Matthews en Lunney* 1995, p. 395-404; *Reed* 1994, p. 215-222.

129 *McGregor* 2009, p. 1433-1434.

130 *Law Commission* 1999, p. 49.

131 *Ministry of Justice* 2009, p. 24-25; *Ministry of Justice* 2009a, p. 4; *House of Commons Justice Committee* 2010, p. 37; *Ministry of Justice* 2011, p. 24-26.

132 *Hunt v. Severs* [1994] 2 A.C. 350, 358, 359, 360 en 361.

133 *Exall* 2004, p. 110.

loss is “for the purpose of damages the proper and reasonable cost of supplying [his] needs.”¹³⁴

De Engelsen leggen de nadruk op de verzorger zelf:

‘Distinguish care from the help and assistance that the claimant would normally receive from family members. It is only the additional element of care that is recoverable.’¹³⁵

Er wordt uitsluitend een vergoeding geboden voor de *extra attendance* door naasten.¹³⁶ De nadruk ligt dus niet uitsluitend op de zorgbehoefte van de direct gekwetste veroorzaakt door het letsel, maar verschuift (als deze behoefte is vastgesteld) naar de verzorgende naaste: diens extra zorg of hulp wordt vergoed.

De vergoeding van *gratuitous care* beperkt zich naar Engels recht niet (meer) tot ernstig letsel.¹³⁷ Vergoeding is bovendien mogelijk, anders dan in Nederland, indien de naaste een stervende heeft verzorgd. In de zaak *Mills v. British Rail Engineering*¹³⁸ zorgde de 65-jarige mevrouw Mills dertien maanden voor haar echtgenoot, die door een asbestose besmetting aan longkanker leed. Dillon L.J. overweegt:

‘To my mind there can be no justification in principle for differentiating between full-time care needing really a trained nurse and full-time care needing a carer giving love and affection to the patient, the dying person, to a degree far more than would be expected in any ordinary way of life. In principle it must be, in my judgment, a matter for an award only in recompense for care by the relative well beyond the ordinary call of duty for the special needs of the sufferer.’¹³⁹

Als een naaste een stervende verzorgt, dan komt deze verpleging naar Engels recht dus voor vergoeding in aanmerking, mits deze *beyond the call of duty* is.

Er is gediscussieerd over de vraag of altijd rekening gehouden moet worden met de normale zorg van naasten. In *Iqbal v. Whipps Cross University Hospital NHS Trust* is

134 *Hunt v. Severs* [1994] 2 A.C. 350, 361.

135 Excall 2004, p. 110.

136 Zie Lord Denning M.R., *Cunningham v. Harison* [1973] Q.B. 951, 952; *Mills v. British Railway Engineering Limited* 1991 WL 838065 (CA (Civ Div)), [1992] P.I.Q.R. 130; *Fairhurst v. St Helens and Knowsley Health Authority* [1995] P.I.Q.R. Q1, 1995 WL 1085061; *Jolley v. London Borough of Sutton* [1998] 1 Lloyd’s Report. 443, 1997 WL 1103800 (QBD); *Lowe v. Guise* 2002 WL 45467 (CA (Civ Div)), [2002] 3 All E.R. 454 (verlies van verzorging van een gezinslid); *Giambrone & Others v. JMC Holidays Ltd (formerly t/a Sunworld Holidays Ltd)* [2004] 2 All E.R. 891, [2004] EWCA Civ. 158, 2004 WL 62186; *Joseph Massey v. Tameside & Glossop Acute Services NHS Trust* 2007 WL 631592, [2007] EWHC. 317. Hierover Excall 2004, p. 110; Gardiner en Browne 2002, p. 369-370; Rowley 2008, p. 114-117.

137 *Giambrone & Others v. JMC Holidays Ltd (formerly t/a Sunworld Holidays Ltd)* [2004] 2 All E.R. 891, [2004] EWCA Civ. 158, 2004 WL 62186. Voordien in andere zin *Mills v. British Railway Engineering Limited* [1992] P.I.Q.R. Q 130, 137; 1991 WL 838065 (CA (Civ Div)).

138 *Mills v. British Railway Engineering Limited* [1992] P.I.Q.R. 130, 1991 WL 838065 (CA (Civ Div)).

139 *Mills v. British Railway Engineering Limited* [1992] P.I.Q.R. 130, 137, 1991 WL 838065 (CA (Civ Div)).

de direct gekwetste (een kind van negen jaar) tot op de dag van de zitting verzorgd door zijn ouders.¹⁴⁰ In de toekomst willen zijn ouders echter niet meer voorzien in zijn zorgbehoefte. Zij willen uitsluitend 'ouders' zijn. De kernvraag is of bij de berekening van de vergoeding voor *toekomstige zorg* rekening gehouden moet worden met de normale zorg door de ouders.¹⁴¹ De aansprakelijke doet namelijk in zijn verweer een beroep op lagere rechtspraak waarin het aantal zorguren zonder het ongeval wordt afgetrokken van de zorgbehoefte in uren na het ongeval. Sir Roger Bell overweegt dat de stelling van de aansprakelijke inderdaad in lijn was met eerdere lagere rechtspraak,

*'[h]owever, bad practices should not be honored by time, and on reflection it seems to me that it is consistent with both [the outcome in] Evans and Stephens and, regardless of authority, only fair and sensible, that the need for paid care for [the victim] must not be reduced simply by the number of hours of normal, voluntary parental care which would have been given to [the victim] were he not disabled (...).'*¹⁴²

Bell neemt als startpunt voor vergoeding de redelijke behoefte aan zorg. Dat naasten ook zonder het ongeval een aantal uur per dag voor het slachtoffer zorgen, heeft uitsluitend consequenties voor de hoogte van de vergoeding als zij *bereid zijn* om te voorzien in de behoefte aan zorg van het slachtoffer veroorzaakt *door* het ongeval. Het is echter niet zo dat ervan uit mag worden gegaan dat de naasten per definitie bereid zijn om te voorzien in de zorgbehoefte door het ongeval. De keuze van de naaste is doorslaggevend: als de naaste niet wil voorzien in de zorgbehoefte *door* het ongeval, dan worden alsnog de kosten van de redelijke behoefte aan zorg volledig vergoed, aldus Bell.¹⁴³

Naar Engels recht bestaat niet zozeer discussie over de omstandigheden waaronder de naaste (via de vordering van de primair benadeelde) een vergoeding kan ontvangen voor de zorg, als wel over de schadebegroting. In *Housecroft v. Burnett* maakt O'Conner L.J. onderscheid tussen twee extremen.¹⁴⁴ De kosten kunnen enerzijds worden begroot conform het commerciële markttarief en anderzijds op nul. Beide uitersten worden echter niet gevolgd.

Het schadebedrag wordt, als de naaste geen betaalde arbeid opzegt, in beginsel gebaseerd op het commerciële markttarief, onder vermindering van een bepaald percentage, omdat geen belastingen of verzekeringspremies afgedragen hoeven te worden.¹⁴⁵ Deze vermindering weerspiegelt ook dat die zorg is gegeven uit liefde en

140 *Iqbal v. Whipps Cross University Hospital NHS Trust* [2006] EWHC Civ. 3111 (QB), [2007] P.I.Q.R. Q5. Hierover McQuater 2007, 3, C126-131.

141 McQuater 2007, 3, C126-131.

142 *Iqbal v. Whipps Cross University Hospital NHS Trust* [2006] EWHC Civ. 3111 (QB), nr. 20.

143 *Iqbal v. Whipps Cross University Hospital NHS Trust* [2006] EWHC Civ. 3111 (QB), nr. 20 en 44. Vgl.

A v. Powys 2007 WL 4368258 (QB), [2007] EWHC Civ. 2996 (geen aftrek *parental care*, omdat onzeker is of de ouders weer terug willen keren in hun rol als (uitsluitend) ouder).

144 [1986] 1 All E.R. 332.

145 Hierover Lewis 1997, p. 182; McKechnie 2001, p. 257-263.

genegenheid en binnen de gezinswoning, waarbij commerciële overwegingen minder belangrijk zijn.¹⁴⁶ Verder wordt betoogd dat naasten meestal geen zorg bieden gelijk aan die van professionals.¹⁴⁷ De rechter is echter niet verplicht tot vermindering van het schadebegrotingsbedrag.¹⁴⁸ Indien hiertoe wordt besloten, bestaan er geen maatstaven voor het vaststellen van het percentage.

In *Evans v. Pontypridd Roofing Ltd* wordt geoordeeld dat de hoogte van het percentage geen vast gegeven is en dat dit vastgesteld dient te worden conform de concrete omstandigheden.¹⁴⁹ Opmerkelijk is dat May L.J. later in de uitspraak een percentage van 25% als 'normaal' typeert.¹⁵⁰ In andere uitspraken wordt het schadebedrag ook wel verminderd met (variërend) een vijfde tot een derde.¹⁵¹ Volgens McGregor wordt redelijk gevonden dat naarmate het commerciële markttarief hoger ligt, het percentage waarmee het schadebedrag wordt verminderd, ook hoger ligt.¹⁵²

Als naasten betaalde arbeid opgeven, wordt de vergoeding in beginsel gebaseerd op het concrete netto inkomensverlies.¹⁵³ Het schadebedrag wordt echter gemaximeerd op het bedrag van het commerciële markttarief voor de betreffende zorg.¹⁵⁴ Een verklaring die wordt genoemd is dat de inkomstenderving in een te ver verwijderd verband staat van de onrechtmatige daad (*too remote*).¹⁵⁵ Het kan echter ook zo zijn dat geen *cause of action* bestaat. Dat was het geval in *Haggard v. De Placido*, waarin May J. oordeelde dat geen vergoeding kon worden gevorderd van de gedeerde winst van de moeder van de gekwetste vanwege verpleging.¹⁵⁶

De Law Commission suggereert echter om in beginsel aansluiting te zoeken bij het commerciële markttarief van de zorg, maar dat het ook mogelijk moet zijn om de

146 Gardiner en Browne 2002, p. 370-371.

147 Lindsay 2003, p. 125.

148 McKecknie 2001, p. 257-263.

149 [2001] EWCA Civ. 1657, 24, 25.

150 [2001] EWCA Civ. 1657, 38. Zie ook *Willbye v. Gibbons* [2004] P.I.Q.R., p. 227 (CA); *Burton v. Kingsbury* 2007 WL 2573903. Hierover McGregor 2009, p. 1436-1437.

151 Hierover McGregor 2009, p. 1436-1437.

152 McGregor 2009, p. 1436. Mij is onduidelijk waarom dit het geval dient te zijn. Een verklaring is wellicht dat het Engelse recht uitgaat van de compensatie van de verzorger en niet strikt vasthoudt aan de vergoeding van het slachtoffer, waardoor het markttarief wellicht minder belangrijk is. De compensatie van de verzorger dient namelijk redelijk te zijn.

153 *Evans v. Pontypridd* [2001] EWCA Civ. 1657, 25.

154 *Housecroft v. Burnett* [1986] 1 All E.R. 332.

155 Bona, Mead en Lindenbergh 2005, p. 84.

156 Haar twee huurders hoefden geen huur meer aan haar te betalen toen zij gingen meehelpen met de verpleging van haar verwonde kind, [1972] 1 W.L.R. 716, 719 G.H. Bijzonder waren de feiten uit *Hogg v. Doyle*, Court of Appeal 6 maart 1991, ongepubliceerd, zie McGregor 2009, p. 1437. De direct gekwetste wordt verzorgd door zijn echtgenote, tevens professioneel verpleegster. Het *Court of Appeal* besluit om haar schade te compenseren ter hoogte van anderhalf keer haar loon. Als reden wordt genoemd dat normaal gesproken twee professionele verplegers ingeschakeld zouden moeten worden (24 uur hulpverlening). Er lijkt dus sprake van een hogere vergoeding, maar de vermindering van het schadebedrag is alsnog 25%. Stuart Smith L.J. oordeelde in *Fitzgerald v. Ford* [1996] P.I.Q.R. Q72 dat er geen regel bestaat dat in geval van 24-uurszorg ook daadwerkelijk anderhalf keer het nettoloon moet worden uitgekeerd.

schadevergoeding te begroten op de concrete inkomensschade van een naaste. Er wordt als volgt geredeneerd:

*'In assessing the reasonableness of a claim in such circumstances, however, the courts should particularly consider whether care by that particular person is of special comfort and help to the claimant.'*¹⁵⁷

De persoon van de naaste is dus van belang; als die persoon zorg heeft verschaft die naar haar aard uitsluitend door die naaste verschaft had kunnen worden, dan zou aansluiting moeten worden gezocht bij de concrete inkomensschade.

McGregor stelt zichzelf de vraag: hoe hoog moet de schadevergoeding zijn als het netto inkomstenverlies minder is dan de waarde van de zorg? Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de naaste een parttimebaan opzegt. Volgens McGregor moet, gezien de uitkomst in *Housecroft v. Burnett*, de schade worden begroot als ware het dat de naaste zijn baan niet heeft opgezegd. Dat betekent: vergoeding ter hoogte van het commerciële markttarief verminderd met een percentage omdat de zorg is verschaft door een naaste.¹⁵⁸

Degeling is kritisch over de Engelse opvatting dat er geen *duty of care* bestaat tegenover de naaste. Zij wijst op de gelijkenis met een *wrongful birth*-zaak, *Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital*:

*'(...) there are strong factual analogies between the position of the carer and that of the parents in these cases. In both categories, pure economic loss is sustained by the provision of additional caring services and the incurring of additional expenses.'*¹⁵⁹

Deze zaak ging over de geboorte van een gehandicapt kind vanwege een mislukte sterilisatie. De extra kosten van de opvoeding van een gehandicapt kind moeten worden vergoed.¹⁶⁰ Degeling merkt echter op dat er één moeilijkheid bestaat in de vergelijking tussen *wrongful birth*-zaken en zaken die gaan over verzorging door naasten in letselzaken: er bestaat in het laatst genoemde geval geen directe rechtsverhouding tussen de schadeveroorzaker en de naaste.¹⁶¹ Dat is wel het geval in deze *wrongful birth*-zaak, namelijk tussen de moeder en het ziekenhuis. Haars inziens kan gezien de huidige stand van het recht, ondanks dat voorzienbaar is dat een naaste

157 Law Commission 1999, p. 55.

158 McGregor 2009, p. 1437. Vgl. Gardiner en Browne 2002, p. 371; Williams 1999, p. 550.

159 Degeling 2003, p. 121. *Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust* [2001] EWCA Civ. 530. Als er een gezond kind wordt geboren, hoeven de kosten van de opvoeding niet vergoed te worden, *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 A.C. 59. Zie echter *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2004] 1 A.C. 309, waarin een 'conventional award' wordt geboden aan de moeder, omdat haar keuzerecht wat betreft gezinsplanning is doorkruist. Er is dus tegenover haar een 'legal wrong' gepleegd en ter erkenning van dit feit wordt een vergoeding toegekend.

160 *Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust* [2001] EWCA Civ. 530.

161 Degeling 2003, p. 124.

gaat verzorgen, er nabijheid van de persoon bestaat en het redelijk zou zijn om een *duty* aan te nemen, niet tot een *duty of care* worden geconcludeerd.¹⁶²

3.2.4 Frankrijk: de hulp moet nodig zijn voor het herstel van de gekwetste

Naar Frans recht wordt sinds een arrest van 13 december 1978 het verlies van inkomen van naasten dat zij lijden doordat zij de direct gekwetste zijn gaan verzorgen (*aide et assistance*) vergoed. In 1973 wees het *Cour de Cassation* een vordering van een echtgenote van de direct gekwetste nog af.¹⁶³ Opgemerkt moet worden dat de vordering wat betreft verpleging en huishoudelijke hulp of verlies van zelfwerkzaamheid niet apart worden besproken in de rechtspraak en literatuur.

In de zaak uit 1973 ging het over een gedeeltelijk arbeidsongeschikt geraakte echtgenoot. Zijn echtgenote hielp hem om dit te ondervangen door extra hulp in het huis. In hoger beroep oordeelde het gerechtshof dat de werkzaamheden van de echtgenote:

*'n'excédait pas les devoirs d'assistance et de secours entre époux.'*¹⁶⁴

De zorg ging dus niet verder dan de hulp die echtgenoten jegens elkaar moeten verschaffen.¹⁶⁵

Echtgenoten hebben naar Frans recht de (morele) verplichting (*se devoir*) om elkaar met respect te behandelen, trouw te zijn en elkaar te helpen (*assistance*) (artikel 212 CC). Ieder moet naar eigen mogelijkheid bijdragen aan deze huwelijkse verantwoordelijkheden (artikel 214 CC).

Het *Cour de Cassation* overwoog in 1973 dat:

*'Attendu que de ces constatations souveraines les juges d'appel on pu déduire que dame X (...) ne justifiait pas d'un dommage moral et matériel suffisamment grave pour constituer un préjudice direct lui ouvrant droit a réparation personnelle.'*¹⁶⁶

Het *Cour de Cassation* oordeelde dat het nadeel van de echtgenote niet voldoende ernstig was om als directe schade te kunnen worden beschouwd. Bovendien zou de schade al zijn vergoed door de vergoeding uitgekeerd aan de gekwetste.¹⁶⁷

¹⁶² Degeling 2003, p. 127-136.

¹⁶³ 2^e Civ., 5 januari 1973, *Bull. Civ. II*, nr. 5 (71-13074), *D.1973*, somm., p. 64, *RTD Civ.*, 1973, p. 774, obs. G. Durry. Hierover Chartier 1983, p. 246.

¹⁶⁴ Zie verwoording uitspraak *Court d'appel Limoges* (van 5 mei 1971) in de uitspraak van 2^e Civ., 5 januari 1973, *Bull. Civ. II*, nr. 5 (71-13074), *D.1973*, somm., p. 64, *RTD Civ.*, 1973, p. 774, obs. G. Durry.

¹⁶⁵ Zie ook Chartier 1983, p. 246; Viney en Jourdain 2006, p. 167.

¹⁶⁶ 2^e Civ., 5 januari 1973, *Bull. Civ. II*, nr. 5 (71-13074), *D.1973*, somm., p. 64, *RTD Civ.*, 1973, p. 774, obs. G. Durry.

¹⁶⁷ 2^e Civ., 13 december 1978, *Bull. Civ. II*, nr. 271 (77-13868), *RTD Civ.*, 1979, 613, obs. Durry. Vgl. 2^e Civ., 18 maart 1981, *Bull. Civ. II*, nr. 70 (79-15130), *D.1981.IR.323*, obs. Larroumet. De hoogste Franse

Durry is kritisch over de redenering in hoger beroep over de verplichtingen tussen echtgenoten. Volgens hem kan niet worden betwijfeld dat de naaste schade lijdt: zij heeft nieuwe kosten die zij maakt vanwege het letsel van haar echtgenoot en zij besteedt een deel van haar tijd aan de verzorging van de echtgenoot, terwijl deze tijd waarschijnlijk anders zou zijn besteed als het slachtoffer niet hulpbehoevend zou zijn geworden.¹⁶⁸ Larroumet is het oneens met zowel de eerdere rechtspraak, als de redenering van Durry. Volgens hem zou uitsluitend de zorg door naasten vergoedbaar moeten zijn als deze de normale zorg die echtgenoten voor elkaar behoren te betrachten, overstijgt:

‘En réalité, il s’agit d’une question de mesure. Est-ce que l’assistance prêtée par la femme à son mari victime d’un accident dépasse ce qui est normalement attendu d’une épouse sur le terrain de l’art. 212 c. civ.? Si l’on se marie pour le meilleur et pour le pire, le pire est-il sans limite? La est la vraie question.’¹⁶⁹

Over het argument dat de toename van de werklast voor de echtgenote al is vergoed aan de direct gekwetste, betoogde Larroumet dat als de echtgenote de direct gekwetste vervangt en zichzelf daardoor genoodzaakt ziet om minder betaalde arbeid te gaan verrichten of voor de (eigen) huishoudelijke werkzaamheden een beroep moet doen op betaalde derden, de echtgenote dan ook schadelijder is.¹⁷⁰ De vordering van de direct gekwetste bestaat dan dus naast de vordering van de verzorgende naaste.

Het *Cour de Cassation* geeft in 1978 gehoor aan de kritieken uit de doctrine: er wordt van koers veranderd.¹⁷¹ De verzorging door naasten is een vergoedbare schadepost als de schade persoonlijk (*personnel*), direct (*direct*) en zeker (*certain*) is.¹⁷² Er wordt hier of in latere rechtspraak niet gesproken over zorg die de normale zorg in het kader van artikel 212 CC overstijgt en het *Cour de Cassation* oordeelt bovendien dat de vergoeding niet verminderd mag worden als er geen concrete kosten zijn gemaakt door de naaste (inhuren externe hulp of inkomensschade), of als geen bewijsstukken

rechter lijkt een andere redenering te hanteren dan het hof. De betekenis van dit onderscheid doet echter niet (meer) terzake, omdat met het arrest van 13 december 1978 het *Cour de Cassation* van koers veranderde.

168 2^e Civ., 5 januari 1973, *RTD Civ.* 1973, p. 775, obs. G. Durry.

169 2^e Civ., 18 maart 1981, *Bull. Civ. II*, nr. 70 (79-15130), *D.*1981.IR.324, noot Larroumet. Vgl. Barrot 1988, p. 423. Hij noemt als extra rechtvaardiging voor dit argument dat de verzorgende naaste zelf ook profiteert van de door hem verschafte zorg.

170 2^e Civ., 18 maart 1981, *D.*1981.IR.323, obs. Larroumet.

171 2^e Civ., 13 december 1978, *Bull. Civ. II*, nr. 271 (77-13868), *RTD Civ.*, 1979, 613, obs. Durry. Inmiddels is dit vaste rechtspraak, vgl. 2^e Civ., 18 maart 1981, *Bull. Civ. II*, nr. 70 (79-15130), *D.*1981.IR.323, obs. Larroumet; 2^e Civ., 21 juni 1989, *Bull. Civ. II* 1989, nr. 133, p. 66; 2^e Civ., 4 mei 2000, *Resp. Civ. et Assur.* 2000, nr. 225, p. 12; Ass. plén., 28 november 2001, *Bull. A.P.* 2001, nr. 16 (00-14248), *Resp. Civ. et Assur.* 2002, comm., nr. 20; 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 33; 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 33, (tweede arrest); 2^e Civ., 5 juni 2003, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 256, *JCP* 2003.IV.2343. Zie ook Delebecque en Jourdain 2005, p. 190.

172 2^e Civ., 13 december 1978, *Bull. Civ. II*, nr. 271 (77-13868), *RTD Civ.*, 1979, 613, obs. Durry. Vgl. 2^e Civ., 12 november 1986, *Bull. Civ. II*, nr. 164 (85-14486). Zie Viney en Jourdain 2006, p. 167; Le Roy 2007, p. 39; Jourdain 2007, p. 125.

van concrete kosten kunnen worden overlegd.¹⁷³ Het *Cour de Cassation* oordeelde dat een volledige vergoeding van de schade moet worden gegeven:

*(...) alors que l'assistance d'une tierce personne ne peut être supprimée ou réduit en cas assistance conjugale ou familiale et qu'une indemnité doit réparer intégralement le préjudice, (...).*¹⁷⁴

De hulp door naasten moet dus worden vergoed, vanwege het recht op *réparation intégrale*.¹⁷⁵ Wat dit betreft verschilt het Nederlandse recht dus niet van het Franse.¹⁷⁶

Lambert-Faivre en Porchy-Simon stellen dat de vergoeding voor hulp door naasten op twee manieren vorm kan krijgen. Ten eerste door een vordering van de direct gekwetste: een vergoeding wordt gevorderd voor '*assistance d'une tierce personne*' (brutoloon),¹⁷⁷ zonder dat rekening wordt gehouden met de identiteit van de verzorger (een familielid).

Op de vergoeding van het brutoloon is kritiek geuit door Chartier en Barrot. Chartier is van mening dat de vergoeding voor de kostenpost verzorging door naasten lager moet zijn dan de kosten van de professionele hulpverlening.¹⁷⁸ Barrot deelt zijn mening, maar noemt een andere reden: de verzorging door (bijvoorbeeld) ouders is gedeeltelijk een uitoefening van een wettelijke plicht.¹⁷⁹ Anderzijds werkt de naaste niet volgens een strak tijdschema, zoals een externe hulp doet.¹⁸⁰

De naaste kan echter ook zelf vergoeding vorderen van zijn inkomensschade vanwege de hulp die wordt gegeven aan de direct gekwetste als *tierce personne*.¹⁸¹

Chartier rechtvaardigt deze uitkomst door te stellen dat de schadeveroorzaker – naar de oude regel – zou profiteren van het huwelijk tussen twee personen, omdat rekening werd gehouden met de onderhoudsplicht tussen beiden.¹⁸² Durry spreekt ook

173 2^e Civ., 14 oktober 1992, *Bull. Civ. II*, nr. 239 (91-12695), *RTD Civ.* 1993, 144, *JCP IV*, 3054; 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 33; 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 33 (tweede arrest).

174 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 33, *JCP* 2003.IV.1018, D.2002, p. 3245.

175 Zie ook *Crim.*, 23 januari 1975, *Bull. Crim.*, nr. 29 (74-90276) (overlijdensschade).

176 Vgl. Linderbergh 2002a, p. 1467 waar hij een vergelijking maakt tussen het Nederlandse en het Belgische systeem dat vergelijkbaar is met het Franse systeem.

177 Zie bijvoorbeeld 2^e Civ., 16 november 1994, *Bull. Civ. II* 1994, nr. 232 (93-11177) (direct gekwetste vordert vergoeding voor hulp *tierce personne* verschaft door moeder); 2^e Civ., 4 mei 2000, *Resp. Civ. et Assur.* 2000, nr. 225 (direct gekwetste vordert vergoeding voor hulp ouders); 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 33 (eerste arrest); 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 33 (tweede arrest).

178 TGI Paris, 6 juillet 1983, *D.* 1984.14, obs. Y. Chartier.

179 Of in geval van de verzorging van een meerderjarige: een natuurlijke verbintenis, Barrot 1988, p. 420.

180 Barrot 1988, p. 420.

181 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2006, p. 319.

182 Chartier 1983, p. 247. Vgl. obs. G. Durry bij 2^e Civ., 13 december 1978, *RTD Civ.* 1979, 613.

wel over 'La solution donnée par l'arrêt commenté nous semble beaucoup plus réaliste, dans le contexte d'un système d'indemnisation qui répare tout préjudice réellement subi.'¹⁸³ Dagnorne-Labbe toont zich ook voorstander van vergoeding, ook als geen concrete schade is geleden. Hoewel het uitgangspunt voor begroting in strijd is met het idee dat concrete schade moet worden vergoed en zorgt voor een zekere verrijking aan de zijde van de gekwetste als er een verschil bestaat tussen de vergoeding en de concrete kosten, wordt deze uitkomst gerechtvaardigd in het licht van de belangen waaraan tegemoetgekomen wordt. Ten eerste zouden naasten kunnen worden afgeschrikt als zij geen vergoeding ontvangen, terwijl het wenselijk lijkt om naasten in te zetten als verzorger in plaats van externe hulp. Bovendien zou niet vergoeden een voordeel opleveren voor de aansprakelijke en dat zou volstrekt in strijd zijn met de rol van het civiele recht om de schade en belangen van de gekwetste voor rekening te brengen van de aansprakelijke partij. Dagnorne-Labbe concludeert daarom dat vergoeding gerechtvaardigd is, omdat het noodzakelijk is de aansprakelijke te 'sanctioneren' door middel van een verplichting tot volledige vergoeding (*réparation intégrale*).¹⁸⁴

Dat naasten voorzien in de verzorging van de direct gekwetste, betekent niet dat de direct gekwetste daarom geen vorderingsrecht meer heeft ter verhaal van de kosten van *l'assistance d'une tierce personne*. Zowel de direct gekwetste als de naaste kan vergoeding vorderen voor de zorg, maar als een van beiden de vergoeding heeft ontvangen, dan verliest de ander het vorderingsrecht voor diezelfde schade.¹⁸⁵

Onder welke omstandigheden is het volgens het *Cour de Cassation* mogelijk om het nadeel door de verzorging te vergoeden? Barrot uitte eerder zijn onvrede over het ontbreken van een duidelijke begrenzing.¹⁸⁶ Er bestaat geen omliggende kring van gerechtigden: er zijn ook casus bekend waarin een (tweeling)zus en een dochter een vergoeding hebben ontvangen.¹⁸⁷ De noodzakelijkheid (*la nécessité*) van de hulp van derden vormt het uitgangspunt.¹⁸⁸ Jourdain stelt echter dat vergoeding slechts mogelijk is als deze de verplichting tot verzorging tussen echtgenoten (artikel 212 CC) en tussen ouders en kinderen (artikel 213 CC) overstijgt.¹⁸⁹ Dit is echter geen standpunt dat is terug te vinden in rechtspraak of andere literatuur van na 1978.

Er geldt echter een beperking, zo blijkt uit de rechtspraak. Het *Cour de Cassation* heeft drie arresten gewezen waarin is betoogd dat schade van naasten wordt veroorzaakt door de keuze van de naaste en niet door de fout van de aansprakelijke.

183 Obs. G. Durry bij 2^e Civ., 13 december 1978, *RTD Civ.* 1979, 613.

184 Dagnorne-Labbe 2001, p. 552.

185 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 319.

186 Barrot 1988, p. 423.

187 Zie Barrot 1988, p. 425 waar hij twee ongepubliceerde zaken bespreekt.

188 Zie bijvoorbeeld 2^e Civ., 19 maart 1997, *Bull. Civ. II*, nr. 87 (94-21978); 2^e Civ., 5 juni 2003, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 256; *JCP* 2003.IV.2343.

189 Jourdain 2007, p. 125.

Het eerste arrest gaat over een moeder die haar baan opzegt om bij haar gewonde kind te kunnen zijn. Er zijn reeds drie hulpverleners ingeschakeld om haar kind te verzorgen. Het gaat dus over de vergoeding van inkomensschade vanwege de keuze om louter bij het kind te kunnen zijn. Het *Cour de Cassation* oordeelt dat een vergoeding wegens het stopzetten van een carrière ‘op zich’ niet kan worden afgewezen als de direct gekwetste, haar zoon, al een vergoeding heeft ontvangen ter betaling van hulp van derden (die twee vorderingen kunnen naast elkaar bestaan). Vergoeding wordt in deze casus echter niet toegekend, gelet op het feit dat reeds drie hulpverleners voor de gekwetste zorgen, en:

*‘que c’est à la suite d’une option personnelle que Mme [Capitaine, RR] avait cessé ses activités professionnelles et qu’il n’en découlait pas l’existence d’un préjudice.’*¹⁹⁰

Haar schade vloeit dus niet voort uit bestaande schade, maar uit haar *persoonlijke keuze* om te stoppen met haar activiteiten.

Het *Cour de Cassation* oordeelt in gelijke zin in een arrest uit 2002: een echtgenote ontvangt geen vergoeding van schade veroorzaakt door de beëindiging van haar dienstverband. Haar echtgenoot raakt dement door zijn letsel, waardoor ook de leefwereld van de echtgenote verandert: haar echtgenoot toont geen affectie meer voor haar. Zij kiest er voor om te stoppen met werken. Een vergoeding wordt afgewezen, omdat het causaal verband ontbreekt: de gekwetste wordt verzorgd door externe, betaalde hulp en de aanwezigheid van de echtgenote bij haar echtgenoot lijkt op geen enkele manier bij te dragen aan zijn herstel. Zij heeft bovendien een morele verplichting jegens haar echtgenoot om te zorgen voor inkomen, waarvoor zij in principe de hele dag de tijd heeft.¹⁹¹ Er bestaat dus geen causaal verband tussen de schade van de echtgenote en het ongeval.

De uitkomst in het derde arrest (uit 2005) is echter anders. De direct gekwetste, mevrouw Françoise, is gewond geraakt bij een verkeersongeval en daardoor heeft zij (levenslang) behoefte aan verzorging in een ziekenhuis of verpleeghuis. Mevrouw Danielle, moeder van de gekwetste, biedt haar woning aan als alternatief voor extern verblijf. De gekwetste woont daar vijf jaar. Er wordt vergoeding gevorderd van kosten veroorzaakt door het inwonen op zich. Hoewel de uitspraak geen duidelijkheid biedt over de soort kosten, kan men waarschijnlijk denken aan kosten van het ‘gewone’ onderhoud: eten, drinken et cetera. Er wordt niet gesproken over verzorging of verpleging en ook niet over de vergoeding van inkomensverlies van naasten.¹⁹² Het hof wijst (in tweede instantie) de vordering af, omdat, hoewel de ernst van het letsel levenslange opname vergt, het gezin er zelf voor heeft gekozen om de gekwetste bij

190 2^e Civ., 15 januari 1997, *Bull. Civ. II*, nr. 13, p. 7 (95-14580).

191 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 26.

192 2^e Civ., 12 mei 2005 (01-16963), niet gepubliceerd, zie chron. P. Jourdain, *RTD Civ.* 2005, p. 786-788. Jourdain maakt ook niet duidelijk over welke kosten het gaat. Hij spreekt over: ‘*divers préjudices*’. De uitspraak van het Hof Parijs (17^e civiele kamer) van 17 september 2001 is ook niet gepubliceerd.

hen onder te brengen en de aansprakelijke de gevolgen van die keuze niet steunde. Het *Cour de Cassation* casseert. Vooropgesteld wordt dat een vergoeding niet hoeft te worden gegeven, omdat naasten liefde en affectie geven aan de direct gekwetste en die keuze nadelige materiële consequenties kent, maar omdat:

*(...) Mme F. dont l'état de santé ne lui laissait aucune autonomie, avait été accueillie au domicile des conjoints de Y, ce dont il résultait l'existence d'un lien de causalité directe entre l'accident et le préjudice allégué par ces derniers, (...).*¹⁹³

Er bestaat een direct causaal verband tussen het ongeval en de schade, omdat de gekwetste vanwege haar gezondheidstoestand geen autonome positie meer heeft, en met dat in het achterhoofd in het gezin is opgenomen, waardoor schade wordt geleden.

Deze drie uitspraken hebben een gemene deler: vanwege persoonlijke keuzes van naasten wordt schade geleden. Zonder die keuze zou in beginsel de schade niet zijn ontstaan. Viney noemt het arrest uit 2002 (het tweede arrest) daarom in het kader van het bewijs van het causaal verband: als het slachtoffer niet kan aantonen dat zijn schade is veroorzaakt door de fout, dan wordt de vordering afgewezen.¹⁹⁴

Maar het probleem is dat er meestal wel ergens een keuze moet worden gemaakt: ofwel om de schade van de direct gekwetste te dragen, ofwel om te stoppen met werken om voor het slachtoffer te gaan zorgen. En die keuze komt vrijwel altijd voort uit liefde voor het slachtoffer. De kernvraag is echter onder welke omstandigheden die keuze zorgt voor een doorbreking van het causale verband.

Jourdain vindt de rechtvaardiging voor de positieve uitkomst in het laatste arrest in het verband dat het *Cour de Cassation* legt met de gezondheidstoestand van de gekwetste en de continuïteit die daarvan uitgaat met de schade – de kosten vanwege het bieden van onderdak – waardoor die keuze niet arbitrair is, maar wordt gerechtvaardigd door de toestand van de gekwetste zelf.¹⁹⁵ Maar hij merkt daarbij op dat de rechters in lagere instantie deze vergoeding niet op die manier beschouwden: het ging over een vergoeding *'à leur dévouement et à leur sentiment privilégié d'affection filiale'*, vanwege hun toewijding en de liefde voor de gekwetste.¹⁹⁶

Er bestaan dus twee perspectieven. De keuze van de naaste (en de daaruit ontstane schade) kan in verband staan met het *herstel* van de gekwetste. In die situatie moet hoogstwaarschijnlijk wel een vergoeding worden geboden. Dat is anders als de keuze

193 2^e Civ., 12 mei 2005 (01-16963), niet gepubliceerd, zie chron. P. Jourdain, *RTD Civ.* 2005, p. 786-788.

194 Viney en Jourdain 2006, p. 211, en voetnoot 104.

195 Chron. P. Jourdain, *RTD Civ.* 2005, p. 788.

196 Er wordt volgens Jourdain de facto een manier gezocht om vergoeding te krijgen van schade die lijkt op het subrogatierecht van *tiers payeurs*. Hij merkt echter op dat: *'Mais, ne figurant pas dans la liste des tiers payeurs bénéficiant de la subrogation légale (...), ils devraient alors se faire subroger conventionnellement à cette fin. Encore faut-il qu'ils y songent!'* Chron. P. Jourdain, *RTD Civ.* 2005, p. 788.

om thuis te blijven (en daardoor inkomen wordt gederfd) louter uit *liefde en affectie* is gemaakt en geen verband meer houdt met het herstel van de gekwetste.

Het onderscheid tussen beide situaties is echter mijns inziens flinterdun, omdat de concrete situatie na iemands letsel niet zo 'zakelijk' kan worden benaderd. Het zal niet zo zijn dat een vader, die zijn baan opzegt om bij zijn verwonde kind te zijn, geen extra zorgtaken op zich zal nemen als er al hulpverleners zijn ingehuurd om bepaalde zorgtaken te verrichten. Tegelijkertijd is het evident dat hij die keuze maakt uit liefde voor zijn kind. Toch is het bijna onvermijdelijk dat er een begrenzing wordt gekozen, omdat vergoeding voor zowel het volledige inkomensverlies van een ouder als vergoeding voor professionele hulp niet voor de hand ligt.

In de voorstellen tot wijziging van het Franse aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht wordt ook gesproken over de vergoeding van de kosten voor hulp van naasten. In het Avant-project wordt niets specifiek gezegd over de vergoeding voor hulp. In het algemeen wordt opgemerkt dat:

*'Les victimes par ricochet ont droit à la réparation de leurs préjudices économique consistant en des frais divers et pertes de revenus ainsi que de leurs préjudices personnels d'affection et d'accompagnement.'*¹⁹⁷

In het rapport dat tot stand is gekomen onder leiding van Lambert-Faivre wordt opgemerkt dat het verlies van inkomen van naasten vanwege het letsel van de gekwetste een klassiek vergoedbare schadepost is.¹⁹⁸ In het rapport van Dintilhac, waarbij in het rapport van Anziani en Béteille aansluiting wordt gezocht, wordt uitgebreider aandacht besteed aan deze schadepost. Er wordt geconcludeerd dat naasten vergoeding kunnen vorderen van hun verlies van inkomen, als wordt voorzien in huishoudelijke hulp in plaats van de direct gekwetste. Daarnaast kan een vergoeding worden gevorderd voor het inkomensverlies vanwege de behoefte aan zorg van de direct gekwetste. Als echter de direct gekwetste al een vergoeding heeft ontvangen voor de kostenpost 'tierce personne', dan is dubbele vergoeding onmogelijk en wordt uitsluitend het deel van het inkomensverlies dat de vergoeding aan de gekwetste overstijgt, vergoed aan de naaste.¹⁹⁹

3.2.5 Tussenconclusie

Als naasten de gekwetste gaan verplegen, kunnen zij daarvoor een vergoeding vorderen. In het licht van het uitgangspunt van artikel 6:107 BW (verplaatste schade van de direct gekwetste) zou op het eerste gezicht de dubbele redelijkheidstoets te moeten worden doorgetrokken naar de situatie waarin naasten gaan verplegen. Maar gezien het *Krüter*-arrest geldt een beperking: het moet normaal en gebruikelijk zijn om een

197 Art. 1379, tweede alinea Catala 2005.

198 Lambert-Faivre 2003, p. 27.

199 Dintilhac 2005, p. 44-45.

professional in te huren. Dit criterium is bekritiseerd in de literatuur. Gesuggereerd is om een serieuze redelijkheidstoets te introduceren. Een steunargument vormt de uitkomst in het *Wrongful birth I*-arrest: ouders mogen zelf kiezen of zij de nodige verzorging gaan bieden, en als zij daarvoor op redelijke gronden kiezen dan moet een vergoeding worden toegekend voor hun schade.

Naar Engels en Duits recht vindt in zekere zin van perspectief gewisseld: de nadruk ligt op de extra zorg die naasten verschaffen. Die zorg moet redelijkerwijs nodig zijn en een marktwaarde vertegenwoordigen. De aansprakelijke mag in ieder geval niet profiteren van de vrijwillige inzet van naasten. Naar Frans recht lijkt een opener systeem te bestaan. De zorg door naasten moet nodig zijn in het licht van het letsel van de gekwetste. Als de schade van de naaste geen verband meer heeft met het herstel van de gekwetste, maar louter uit liefde de keuze is gemaakt om te stoppen met werken, dan wordt die inkomensschade niet vergoed.

Mijns inziens is dit een dun onderscheid. Een vader die thuisblijft om voor zijn kind te zorgen, eventueel in samenwerking met professionele hulpverleners, zal namelijk altijd ook extra zorgtaken op zich nemen (de aard van de verzorging is veranderd), maar tegelijkertijd maakt hij die keuze uit liefde. Hoe dan het onderscheid te maken tussen een keuze uit liefde en een keuze ten gunste van iemands herstel? In het achterhoofd moet worden gehouden dat de keuze van de ouders om thuis te blijven niet betekent dat zij dezelfde soort zorg zullen geven aan hun verwonde kind als die is verschaft voor de onrechtmatige daad. Het is mijns inziens niet zo dat als er professionele hulp wordt ingehuurd, de ouders geen extra last of druk ondervinden. De aard van de verzorging is mijns inziens veranderd door de verwondingen van het kind. Als er voor wordt gekozen om naar Nederlands recht een vergoeding te bieden voor inkomensschade van naasten, dan moet er, ter ondervanging van deze problematiek, een redelijkheidstoets worden geïntroduceerd.

De Nederlandse wetgever lijkt ook vooruit te willen gaan: gesproken wordt over vergoeding van de inkomensschade van naasten. Het zou dan gaan om de uitbreiding van het afgeleide vorderingsrecht van artikel 6:107 BW.

Klaassen pleit voor uitbreiding en doet ter rechtvaardiging daarvan een beroep op het *Wrongful birth I*-arrest: ouders mogen kiezen of zij willen stoppen met werken of niet en als zij stoppen moet de inkomensschade worden vergoed. In die situatie bestond echter aansprakelijkheid jegens de moeder en die keuze moet wel redelijk zijn. Maar mag deze regel ook worden toegepast als op het eerste gezicht geen aansprakelijkheid bestaat tegenover de moeder? Engelhard doet een beroep op het doel van het aansprakelijkheidsrecht: de geschonden norm moet worden gehandhaafd en kosten (indien redelijk) die samenhangen met het herstel van de direct gekwetste moeten daarom in beginsel worden vergoed. Maar ook dan wordt het probleem niet opgelost dat artikel 6:107 BW een afgeleid vorderingsrecht is, dat in essentie gaat over de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste.

3.3 Verlies van arbeidsvermogen: huishoudelijke hulp en zelfwerkzaamheid

3.3.1 Nederland: het moet normaal en gebruikelijk zijn om professionele hulp in te huren

Hoewel in lagere rechtspraak al een vergoeding werd toegekend voor schade in verband met het inhuren van huishoudelijke hulp, kreeg de Hoge Raad pas in 2008 in het *Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*-arrest de mogelijkheid om daarover een uitspraak te doen.²⁰⁰ Vanwege een behandelingsfout kan mevrouw Reuvers niet meer al haar huishoudelijke taken verrichten. Haar echtgenoot neemt deze werkzaamheden over en dus maakt mevrouw Reuvers geen kosten. De echtgenoot verricht deze taken in zijn vrije tijd, waardoor hij geen inkomensschade (of andere tastbare vermogensschade) lijdt. Mevrouw Reuvers stelt (voor hem) een vordering in op basis van artikel 6:107 BW. Mag geabstraheerd worden van het feit dat in concreto geen professionele hulp werd ingeschakeld en dat meneer Reuvers geen concrete schade lijdt? De Hoge Raad overweegt dat het slachtoffer zo veel mogelijk moet worden teruggebracht in de situatie waarin hij of zij zou hebben verkeerd zonder de schade-toebrengende gebeurtenis. In beginsel moet dus rekening gehouden worden met alle omstandigheden van het geval.²⁰¹ De Hoge Raad overweegt echter ook:

‘Op dit uitgangspunt zijn in de rechtspraak (...), zowel op praktische gronden als om redenen van billijkheid, in bijzondere gevallen uitzonderingen aanvaard.’²⁰²

En voorts:

‘In de lijn van deze rechtspraak moet – met het hof – worden aanvaard dat in geval van *letselschade* de kosten van huishoudelijke hulp door de aansprakelijke persoon aan de benadeelde moeten worden vergoed indien deze ten gevolge van het letsel niet langer in staat is de desbetreffende werkzaamheden zelf te verrichten, voor zover het gaat om *werkzaamheden waarvan het in de situatie waarin het slachtoffer [bedoeld wordt: de direct gekwetste, mevrouw R., RR] verkeert normaal en gebruikelijk is dat zij worden verricht door professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners*.’²⁰³ (cursivering RR)

De tijd die door naasten wordt besteed aan huishoudelijke hulp is dus vergoedbaar als het normaal en gebruikelijk zou zijn om professionele hulp in te schakelen.²⁰⁴ Hetzelfde (bekritiseerde) criterium als in het *Krüter*-arrest wordt toegepast. Van belang is dat de Hoge Raad opmerkt dat deze regel niet is beperkt tot gevallen van ernstig

200 HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken. Hierover eerder (o.a.) Hammerstein 1994, p. 7; Lindenberg 2006a, p. 105-110; Laseur 2008, p. 5-12.

201 HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*), r.o. 3.3.

202 HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*), r.o. 3.4.

203 HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*), r.o. 3.5.1.

204 Kritisch hierover Van der Zalm en Lindenberg 2009, p. 148.

letsel; het kan ook buiten die situatie zo kan zijn dat de benadeelde niet zijn eigen huishouden kan voeren.²⁰⁵ Interessant zou zijn om te weten of deze opmerking ook geldt in situaties van verpleging en verzorging. Vranken lijkt ervan uit te gaan dat dit zo is; de ernst van het letsel lijkt niet meer doorslaggevend te zijn.²⁰⁶

In de aanbeveling 7.5 uit het Rapport van de Verbondscommissie schaderegelingsbeleid van het Verbond van Verzekeraars staat reeds lange tijd te lezen: 'In geen geval is het juist om de benadeelde te verwijzen naar gezins- en/of familieleden. Evenmin kan worden verlangd, dat een beroep op burenhulp wordt gedaan. Wordt niettemin dergelijke hulp verleend, dan dient desgevraagd hiervoor een redelijke vergoeding te worden gegeven.'²⁰⁷

Hoe ruim mag het begrip 'huishoudelijke hulp' worden geïnterpreteerd? Hammerstein spreekt zich uit tegen de vergoeding van de schade van de bridgepartner of gezelschap voor de nacht.²⁰⁸ Dat lijkt mij juist. Maar hoe wordt geoordeeld als de direct gekwetste bijvoorbeeld niet meer in staat is om in zijn tuin te werken? Deze casus is nog niet voorgelegd aan de Hoge Raad. Een voorzichtige voorspelling mijnerzijds: een schadevergoeding zal geaccepteerd worden, omdat ik geen rechtvaardiging zie voor een onderscheid tussen verpleging, verzorging en huishoudelijke hulp enerzijds en zelfwerkzaamheid anderzijds.

De vordering in het *Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*-arrest is ingediend door de direct gekwetste en niet door een derde. De Hoge Raad overweegt dat artikel 6:107 BW geen blokkering vormt voor de direct gekwetste om zelf vergoeding te vorderen voor de hulp verschaft door derden. Als de aansprakelijke, of diens verzekeraar, echter aan een van beiden reeds een vergoeding voor de hulp heeft gegeven, dan is hij tegenover beiden bevrijd van zijn betalingsverplichting.²⁰⁹

3.3.2 Duitsland: huishoudelijke hulp moet nodig zijn

Als de direct gekwetste geen of minder huishoudelijke taken (het huishouden, klusjes in en om het huis) kan verrichten vanwege zijn letsel, kan hij daarvoor een vergoeding vorderen naar Duits recht.²¹⁰ Dat kan ook als er geen concrete kosten worden

205 HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*), r.o. 3.5.2.

206 Noot J.B.M. Vranken na HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387 (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*), nr. 8.

207 Rapport van de Verbondscommissie schaderegelingsbeleid 1984. Hierover S.D. Lindenbergh in zijn noot bij HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, *NTBR* 1999, p. 230 en voetnoot 14.

208 Hammerstein 1994, p. 7.

209 HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*), r.o. 3.7.

210 Lange en Schiemann 2003, p. 323-324; Markesinis et al. 2005, p. 150; MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RgNr 16 en 50; Kötz en Wagner 2010, p. 280. Zie BGH 25 september 1962, *NJW* 1962, 2248.

gemaakt ter invulling van die taken. De aansprakelijke kan geen verweer ontlennen aan het feit dat een naaste de hulp overneemt.²¹¹

Maatstaf is de feitelijk weggefallen bijdrage in het familiehuishouden, of de eigen behoefte van de direct gekwetste vanwege het letsel.²¹² Het gaat over de ‘*Notwendigkeit der Beschäftigung einer Haushaltshilfe*’.²¹³ Er bestaat geen aanspraak als de uitoefening van de taken door middel van kleine aanpassingen leidt tot een niet voelbare belasting.²¹⁴ Een vergoeding wordt ook toegekend als de gezinsleden gezamenlijk zorg droegen voor het huishouden.²¹⁵

Wagner verklaart de vergoeding voor huishoudelijke hulp door een onderscheid te maken tussen huishoudelijke hulp als een ‘toegenomen behoefte’ aan de zijde van de direct gekwetste en als een ‘verlies van verdienvermogen.’ Als het uitsluitend gaat over de eigen behoefte aan huishoudelijke hulp, dan wordt die zorg vergoed onder de noemer ‘toegenomen behoefte’, maar als die hulp wordt gemist door familieleden dan is sprake van een verlies van verdienvermogen.²¹⁶ Het gaat in dat laatste geval dus over de onderhoudsbehoefte van de overige familieleden vanwege het ontbrekende deel van de arbeidskracht.²¹⁷

Discussie bestaat over de soort hulp waarvoor vergoeding kan worden toegekend. Helder is dat een vergoeding gevorderd kan worden in geval van een meerbehoefte aan hulp bij de gekwetste, maar kan dat ook als het gaat over de misgelopen hulp ten gunste van het hele gezin? Als het echtgenoten of juridisch partners van gelijk geslacht betreft, dan is zeker dat een vergoeding kan worden gevorderd. Er bestaat namelijk een onderhoudsplicht.²¹⁸ Maar is dit ook het geval als de direct gekwetste samenwoont?²¹⁹ Wagner noemt de argumenten tegen en voor. Tegen vergoeding pleit

211 BGH 25 september 1962, *NJW* 1962, 2248; BGH 9 juli 1968, *NJW* 1968, 1823. Het BGH spreekt over een ‘*normative Schadensbegriff*’. Lange en Schiemann 2003, p. 516; Staudinger/Vieweg (2007) § 843, Rn 10, p. 148.

212 BGH 10 oktober 1989, *VersR* 1989, 127. Zie ook OLG Düsseldorf 19 februari 1981, *VersR* 1982, 881 (feitelijke bijdrage); OLG Hamburg 23 december 1983, *VersR* 1985, 647 (feitelijke bijdrage). Lange en Schiemann 2003, p. 324; MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RgNr 50.

213 Zie bijvoorbeeld OLG Celle 24 april 1980, *VersR* 1981, 357.

214 Lange en Schiemann 2003, p. 324. Wagner wijst op het voorbeeld dat echtgenoten onderling de taken kunnen herverdelen, zodat de gekwetste toch zijn gedeelte kan inbrengen, MünchKommBGB/Wagner § 843, RgNr 50. In BGH 18 februari 1992, *NJW-RR* 1992, 792 oordeelt het hof dat als er een verplichting tot vergoeding van de schade van de direct gekwetste bestaat, de schadeveroorzaker zich niet kan beroepen op het uitblijven van concrete kosten, zoals bijvoorbeeld het geval is indien de direct gekwetste zijn beroep niet meer kan uitoefenen en in plaats van die tijdsbesteding meer tijd gaat besteden aan het huishouden. Opgemerkt moet worden dat de huishoudelijke taken in het betreffende geval moeilijker waren geworden vanwege het letsel.

215 MünchKommBGB/Wagner § 843, RgNr 50. De omvang van de vergoeding wordt bepaald door de omvang van het huishouden, het aantal kinderen en de relatie tussen de huishoudelijke taken en eventuele arbeidsparticipatie van de direct gekwetste (RgNr 52).

216 MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RgNr 16 en 50, p. 2590. Zie BGH 10 oktober 1989, *VersR* 1989, 1274. Vgl. Staudinger/Vieweg (2007) § 843, Rn 8, p. 147.

217 MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RgNr 51, p. 2591. Zie ook Pardey 1997, p. 2096; Röthel 2001, p. 333.

218 Röthel 2001, p. 333-334; Lange en Schiemann 2003, p. 324-325; Markesinis et al. 2005, p. 150-151; MünchKommBGB/Wagner § 843, RgNr 53.

219 Röthel 2001, p. 333; Lange en Schiemann 2003, p. 325; MünchKommBGB/Wagner § 843, RgNr 53.

het ontbreken van een verplichting tot hulp (bij wet of contract): de hulp werd vrijwillig gegeven en kon dus ook op ieder moment worden gestopt.²²⁰ Röthel waarschuwt bovendien voor een uitdijing van de kring van (de facto) gerechtigden van § 843 I BGB.²²¹ Wagner toont zich echter voorstander van de vergoeding; anders dan in het kader van § 844 II BGB komt het niet aan op de juridische verplichting, maar op de vermogenswaarde van de door het letsel onmogelijk geworden arbeidsprestaties. Er hoeft geen betaalde hulp te worden ingehuurd als voorwaarde voor vergoeding en van die regel mag niet worden afgeweken als het een samenwonend stel betreft, aldus Wagner: *‘Dann aber ist es nur folgerichtig, die zugrunde liegenden Leistungen selbst als Vermögenswert zu qualifizieren.’*²²² Röthel voegt daaraan toe dat hulp van niet gehuwde partners onderling zeker *‘Wirtschaftlich sinnvoll’* kan zijn en de facto niet hoeft te verschillen van hulp van echtgenoten.²²³ Lange en Schiemann lijken voorzichtiger. Ook zij erkennen dat onder omstandigheden vergoeding mogelijk moet zijn, maar vereisen: *‘Nachhaltigkeit’* (duurzaamheid) en *‘Gegenseitigkeit’* (wederkerigheid) van de wederzijdse verplichtingen. Dat is in ieder geval zo als een contract is gesloten.²²⁴

Door aansluiting te zoeken bij het feitelijke onderhoud dat de gekwetste aan naasten verschaft, ontstaat een onderscheid tussen de vergoeding voor huishoudelijke hulp bij letsel en bij overlijden. Als de gekwetste overlijdt, dan kunnen uitsluitend onderhoudsge-rechtigden een vergoeding ontvangen krachtens § 844 II BGB (zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.3.2).

Als de direct gekwetste externe hulp inhuurt, dan wordt de vergoeding concreet berekend op basis van het brutoloon.²²⁵ Als geen externe hulp wordt ingehuurd, maar als bijvoorbeeld een naaste de huishoudelijke taken uitoefent, dan wordt de vergoeding gebaseerd op het fictieve nettoloon, aldus het BGH:

*‘In dem einen wie dem anderen Fall ist der Schaden meßbar an der Entlohnung, die für die Verletzungsbedingt nicht mehr ausführbaren oder nicht mehr zumutbaren Hausarbeiten an eine Hilfskraft gezahlt wird (dann Erstattung dese Bruttolohns) oder, wenn etwa Familienangehörigen oder Freunde einspringen, gezahlt werden müßte (dann Orientierung am Nettolohn).’*²²⁶

Wagner stelt dat de vergoeding ter hoogte van het nettoloon in overeenstemming is met de gedachte dat de aansprakelijke niet mag profiteren van schadebeperkende

220 MünchKommBGB/Wagner § 843, RgNr 53. Vgl. Röthel 2001, p. 333.

221 Röthel 2001, p. 333.

222 MünchKommBGB/Wagner § 843, RgNr 53. Vgl. Röthel 2001, p. 333.

223 Röthel 2001, p. 333.

224 Lange en Schiemann 2003, p. 325.

225 Lange en Schiemann 2003, p. 324. Zij wijzen echter ook op de schadebeperkingsplicht uit § 254 BGB: het inzetten van een betaalde hulp moet nodig (*erforderlich*) zijn. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 843, RgNr 51.

226 BGH 10 oktober 1989, *VersR* 1989, 1274. Zie ook MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RgNr 16, p. 2576 en RgNr 51, p. 2591.

maatregelen.²²⁷ Schiemann verklaart deze wijze van schadevaststelling met een beroep op het *Versorgungsprinzip*, dat volgens hem ten grondslag ligt aan het Duitse schadevergoedingsrecht: de functie van het onrechtmatige daadsrecht is om het slachtoffer te verzorgen in die situaties dat het sociale vangnet dat niet of in mindere mate doet.²²⁸ Verzorging in deze zin zorgt ervoor dat het voortbestaan van goederen of rechten die zien op de vrijheid van het slachtoffer in belangrijke mate wordt verzekerd. Marktconform begroten en niet toelaten van voordeelstoerekening zijn daarvan voorbeelden.²²⁹ Het gaat dus niet over louter billijkheidsoverwegingen, maar over beslissingen van rechtspolitieke aard, aldus Schiemann:

‘Die Gewährung von Entschädigungen in diesen unendlich vielen „Alltagsfällen“ beruht genau genommen nicht auf dem Prinzip des Ersatzes für Vermögenseinbussen. Vermögensmassig gar nicht voll zu erfassende Einbussen werden vielmehr auf Grund einer besonderen Versorgungsordnung ersetzt. Schon deshalb pass aber für solchen Einbussen die am Vermögensschaden entwickelte Kategorie der Vorteilsanrechnung nicht. In Wirklichkeit wird nicht die „Schadensdefinition“ in Randzonen durch Billigkeitserwägungen korrigiert, sondern es wird eine Entschädigungsordnung begründet, die nicht mehr aus einem einfachen Individualschaden abgeleitet werden kann.’²³⁰

3.3.3 Engeland: een onderscheid tussen verleden en toekomst

Als de direct gekwetste geen of minder huishoudelijke taken kan uitvoeren, dan wordt de betreffende vordering tot schadevergoeding geschaard onder de noemer ‘*reduction of the capacity to carry out work at home*’. Onder deze schadepost valt naast het huishouden ook tuinieren (*gardening*) en onderhoud (*maintenance*).²³¹

Een vergoeding voor huishoudelijke hulp door naasten is mogelijk, gezien de uitkomst van *Daly v. General Steam Navigation co.*²³² Bridge oordeelt dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen vergoeding voor verschafte hulp en toekomstige hulp. Als de direct gekwetste tot op de dag van de zitting geen beroep heeft gedaan op betaalde hulpverlening, of als naasten geen inkomen hebben verloren vanwege de hulp, dan heeft de direct gekwetste *geen* vorderingsrecht.²³³ Voor huishoudelijke hulp als toekomstige schadepost geldt een andere regel: schadevergoeding moet worden

227 MünchKommBGB/Wagner § 843, RgNr 51.

228 Schiemann 1981, p. 235.

229 Schiemann 1981, p. 236-237.

230 Schiemann 1981, p. 184-185.

231 Snell 2002, p. 385; Lewis 1999, p. 16. Lord Bridge of Harwich noemde de mogelijkheid tot vergoeding van *domestic assistance* expliciet in de uitspraak *Hunt v. Severs* [1994] 2 A.C. 350, 356.

232 [1981] 1 W.L.R. 120.

233 *Daly v. General Steam Navigation* [1981] 1 W.L.R. 120. Zie Lewis 1999, p. 16; The Law Commission 1999, p. 56-57.

toegekend ongeacht of er betaalde hulp ingehuurd wordt, of op een andere manier kosten worden gemaakt.²³⁴ Het onderscheid wordt in de literatuur bekritiseerd.²³⁵

Maar kan ook vergoeding worden gegeven voor andere diensten die verschaft worden aan naasten? Ja, zo blijkt uit *Lowe v. Guise*.²³⁶ De direct gekwetste raakt gewond door een verkeersongeval. Voor het ongeval zorgde de direct gekwetste 77 uur per week voor zijn zwaar gehandicapte broer. De eerste twee maanden na het ongeval heeft hij niet voor zijn broer kunnen zorgen. Zijn moeder neemt in deze periode de zorg over. Nadien kan de gekwetste vanwege zijn letsel nog maar 35 uur zijn broer verzorgen. Vergoeding wordt gevorderd voor de waarde van missende 42 uur en die vergoeding wordt toegekend. Er wordt ook vergoeding gevorderd voor de verzorging die zijn moeder heeft geboden aan de broer in de twee maanden na het ongeval. Juist dat verlies is interessant, omdat de gekwetste vergoeding vordert voor verzorging die door een derde aan een andere derde is verschaft. Vergoeding wordt toegekend en de direct gekwetste moet de vergoeding in *trust* houden voor zijn moeder.²³⁷ Een andere uitkomst zou volgens Rix L.J. leiden tot een onlogisch verschil tussen wel vergoeden bij onderhoud van de tuin en niet vergoeden bij verzorging van een broer. Angst voor een stortvloed aan vorderingen heeft Rix L.J. niet: *section 9* van de *Administration of Justice Act 1982* heeft in Schotland ook niet tot onoverkomelijke problemen geleid.²³⁸ Rix L.J. overweegt echter dat deze vergoeding uitsluitend mogelijk is als deze verder gaat dat *the ordinary interaction of members of a household*.²³⁹

3.3.4 Frankrijk

Het Franse recht is wat betreft de vergoeding voor huishoudelijke hulp verricht door naasten in plaats van de gekwetste vergelijkbaar met de situatie waarin wordt ver-

234 Van Dam stelt in 2007 dat huishoudelijke taken door een naaste wel vergoedbaar zijn, Van Dam 2007, p. 73. Dit lijkt tegengesteld aan hetgeen in het bovenstaande werd gesteld. Hij ontleent deze gedachte aan de Canadese *Court of Appeal* uitspraak *Kroeker v. Jansen*, 4 B.C.L.R. (3d) 178, [1995] 6 W.W.R. 5, 24 C.C.L.T. (2nd) 113, 123 D.L.R. (4th). Na lezing van dit arrest blijkt echter dat in deze uitspraak (ook) uitsluitend vergoeding van toekomstige huishoudelijke hulp werd gevorderd en níet van de reeds door de echtgenoot verschaftte hulp. De overweging van het Canadese *Court of Appeal* lijkt dus conform hetgeen hierboven werd uiteengezet.

235 Law Commission 1999, p.57-58. Vgl. McKechnie 2001, p. 262-263, Snell 2002, p. 385-391. Snell onderbouwt zijn kritiek door te stellen dat sinds *Daly v. General Steam Navigation Co.* zich ook ontwikkelingen hebben voorgedaan in het kader van claims voor vergoeding voor verpleging door naasten.

236 *Lowe v. Guise*, [2002] Q.B. 1269, 1385.

237 *Lowe v. Guise*, [2002] Q.B. 1269, 1385.

238 *Lowe v. Guise*, [2002] Q.B. 1269, 1386. In *section 9(1)* van de *Administration of Justice Act 1982* is een vorderingsrecht opgenomen van de direct gekwetste ter vergoeding van schade vanwege de onbekwaamheid tot verschaffen van 'personal services' als gevolg van het letsel. Te lezen valt in *section 9(3)* van diezelfde wet dat hieronder ook wordt verstaan de hulp 'which the injured person but for the injuries in question might have been expected to render gratuitously to a relative'. Deze bepaling gaat dus over meer dan huishoudelijke hulp. Gedacht kan worden aan onderhoud van kinderen of klussen in en om het huis. Deze bepaling geldt alleen naar Schots recht. Toepassing naar Engels recht is uitgesloten. Hierover McGregor 2009, p. 1349.

239 *Lowe v. Guise*, [2002] Q.B. 1269, 1386.

pleegd en verzorgd. Ik verwijs daarom dan ook naar paragraaf 3.2.4 van dit hoofdstuk.

Opgemerkt moet worden dat volgens Chartier geen vergoeding wordt toegekend als naasten uitsluitend huishoudelijke hulp verliezen (en daarin dus zelf niet voorzien in plaats van de gekwetste). Het gaat in die situatie uitsluitend over een verlies van de direct gekwetste en niet (ook) over dat van naasten.²⁴⁰

3.3.5 *Tussenconclusie*

Naar Nederlands, Duits, Engels en Frans recht wordt een vergoeding gegeven voor de huishoudelijke hulp die naasten bieden aan de direct gekwetste, als dat nodig is geworden door diens letsel. Er gelden echter verschillende voorwaarden.

In het *Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*-arrest is het criterium uit het *Krüter*-arrest bevestigd: het moet normaal en gebruikelijk zijn om professionele hulp in te schakelen. De ernst van het letsel is irrelevant bij de oordeelsvorming of een vergoeding mag worden toegekend. In het *Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*-arrest ging het wederom om een vergoeding voor een verlies van tijd door naasten. Vooralsnog is dus onbekend of de Hoge Raad ruimte ziet voor de vergoeding van de concrete inkomensschade van naasten. In het licht van de werking van artikel 6:107 BW lijkt dat echter onwaarschijnlijk; de verplaatste schade van de direct gekwetste staat centraal. In Duitsland bestaat een andere discussie als het gaat over vergoeding voor huishoudelijke hulp door naasten. Er wordt namelijk een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de toegenomen behoefte aan huishoudelijke hulp van de direct gekwetste door diens letsel, en anderzijds het weggefallen deel van de huishoudelijke hulp dat voorheen werd geboden door de direct gekwetste aan zijn naasten. Over het eerste deel bestaat geen discussie: als een naaste voorziet in de hulpbehoefte van de gekwetste wordt daarvoor een vergoeding geboden. Dat is echter anders als het gaat over het eigen verlies van hulp door naasten (waarin zij dus zelf gaan voorzien). De echtgenoot zou wel een vergoeding ontvangen voor dit deel, maar over de positie van de partner met wie de gekwetste samenwoont, bestaat discussie. Het gevaar zou bestaan dat de relatie op ieder moment zou kunnen worden beëindigd. Wat daarvan ook zij, als een naaste gaat voorzien in de hulp en daarvoor moet een vergoeding worden geboden, dan wordt die gebaseerd op het nettoloon van een professionele hulp.

Ook naar Engels recht mag de aansprakelijke partij niet profiteren van de hulp van naasten. Een vergoeding wordt toegekend via het vorderingsrecht van de direct gekwetste. Er wordt echter een opvallend onderscheid gemaakt tussen reeds verschaftte hulp en nog te verschaffen hulp. Als een naaste tot het moment van besluitvorming kosteloos hulp heeft geboden, dan hoeft voor die hulp geen vergoeding te worden ge-

²⁴⁰ Chartier 1983, p. 247. Als het letsel gevolgd wordt door overlijden van de direct gekwetste is dit anders. Chartier ziet een rechtvaardiging voor dit onderscheid: de direct gekwetste had zelf voor zijn overlijden geen vordering ingesteld, of in kunnen stellen, waardoor het slachtoffer *par ricochet* het verlies van levensonderhoud (*la perte d'aliments*) mag vorderen vanaf het moment van het ongeval (Chartier 1983, p. 248).

boden. Dat moet echter wel als het gaat over toekomstige hulp. Dan is het irrelevant of een professionele kracht of een naaste hulp gaat bieden aan de gekwetste.

3.4 *Commentaar tot dusverre*

De mogelijke vergoeding voor inspanningen van naasten heeft de rechter voor een uitdaging gesteld: is een vergoeding voor verlies van louter tijd mogelijk en, zo ja, onder welke omstandigheden? Daar komt een vraag bij, namelijk of het concrete inkomensverlies van naasten vergoedbaar zou moeten zijn.

Dat een vergoeding voor het verlies van tijd wordt geboden, is mijns inziens terecht in het licht van de bedoeling van artikel 6:107 BW. Het betreft een afgeleid vorderingsrecht waardoor vergoeding kan worden gevorderd van de verplaatste schade van de direct gekwetste. Irrelevant zou moeten zijn of die schade in financiële zin of in natura wordt geleden door naasten. De ‘verplaatste schade’ van de gekwetste staat centraal en daarvoor is de aansprakelijke primair verantwoordelijk. Hiervan uitgaande is het opvallend, en mijns inziens onterecht, dat de Hoge Raad kiest voor een criterium dat strenger lijkt dan de klassieke dubbele redelijkheidstoets die wordt gehanteerd als de schadevergoeding voor de zorgbehoefte van de direct gekwetste wordt begroot.

De aanpak in Engeland is anders. Daar wordt uitgegaan van de zorgbehoefte van de direct gekwetste, maar wordt er (bij de vergoeding voor de verpleging en verzorging door naasten) een vergelijking gemaakt tussen wat een naaste normaal gesproken al zou hebben gedaan en wat hij dus nu extra doet. Naar Engels recht ligt er overigens altijd een keuze voor of de naaste ‘de normale zorg’ ook wil verschaffen; de feitelijke situatie is namelijk sterk veranderd als een gezinslid ernstig verwond terugkeert in een gezin.

Naar Frans recht wordt een volledige vergoeding gegeven voor het inkomensverlies van naasten als zij zichzelf inspannen ten gunste van het herstel van de gekwetste. Dit uitgangspunt wordt bevestigd in de hervormingsprojecten en wordt gerechtvaardigd door het idee van volledige vergoeding. Het gaat over een reëel geleden schade die volledig moet worden vergoed. Ook zou de verzorging door naasten niet als voordeel mogen uitpakken voor de aansprakelijke partij. Dagorne-Labbe merkt treffend op dat de aansprakelijke partij gesanctioneerd moet worden met een verplichting tot volledige vergoeding.²⁴¹ Toch wordt er beperkt naar Frans recht en wel in die zin dat er een causaal verband moet bestaan tussen de inkomensschade van de naaste en het herstel van de gekwetste. Dat causale verband is niet aanwezig als de naaste louter uit liefde thuis blijft, terwijl er reeds professionele hulp is ingehuurd (en waarvoor ook een vergoeding is geboden) om te voorzien in de zorgbehoefte van de direct gekwetste.

²⁴¹ Dagorne-Labbe 2001, p. 552.

In Nederland zijn wij nog niet zover dat er een vergoeding moet worden geboden voor de inkomensschade van naasten. Hoewel deze suggestie in de literatuur door sommigen positief is ontvangen, bestaan er ook bezwaren. De voorstanders doen een beroep op het recht op gezinsleven en de doorkruising van het keuzerecht van familieleden om vorm te geven aan hun gezin. Tegenstanders betogen echter dat het moeilijk is om de zorgbehoefte van de direct gekwetste neer te zetten als een schadepost van een naaste. Ik volg de tegenstanders in deze kritiek in het licht van de werking van het huidige systeem. Als wordt gekozen voor de uitbreiding van het afgeleide vorderingsrecht, dan moet mijns inziens eerst de vraag worden gesteld in hoeverre eigen (grotere) schade van een derde vergoedbaar zou moeten kunnen zijn met een beroep op de normschending jegens de direct gekwetste. Er vindt immers een wisseling van perspectief plaats: én er wordt afgestapt van de verplaatste schade van de gekwetste, én er wordt bewogen richting de volledige vergoeding van schade van derden. Als in deze situatie een volledige vergoeding wordt geboden, rijst direct een nieuwe vraag: waarom voor deze schade wel een vergoeding bieden en voor andere schade van naasten of die van andere derden niet? Door een uitzondering toe te laten wat betreft één type schadepost van één type derde ontstaan ongelijke en niet uit te leggen grenzen als voor die grenzen geen heldere motivering wordt gegeven.

4. Vergoeding van bezoekkosten

4.1 Inleiding

De verzamelterm ‘bezoekkosten’ van naasten kan worden opgesplitst in een aantal concrete kostenposten, zoals de reis- en verblijfkosten. Daarnaast kan tijd worden verloren door bezoek. In het onderstaande wordt een analyse gegeven over de vergoeding van deze schadeposten en voor zover mogelijk wordt er een onderscheid gemaakt tussen de genoemde posten.

4.2 Nederland: in de praktijk wel

In de Parlementaire Geschiedenis staat dat krachtens het oorspronkelijk voorgestelde artikel 6:107 BW de kosten van het bezoek door naasten wel vergoed zouden moeten worden, *mits* ‘de persoonlijke relatie van de derde tot de gekwetste zodanig nauw was dat het maken van de kosten daarvoor werd gerechtvaardigd.’²⁴² Nadat de reikwijdte van het artikel is beperkt tot vergoeding van verplaatste schade, kan hier getwijfeld worden. Zijn bezoekkosten een vorm van verplaatste schade? Er wordt in de Parlementaire Geschiedenis nog slechts één opmerking gemaakt, waaruit inderdaad kan worden afgeleid dat dit het geval is: ‘mits de gekwetste, zo hij zelf de betreffende kosten voor de daar bedoelde personen zou hebben betaald (*bij voorbeeld hen op zijn kosten had laten overkomen naar de plaats waar hij in het ziekenhuis verbleef*), deze

²⁴² Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1283.

schade als door hem zelf geleden, van de aansprakelijke persoon had kunnen worden.²⁴³ (cursivering RR) Dit lijkt echter een nogal geforceerde constructie om bezoekkosten vergoedbaar te maken.

Krachtens artikel 1407 Oud BW bestond geen verplichting om de reiskosten van naasten te vergoeden. Deze kosten werden echter toch vergoed.²⁴⁴ Zie hierover onderdeel 7.4, derde aandachtstreep Rapport van de Verbondscommissie schaderegelingsbeleid: 'reiskosten van naaste familieleden voor het bezoeken van het slachtoffer in het ziekenhuis'.²⁴⁵

Wat doet de Hoge Raad? De Hoge Raad oordeelt in het *Johanna Kruidhof*-arrest dat geen verplichting bestaat om een vergoeding te bieden voor het verlies vakantiedagen veroorzaakt door het bezoek:

'Het verlies van vakantiedagen van de ouders door de tijd die gemoeid was met hun bezoeken aan het kind tijdens [het] verblijf in het ziekenhuis, kan niet op één lijn worden gesteld met de hiervoor besproken schadepost, nu het niet aannemelijk is dat professionele – betaalde – hulpverleners worden ingeschakeld voor het ziekenhuisbezoek ingeval de ouders niet in de gelegenheid zijn zelf het kind te bezoeken. De heilzame invloed van bezoeken op het genezingsproces moet worden toegeschreven aan de persoonlijke band tussen het kind en de ouders. Het verlies van vakantiedagen kan derhalve, *hoezeer het ook als een vorm van vermogensschade valt aan te merken, niet als door Johanna geleden schade worden aangemerkt*.²⁴⁶

Het verlies van vrije dagen wordt niet vergoed. Wat helder wordt uit het citaat, is dat het moet gaan over verplaatste schade: schade die door Johanna geleden *moet kunnen* zijn. En dat is niet het geval. Advocaat-generaal Spier concludeerde eerder in gelijke zin. Er bestaat volgens hem reden voor terughoudendheid: de vrees voor 'een lawine aan claims bij het onverkort honoreren van deze en dergelijke vorderingen [is] geenszins onbegrijpelijk'.²⁴⁷ Ik meen dat Spier gelijk heeft: vanuit het perspectief van de hypothetische schade van de direct gekwetste lijkt de vergoeding van bezoekkosten onmogelijk. De vraag is echter of dit vanuit het perspectief van de naaste ook het geval *moet zijn*.

Benadrukt moet worden dat de Hoge Raad zijn uitspraak doet in een zaak waarin de vergoeding van het verlies van vakantiedagen wordt gevorderd. Heeft de Hoge Raad daarom zo'n beperkte maatstaf aangelegd? Onduidelijk is of dit criterium ook geldt als concrete kosten zijn gemaakt of inkomsten zijn misgelopen.

243 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1288-1289. Vgl. noot S.D. Lindenbergh bij HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, NTBR 1999, p. 232 (*Johanna Kruidhof*).

244 Knol 1986, p. 29.

245 Rapport van de Verbondscommissie schaderegelingsbeleid 1984, p. 231.

246 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), r.o. 3.4.1.

247 Zie ook Conclusie A-G Spier voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), nr. 4.21.

In de praktijk blijkt de vergoeding van reiskosten geregeld te zijn. De Letselschade Raad heeft in zijn aanbeveling Kilometervergoeding bepaald dat het normbedrag 0,24 euro per gereden kilometer in een personenauto is. Mochten er concrete kosten voor het openbaar vervoer zijn gemaakt, dan worden die (ook) vergoed. De kilometermetervergoeding is bedoeld voor gezinsleden en andere naaste familieleden (bezoekkosten) en de kosten van het slachtoffer voor het bezoek aan artsen, fysiotherapeuten en andere beroepsbeoefenaren.²⁴⁸

Uitgelicht moet verder worden dat de Hoge Raad bij de beoordeling de hypothetische herstelkosten van Johanna als uitgangspunt neemt, en niet alle kosten die op een bepaalde manier hebben kunnen bijgedragen aan haar herstel (en dus wellicht schadebeperkend hebben gewerkt). Bezoek kan een positieve invloed hebben op iemands herstel, maar de kosten daarvan zijn daarom nog geen herstelkosten van Johanna. Brunner en Knol stelden daarentegen (voor de uitkomst in het *Johanna Kruidhof*-arrest) dat de redelijke uitgaven voor het bezoek vergoedbaar zouden moeten zijn, mits het bezoek de genezing heeft bevorderd en dus gezorgd voor een beperking van de schade.²⁴⁹ Ook Schirmeister was deze mening toegedaan: de bezoekkosten van de ouders of gezinsleden moeten worden aangemerkt als herstelkosten van de direct gekwetste.²⁵⁰ Na de uitspraak in het *Johanna Kruidhof*-arrest bekritiseert ook Lindenbergh de regel van de Hoge Raad, maar zijn kritiek heeft vooral betrekking op de uitgezette lijn, niet op de uitkomst. Beter zou zijn geweest als de Hoge Raad geen abstract begrip 'schade' zou hebben gehanteerd, aldus Lindenbergh. Dit zou als voordeel hebben dat het de mogelijkheid openlaat dat concrete kosten van het bezoek wel vergoed zouden kunnen worden. Lindenbergh argumenteert dat er veel voor te zeggen is om het abstracte schadebegrip wat betreft de bezoekkosten los te laten. In de praktijk zal nooit een professional worden ingeschakeld en de marktprijs van bezoek 'als referentiepunt' van de abstract vast te stellen schade ontbreekt, aldus Lindenbergh. Het verlies van vakantiedagen voor bezoek zou in het algemeen niet vergoed moeten worden ('dat doe je gewoon'), maar onder bijzondere omstandigheden zoals in het *Johanna Kruidhof*-arrest zou wellicht een uitzondering gemaakt kunnen worden. Die uitzondering vindt Lindenbergh in de kosten ter beperking van de schade ('zinnvolle bijdrage aan het herstel van het kind'), waarbij hij verwijst naar hetgeen is gezegd door advocaat-generaal Spier.²⁵¹

248 'De Letselschade Richtlijn Kilometervergoeding' is te vinden via www.deletselschaderaad.nl.

249 Brunner 1975, p. 213; Knol 1986, p. 62. Volgens Knol moet een beperking worden gevonden in de kring van gerechtigden en omvang van de vergoeding: 'Bezoek van levenspartners, ouders en kinderen zal eerder vergoed moeten worden dan bezoek van verre vrienden. Overkomst uit het buitenland zal alleen vergoed hoeven worden bij ernstig of langdurig letsel.'

250 Schirmeister 1989, p. 343.

251 Noot S.D. Lindenbergh bij HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, *NTBR* 1999, p. 231 (*Johanna Kruidhof*). A-G Spier voor HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen, (*Johanna Kruidhof*), r.o. 4.25-4.26.2

4.3 Duitsland: herstelkosten

Naasten kunnen onder de noemer van 'kosten voor het herstel' bezoekkosten vergoed krijgen (§ 249 BGB).²⁵² Er bestaat echter geen zelfstandig vorderingsrecht. In plaats daarvan kan de direct gekwetste de vergoeding vorderen. Er bestaat geen verplichting voor de direct gekwetste om de schadevergoeding door te geven aan de naasten.²⁵³ Met bezoekkosten worden niet alleen de reiskosten, maar ook de overnachtingkosten en verpleegkosten bedoeld, aldus Oetker.²⁵⁴ Deze mogelijkheid van vergoeding wordt op drie manieren beperkt: via de kring van gerechtigden, via de noodzaak van het bezoek voor het herstel en via de onvermijdbaarheid van het bezoek. In het onderstaande wordt hieraan meer aandacht besteed.

In geval van bezoekkosten kan volgens Stoll niet gesproken worden van ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van de schadeveroorzaker of zaakwaarneming door naasten. Ten eerste 'bevrijdt' de derde de schadeveroorzaker niet van zijn betalingsverplichting en dus verrijkt hij hem niet. Daarnaast neemt de naaste geen verplichting over van de schadeveroorzaker door de direct gekwetste te bezoeken en dus is geen sprake van zaakwaarneming.²⁵⁵

De kring van gerechtigden voor wier bezoekkosten een vergoeding kan worden gevorderd, is beperkt tot naaste familieleden.²⁵⁶ Onduidelijk is of de direct gekwetste ook vergoeding zou moeten ontvangen van bezoekkosten gemaakt door (niet getrouwde) partners of andere naasten. Het BGH zoekt geen aansluiting bij de kring van gerechtigden uit §§ 844 en 845 BGB; aansluiting wordt gezocht bij het begrip 'nahen Angehöriger'. Volgens Markesinis, Coester, Alpa en Ullstein bestaat er echter een tendens om meer belang te hechten aan de persoonlijke en emotionele band dan aan de juridische relatie tussen het slachtoffer en de bezoeker.²⁵⁷ Bezoekkosten van louter vrienden en collega's worden niet vergoed.²⁵⁸

252 Hagen 1971, p. 136; Lange en Schiemann 2003, p. 309 en 113, Markesinis et al. 2005, p. 108; Staudinger/Röthel § 844 Rn 12; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 383; Kötz en Wagner 2010, p. 277-278. Zie bijvoorbeeld BHG 19 februari 1991, NJW 1991, 2340.

253 Markesinis et al. 2005, p. 113.

254 MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 383. Bij zwaar letsel is het ook mogelijk om, op kosten van de aansprakelijke, een naaste te laten overvliegen naar de plek waar de direct gekwetste zich bevindt. Gesproken wordt over bezoek in het ziekenhuis, maar Oetker meent dat de mogelijkheid tot vergoeding van bezoekkosten niet is beperkt tot ziekenhuisbezoek. MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 387. Zie ook Markesinis et al. 2005, p. 110.

255 Stoll 1993, p. 459.

256 BGH 19 februari 1991, NJW 1991, 2341. Hierover MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 383, Lange en Schiemann 2003, p. 309.

257 Markesinis et al. 2005, p. 110.

258 BGH 19 februari 1991, NJW 1991, 2341. Hierover MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 386, Markesinis et al. 2005, p. 110.

Het bezoek moet noodzakelijk (*notwendig*) zijn voor het herstelproces.²⁵⁹ Er mag geen sprake zijn van louter extra ouderlijke toewijding (*vermehrte elterliche Zuwendung*).²⁶⁰ Volgens Oetker worden de kosten echter ook vergoed als naasten de direct gekwetste op zijn sterfbed bezoeken.²⁶¹ Stoll stemt in met de rechtspraak van het BGH: zolang het bezoek van de naaste een 'schadeverminderend' effect heeft op de toestand van de direct gekwetste, kunnen de kosten die daarmee gepaard gaan worden vergoed.²⁶² De noodzaak van bezoek werkt vooral door in de hoeveelheid kosten die worden vergoed.²⁶³ Verschillende factoren zijn van belang. Genoemd zijn: de ernst van het letsel, de hoogte van de kosten, de hulpbehoefte, de leeftijd van de gekwetste en de aard van de verwantschap.²⁶⁴ Zo kan het zijn dat de bezoekkosten van een ouder of een echtgenoot soms volledig worden vergoed, terwijl in een ander geval de naaste genoegen moet nemen met minder.²⁶⁵ Volgens Markesinis, Coester, Alpa en Ullstein wordt te veel nadruk gelegd op het medisch herstel, in plaats van op het nadeel voor naasten. Medisch herstel en psychologische effecten van het bezoek (de aanwezigheid van ouders) zijn verweven met elkaar.²⁶⁶ De keuze om nadruk te leggen op louter medisch herstel, levert problemen op als de invloed van de bezoeken op het herstelproces niet kan worden aangetoond of als er geen verbetering van het herstel optreedt.²⁶⁷ En dat is volgens hen ten onrechte zo.

Onduidelijk is of bij een permanente meerbehoefte aan zorg (§ 843 I BGB) ook een vergoeding voor de bezoeken kan worden gegeven.²⁶⁸ Markesinis, Coester, Alpa en Ullstein wijzen op een uitspraak van het OLG Bremen waarin een vergoeding is toegekend. De moeder moet ter uitoefening van haar onderhoudsplicht en vanwege het letsel toegebracht aan haar dochter bezoeken afleggen. De bezoeken werden vervolgens beschouwd als een reactie op de meerbehoefte van de dochter aan verzorging.²⁶⁹

Ten slotte moeten de kosten onvermijdbaar zijn.²⁷⁰ De naaste moet bijvoorbeeld kiezen voor de goedkoopste vorm van transport. Deze regel is echter niet absoluut, met

259 BGH 21 mei 1985, *NJW* 1985, 2758; BGH 19 februari 1991, *NJW* 1991, 2340. Hierover Lange en Schiemann 2003, p. 309; Markesinis et al. 2005, p. 108; Kötz en Wagner 2010, p. 277-278.

260 BGH 22 november 1988, *BGHZ* 106, 28, *VersR* 1989, 189, *JZ* 1989, 344, commentaar Grunsky; BGH 19 februari 1991, *NJW* 1991, 2340, BGH 8 juni 1999, *NJW* 1999, 2819, *VersR* 1999, 1157. Medicus spreekt ook wel van *heilungsfördernden Besuche*, Medicus 2004, p. 313.

261 MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 387. Anders is dit als het gaat over bezoekkosten van iemands begrafenis, aldus Oetker.

262 Stoll 1993, p. 461.

263 Markesinis et al. 2005, p. 110-111. Zie ook Lange en Schiemann 2003, p. 309.

264 Lange en Schiemann 2003, p. 309; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 385.

265 BHG 19 februari 1991, *NJW* 1991, 2340. Volgens Oetker is het uitzonderlijk om alle kosten verbonden aan dagelijks bezoek te vergoeden, MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 385.

266 Markesinis et al. 2005, p. 108-109.

267 Markesinis et al. 2005, p. 109.

268 Hierover Markesinis et al. 2005, p. 109.

269 Markesinis et al. 2005, p. 109.

270 BGH 19 februari 1991, *NJW* 1991, 2341.

een beroep op de omstandigheden van het geval is een uitzondering mogelijk.²⁷¹ De verblijfkosten zijn ook vergoedbaar. De naaste moet weer kiezen voor de goedkoopste oplossing, zoals logeren bij vrienden of, als dat onmogelijk is, overnachten in het goedkoopste hotel.²⁷² Het BGH oordeelde dat ook de kosten voor het babysitten tijdens het bezoek van de ouders aan hun (andere) kind voor vergoeding in aanmerking kunnen komen.²⁷³

Niet alleen de concrete kosten voor de reis en het verblijf moeten worden vergoed, maar ook de inkomensderving als gevolg daarvan.²⁷⁴ Het moet dan gaan om onvermijdbaar inkomensverlies.²⁷⁵ Oetker leert dat naasten niet eerst een beroep hoeven te doen op hun vakantiedagen.²⁷⁶ De schadebeperkingsplicht werkt echter in andere keuzes wel door. Volgens Oetker moeten naasten kiezen voor de 'goedkoopste naaste' om de direct gekwetste te bezoeken: een huisman of huisvrouw in plaats van een betaalde kracht.²⁷⁷ Bovendien mag van zelfstandigen worden verwacht dat zij hun inkomstenderving beperken door hun tijd anders in te delen of hun werk af te ronden na het bezoek.²⁷⁸ Nadeel aan de zijde van de naaste voortkomend uit het minder tijd ter beschikking hebben vanwege het ziekenhuisbezoek, wordt niet vergoed. Denk hierbij aan de extra stress om het werk alsnog af te krijgen en verlies van carrièreperspectieven.²⁷⁹ Een zaak waarin het BGH een vordering heeft afgewezen, betrof een situatie waarin een beginnende, zelfstandige ondernemer vertraging oploopt bij de opzet van een bedrijf en daardoor schade lijdt.²⁸⁰

Een vergoeding voor louter tijdsverlies wordt ook niet gegeven.²⁸¹ Daaronder lijkt in de praktijk ook het tijdsverlies van een huisvrouw of huisman te vallen. Het BGH oordeelde eerder dat de huisvrouw of -man de werkzaamheden in beginsel om het bezoek heen moet plannen.²⁸² Markesinis, Coester, Alpa en Ullstein lijken het oneens te zijn met dit oordeel: in andere situaties wordt ook vergoeding gegeven voor de moeilijkheden in verband met huishoudelijke hulp, ongeacht het inkomensverlies. Zij vragen zich af: wat als de naasten een externe hulp hebben ingehuurd?²⁸³

271 Markesinis et al. 2005, p. 111; Lange en Schiemann 2003, p. 309-310.

272 Markesinis et al. 2005, p. 111; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 385 onder verwijzing naar § 254 II BGB.

273 BGH 24 oktober 1989, NJW 1990, 1037.

274 BGH 21 mei 1985, NJW 1985, 2757; BGH 24 oktober 1989, NJW 1990, 1037. Hierover MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 384; Markesinis et al. 2005, p. 112.

275 Lange en Schiemann 2003, p. 309.

276 MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 384. Vgl. Markesinis et al. 2005, p. 112.

277 MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 385. Vgl. Lange en Schiemann 2003, p. 310.

278 BGH 21 mei 1985, NJW 1985, 2757; BGH 24 oktober 1989, NJW 1990, 1037. Hierover Markesinis et al. 2005, p. 112; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 384.

279 Markesinis et al. 2005, p. 112.

280 BGH 19 februari 1991, NJW 1991, 2341. Hierover Lange en Schiemann 2003, p. 309; Markesinis et al. 2005, p. 112; MünchKommBGB/Oetker § 249 RdNr 384; Stoll, 1993, p. 461.

281 Lange en Schiemann 2003, p. 309.

282 BGH 19 februari 1991, NJW 1991, 2341-2342.

283 Markesinis et al. 2005, p. 112-113.

4.4 Engeland: versneld herstel

Het *House of Lords* maakt in *Hunt v. Severs* geen onderscheid tussen compensatie van kosten van verpleging door naasten of de kosten van het ziekenhuisbezoek. In dat verband is geoordeeld:

*‘There is no dispute that the defendant’s visits to the plaintiff in hospital made a valuable and important contribution to her general well-being and were calculated to assist her recovery from the devastating consequences of the accident.’*²⁸⁴

Bezoekkosten moeten worden vergoed, omdat wordt aangenomen dat het bezoek zorgt voor een versneld herstel, aldus McGregor.²⁸⁵ McGregor betoogt, gezien de uitkomst in *Hunt v. Severs*, dat het mogelijk is dat de direct gekwetste deze vergoeding in *trust* moet houden voor de bezoeker.²⁸⁶

Het Engelse recht neemt de bijdrage van de verzorger aan het welzijn van de direct gekwetste als uitgangspunt voor vergoeding. Naar aanleiding van de uitkomst in *Haggan v. De Placido* wat betreft de afwijzing van vergoeding van de gederfde winst van een naaste vanwege verpleging, stelt McGregor dat het concrete inkomensverlies of de gederfde winst van de bezoeker waarschijnlijk niet wordt vergoed. May J. oordeelt in die zaak dat er geen *cause of action* bestaat ter vergoeding van de gederfde winst:

*‘In my opinion, the principle which has to be applied in relation to this first type of case is that the plaintiff is only entitled to recover the amount of expenditure incurred or loss sustained by a third party if (...) it was reasonable for that expenditure to have been incurred or that loss to have been sustained. (...) I do not think that any claim can be made in respect of any loss which the mother may have sustained on this head.’*²⁸⁷

4.5 Frankrijk: noodzaak kosten

De vergoeding van de kosten verbonden aan de reis en het verblijf elders wordt naar Frans recht onder omstandigheden vergoed.²⁸⁸ Aangetoond moet worden dat de kosten noodzakelijk zijn en direct uit de schadetoebrengeende gebeurtenis voortvloeien.²⁸⁹ Daarbij is een aantal factoren van belang. Ten eerste is dit de toestand waarin de direct gekwetste verkeert.²⁹⁰ De kosten worden waarschijnlijk wel vergoed als de direct gekwetste in levensgevaar verkeert, of als de aanwezigheid van de naaste gewenst is in het kader van het herstel. Le Roy noemt als voorbeeld de situatie waarin

284 [1994] 2 A.C. 350, 356, 357. Vgl. *Haggan v. de Placido* [1972] W.L.R. 716, 718.

285 McGregor 2009, p. 1413.

286 McGregor 2009, p. 1413.

287 *Haggan v. de Placido* [1972] 1 W.L.R. 716, 719 G.H.

288 Le Roy 2007, p. 18.

289 Le Roy 2007, p. 18. Zie Civ. 1^{er}, 20 december 1960, D.1961.141, noot Emein, S.1961.178.

290 Chartier 1983, p. 241.

de direct gekwetste depressief is: het bezoek kan een positieve invloed hebben op het welzijn van de gekwetste.²⁹¹ Chartier stelt dat ook van belang is wat de relatie is tussen de direct gekwetste en de naaste. Volgens hem wordt een subjectieve benadering gehanteerd, waarbij het zijn van familielid niet doorslaggevend is.²⁹² Maar als de gekwetste een minderjarige is en de bezoekers de ouders zijn, dan wordt de bezoekschade vergoed.²⁹³ Als de direct gekwetste een meerderjarige is, dan wordt verschillend geoordeeld.

De kosten van de reis en het bezoek moeten concreet zijn gemaakt. Naasten moeten daartoe bewijsstukken overleggen.²⁹⁴ Er wordt binnen de literatuur niet gediscussieerd over vergoeding van inkomensverlies of tijd vanwege het bezoek.

In principe vordert de naaste vergoeding van zijn eigen bezoekkosten. Le Roy stelt dat de direct gekwetste uitsluitend vergoeding kan vorderen van de reis- en verblijfkosten als de naaste zich heeft verplaatst op kosten van de direct gekwetste. Is dit niet het geval, dan moet de naaste zelf een vordering instellen.²⁹⁵

Viney en Jourdain voorzien een risico op misbruik met betrekking tot deze schade-post. Mocht de wetgever in het kader van de herziening van het schadevergoedingsrecht besluiten om deze schadepost vergoedbaar te maken, terwijl het niet in overeenstemming is met de wezenlijk maatschappelijk gevoelde behoefte hieraan, dan riskeert hij een nodeloze verhoging van het schadevergoedingsbedrag.²⁹⁶ Ondanks deze waarschuwing zijn in de voorstellen de bezoekkosten vergoedbaar gemaakt.

De kosten van het bezoek lijken in het voorstel van Lambert Faivre uit 2003 te vallen onder de post 'overige kosten' van slachtoffers *par ricochet*. Genoemd worden de kosten van de reis, het transport en hotels. Als bewijsstukken kunnen worden overgelegd en de kosten toegerekend kunnen worden aan het ongeval van de direct gekwetste, dan kan de schade in concreto worden begroot.²⁹⁷ In het 'Rapport d'information' van Anziani en Béteille wordt aansluiting gezocht bij de het rapport van de werkgroep van Dintilhac. In dat rapport wordt het standpunt ingenomen dat de kosten van het transport, onderdak en eten vanwege het bezoek aan de gekwetste vergoedbaar zijn.²⁹⁸

291 Le Roy 2007, p. 66.

292 Chartier 1983, p. 241.

293 Zie bijvoorbeeld C. Parijs (17^e Ch. A), 8 januari 2001, in: J.-G. Moore, *Indemnisation du dommage corporel*, Gazette du Palais 2005, nr. 299, p. 193. Vgl. Le Roy 2007, p. 18 en 65.

294 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 310.

295 Le Roy 2007, p. 18.

296 Viney en Jourdain 2001, p. 209.

297 De vergoeding kan eventueel ook worden begroot gebaseerd op de verwachte kosten, Lambert-Faivre 2003, p. 27.

298 Dintilhac 2005, p. 45.

4.6 Tussenconclusie

De Hoge Raad lijkt het uitgangspunt uit artikel 6:107 BW strikt toe te passen wat betreft de vergoeding voor verlies van tijd door het bezoek. Deze 'kosten' kunnen nooit geleden zijn door de direct gekwetste, omdat normaal gesproken deze taken niet door professionals wordt verricht. In de praktijk wordt echter een vergoeding toegekend als concrete kosten zijn gemaakt.

Naar Duits, Engels en Frans recht wordt ook een vergoeding toegekend voor concrete kosten. Als rechtvaardiging wordt genoemd de positieve invloed die het bezoek kan hebben op het herstel van de gekwetste. Onder bepaalde voorwaarden (zoals de affectieve relatie, de mate waarin het bezoek nodig is en de vermijdbaarheid daarvan) is vergoeding gerechtvaardigd.

5. Conclusie

Het doel van dit hoofdstuk was om inzichtelijk te maken welke materiële schade van naasten, die niet is veroorzaakt door eigen geestelijk letsel maar door het letsel van de direct gekwetste, vergoedbaar is krachtens artikel 6:107 BW; wat de rechtvaardiging daarvoor is en welke discussies over deze bepaling worden gevoerd.

Helder is geworden dat in alle geanalyseerde rechtssystemen een vergoeding wordt geboden voor concrete kosten die naasten redelijkerwijs maken ten gunste van de direct gekwetste. De reden voor deze vergoeding is dat de aansprakelijkheid in beginsel niet wordt uitgebreid, omdat de aansprakelijke primair degene is die de schade van de direct gekwetste zou moeten dragen; hij mag niet profiteren van betalingen van naasten.

De aansprakelijke partij mag in beginsel, om dezelfde reden, niet profiteren van inspanningen van naasten veroorzaakt door de zorgbehoefte of behoefte aan huishoudelijke hulp die is veroorzaakt door het letsel van de direct gekwetste. Door die inspanningen hoeft namelijk geen professionele hulp te worden ingehuurd. De voorwaarden die gelden voor de vergoeding voor die inspanningen in het Nederlandse recht worden echter in de literatuur bekritiseerd.

Thans moet het normaal en gebruikelijk zijn om een beroep te doen op professionele hulp. In het licht van de uitkomst van het arrest waarin dit criterium voor het eerst werd genoemd, lijkt dit een strenger criterium dan de dubbele redelijkheidstoets, waaraan normaal gesproken wordt getoetst bij de vaststelling van de schade van de direct gekwetste. In de literatuur is geopperd om toch aansluiting te zoeken bij een redelijkheidstoets en dit is mijns inziens terecht in het licht van de bedoeling van artikel 6:107 BW: volledige vergoeding van de verplaatste schade van de direct gekwetste. Dat is namelijk de sanctie die staat (en moet staan) op het onrechtmatige gedrag van de aansprakelijke partij. In dat verband zou hij niet mogen profiteren van inspanningen van naasten. De aansprakelijke partij is degene die de schade van de direct gekwetste zou moeten dragen en niet een naaste.

Er wordt een extra stap genomen in de literatuur. Gesuggereerd is om niet alleen een vergoeding te bieden voor de verplaatste schade van de direct gekwetste, maar om bovendien het concrete inkomensverlies van naasten vergoedbaar te maken indien naasten voorzien in de zorgbehoefte van de direct gekwetste. Zo wordt afgestapt van het idee dat artikel 6:107 BW de sanctie vormt op het onrechtmatige gedrag tegenover de direct gekwetste, en bewogen wordt naar de volledige(re) vergoeding van de schade van naasten. Op twee manieren wordt die keuze gerechtvaardigd. Enerzijds door een beroep te doen op de omstandigheid dat de reden waarom die schade is veroorzaakt, heeft bijgedragen aan het herstel van de direct gekwetste. Anderzijds in het licht van de redenering en argumentatie van de Hoge Raad in het *Wrongful birth I*-arrest (doorkruising van het keuzerecht met betrekking tot iemands gezinsleven).²⁹⁹ De vergoeding van inkomensschade van naasten is een keuze die gemaakt kan worden, maar daarbij moeten wel de volgende twee vragen worden gesteld. Als de grondslag voor deze vergoeding de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste betreft, biedt die normschending dan ruimte voor meer volledige vergoeding van de schade van een ander dan degene tegenover wie – in eerste instantie – aansprakelijkheid is gevestigd? En als wordt gekozen voor uitbreiding ten gunste van de een en wellicht één van zijn schadeposten door middel van de uitbreiding van artikel 6:107 BW, op welke manier kan dit (onderscheid) dan worden gerechtvaardigd? Er kunnen namelijk ongelijke grenzen ontstaan die moeilijk uit te leggen zijn.

299 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*).

5 ARTIKEL 6:108 BW: VERGOEDING VAN MATERIËLE SCHADE VAN NAASTEN VEROORZAAKT DOOR HET OVERLIJDEN VAN EEN ANDER

1. Inleiding

Koninginnedag 2009: Karst T. rijdt in op de menigte die staat te wachten op de koninklijke familie. Als gevolg hiervan komen acht mensen om het leven, onder wie Karst T. zelf. De verzekeraar van de dader bericht al snel na het ongeval dat de schade van de gekwetsten en naasten wordt vergoed. Wat kan het aansprakelijkheidsrecht in deze situatie bieden aan de ouders of partners van de dodelijke slachtoffers wat betreft hun materiële schade veroorzaakt door het overlijden van een ander? Hoe is vorm gegeven aan het vorderingsrecht van naasten als de direct gekwetste overlijdt en de naasten daardoor schade lijden? En wat zijn de argumenten voor begrenzing hiervan? Over deze vragen gaat dit hoofdstuk.

Voordat met de inhoud wordt gestart, moet opgemerkt worden dat een naaste twee rechtposities kan bekleden als de direct gekwetste overlijdt: die van erfgenaam en die van 'autonoom' schadelijder. Het onderscheid tussen beide vorderingen komt voort uit de grondslag waarop een beroep wordt gedaan. De erfgenaam oefent het vorderingsrecht van de direct gekwetste uit.¹ Als een naaste optreedt als autonoom benadeelde, dan vordert hij in eigen naam vergoeding van zijn schade.² Het geërfde vorderingsrecht gaat over *de schade van de gekwetste voorafgaand aan diens overlijden*, terwijl dat van de nabestaande gaat over *zijn schade zoals ontstaan door en na het overlijden van de direct gekwetste*.³ Het verschil tussen beide is het 'vererven van een vordering' en het 'gronden van een nieuwe, eventueel "tweede", vordering'.⁴ In het onderstaande zal de term 'erfgenaam' worden gebruikt als wordt gesproken over een geërfd vorderingsrecht, en de term 'nabestaande' als gaat over het eigen vorderingsrecht van de naaste.

Benadrukt moet worden dat naar Nederlands recht het vorderingsrecht van de nabestaande een afgeleide betreft van de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste (artikel 6:108 BW). Vanwege de exclusieve werking die van dit artikel uitgaat, maakt

1 Zie bijvoorbeeld Savatier 1951, p. 112.

2 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 301.

3 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 303.

4 Zie bijvoorbeeld de uitspraak van Lord Edmund Davies en Lord Scarman in *Gammell v. Wilson* [1982] A.C. 27, 68 en 76. Zie ook Law Commission 1999a, p. 1-2; Clerk en Lindsell 2006, p. 1847; Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1006 en 1008.

de nabestaande geen aanspraak op volledige vergoeding van zijn schade krachtens het onrechtmatige daadsrecht (artikel 6:162 BW).

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 2 wordt aandacht besteed aan de achtergrond van het vorderingsrecht van nabestaanden. Vervolgens komt in paragraaf 3 de vergoeding van de kosten vanwege het verlies van levensonderhoud aan de orde. Dat verlies kan betrekking hebben op zowel financieel verlies als verlies van huishoudelijke hulp (in de brede zin des woords). Paragraaf 4 gaat vervolgens over de vergoeding van de kosten van de lijkbezorging. De vraag welke schadeposten nog meer voor vergoeding in aanmerking komen, komt in paragraaf 5 aan de orde. Daarna wordt in paragraaf 6 van onderwerp veranderd; het vorderingsrecht van de erfgenaam komt aan de orde. Afgesloten wordt met een conclusie in paragraaf 7.

2. De vordering van nabestaanden: een achtergrondschets

2.1 Inleiding

Naar Nederlands, Duits, Engels en Frans recht kunnen nabestaanden zelf vergoeding vorderen van (een gedeelte) van hun schade. Het Franse recht is in zoverre bijzonder dat daarvoor geen bijzondere wettelijke regeling bestaat, zodat een beroep moet worden gedaan op het algemeen onrechtmatige daadsrecht. In het onderstaande wordt aandacht besteed aan de achtergrond en rechtvaardiging van deze vorderingsrechten.

2.2 Nederland: artikel 1406 Oud BW

De regeling uit artikel 6:108 BW regelt limitatief voor welke schadeposten aan (de daar genoemde) nabestaanden een vergoeding moet worden toegekend. Van de artikelen 6:107 en 6:108 BW gaat bovendien een exclusieve werking uit (zie uitgebreid hoofdstuk 1, paragraaf 2.3). In overlijdensschadezaken betekent dat, dat een gelimiteerde groep nabestaanden vergoeding kan ontvangen van de kosten verbonden aan het verlies van levensonderhoud, zowel financieel als in natura. Daarnaast moeten de kosten van lijkbezorging worden vergoed.

De aanwezigheid en werking van artikel 6:108 BW moet worden gezien in het licht van artikel 1406 Oud BW en de jurisprudentie die daarover is verschenen.⁵ Dit was de voorganger van artikel 6:108 BW. Artikel 1406 Oud BW luidde als volgt:

‘In geval van moedwilligen of onvoorzichtige doodslag, hebben de overblijvende echtgenoot, de kinderen of de ouders van den nedergeslagene, die door zijne arbeid plegen te worden onderhouden eene regtsvordering tot schadevergoeding, te

⁵ Over de achtergrond van artikel 1406 Oud BW zie Jonckers Nieboer 1935, p. 1-23; Van Maanen 1986, p. 122.

waarderen, naar gelang van den wederzijdschen stand en de fortuin der personen, en naar de omstandigheden.⁶

Het voorstel van een aantal Kamerleden om de werking uit te breiden tot vergoeding van schade van ouders, weduwen en kinderen die niet onderhouden werden door de overledene, werd afgewezen, met als reden dat:

‘hier alleen de rede is van eene burgerlijke regtsvordering, welke uit haren aard slechts kan strekken tot schadevergoeding, en die niet kan worden toegelegd, wanneer er geen schade bestaat.’⁷

Er hoeft geen vergoeding te worden betaald voor alle nadelen na iemands overlijden; alleen maar voor het verlies van levensonderhoud aan nabestaanden tegenover wie een onderhoudsplicht bestond: ouders, weduwen en kinderen die daadwerkelijk werden onderhouden uit arbeid.

Advocaat-generaal Tak concludeerde voor de uitspraak *Spoorwegongeval te Weesp* dat het de bedoeling was om door middel van artikel 1406 Oud BW in bijzonderheden te treden ten zichte van wat bepaald is in het algemene onrechtmatige daadsrecht. Het werd zo vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat artikel 1406 Oud BW derogeerde aan het algemene leerstuk. Dat staat als zodanig niet beschreven in de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 1406 Oud BW, maar die beslissing lijkt in het licht van die geschiedenis niet onlogisch.⁸ Artikel 1406 Oud BW is ingegeven door een behoefte aan zekerheid.⁹ De wetgever beschouwde, in het licht van het bovenstaande citaat, het vorderingsrecht als een ‘afgeleide’ van de wettelijke onderhoudsplicht.

Bij de totstandkoming van het huidige BW is opnieuw gekozen voor een beperkt vorderingsrecht. Dezelfde reden voor introductie wordt genoemd: rechtszekerheid. De Minister van Justitie stelt dat de behoefte aan een bijzondere regeling voor de vergoeding van overlijdensschade algemeen wordt aangenomen.¹⁰ De voornaamste reden voor invoering is dat anders ‘grote onzekerheid zou ontstaan’ *wie* voor *welke* schade een vergoeding kan vorderen. Onderkend werd echter dat een zekere willekeur niet kon worden voorkomen.¹¹ Gekozen is wel voor een uitbreiding van de kring van gerechtigden en er moet voortaan een vergoeding betaald worden voor de kosten voor lijkbezorging.

6 Volgens Opzoomer en Diephuis moest het woord ‘of’, ‘en’ zijn, Opzoomer 1879, p. 342, voetnoot 1; Diephuis 1888, p. 119. Vgl. Voorduyn 1838, p. 89.

7 Voorduyn 1838, p. 89-90.

8 Was het mogelijk om zonder art. 1406 Oud BW tot eenzelfde resultaat te komen? Opzoomer benadrukt dat artikel 1406 Oud BW een uitbreiding van aansprakelijkheid betrof. Het een en ander vastgelegd in artikel 1406 Oud BW vloeide volgens hem niet direct voort uit de wet en bovendien was vergoeding in het licht van de aard daarvan niet vanzelfsprekend, Opzoomer 1879, p. 341.

9 Voorduyn 1838, p. 85 en 88.

10 Parl. Gesch. Boek 6, p. 392.

11 Parl. Gesch. Boek 6, p. 392.

De grondslag van het vorderingsrecht van de nabestaanden is 'de krenking van een rechtsgoed van de overledene'.¹² Het slachtoffer tegenover wie onrechtmatig is gehandeld, heeft echter geen eigen vordering wegens zijn overlijden. Diens schade is dus geen (juridisch relevante) schade. De wetgever legt echter een verband tussen het feit dat de overledene geen schade kan lijden wegens 'verlies van onderhoud' en de afhankelijkheid van nabestaanden daarvan; daaruit wordt een afgeleid vorderingsrecht gecreëerd. Maar, het is niet zo dat de nabestaanden vergoeding vorderen van de schade van de direct gekwetste (als zijn dood niet was ingetreden). Het vorderingsrecht uit artikel 6:108 BW gaat over de schade van de nabestaande zelf. Diens behoefte aan levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging staan centraal. En daar houdt het op. Hoewel dat te verklaren is in het licht van de voorgeschiedenis van het vorderingsrecht, is het een arbitrair gekozen grens. Waarom deze schade wel en andere niet (kosten veroorzaakt door studievertraging, kosten van de afwikkeling van de erfenis of psychische bijstand et cetera)? Het is goed dat de wetgever heeft aangegeven waarom er is gekozen voor een afgeleid vorderingsrecht. Maar het is spijtig dat niet is uitgelegd waarom voor deze materieelrechtelijke begrenzing is gekozen, zoals de wetgever in 1838 wel heeft gedaan.

Een ander punt betreft de exclusieve werking die uitgaat van artikel 6:108 BW. Op grond van de onrechtmatige daad tegenover de gekwetste wordt een vorderingsrecht toegekend aan een aantal nabestaanden.¹³ In zijn noot onder het *Lemmerboot*-arrest, betoogt Houwing dat, geleet op de leer van de relatieve onrechtmatige daad, 'de doodslag' onrechtmatig is tegenover de direct gekwetste, maar niet tegenover de nabestaanden en dat daarom geen vordering voor hen bestaat uit hoofde van onrechtmatige daad.¹⁴

Maar kan er geen onrechtmatige daad zijn gepleegd tegenover nabestaanden krachtens een andere norm dan 'gij zult niet doden?', zo vragen Hartkamp en Sieburgh zich af.¹⁵ De discussie daarover lijkt overbodig geworden, doordat de wetgever in artikel 6:108 BW een bijzonder vorderingsrecht voor nabestaanden heeft gecreëerd. Daardoor is de discussie – in het licht van de interpretatie die de Hoge Raad aan dit artikel geeft – voorlopig beslecht. Maar dat laat onverlet dat nabestaanden geen recht hebben op volledige vergoeding van hun schade, ook niet als *tegenover hen* een norm is geschonden.¹⁶ Dat is opmerkelijk, omdat in andersoortige schadezaken

12 Parl. Gesch. Boek 6, p. 393. Zakelijk is gesteld: 'Hiermee [met art. 6:108 BW, RR] is tot uitdrukking gebracht dat de krenking van een rechtsgoed van de overledene de grondslag van de vordering is. De omstandigheid dat de drager van dit rechtsgoed door het verlies daarvan geen schade kan lijden, rechtvaardigt, dat degenen wier lot van het behoud van dit rechtsgoed in bijzondere mate afhankelijk was, schadevergoeding kunnen vorderen van degene die voor het tenietgaan daarvan aansprakelijk is.'

13 HR 22 december 1950, NJ 1951, 222, m.nt. A.N. Houwing (*Groninger Lemmer-Stoomboot/Visser*).

14 Noot A.N. Houwing onder HR 22 december 1950, NJ 1951, 222 (*Lemmerboot*).

15 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, no. 159.

16 Een uitzondering is gemaakt in het *Oogmerk*-arrest, HR 27 oktober 2001, NJ 2002, 216, m.nt. J.B.M. Vranken.

wel tot autonome aansprakelijkheid kan worden, en soms ook wordt, geconcludeerd; hetgeen een recht op volledige schadevergoeding oplevert.

2.3 Duitsland: zuivere vermogensschade

Het Duitse *Tatbestandprinzip* heeft als gevolg dat in beginsel uitsluitend een recht op vergoeding bestaat voor schade van degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld.¹⁷ Ondanks dat het ‘recht op leven’ een beschermd rechtsbelang is in de zin van § 823 I BGB, kan noch de direct gekwetste (die is overleden) noch een derde (dat is niet degene wiens rechtsbelang is doorkruist als het gaat over het recht op leven) *direct* een beroep doen op deze bepaling.¹⁸ Het gevolg zou zijn dat nabestaanden zonder vergoeding blijven.¹⁹ De §§ 844 en 845 BGB maken vergoeding toch mogelijk.²⁰ Dit zijn afgeleide vorderingrechten; de grondslag van die vorderingrechten betreft de aansprakelijkheid jegens de overledene, meestal de doorkruising van diens recht op leven.

§ 845 BGB gaat over het verlies van consortium, maar die paragraaf heeft sterk aan praktische betekenis ingeboet (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3).²¹ § 844 BGB is wel van belang voor de praktijk. De aansprakelijke is verplicht tot vergoeding van de kosten van lijkbezorging en van het verlies van levensonderhoud. Volgens Röthel is de kring van gerechtigden ‘limitatief’ (*abschließend*) bepaald.²² De werkingssfeer van beide bepalingen is nauw verbonden met het familierecht.²³

De eigen schuld van de gekwetste werkt door in de omvang van de vergoeding voor nabestaanden (§ 846 BGB) (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3).²⁴

De grondslag van § 844 BGB vormt de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste; diens recht op leven is geschonden.²⁵ De opvatting van Schlechtriem dat het vorderingrecht uit § 844 BGB gaat over een ‘echte’ en ‘eigen’ aansprakelijkheidsvordering van nabestaanden ter verhaal van hun zuivere vermogensschade, berust volgens Röckrath op een misverstand.²⁶ De bepaling betreft volgens Röthel een eigen en zelfstandig vorderingrecht, dat onmiddellijk ontstaat in de persoon van de nabestaande.

17 Brügge-meier verklaart dit door te verwijzen naar de invloed van het natuurrecht in continentaal Europa, Brügge-meier 2006, p. 547.

18 Larenz en Canaris 1994, p. 587; Pfeifer 2005, p. 800-801 en 808-809; Kötz en Wagner 2010, p. 288-289.

19 Wichelhaus 1978, p. 15; MünchKommBGB/Wagner § 844, RgNr 1.

20 Wichelhaus 1978, p. 15; Röckrath 2001, p. 1197; Lange en Schiemann 2003, p. 319; Pfeifer 2005, p. 799, Brügge-meier 2006, p. 547 en 550; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 2 en 4; MünchKommBGB/Wagner § 844, RgNr 1; Kötz en Wagner 2010, p. 299-289.

21 Lange en Schiemann 2003, p. 322; Pfeifer 2005, p. 800.

22 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 31.

23 Wichelhaus 1978, p. 14.

24 Kötz en Wagner 2010, p. 291.

25 Zie ook hoofdstuk 3 paragraaf 3.3.

26 Röckrath 2001, p. 1203.

Ook werkt de bepaling *naast* het vorderingsrecht van de direct gekwetste. Er is daarom sprake van een uitbreiding van de kring van gerechtigden.²⁷ Deze bepaling betreft vragen van *Haftungsausfüllung* en niet van *Haftungsbeurteilung*.²⁸

De §§ 844 en 845 BGB zijn alleen van toepassing in onrechtmatige daadssituaties. Röckrath is kritisch: als de rechtvaardiging van het vorderingsrecht van § 844 BGB wordt gevonden in de doorkruising van het recht op leven jegens de direct gekwetste, dan geldt die rechtvaardiging net zo goed bij niet-nakoming van de plicht uit een overeenkomst als bij onrechtmatige daad.²⁹

De rechtvaardiging voor dit vorderingsrecht vindt Wagner in het wegvallen van de direct gekwetste als rechtssubject. Door diens overlijden kan hij geen schadevergoeding meer vorderen wegens de schending van zijn recht op leven of gezondheid.³⁰ Het beschermde belang, het 'recht op leven', van de overledene wordt uitgehold door zijn overlijden en dat zou de aansprakelijke een voordeel opleveren, namelijk sanctieloosheid.³¹ Dat is volgens Röckrath onwenselijk in het licht van 'Gerechtigkeitsgründen' en de schadepreventie.³² Met de introductie van § 844 BGB wordt de autonomie van de direct gekwetste beschermd en tegelijkertijd wordt een vergoeding gegeven aan de benadeelde derde, de nabestaande, aldus Wagner.³³

Het vorderingsrecht uit § 844 BGB berust volgens Röckrath niet louter op billijkheidsoverwegingen in verband met het ontbreken van een vordering van de direct gekwetste, maar de bescherming ervan vloeit ook voort uit grondwettelijke bepalingen: het *Sozialstaatsprinzip* (artikel 20 I GG) en de bescherming van huwelijk en familie (artikel 6 GG).³⁴

Wagner merkt voorts op dat bij het ontbreken van § 844 BGB nabestaanden dubbel worden belast, omdat zij dan niet alleen geen schadevergoeding ontvangen, maar ook geen alimentatie zoals in geval van een echtscheiding.³⁵

Röthel betoogt dat de doorbreking van het '*Rechtsgutsprinzip*' rechtvaardigt dat de vergoedingsplicht is beperkt tot de voorzienbare schade: het verlies van een onderhoudsrecht en de kosten van lijkbezorging.³⁶

Voorbeelden van schade die niet wordt vergoed zijn: de kosten die moeten worden gemaakt voor de bouw van een huis, terwijl de overledene dit zelf wilde doen; kosten vanwege de vergrote onderhoudsplicht van de overblijvende echtgenoot jegens hun kinderen;

27 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 3.

28 Röckrath 2001, p. 1203.

29 Röckrath 2001, p. 1203.

30 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 1. Over de term '*Folgeschaden*', zie Röckrath 2001, p. 1203.

31 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 1. Vgl. Röckrath 2001, p. 1203.

32 Röckrath 2001, p. 1203.

33 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 1.

34 Röckrath 2001, p. 1203.

35 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 1.

36 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 2, 24 en 38.

belastingvoordelen die teniet gaan en kosten voor een advocaat als geprocedeerd moet worden tegenover publieke verzekeraars.³⁷

De bepaling uit § 844 is niet gevrijwaard gebleven van kritiek. Het aansprakelijkheidsrecht en § 844 BGB staan volgens Röthel niet in een zuivere 'regel-uitzondering'-verhouding, omdat zonder de 'uitzondering' de regel in geval van overlijdensschade faalt: '*Die §§ 844 en 845 BGB tragen daher entscheidend zur inneren Folgerichtigkeit der deliktsrechtlichen Gesamtregelung bei.*'³⁸ De regeling wordt ook vanuit rechtseconomische hoek bekritiseerd: bezwaarlijk wordt gevonden dat de aantasting van het hoogste rechtsgoed 'leven' 'slechts' wordt beschouwd als een verlies van onderhoud, vanwege de inhoudelijk nauwe verwantschap met het familierecht. Als alternatief noemt Röthel de juridische erkenning van een belang van immateriële aard van nabestaanden, of een eigen verlies van de gekwetste op het moment van overlijden ('verlies van leven' als schadepost).³⁹

2.4 Engeland: Baker v. Bolton

Naar Engels recht moet een onderscheid worden gemaakt tussen hetgeen naar *common law* heersende leer is en de regelgeving die de Engelse wetgever in 1846 heeft geïntroduceerd als reactie hierop.

Zoals besproken in hoofdstuk 3, kunnen derden bij letsel en overlijden veelal geen succesvol beroep doen op *tort law*, omdat zij meestal geen *cause of action* hebben voor hun (zuivere vermogens-) schade. Het ontbreken van een *cause of action* voor nabestaanden in overlijdensschadezaken wordt niet verklaard door hun type schade. In *Baker v. Bolton* uit 1808, gewezen door *Lord Ellenborough*, is beslist:

*'In a Civil Court, the death of a human being could not be complained of as an injury; and in this case the damages, as to the plaintiff's wife, must stop with the period of her existence.'*⁴⁰

Oftewel: *actio personalis moritur cum persona*, een vorderingsrecht eindigt met het overlijden van de persoon. Dit uitgangspunt heeft niet alleen betrekking op de vordering van de nabestaande, maar ook op die van de erfgenaam.⁴¹ Volgens McGregor was dit '*unduly constricting*'.⁴² Bovendien wordt getwijfeld aan de uitleg die hieraan is gegeven. Volgens Fleming geeft deze uitkomst blijk van een verkeerde lezing van de

37 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 39.

38 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 2 en 24.

39 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 2.

40 *Baker v. Bolton* [1808] 170 E.R. 1033. Dat dit de eerste geregistreerde zaak is, blijkt expliciet uit het oordeel van *Lord Sumner* in *Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika* [1917] A.C. 38, 51. Vgl. Waddams 1984, p. 437; Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1008.

41 Holdsworth 1916, p. 432. Vgl. Waddams 1984, p. 437; Clerk en Lindsell 2006, p. 1845; Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1007; McGregor 2009, p. 758.

42 McGregor 2009, p. 757.

historische context. Verwezen wordt naar de analyse van Holdsworth uit 1916, die *Baker v. Bolton* plaatste in een historisch perspectief.⁴³

Holdsworth geeft twee verklaringen voor de uitspraak. De eerste betreft de splitsing tussen het actierecht van personen en de vervolgingsmogelijkheden van de Staat. In 1607 oordeelde het *House of Lords* dat als de *cause of action* een zwaar misdrijf (*felony*) was, daarmee het recht op actie krachtens *tort law* onmogelijk werd.⁴⁴ Lang is twijfelachtig geweest of het actierecht van personen niet bestond, of dat het opgeschort was.⁴⁵ Holdsworth maakt inzichtelijk dat, hoewel er behoorlijke steun bestond vanuit de doctrine ter verdediging van het eerste uitgangspunt, vanaf 1625 een aantal rechterlijke uitspraken duiden op een opgeschort vorderingsrecht.⁴⁶ De mogelijkheid tot schadevergoeding bij overlijden ging daarom niet al bij voorbaat verloren indien er sprake was van een misdrijf.⁴⁷ Niettemin werd het vorderingsrecht in overlijdensschadezaken voor nabestaanden van de hand gewezen.

Als tweede verklaring wordt genoemd dat *Lord Ellenborough* onvoldoende onderscheid zou hebben gemaakt tussen twee juridische situaties. Enerzijds de actie van de erfgenaam, anderzijds die van de nabestaande.⁴⁸ Holdsworth stelt dat zijns inziens het *House of Lords* de uitspraak in *Bolton v. Baker* niet hoeft te volgen, omdat de uitkomst berust op 'a confusion and a misapplication of two entirely different technical rules'.⁴⁹

Holdsworth noemt echter ook een mogelijk bezwaar tegen herziening: de regel uit *Baker v. Bolton* is gedurende lange tijd (vanaf 1808) gevolgd binnen de *common law*.⁵⁰ In 1916 krijgt het *House of Lords* de mogelijkheid om zich uit te spreken over dit uitgangspunt naar *common law*. In het arrest *Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika* plaatsen alle *Lords* vraagtekens bij de herkomst van de regel uit *Baker v. Bolton*.⁵¹ Toch wordt unaniem besloten dat geen afstand gedaan kan worden van een regel die

43 Holdsworth 1916, p. 431-437.

44 Holdsworth 1916, p. 432.

45 Holdsworth 1916, p. 433. Hij stelt dat de discussie hierover tot het begin van de 19^e eeuw vooral een academische was: de schadeveroorzaker werd (in geval van een zwaar misdrijf met de dood als gevolg) meestal ter dood veroordeeld en tot 1870 hield een veroordeling (hiervoor) een verbeurdverklaring in ten gunste van de Kroon (de Staat) van de bezittingen (*chattels*) en het onroerend goed (*real property*). Hierover ook Bramwell, B. in *Osborn v. Gillett* (1872-73) L.R. 8 Ex. 98.

46 Holdsworth 1916, p. 434.

47 Holdsworth 1916, p. 434.

48 Holdsworth 1916, p. 434-435.

49 Holdsworth 1916, p. 436. Anders later *Lord Parker of Waddington* in *Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika*, [1917] A.C. 38, 43-50: de context (historie) waarbinnen het precedent is ontstaan, verklaart de uitkomst en berust niet op een verkeerde interpretatie van de toen geldende *public policy*. Het precedent uit *Baker v. Bolton* kan daarom standhouden.

50 Holdsworth 1916, p. 437.

51 Zowel *Lord Parker of Waddington* als *Lord Sumner* komt tot de conclusie dat de redenering van *Ellenborough* (en daarmee waarschijnlijk de conclusies die aan deze uitspraken zijn verbonden) in zekere zin berust op een verkeerde beeldvorming omtrent de beoordeling in doodslagzaken (zie hierboven).

sinds 1808 door verschillende gerechten binnen de *common law* is gevolgd. Het is niet de taak van de rechter om het *precedent* te wijzigen.⁵²

Volgens Fleming moet deze uitspraak weer in context worden geplaatst:

*'this final review coincided with the first expressions of dissatisfaction with the action for loss of services itself, which the court saw no reason for extending beyond strict precedent to cases of death.'*⁵³

De werking van het uitgangspunt uit *Baker v. Bolton* kent een grens. Als iemand overlijdt in het kader van de nakoming van een overeenkomst waarbij ook de nabestaande partij is, is het uitgangspunt niet van toepassing, aldus het *Court of Appeal* in *Jackson v. Watson & Sons*.⁵⁴ Mevrouw Jackson overlijdt door het eten van een broodje zalm, dat zij samen met haar echtgenoot heeft gekocht. De heer Jackson vordert vergoeding van zijn schade, waaronder het verlies van levensonderhoud in natura door zijn echtgenote. *Lord Justice Farwell* overweegt dat het *precedent* uit *Baker v. Bolton* niet van toepassing is, omdat de eiser in deze zaak de contractant is en de gestorvene een derde:

*'In such a case I see no ground for applying the ruling in cases of tort: the death is not an essential part of the cause of action, but it is only an element in ascertaining the damages, and I know of no authority, and can find no ground in reason or common sense why no damages should ever be given in case and by reason of the death.'*⁵⁵

In de woorden van Fleming: het nadeel door de dood is dan uitsluitend onderdeel van de schade in een *cause of action* 'arising independently of the wrong causing the fatality'.⁵⁶ McGregor stemt in met deze uitkomst, maar Fleming is terecht kritisch: 'The loophole has somewhat incongruously survived wrongful death legislation, and on occasion still helps to transcend the statutory limits of recovery, in awards such as for non-pecuniary losses or funeral expenses.'⁵⁷

De Engelse wetgever verandert in 1846, dus reeds voor de uitspraak van het *House of Lords* in *Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika*, de stand van het recht door de *Fatal Accidents Act* (ook bekend als 'Lord Campbell's Act') (inmiddels FAA 1976) te introduceren.⁵⁸ Er wordt een vorderingsrecht geïntroduceerd ten gunste van een

52 *Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika*, [1917] A.C. 38, 41 (*Lord Earl Loreburn*), 50 (*Lord Parker of Waddington*) en 60 (*Lord Sumner*).

53 Fleming 1998, p. 730.

54 [1909] 2 K.B. 193.

55 [1909] 2 K.B. 204. Vgl. *Lord Justice Kennedy* in deze zaak, 206, 207.

56 Fleming 1998, p. 730. De zin in de hoofdtekst die tussen aanhalingstekens staat, staat in de originele tekst van Fleming ook tussen aanhalingstekens. Zie ook Law Commission 1999a, p. 10.

57 McGregor 2009, p. 1480, voetnoot 1; Fleming 1998, p. 730.

58 Waddams 1984, p. 437, McGregor 2009, p. 1480. De vordering van de nabestaanden moet in beginsel worden ingesteld door de *executor of administrator* namens alle *dependents*, section 2 FAA 1976. Hierover Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1010-1011; Fleming 1998, p. 732 en 738. Indien

gelimiteerde groep nabestaanden ter verhaal van een beperkt aantal schadeposten. De aanleiding voor de introductie van deze wet was de forse verhoging van het aantal ongevallen door toegenomen treinverkeer.⁵⁹ Het doel van de wet is om aan personen die afhankelijk zijn van de overledene (*dependents*) een schadevergoeding te geven.⁶⁰ Oorspronkelijk ging het over het verlies van onderhoud doordat de overledene geen vermogen meer in het gezin kan brengen.⁶¹ Later is ook de mogelijkheid gecreëerd tot vergoeding van de kosten van lijkbezorging en toekenning van *bereavement damages*.

In de preambule van de *Fatal Accidents Act* is aansluiting gezocht bij het uitgangspunt naar *common law*:

*'Whereas no action at law is now maintainable against a person who, by his wrongful act, neglect, or default may have caused the death of another person, and it is often-times right and expedient that the wrongdoer in such cases shall be answerable in damages for the injury so caused by him.'*⁶²

Het vorderingsrecht wordt gebaseerd op de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste en is dus afgeleid van aard.⁶³ In *section 1(1) FAA 1976* staat te lezen dat:

'If death is caused by any wrongful act, neglect or default which is such as would (if death had not ensued) have entitled the person injured to maintain an action and recover damages in respect thereof, the person who would have been liable if death had not ensued shall be liable to an action for damages, notwithstanding the death of the person injured.'

Het afgeleide karakter komt tot uiting in de wijze waarop het vorderingsrecht zich verhoudt tot de vordering van de direct gekwetste bij leven. Tot het moment van overlijden heeft de direct gekwetste een recht op schadevergoeding. Als die schade reeds is afgewikkeld, kan de nabestaande in beginsel geen beroep meer doen op de

hij dit niet doet binnen zes maanden, zijn alle vorderingsgerechtigden bevoegd om een vordering in te dienen (*section 2*). In *section 3(2)* staat te lezen dat één vordering ingesteld kan worden ter verhaal van de schade van *dependents*. Indien iemand niet is genoemd als *claimant*, terwijl hij wel tot de kring van gerechtigden behoort, dan is het niet mogelijk dat hij een tweede actie start. Het schadevergoedingsbedrag toegekend aan de groep van *dependents* 'shall be divided among the dependents in such shares as may be directed' (*section 3(2)*). Volgens Deakin, Johnston en Markesinis komt dit er in de praktijk veelal op neer dat een achterblijvende echtgenoot ook het geld beheert dat toebehoort aan de kinderen, Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1011.

59 Hansard 21 August 1846 (online beschikbaar).

60 Law Commission 1999a, p. 1.

61 Law Commission 1999a, p. 14.

62 De weergave van deze preambule is afkomstig uit een uitspraak van Lord Pigott in *Osborn v. Gillett* (1872-73) L.R. 8 Ex. 88, 91. De tekst van de preambule uit de FAA 1976 luidt (op detailniveau) anders. Hierover ook Lord Sumner in *Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika*, [1917] A.C. 38, 51.

63 Hierover Law Commission 1999a, p. 10-11.

FAA 1976.⁶⁴ Men wil dus slechts verzekerd zijn van een sanctie. Volledige vergoeding van de schade van nabestaanden lijkt geen doeleinde op zich te zijn.

Het verlies van het vorderingsrecht van de nabestaande berust op twee argumenten, genoemd in *Read v. The Great Eastern Railway Company*.⁶⁵ Het eerste argument is dogmatisch van aard: in *section 1(1)* van de *Fatal Accidents Act* staat te lezen dat als voorwaarde voor het vorderingsrecht van de nabestaande geldt dat de direct gekwetste ‘*if death had not ensued*’ een vorderingsrecht zou hebben gehad. Dat is niet het geval als de schade van de direct gekwetste is afgewikkeld.⁶⁶ Het tweede argument heeft betrekking op de wens tot het voorkomen van dubbele vergoeding.⁶⁷ Naar Engels recht kan de direct gekwetste een vergoeding vorderen van zijn inkomensverlies in de jaren die verloren zullen gaan door zijn verwondingen. Op die manier is het verlies van inkomen (en dus het onderhoud) al vergoed. Uit de uitspraak *Thompson v. Arnold* blijkt echter dat indien is nagelaten deze vergoeding te vorderen, maar de schadevergoeding van de direct gekwetste voor diens overige schade al wel is toegekend, het ook niet mogelijk is om een beroep te doen op de FAA 1976.⁶⁸

In *Thompson v. Arnold* is geprobeerd de regel dat nabestaanden geen vorderingsrecht meer hebben indien de direct gekwetste tijdens zijn leven reeds de schade heeft afgewikkeld (*Read v. The Great Eastern Railway Company*), te omzeilen. Aangevoerd is dat de interpretatie gegeven van de *Fatal Accidents Act* in *Read* onjuist was. Daarnaast zou de uitkomst in *Read* niet zijn geïnterpreteerd conform hetgeen is bepaald in artikel 6 en 8 EVRM.⁶⁹ Ten slotte zou de overledene niet vergoeding van de schade met betrekking tot de verloren jaren hebben gevorderd, waardoor nog ruimte bestaat tot toepassing van de FAA 1976. Langstaff J. wees alle drie de stellingen af:

‘The right given by the Fatal Accidents Act to dependents to sue is thus a right created specifically by the statute, and not an example of a more general right which one would expect to encompass examples such as the above [right to family life, RR] if it were to exist. It deals with the case in which a victim has not had the opportunity of

64 Law Commission 1999a, p. 10-11; Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1009; Matthews, Morgen en O’Cinneide 2008, p. 283; McGregor 2009, p. 1485-1487; Walton et al. 2010, p. 1142. Recentelijk *Reader v. Molesworths Bright Clegg* [2007] I W.L.R. 1082. McGregor leidt dit à contrario (mede) af uit *section 3(2)* van de *Damages Act 1996*: ‘*The award of the provisional damages shall not operate as a bar to an action in respect of that person’s death under the Fatal Accidents Act 1976*’, McGregor 2009, p. 1485. De vordering van de nabestaanden wordt dus niet geblokkeerd indien voor het overlijden van de direct gekwetste uitsluitend *provisional damages* zijn toegekend, McGregor 2009, p. 1486. Zie hierover Law Commission 1999a, p. 12. De blokkering lijkt ook te bestaan indien de direct gekwetste voor diens overlijden slechts met één aansprakelijke partij een schikking heeft getroffen, terwijl er nog verhaal mogelijk is op andere aansprakelijke partijen, Matthews, Morgan en O’Cinneide 2008, p. 288.

65 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1009.

66 *Read v. The Great Eastern Railway Company* [1868] Q.B. 555.

67 McGregor 2009, p. 1486.

68 *Thompson v. Arnold* [2008] P.I.Q.R., p. 1. Hierover Matthews, Morgen en O’Cinneide 2008, p. 284; McGregor 2009, p. 1486.

69 Deze stelling wordt als volgt onderbouwd: ‘*So far as Art. 8 is concerned, the purpose of a dependency claim is to relieve financial deprivations which occurred to the family as a consequence of the death. To avoid these, and the strains imposed upon family life in consequence, is to show the respect for family life which the Article requires.*’ *Thompson v. Arnold* [2008] P.I.Q.R., p. 5.

*obtaining funds which, indirectly, might benefit those for whom the victim cares, and those who depend upon his income.*⁷⁰

Exoneraties met betrekking tot de werking van de FAA 1976 of aansprakelijkheid in het algemeen, waarmee de direct gekwetste heeft ingestemd, werken door in de vordering van nabestaanden.⁷¹ Ook de eigen schuld van de overledene werkt door in de hoogte van de schadevergoedingsplicht tegenover de nabestaanden (*section 5 FAA 1976*).⁷² Als de overledene zijn nabestaanden (voor zijn overlijden) onderhield met gelden die op een illegale wijze verkregen waren, kan daarvoor geen vergoeding worden gevorderd.⁷³

Niet alle verweren werken door. Zowel McGregor als Fleming noemt het voorbeeld dat de direct gekwetste voor zijn overlijden contractueel heeft afgesproken dat het vergoedingsbedrag bij overlijden (door een onrechtmatige daad van dit bedrijf) gelimiteerd zou zijn tot een bepaalde som.⁷⁴

Het vorderingsrecht is dus afgeleid van aard, maar zoals Fleming stelt: *‘Aside from the preceding derivative feature, the cause of action is “new in its species, new in its equality, new in its principle”*.⁷⁵ Daarmee wordt bedoeld dat een deel van de schade van nabestaanden wordt vergoed en niet die van de overledene. De vergoedbare schadeposten zijn echter limitatief bepaald. Daarnaast werkt de wet de facto exclusief, maar vanwege andere redenen dan naar Nederlands recht: naar *common law* is een autonome vordering van nabestaanden afgewezen. Volgens Waddams vormt de FAA 1976 thans een obstakel om naar *common law* alsnog een regeling te treffen voor andere personen dan die genoemd in de wet.⁷⁶

De rechtvaardiging van het afgeleide vorderingsrecht is volgens Blackburn J. in *Read v. Great Eastern Railway Co.*:

*‘The intention of the enactment was that the death of the person injured should not free the wrongdoer from an action, and in those cases where the person injured could maintain an action his personal representative might sue.’*⁷⁷

70 *Thompson v. Arnold* [2008] P.I.Q.R., p. 19.

71 Law Commission 1999a, p. 10-11. Dit is anders indien aansprakelijkheid niet uitgesloten is, maar is beperkt, p. 12. Zie ook Fleming 1998, p. 732-733.

72 McGregor 2009, p. 1488. Vgl. Law Commission 1999a, p. 11.

73 McGregor 2009, p. 1488. Vgl. Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1013; Matthews, Morgan en O’Cinneide 2008, p. 284.

74 Law Commission 1999a, p. 12; McGregor 2009, p. 1487.

75 Fleming 1998, p. 733. Vgl. Law Commission 1999a, p. 10. De Law Commission noemt de uitspraak *Gray v. Barr* waarin te lezen valt dat Lord Denning M.R. stelt dat: *‘They [the dependents, RR] stand in his shoes in regard to liability, but not as to damages.’*

76 Waddams 1984, p. 438. Zie ook Matthews, Morgan en O’Cinneide 2008, p. 285: *‘The 1976 Act creates an exception to the common law rule in Baker v. Bolton (1808) 1 Camp.493, so no classes other than those named may sue.’* De wettelijke regeling wordt restrictief ingevuld, waardoor geen ruimte bestaat voor de toekenning van *punitive of exemplary damages*. McGregor 1986, p. 5.

77 [1868] Q.B. 558.

Dat de direct gekwetste is overleden, betekent zodoende niet dat daarmee de aansprakelijke bevrijd wordt van zijn verplichting tot schadevergoeding.

2.5 Frankrijk: *intérêt simple*, maar toch begrenzing

In de Franse *Code Civil* is geen bijzonder vorderingsrecht voor nabestaanden opgenomen. Het *Cour de Cassation* heeft echter vorm gegeven aan vorderingen tot schadevergoeding bij overlijden.⁷⁸ Dit geldt voor zowel de kring van gerechtigden als de te vergoeden schadeposten. Iedereen kan vergoeding vorderen van schade die is ontstaan doordat een ander is overleden, mits voldaan is aan de vereisten uit artikel 1382 CC. Een vordering is in beginsel autonoom en schade *par ricochet* wordt niet gezien als een reflectie van de initiële schade van de direct gekwetste.⁷⁹ Er bestaan geen specifieke limiteringen: noch in het licht van aard van de schadeveroorzakende gebeurtenis, noch in het licht van de aard van de schade, noch naar de aard van de rechtsverhouding tussen de direct gekwetste en de overige benadeelden. De aantasting van een belang, in de zin van *intérêt simple*, is in beginsel voldoende voor een beroep op artikel 1382 CC.⁸⁰

Toch wordt er begrensd. Doorslaggevend is dat persoonlijk schade wordt geleden die direct en zeker is, waarbij Viney en Jourdain opmerken dat bij schade van echtgenoten en kinderen (minder- of meerderjarig) dit geen probleem zal vormen. Anders is dat als het een gescheiden of feitelijk gescheiden levende echtgenoot betreft.⁸¹ De juridische verwantschap is niet doorslaggevend, ook feitelijke verwanten kunnen tot de kring van gerechtigden behoren.⁸² Volgens Viney en Jourdain moet de realiteit of zekerheid van de schade worden aangetoond, waarbij de stabiliteit van de relatie van belang is.⁸³ Deze eis noemen Lambert-Faivre en Porchy-Simon ook als het gaat over de schade van de vriend of vriendin van de overledene: er moet sprake zijn van een '*concubinage stable*', een relatie die zou hebben voortgeduurd ware het niet dat de gekwetste is overleden.⁸⁴ In het licht van dit vereiste is irrelevant of het gaat over een homo- of heteroseksuele relatie.⁸⁵ Le Roy merkt op dat zussen en broers wel eens vergoeding ontvangen van hun schade, maar opgemerkt wordt dat de schade reëel moet zijn. Het overlijden van een broer die samenleefde met zijn zus en die elkaar steunden, noemt Le Roy als voorbeeld.⁸⁶ Ook vorderingen van ooms en tantes, neefjes en

78 McGregor noemt dit de '*the most sophisticated [way]*', McGregor 1986, p. 85.

79 Viney en Jourdain 2006, p. 156.

80 Crim., 20 februari 1863, S.1863.1.321, rapport Nougier. Hierover Mazeaud, Mazeaud en Tunc 1965, p. 369; Le Roy 2007, p. 97-98 en 108.

81 Viney en Jourdain 2006, p. 160.

82 Viney en Jourdain 2006, p. 160-161.

83 Viney en Jourdain 2006, p. 160-161 en 162. Zie ook Le Roy 2007, p. 108-109; Jourdain 2007, p. 125.

84 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 307.

85 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 307.

86 Le Roy 2007, p. 108.

nichtjes worden niet bij voorbaat afgewezen. Nodig is dat aangetoond wordt dat er een speciale relatie bestond met de direct gekwetste voor diens overlijden.⁸⁷

Uit deze voorbeelden kan worden afgeleid dat sprake moet zijn van een stabiele, affectieve band en dat de schade *par ricochet* reëel is (*'la réalité de ses préjudice'*).⁸⁸

Tot 1975 was overspel strafbaar, waardoor geen vergoeding van schade van minnaars of minnaressen (in geval van overspel) hoefde te worden gegeven. Daaraan is een einde gekomen met de introductie van de *Loi du 11 juillet 1975*, waarmee de strafbaarheid is opgeheven.⁸⁹ Lambert-Faivre en Porchy-Simon zijn kritisch over deze mogelijkheid, omdat feitelijke bigamie contrair is aan maatschappelijke opvattingen (*ordre public français*). Ook twijfelen zij aan de stabiliteit van deze relatie en er wordt gewezen op de resolutie van de Raad van Europa van 14 maart 1975 waarin in geval van overspel geen vergoeding hoeft plaats te vinden.⁹⁰

De rechtvaardiging voor het vorderingsrecht van de nabestaande (als autonome schadelijder) werd door Savatier gevonden in de verzwakking van het vorderingsrecht van de direct gekwetste door diens overlijden.⁹¹

De gedachte die ten grondslag ligt aan de vergoeding van de kosten van het verlies van levensonderhoud, aldus Lambert-Faivre en Porchy-Simon, is dat deze vergoeding als noodzakelijk werd beschouwd, omdat met het overlijden van de direct gekwetste diens rechtssubjectiviteit verloren is gegaan (en dus de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding voor schade ontstaan in de periode na zijn overlijden), terwijl het verrichten van betaalde arbeid door vrouwen in de middenklasse weinig voorkwam en de sociale zekerheid nog niet bestond. Vrouwen en kinderen zouden, bij afwezigheid van deze schadevergoedingsverplichting, achterblijven zonder een bron van inkomsten.⁹²

2.6 Tussenconclusie

Het Nederlandse, Duitse en Engelse recht kent bijzondere regels over de schade van nabestaanden bij overlijden. In het bovenstaande is uiteengezet dat deze regels een verschillende achtergrond hebben. In Nederland is het vaste rechtspraak van de Hoge Raad om artikel 1406 Oud BW, en thans ook artikel 6:108 BW, als limitatief en exclusief uit te leggen. Hoewel dat verklaard kan worden uit de totstandkomingsgeschiedenis (de behoefte aan zekerheid), dwingt de letter van de wet daar niet toe. Het Duitse recht is een voorbeeld van hoe die interpretatie anders kan zijn. Het zwaartepunt van het vorderingsrecht van nabestaanden ligt bij de bijzondere bepaling van § 844 BGB: een afgeleid en limitatief werkend vorderingsrecht dat niet derogert aan

87 Le Roy 2007, p. 108.

88 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 309.

89 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 308.

90 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 309.

91 Savatier 1951, p. 115.

92 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 311.

het onrechtmatige daadsrecht. Ook het Engelse recht kent een vorderingsrecht in de FAA 1976. Net zoals naar Nederlandse recht, werkt dat vorderingsrecht exclusief. Anders dan naar Nederlands recht is de reden voor die exclusieve werking niet dat de FAA 1976 bestaat, maar dat er een precedent bestaat – daterend van voor de introductie van de FAA – waaruit voortvloeit dat een derde geen vorderingsrecht heeft vanwege het overlijden van een andere persoon. Naar common law is het onmogelijk om vanwege iemands overlijden een vordering in te dienen, maar de Engelse wetgever heeft op dit uitgangspunt een uitzondering gemaakt door de introductie van de FAA 1976. Het Franse recht kent geen bijzondere bepaling. Er moet door nabestaanden een beroep worden gedaan op het onrechtmatige daadsrecht. Dat betekent niet dat daarom ook alle nabestaanden een vorderingsrecht toekomt. Aangetoond moet worden dat er een stabiele affectieve band bestond tussen de overledene en de nabestaande en dat sprake is van reële schade.

Ondanks de verschillen op het niveau van de inrichting van het systeem en de kenmerken die daaraan worden toegedicht, lijkt de rechtvaardiging van het vorderingsrecht van de nabestaanden gelijk: het recht op leven van de direct gekwetste is geschonden en dat wordt gesanctioneerd door middel van een vordering voor de nabestaanden, ongeacht of dat vorderingsrecht afgeleid van aard is.

Levert het verschil in achtergrond en kenmerken van deze regelingen (ondanks dat hun ratio gelijk lijkt) een onderscheid op tussen de vergoedbare schadeposten? In de hierna volgende paragrafen wordt uitgebreid stilgestaan bij die schadeposten, te beginnen met de kosten vanwege het verlies van levensonderhoud.

3. De vordering van nabestaanden: verlies van levensonderhoud

3.1 Inleiding

Het verlies van levensonderhoud is een vergoedbare schadepost naar Nederlands, Duits, Engels en Frans recht. Dat die gelijkenis bestaat, betekent niet dat dezelfde betekenis aan deze schadepost wordt gegeven wat betreft de kring van gerechtigden en de interpretatie van het begrip 'levensonderhoud'. Een onderscheid wordt gemaakt tussen verlies van financieel onderhoud (paragraaf 3.2) en onderhoud in natura (paragraaf 3.3).

3.2 Verlies van financieel levensonderhoud

3.2.1 Nederland: feitelijk onderhoud

Nabestaanden kunnen aan artikel 6:108 lid 1 BW een recht op schadevergoeding ontleen voor de kosten door het verlies van levensonderhoud. Het vorderingsrecht wordt op twee manieren begrensd: de kring van gerechtigden is gelimiteerd en uit de

term 'levensonderhoud' vloeit voort dat bij de begroting tot op zekere hoogte aansluiting moet worden gezocht bij het familierecht.

De kring van gerechtigden

De rechthebbenden in de zin van artikel 1406 Oud BW waren de echtgenoot, de (stief)kinderen en de ouders van de overledene.⁹³ Ten tijde van de introductie van het huidige artikel 6:108 BW heeft de wetgever ook gekozen voor een limitatieve kring van gerechtigden, maar die kring is ruimer geworden in vergelijking met artikel 1406 Oud BW.⁹⁴

Artikel 6:108 lid 1 BW verstrekt in onder a de (niet van tafel en bed gescheiden) echtgenoot, de geregistreerde partner en de kinderen van de overledene een vorderingsrecht.⁹⁵ Ook moet er een vergoeding worden toegekend aan een postuum geboren kind.⁹⁶

De hoogte van het wettelijk verplichte bedrag tot levensonderhoud vormt het minimumbedrag voor een vordering krachtens artikel 6:108 lid 1 onder a BW. Als de overledene meer besteedde aan het levensonderhoud dan verplicht bij wet, dan vormt dat feitelijke onderhoud het uitgangspunt.⁹⁷ De verwachtingen worden ook verdisconteerd in de vergoeding. In de Parlementaire Geschiedenis wordt het voorbeeld gegeven van een situatie waarin de weduwe voor het overlijden van haar echtgenoot kostwinner was, maar het vooruitzicht zou hebben gehad op een rolwisseling. Bij de begroting van de schade moet rekening gehouden worden met deze rolwisseling.⁹⁸

In artikel 6:108 lid 1 onder b wordt een tweede groep gerechtigden genoemd: andere bloed- en aanverwanten, voor zover de overledene 'geheel of ten dele in hun levensonderhoud voorzag of daartoe krachtens rechterlijke uitspraak verplicht was'. Men kan hierbij denken aan meerderjarige kinderen, broers, zussen, stief- en schoonkinderen, ouders, schoonouders, grootouders en kleinkinderen.⁹⁹ Het is niet vereist dat deze personen inwoonden bij de overledene.¹⁰⁰

De beperking tot feitelijk onderhoud of tot de verplichting opgelegd door de rechter is door de wetgever gecreëerd ter voorkoming van de situatie dat verwanten die geen

93 Zie ook HR 29 april 1994, NJ 1995, 609, m.nt. CJHB (*Nationale Nederlanden/ABP*) (stiefkinderen); HR 10 februari 1961, NJ 1961, 184 (postuum geboren kinderen).

94 Parl. Gesch. Boek 6, (inv.), p. 1315. Zie ook Storm, Kamp en Schön 1995, p. 225; Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-II*, nr. 159.

95 Volgens Hartkamp hebben uitsluitend minderjarige kinderen krachtens sub a een vorderingsrecht, Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II*, nr. 160. Het oorspronkelijk geïntroduceerde artikel 6:108 BW bevatte de woorden 'wettige en onwettige' kinderen, hetgeen volgens de Parlementaire Geschiedenis zou moeten zien op erkende en niet-erkende kinderen. Ten Hoopen was kritisch hierover, Ten Hoopen 1987, p. 339-346. In 1997 is artikel 6:108 BW aangepast door de woorden 'wettige en onwettige' te schrappen. Hierover De Boer 1997, p. 586.

96 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 160.

97 Parl. Gesch. Boek 6, p. 394 en 397. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 160.

98 Parl. Gesch. Boek 6, p. 397.

99 Storm, Kamp en Schön 1995, p. 225; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 160 (stiefkinderen), en nr. 161 (meerderjarige kinderen); Mon. BW B37 (Van Wassenaer), p. 48.

100 Mon. BW B37 (Van Wassenaer), p. 48.

beroep wilden doen op het vermogen van de overledene bij leven, zich alsnog melden voor een schadevergoeding. Voorts zou de aansprakelijke partij niet aangesproken mogen worden door familieleden die jaren na het ongeval behoeftig worden.¹⁰¹

Aanvankelijk was voorgesteld de schadevergoedingsplicht te beperken tot het bedrag dat de nabestaande krachtens de regels van het alimentatierecht zou behoren te ontvangen.¹⁰² Later is besloten om aansluiting te zoeken bij het feitelijk verschaft levensonderhoud.¹⁰³ Hartkamp en Sieburgh noemen hiervoor als reden dat het in sub b kan gaan over nabestaanden jegens wie geen wettelijke verplichting tot levensonderhoud bestond.¹⁰⁴

De gerechtigden onder c betreffen degenen die voor het ongeval met de overledene in gezinsverband samenwoonden en in wiens 'levensonderhoud hij geheel of voor een groot deel voorzag, voor zover aannemelijk is dat een en ander zonder het overlijden zou zijn voortgezet en zij redelijkerwijs niet voldoende in hun levensonderhoud kunnen voorzien.'¹⁰⁵ Men kan hierbij denken aan pleegkinderen en samenwonenden.¹⁰⁶ De zinsnede 'voor zover (...) zij redelijkerwijs niet voldoende in hun levensonderhoud kunnen voorzien' lijkt op het eerste gezicht een extra voorwaarde te stellen ten opzichte van sub b waar dit gedeelte niet in is opgenomen. Sinds het *Pruisken/Organice*-arrest is bekend dat die extra voorwaarde niet gesteld mag worden.¹⁰⁷ Ook mag worden geconcludeerd dat niet is vereist dat de overledene in het grootste deel van het levensonderdeel van de nabestaanden voorzag. De Hoge Raad heeft hiermee willen aansluiten bij de algemene maatschappelijke acceptatie van samenwonen.¹⁰⁸

De gescheiden, doch alimentiegerechtigde ex-echtgenoot behoort niet tot de kring van gerechtigden uit artikel 6:108 BW.¹⁰⁹ Oorspronkelijk was er een lid in het voorgestelde artikel 6:108 BW opgenomen, maar dat is ten tijde van de introductiewet geschrapt:

'Er is onvoldoende reden om in zo'n situatie het recht op alimentatie, dat normaal gesproken eindigt met het overlijden van de alimentatieplichtige, te continueren – zij het ook als een recht op schadevergoeding – indien het overlijden wordt veroorzaakt door een derde.'¹¹⁰

101 Parl. Gesch. Boek 6, p. 394. De Jong wees reeds onder het regime van het Oud BW op de onwenselijkheid van deze onzekerheid, De Jong 1940, p. 52-53.

102 Parl. Gesch. Boek 6, p. 392 en 394.

103 Zie art. 1:392 BW e.v.

104 Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-II*, nr. 161.

105 Parl. Gesch. Boek 6, p. 398.

106 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 161.

107 HR 16 december 2005, NJ 2008, 168, m.nt. J.B.M. Vranken. Zie ook noot T. Hartlief bij HR 16 december 2005, AA 2006, p. 286.

108 Hierover Noot T. Hartlief bij HR 16 december 2005, AA 2006, p. 285; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 161.

109 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1310. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 159 en 160; Van der Zalm 2011, p. 54.

110 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1316.

De minister merkte tijdens de beraadslaging in de Eerste Kamer op dat een maatstaf zoals inkomens- of vermogensafhankelijkheid niet voor de hand ligt. In het licht van de rechtszekerheid is bewust gekozen voor vergoeding van de kosten veroorzaakt door het verlies van levensonderhoud in situaties waarin dit verlies voor de hand ligt: in gezinsverband samenwonenden. Er is geen reden om extra vereisten te stellen (zoals inkomensafhankelijkheid). Voorts verdient het in verband met de rechtszekerheid geen aanbeveling om de bepaling uit te breiden tot personen die er juist voor hebben gekozen om hun zelfstandigheid te behouden, aldus de minister.¹¹¹

Van der Zalm is kritisch over de limitatieve afbakening van de kring van gerechtigden en stelt dat artikel 6:108 BW zich niet heeft kunnen aanpassen aan modernere samenlevingsvormen, waarbij zij als voorbeeld noemt de niet samenlevende echtgenoten.¹¹²

Hartlief is kritisch over de limitatieve en exclusieve begrenzing van het bijzondere systeem in het algemeen.¹¹³ Dit is bijzonder in vergelijking met de wijze van begrenzing in zaakschadezaken.¹¹⁴ Daar geldt immers de open norm van het onrechtmatige daadsrecht als begrenzingsmechanisme voor vorderingen van derden. Hij stelt voor om te komen tot een serieuze afweging van argumenten, waarbij het rechtszekerheidsargument, in het licht van de voorgaande redenering, niet het enige argument mag zijn voor een limitatief systeem. Vranken voegt daaraan toe dat het bijzondere systeem niet meer gerechtvaardigd kan worden onder de noemer van 'rechtszekerheid'. De wetgever heeft namelijk met de introductie van het BW een principiële keuze gemaakt om de rechter een ruime beoordelingsmarge te geven: 'De rechtsvormende taak van de rechter is als het ware meegecodificeerd', aldus Vranken.¹¹⁵

Het begrip 'levensonderhoud'

Volgens de Hoge Raad heeft de schadevergoedingsplicht uit artikel 6:108 lid 1 BW een gemengd karakter: de schade van nabestaanden moet in beginsel volledig worden vergoed, maar de vordering heeft daarnaast ook een alimentatief karakter. In 2009 zet de Hoge Raad duidelijk uiteen hoe hij artikel 6:108 lid 1 BW interpreteert:

'Hieruit volgt onder meer dat de nabestaande aan art. 6:108 slechts een vordering kan ontlenen voor zover bij deze sprake is van behoefte, gerelateerd aan de specifieke situatie van de huishouding waarvan de overledene en de nabestaande deel uitmaakten (...).'¹¹⁶

111 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1315.

112 Van der Zalm 2011, p. 53-54. Vgl. over art. 1406 Oud BW Vranken 1988, p. 156.

113 Hartlief 2006, p. 100.

114 Hartlief 2006, p. 100. Vgl. Storm 1999, p.12; Rijnhout 2008, p. 170. Zie uitgebreid Engelhard 2010, p. 325-373.

115 Vranken 1988, p. 157.

116 HR 10 april 2009, NJ 2009, 386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Philip Morris/Bolink*), nr. 3.3.

Het recht op levensonderhoud *eindigt* met het overlijden van de echtgenoot.¹¹⁷ Als de nabestaande echtgenoot of echtgenote hertrouwt, eindigt ook het recht op levensonderhoud ook.¹¹⁸ Het vorderingsrecht van het kind wordt niet aangetast door een nieuw huwelijk. Dat geldt voor zowel het financiële onderhoud als het onderhoud in natura.¹¹⁹ De achterliggende reden is volgens de Hoge Raad dat het onredelijk zou zijn als de onderhoudslast ten opzichte van kinderen wordt gelegd op de schouders van de nieuwe echtgenoot, in plaats van op die van de aansprakelijke.¹²⁰ Het vorderingsrecht van het kind eindigt wel als het wordt geadopteerd.¹²¹

De nabestaande moet behoeftig zijn.¹²² De Hoge Raad oordeelt dat, hoewel artikel 6:108 BW geen alimentatievordering is, nagegaan moet worden in hoeverre de behoefte aan levensonderhoud van de nabestaande is toegenomen als gevolg van het overlijden van de direct gekwetste.¹²³

De behoeftigheidseis houdt direct verband met de interpretatie die is gegeven aan het begrip ‘levensonderhoud’ door de Hoge Raad in zijn jurisprudentie over artikel 1406 Oud BW. In het onderstaande volgt een beschrijving op hoofdlijnen. In het arrest *Spoorwegongeval te Weesp* beslist de Hoge Raad dat artikel 1406 Oud BW niet meer dan een alimentatievordering betreft en overwogen wordt:

‘dat wijders uit den tekst van artikel 1406 B.W. en de geschiedenis dezer wetsbepaling moet worden afgeleid, dat die personen slechts dan aanspraak kunnen maken op zoodanig levensonderhoud, wanneer zij daaraan behoefte hebben, wat ook hieruit blijkt, dat het uit te keeren bedrag afhankelijk wordt gesteld, niet van wat van den verslagene werd genoten, maar van den wederzijdschen stand en de fortuin der personen.’¹²⁴

117 Sterftekansen worden verdisconteerd in het schadevergoedingsbedrag, HR 27 maart 1953, *NJ* 1953, 617. Vgl. in het kader van de VOA: HR 4 maart 1977, *NJ* 1978, 144. De predispositie van de overledene (bijvoorbeeld een hartafwijking) kan ook van invloed zijn op de omvang van het schadebedrag, HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 372, m.nt. GJS; HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 292, m.nt. CJHB. Zie hierover Mon. BW B37 (Van Wassenaer), p. 68; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 165.

118 HR 4 november 1983, *NJ* 1984, 786, m.nt. E.A.A. Luijten (*Schipper/Baumans*). Vranken is kritisch: verdedigbaar is dat zonder de onrechtmatige daad het eerste huwelijk zou hebben voortgeduurd en daarmee is onverenigbaar dat het tweede huwelijk het vorderingsrecht doet eindigen, Vranken 1988, p. 162.

119 HR 28 februari 1986, *NJ* 1987, 100 (*Huiskes & Niks/Snippe*). Hierover Vranken 1988, p. 159. Vgl. HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*), r.o. 3.4.3.

120 HR 28 februari 1986, *NJ* 1987, 100 (*Huiskes & Niks/Snippe*), r.o. 3.4; HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*), r.o. 3.4.3. Deze gedachtegang wordt ook gevolgd wat betreft de uitkering uit een weduwepensioen, HR 28 februari 1986, *NJ* 1987, 100 (*Huiskes & Niks/Snippe*). Vgl. HR 21 februari 1992, *NJ* 1992, 339 (*Reinders/Delta Lloyd Schadeverzekering*).

121 HR 4 november 1983, *NJ* 1984, 786, m.nt. E.A.A. Luijten (*Schipper/Baumans*) (geadopteerd kind); HR 13 december 1985, *NJ* 1986, 246, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ABP/Wink*) (hertrouwen). Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 160.

122 Zie o.a. HR 16 december 2005, *NJ* 2008, 186, m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.3.1 (*Pruiskens/Organice*).

123 HR 16 december 2005, *NJ* 2008, 186, m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.3.1 (*Pruiskens/Organice*).

124 HR 27 februari 1925, *NJ* 1925, 566 (*Spoorwegongeval te Weesp*).

Niet hetgeen daadwerkelijk zou worden ontvangen van de direct gekwetste zonder diens overlijden is het uitgangspunt van vergoeding, maar uitsluitend het bedrag waaraan behoefte bestaat, veroorzaakt door het overlijden van de direct gekwetste, in het licht van de levensstandaard van het gezin. Dit uitgangspunt wordt herhaald in *NBM/Eagle Star*: iemand moet behoeftig zijn en voor de vaststelling daarvan wordt rekening gehouden met 'alle feiten die daarop van invloed zijn, ongeacht of die feiten verband houden met het overlijden.'¹²⁵ De verdiscontering van voordelen betreft dus in beginsel geen normale voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW), maar moet plaatsvinden onder de noemer van 'verlies van levensonderhoud' en 'behoefteigheid'.¹²⁶

Bekend is dat de Hoge Raad, hoewel geen sprake is van een zuivere alimentatievoorzorging, tot op zekere hoogte aansluiting is blijven zoeken bij regels uit het familierecht.¹²⁷ Hoewel tot het einde van de parlementaire discussie is getracht die koers te wijzigen, moet de jurisprudentie over artikel 1406 Oud BW ook worden toegepast in het kader van artikel 6:108 lid 1 BW. De Hoge Raad bevestigt dit in *Kwidama/Raphael-Richardson*. Opgemerkt moet wel worden dat de Hoge Raad oordeelt dat 'in beginsel' de gehele financiële situatie van de nabestaande in ogenschouw moet worden genomen. Later wordt bovendien geoordeeld dat bij de beslissing over het rekening moeten houden met verzekeringsuitkeringen, alle omstandigheden van het geval in ogenschouw moeten worden genomen mede gelet op 'hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband daarmee meebrengen'.¹²⁸ Er lijkt dus wel een uitzondering mogelijk op de behoefteigheidseis, maar onduidelijk is onder welke omstandigheden die uitzondering precies mag worden gemaakt.

Gedurende de behandeling van de Invoeringswet werd gediscussieerd over de vermindering van voordelen uit sommenverzekeringen in letsel- en overlijdensschadezaken. De aanvankelijk voorgestelde artikelen hadden een artikellid (artikel 6.1.9.11a lid 3 (thans 6:107 BW) en artikel 6.1.9.12 lid 4 (thans 6:108 BW)) dat dit mogelijk maakte. Het voorgestelde artikellid over de verrekening van sommenverzekeringen zou niet alleen geïntroduceerd worden in artikel 6:108 BW, maar ook in artikel 6:107 BW (vergoeding van verplaatste schade). Het doel was dus gelijkenschakeling van verrekening van uitkeringen uit sommenverzekeringen.

De minister stelt dat in het licht van de uitbreiding van het aantal risicoaansprakelijkheden, de verzekeraarbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht in het geding zou komen, als uitkeringen uit sommenverzekeringen niet in mindering mogen worden gebracht op het

125 HR 19 juni 1970, *NJ* 1970, 380, m.nt. G.J. Scholten (*NBM/Eagle Star*).

126 HR 19 juni 1970, *NJ* 1970, 380, m.nt. G.J. Scholten (*NBM/Eagle Star*). Hierover Bolt 1989, p. 65. Zie ook over 6:108 BW Parl. Gesch. Boek 6, p. 404, Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1298-1299.

127 E.A.A. Luijten onder HR 4 november 1983, *NJ* 1984, 786 (*Schipper/Boumans*); Van Maanen 1986, p. 122-123; Bolt 1989, p. 62; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 162. Gewezen kan worden op de uitkomst in het *Schipper/Boumans*-arrest (HR 4 november 1983, *NJ* 1984, 786, m.nt. E.A.A. Luijten).

De vraag lag voor of een verplichting tot vergoeden van de kosten van het verlies van onderhoud door minderjarige kinderen doorloopt nadat zij zijn geadopteerd. De Hoge Raad overweegt dat dit niet zo is.

128 HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 600, m.nt. M.M. Mendel, r.o. 3.5 en 3.7 (*Kwidama/Raphael-Richardson*). Vgl. o.a. noot E.F.D. Engelhard bij HR 4 februari 2000, *NTBR* 2000, p. 179, *NTBR* 2000, p. 254-259.

schadevergoedingsbedrag.¹²⁹ Voorts zou deze regeling de beslissing van de rechter vereenvoudigen, waardoor een minder groot beroep op de rechterlijke macht zou worden gedaan.¹³⁰ Opgemerkt moet worden dat de argumentatie die de wetgever hier hanteerde vergelijkbaar is met die voor de beperking van de reikwijdte van artikel 6:107 BW.

Het amendement van Van den Burg werd echter aangenomen, waardoor, zo blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis, ervan mag worden uitgegaan dat teruggekeerd wordt naar de situatie onder het Oud BW: vermindering van alle voordelen bij de vaststelling van de behoefte bij overlijden, terwijl uitkeringen uit sommenverzekeringen (zonder schadevergoedend element) bij letsel niet worden verrekend (artikel 6:100 BW).¹³¹

Op de behoeftegrond is door velen kritiek geuit. Er wordt op hoofdlijnen aandacht besteed aan deze kritiek. Mok presenteerde zich in 1979 als tegenstander.¹³² Ter illustratie noemt hij de situatie dat iemand een zeer vermogend man zou aanrijden, waardoor alleen blikschade ontstaat. Bij de begroting van deze schade bestaat geen behoeftegrond, terwijl deze man wellicht het schadevergoedingsbedrag niet nodig heeft om conform zijn stand door te leven. Mok vergelijkt dit met de situatie waarin iemand een vrouw met kinderen tot weduwe maakt. Dan wordt wél rekening gehouden met de behoefte van de weduwe.¹³³ Mok vindt geen rechtvaardiging voor dit verschil en pleit voor volledige vergoeding van weduwen en wezen, in plaats van hen eerst te verplichten om hun eigen middelen aan te spreken.¹³⁴

Spier vraagt zich in zijn conclusie voor *Kwidama/Raphael-Richardson* af of rechtspraak van de Hoge Raad over de behoefte aan heroverweging toe is. Hij lijkt niet te twijfelen aan de onredelijkheid van de uitkomst van deze regel in een aantal situaties:

‘het is niet *redelijk* om met de uitkering van deze verzekering (een sommenverzekering) zodanig rekening te houden dat de aanspraak op vergoeding ter zake van gedorven kosten en levensonderhoud geheel teloor gaat. Ontdaan van alle franje komt een anders luidende opvatting neer op een overwaardering van zaakschade en een onderwaardering van de ernst van dodelijke ongevallen.’¹³⁵

Maar redelijkheid hoeft niet doorslaggevend te zijn, aldus Spier, de redelijkheid moet worden gezien in het licht van het geldende recht. Aan vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet groot belang worden gehecht in het licht van de rechtszekerheid, maar

129 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1298-1299.

130 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1301. Tijdens de beraadslaging is opgemerkt dat een geërfde vordering ter vergoeding van immateriële schade in mindering komt op het schadevergoedingsbedrag uit art. 6:108 BW als deze vergoeding de behoefte vermindert, Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1306.

131 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1307.

132 Mok 1979, p. 5.

133 Mok 1979, p. 5.

134 Mok 1979, p. 16.

135 Conclusie A-G Spier voor HR 4 februari 2000, NJ 2000, 600, m.nt. M.M. Mendel (*Kwidama/Raphael-Richardson*), nr. 2.13.

rechtspraak heeft volgens Spier ook geen eeuwigheidswaarde. Is er daarom voldoende reden om de rechtspraak te heroverwegen? Hij wijst op het parlementaire debat over artikel 6:108 BW en de verdiscontering van sommenverzekeringen, waarvan de uitkomst was dat de jurisprudentie over artikel 1406 Oud BW voortgezet zou moeten worden. Ook de literatuur is volgens Spier verdeeld. Voorstanders van volledige verrekening stellen dat de nabestaanden niet beter mogen worden van een onrechtmatige daad, maar dat is volgens Spier wel een 'erg juridische invalshoek': nabestaanden zullen niet het gevoel hebben dat zij met een voordeel achterblijven nu zij een geliefde hebben verloren. Verder wijst Spier op de 'cirkelredenering' van diegenen die betogen dat het verdisconteren van sommenverzekeringen bij letsel (niet) respectievelijk overlijden (wel) in beginsel geen vraag van verrekening is (namelijk bij overlijden van behoefte). De vraag blijft uiteindelijk of – op welke manier dan ook – rekening mag worden gehouden met sommenverzekeringen. Als argument tegen verdiscontering noemt Spier dat de aansprakelijke in beginsel niets te maken heeft met uitkeringen uit sommenverzekeringen. Deze verzekering is niet in zijn belang afgesloten en hij mag daarvan niet profiteren. Voorts wordt de uit te keren som gebaseerd op aannames en verwachtingen, hetgeen kan leiden tot ondercompensatie. Waarom zou een nabestaande niet mogen terugvallen op verzekeringen die hij zelf heeft afgesloten?

Ten slotte stelt Spier dat zowel in de doctrine als in rechtspraak getracht is het keurslijf te doorbreken. Zijns inziens pleiten sterke argumenten voor heroverweging van de leer, maar hij is beducht direct om te gaan:

'In de eerste plaats omdat ik de consequenties daarvan niet kan overzien, zeker niet wanneer dat met terugwerkende kracht zou gebeuren. Het lijkt plausibel dat daarbij zeer grote bedragen op het spel staan. Zeker voor verzekeraars, die allicht hebben gerekend op bestending van bedoelde jurisprudentie is dat – afhankelijk van de bedragen die op het spel staan – wellicht een te abrupte stap.¹³⁶

Spier is voorstander van een gefaseerde verandering van de oude regel, omdat er geen reden te bedenken is waarom er verschil tussen letsel en overlijden bestaat. Hij stelt daarom voor dat de Hoge Raad een op het geschil toegespitste benadering kiest, hetgeen als schaduwzijde heeft dat onzekerheid wordt gecreëerd. Gelet kan worden op verschillende factoren: '1) de vraag wie premie heeft betaald; 2) de omvang van de behoefte en van de verzekeringsuitkering in relatie tot de betaalde premies; 3) de aard van de aansprakelijkheid en de mate van schuld van de laedens; 4) doel en strekking van de verzekering.'¹³⁷ Zoals bekend, ging de Hoge Raad niet om.

136 Conclusie A-G Spier voor HR 4 februari 2000, NJ 2000, 600, m.nt. M.M. Mendel (*Kwidama/Raphael-Richardson*), nr. 3.17.

137 Conclusie A-G Spier voor HR 4 februari 2000, NJ 2000, 600, m.nt. M.M. Mendel (*Kwidama/Raphael-Richardson*), nr. 3.21.

Door rekening te houden met elk actief vermogensbestanddeel wordt, aldus Engelhard, de benadeelde nabestaande in een nadeligere vermogenspositie gebracht in vergelijking met de hypothetische situatie zonder onrechtmatige daad. Als voorbeeld noemt zij de vermindering van de behoefte van wege het winnen van een loterij: waarom mag dit voordeel zorgen voor een vermindering van een schadevergoedingsplicht? Dit is vanuit dogmatisch opzicht, vanuit perspectief van rechtsgelelijkheid (in vergelijking met de regels voor voordeelstoerekening) en van de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht onbevredigend.¹³⁸ Haars inziens zou beslissend moeten zijn of een voordeel of uitkering 'geacht kan worden te zijn bedoeld voor (onder andere) juist de kostenposten voor het levensonderhoud, waarvoor de benadeelde in het kader van art. 6:108 BW schadevergoeding vordert.'¹³⁹

Laatstelijk sprak Van der Zalm zich uit tegen het behoeftevereiste.¹⁴⁰ Volgens haar is de schadevergoeding bij overlijden, in navolging van Mok, 'een stoel die een soort tafeltje is.'¹⁴¹ Het doel van (familierechtelijke) alimentatie wordt geplaatst naast het doel van het schadevergoedingsrecht, te weten volledige vergoeding. Van der Zalm stelt voor om te overzien wat het doel van het schadevergoedingsrecht bij overlijden is en wat dit betekent voor de uitwerking ervan.¹⁴²

Het dilemma dat Van der Zalm voorlegt is terecht, omdat het schadevergoedingsrecht geen familierecht is en deze rechtsgebieden niet dezelfde doelstelling hebben. Het doel van het schadevergoedingsrecht, herstel of volledige vergoeding, biedt echter mijns inziens vooralsnog weinig helderheid over de vordering van nabestaanden. De reden daarvoor is dat de grondslag van de vordering van artikel 6:108 BW de *aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste* betreft: als het gevolg van een onrechtmatige daad iemands overlijden betreft, lijdt die persoon geen schade, omdat zijn persoon is opgehouden te bestaan. De enige schade die kan ontstaan, is schade van derden. In beginsel hoeven echter alleen de nadelige gevolgen van de normschending tegenover de direct gekwetste volledig te worden vergoed. Die 'eerste' normschending vormt ook de grondslag voor vergoeding van schade van nabestaanden. In het licht van deze redenering is artikel 6:108 BW een uitbreiding van de normale werking van het aansprakelijkheidsrecht en kan de vraag worden gesteld waarom überhaupt volledige vergoeding van de schade gegeven zou moeten worden. En aan welke derden moet die volledige vergoeding worden gegeven? Het doel van het schadevergoedingsrecht (volledige vergoeding) biedt weinig aanknopingspunten als de grondslag en de rechtvaardiging van een vordering wordt gevonden in de normschending tegenover een ander. De aansprakelijke hoeft niet zomaar ieders schade te vergoeden.

138 Engelhard 2003, p. 35-36.

139 Engelhard 2003, p. 36. Zie ook de noot van E.F.D. Engelhard bij HR 4 februari 2000, *NTBR* 2000, p. 254-259.

140 Van der Zalm 2011. Zie ook noot T. Hartlief bij HR 11 juli 2008, *AA* 2008, p. 896-901.

141 Van der Zalm 2011, p. 47-67.

142 Van der Zalm 2011, p. 65. Zie ook Verheij 2005, p. 210-211.

Anders is dat indien de aansprakelijke ook een (andere) norm jegens een derde heeft geschonden. Als dat het geval is, kan vervolgens de vraag naar volledige schadevergoeding worden gesteld (zie verder hoofdstuk 9, paragraaf 3.2.2).

Overigens vormt de bovenstaande redenering *geen* tegenargument voor de behoefteigheidseis, zoals die thans bestaat. Die eis is verklaarbaar in het licht van de interpretatie die is gegeven aan het begrip 'levensonderhoud' van de artikelen 1406 Oud BW en 6:108 BW. Dat deze eis echter de 'vreemde eend in de bijt' van het schadevergoedingsrecht is, moge duidelijk zijn. In het licht van de rechtsgelijkheid en consistentie van het rechtsgebied zou ik voorstander van heroverweging zijn. In de volgende paragrafen staan daarom wel de schadebegrotingsregel van de andere drie rechtssystemen beschreven. Maar op welke manier de schade van nabestaanden *zou moeten worden* begroot (en daaronder versta ik dus ook de interpretatie van het begrip 'levensonderhoud'), hoe die verandering geïntroduceerd zou moeten worden en welke consequenties dit heeft voor de bewoording gekozen in artikel 6:108 BW, verdient nader (en ander) onderzoek.

3.2.2 Duitsland: juridische onderhoudsplicht

Onderhoudsgerechtigde nabestaanden kunnen krachtens § 844 II BGB een vergoeding vorderen van hun schade vanwege het verlies van levensonderhoud (*Unterhaltsschaden*).¹⁴³ Het wettelijke onderhoud heeft betrekking op zowel het financieel onderhoud (*Barunterhalt*) als de persoonlijke verzorging ('*Naturalunterhalt: Haushaltsführung, Erziehung*').¹⁴⁴

Kring van gerechtigden

De kring van gerechtigden is beperkt tot personen die op het moment van de onrechtmatige daad recht hadden op onderhoud door de overledene. Dat zijn echtgenoten (§§ 1360 BGB), apart levende echtgenoten (§ 1361 BGB) en ex-echtgenoten na scheiding (§1569 BGB). Maar ook koppels die een juridisch partnerschap hebben gesloten, behoren tot de kring van gerechtigden (*Lebenspartnerschaft*) (§ 5 *Lebenspartnerschaftsgesetz*). Voorts kunnen worden genoemd familieleden in eerste lijn (§ 1601 BGB), waartoe de onderhoudsplicht van ouders tegenover kinderen behoort.¹⁴⁵ Ook behoort het adoptiekind tot de kring van gerechtigden (§ 1754, 1751 IV en 1770 III BGB).¹⁴⁶ Kinderen kunnen onderhoudsplichtig jegens hun ouders zijn (§ 1601 BGB),

143 Wichelhaus 1978, p. 7-8; Larenz en Canaris 1994, p. 588; Küppersbusch 1996, p. 90; Röthel 2001, p. 330; Lange en Schiemann 2003, p. 320; Pfeifer 2005, p. 799; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 73; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 23; Kötz en Wagner 2010, p. 289. Kötz en Wagner noemen in deze context ook het verhaalsrecht van de werkgever, die tot loondoorbetaling, en dus tot '*Fortzahlung des Unterhalts*', verplicht is. Naast § 844 BGB, wordt door hen ook genoemd het verhaalsrecht voor nabestaanden krachtens § 5 HPfIG, 10 StVG, 35 LuftVG, 7 ProdHaftG, 86 AMG, 12 UmweltHG, 32 IV GenTG en 28 AtomG. Deze vorderingsrechten zijn gelijk aan hetgeen bepaald is in § 844 BGB.

144 Küppersbusch 1996, p. 91.

145 Niet van belang is of de ouders zijn getrouwd, zie Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 172-173; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 25.

146 Röthel 2001, p. 330; Lange en Schiemann 2003, p. 320; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 74-75; Kötz

maar volgens Pfeifer wordt in die situatie slechts in uitzonderingsgevallen een vergoeding toegekend vanwege de vereisten van behoefteigheid en prestatievermogen.¹⁴⁷ Als nabestaanden feitelijk financieel onderhouden werden door de gekwetste, maar niet tot de kring van onderhoudsgerechtigden behoren, dan hebben zij geen vorderingsrecht krachtens § 844 II BGB.¹⁴⁸ Als voorbeeld wordt genoemd de stiefdochter of -zoon, de levenspartner en de verloofde.¹⁴⁹ Ook als de onderhoudsplicht louter op een contractuele afspraak berust, biedt § 844 II BGB geen vergoedingsverplichting.¹⁵⁰ Zoals Röthel het verwoordt: *‘Ein Unterhaltsrecht, dass nie bestanden hat, kann nicht entzogen und daher auch nicht zum Inhalt von Unterhaltersatzansprüchen gemacht werden.’*¹⁵¹ Wichelhaus schetst de achtergrond van deze regel: tijdens de beraadslaging van de *‘Reichstagskommission’*, ten tijde van de introductie van het BGB, is gesproken over een regeling waarin aansluiting zou worden gezocht bij het feitelijke onderhoud, maar die is niet geïntroduceerd: het zou niet te bewijzen zijn dat onderhoud zou worden voortgezet.¹⁵²

Op het moment dat het letsel is toegebracht, moet een recht op onderhoud bestaan.¹⁵³ Als die plicht bestaat, maar feitelijk voldoen daaraan onmogelijk was en zou blijven, dan bestaat er geen vergoedingsverplichting.¹⁵⁴ Die verplichting bestaat wel als zeker is dat de gekwetste in de toekomst onderhoudsplichtig ten opzichte van de nabestaande zou zijn geworden en daaraan ook feitelijk voldaan zou hebben.¹⁵⁵ Röthel spreekt over een *‘nicht ganz fernliegende Möglichkeit eines späteren Unterhaltsschaden’*.¹⁵⁶ In § 844 BGB is omschreven dat een ongeborn, doch reeds verwekt kind schadevergoeding kan vorderen wegens verlies van onderhoud.¹⁵⁷ Als er op het moment van het letsel geen onderhoudsplicht, of een verre gaande mogelijkheid daartoe bestaat, maar er pas na toebrengen van het letsel een nieuwe, niet voorzienbare, onderhoudsplicht ontstaat, dan hoeft geen vergoeding te worden toegekend.¹⁵⁸

en Wagner 2010, p. 289.

147 Pfeifer 2005, p. 799. Zie ook Küppersbusch 1996, p. 90; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 174-176.

148 Scheffen 1990, p. 926; Röthel 2001, p. 329-230; Lange en Schiemann 2003, p. 320; Brüggemeier 2006, p. 549; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 31-32; Kötz en Wagner 2010, p. 289-290. Zie ook McGregor 1986, p. 92.

149 Wichelhaus 1978, p. 22-27; Küppersbusch 1996, p. 91; Lange en Schiemann 2003, p. 320; Brüggemeier 2006, p. 549; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 32 en 75; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 26; Kötz en Wagner 2010, p. 289-290.

150 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 26.

151 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 32.

152 Wichelhaus 1978, p. 11.

153 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 77 en 92; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 29.

154 Lange en Schiemann 2003, p. 320. Vgl. Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 90.

155 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 78 en 87; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 32; Kötz en Wagner 2010, p. 290.

156 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 93.

157 Zie ook Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 79 en 93; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 29.

158 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 29. Als het verwekte, maar nog ongeborn kind gewond raakt, omdat zijn moeder letsel oploopt dat is veroorzaakt door een onrechtmatige daad, dan is het geen *mittelbar Geschädigte* in de zin van § 844 BGB, maar *unmittelbar Geschädigte* en kan dus op grond van § 823 I BGB een eigen onrechtmatige daadsvordering geldend maken, Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 81.

Iedere nabestaande die behoort tot de kring van gerechtigden uit § 844 II BGB heeft een eigen vorderingsrecht en de omvang van de schadevergoeding wordt per nabestaande vastgesteld.¹⁵⁹

Verlies van levensonderhoud

Het doel is om nabestaanden te laten voortleven op het bestaansniveau dat bestond en in het verschiet lag als de direct gekwetste niet zou zijn overleden.¹⁶⁰ Het feitelijk verschaft onderhoud is niet maatgevend voor de hoogte van de vergoeding.¹⁶¹ De omvang van de vergoedingsverplichting is beperkt tot de hoogte van het bij wet verplichte levensonderhoud.¹⁶² Wat deze wettelijke onderhoudsplicht inhoudt, is geregeld in het familierecht.¹⁶³ Twee factoren zijn van belang: het prestatievermogen of de draagkracht (bijvoorbeeld het netto gezinsinkomen) en de behoefte.¹⁶⁴ Röthel stelt:

‘Ein einklagbarer Unterhaltsschaden liegt nur dann vor, wenn auch die sonstigen Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs im Verhältnis zum Getöteten gegeben waren, indes Leistungsfähigkeit (§§ 1581, 1603) und Bedürftigkeit (§§ 1577, 1602).’¹⁶⁵

Het feitelijk onderhoud is niet het uitgangspunt, het gaat om de juridische aanspraak op levensonderhoud. Maar bij het bepalen daarvan speelt de feitelijke situatie wel een rol.¹⁶⁶

De eigen schuld van zowel de direct gekwetste (§ 846 BGB) als de nabestaande (§ 254 BGB) werkt door in de hoogte van het schadevergoedingsbedrag.¹⁶⁷ Ook contractuele exoneraties aanvaard door de direct gekwetste, werken door in de vordering van de nabestaanden.

159 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 102; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 45. Zie BGH 23 november 1971, *NJW* 1972,25; BGH 14 maart 1972, *NJW* 1972, 1130; BGH 12 juni 1979, *NJW* 1979, 2155 (in deze uitspraak gaat het tevens om de verwevenheid van vorderingen van nabestaanden in verband met de aanvang van (verjarings)termijnen); BGH 21 november 2006, *NJW* 2007, 506.

160 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 72 en 98, 105. Zie bijv. BGH 22 januari 1985, *NJW* 1985, 1460. Uitkeringen die de schade van de nabestaanden verminderen, worden in mindering gebracht op het schadevergoedingsbedrag. Röthel noemt bijvoorbeeld de uitkeringen uit ongevallen-, zorg- en verplegingsverzekeringen. Een uitkering uit een levensverzekering vermindert echter niet het schadevergoedingsbedrag. Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 113, 105-127.

161 Lange en Schiemann 2003, p. 320; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 103; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 31. Zie bijv. BGH 6 oktober 1992, *NJW* 1993, 124.

162 Brüggemeier 2006, p. 548, Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 103; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 30 en 36.

163 Brüggemeier 2006, p. 549.

164 Bij kinderen wordt de behoefteigheid verondersteld, Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 161. Over de begroting van de schade van achterblijvende kinderen zie Rn 161-166. Over de positie van een volwassen kind zie Rn 167. Zie ook MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 33 en 70.

165 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 88. Voorstander van de behoefteigheidseis is Wichelhaus 1978, p. 262.

166 Zie bijv. BGH 22 januari 1985, *NJW* 1985, 1460.

167 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 30.

§ 844 BGB betreft een recht op schadevergoeding, geen onderhoudsaanspraak (krachtens sociale zekerheid). Daarom mag volgens Röthel niet het bestaansminimum als uitgangspunt gelden.¹⁶⁸ Dit heeft volgens Röthel twee consequenties: vergoeding kan gevorderd worden bij onderhoudsschade (*Unterhaltsschaden*) en de normale regels van voordeelverrekening zijn van toepassing.¹⁶⁹

Volgens Kötz en Wagner moeten nabestaanden hun schade voor zover redelijk afwenden of beperken (§ 254 II BGB).¹⁷⁰ Als voorbeeld wordt genoemd dat een achterblijvende echtgenoot inkomen gaat verwerven dat voordat de gekwetste overleed niet werd verworven; dit inkomen moet in mindering worden gebracht op het schadevergoedingsbedrag. Küppersbusch en Röthel noemen echter als voorwaarde dat het redelijkerwijs (*zumutbar*) te vergen was dat nieuw inkomen zou worden verworven.¹⁷¹ Is dit niet het geval, dan blijft vermindering van de schadevergoeding achterwege. Als de achterblijvende echtgenoot of echtgenote geen inkomen gaat verwerven, terwijl dit redelijkerwijs van hem of haar verwacht kan worden en de arbeidsmarkt dit niet onmogelijk maakt, dan wordt het fictieve inkomen in mindering gebracht op de vergoeding. Kötz en Wagner noemen een aantal factoren die meespelen in die oordeelsvorming: de leeftijd, kennis en kunde, en (beroeps)opleiding van de achterblijvende partner, het aantal en de leeftijd van de kinderen, alsook de economische en sociale situatie waarin de echtgenoten leefden.¹⁷² De voordeelstoerekening (*Vorteilsausgleichung*) geldt ook als voordelen ontstaan wegens het overlijden van de gekwetste. De voorwaarde voor de toepasselijkheid daarvan is dat de uitkeringen en de schadevergoedingsaanspraak congruent zijn.¹⁷³ Daartoe behoort het voordeel voorvloeiend uit de (eerder) opgevallen erfenis en het gedeelte van het onderhoud dat niet meer verschaft hoeft te worden aan de overledene, met dien verstande dat de omvang van de kosten van een gezin niet voor een essentieel deel zullen dalen.¹⁷⁴ Betalingen uit private verzekeringen, ongevallenverzekeringen en levensverzekeringen zijn niet verrekenbaar.¹⁷⁵ De aanspraak op uitkeringen uit sociale bijstand en uit wettelijke ongevallen- of pensioenverzekering, pensioen uitgekeerd door de werkgever (*Witwengeld*) en uitkeringen uit private ongevallen- en levensverzekeringen worden ook niet verrekend. Als deze echter worden uitgekeerd door een derde en niet door de

168 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 11 en 71. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 30.

169 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 71 en 200. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 74 (voor-deeltoerekening).

170 Kötz en Wagner 2010, p. 291. Vgl. Küppersbusch 1996, p. 110; Lange en Schiemann 2003, p. 321; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 126-127, 231-237.

171 Küppersbusch 1996, p. 102 en 126; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 226.

172 Kötz en Wagner 2010, p. 291-292. Vgl. Küppersbusch 1996, p. 102-103; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 226-228 en 232-233.

173 Röthel 2001, p. 331.

174 Kötz en Wagner 2010, p. 292. Vgl. Küppersbusch 1996, p. 110-111 en 126 (besparingen door overlijden) en p. 124 (erfenis); Lange en Schiemann 2003, p. 506-508; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 84 (erfenis), Rn 202-206 (besparingen door overlijden); MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 78 (besparingen door overlijden), 79-81 (erfenis). Dat geldt echter niet voor het gedeelte van de erfenis waarmee niet is beoogd te voorzien in het onderhoud, Küppersbusch 1996, p. 125.

175 Küppersbusch 1996, p. 125. Een uitzondering bestaat in geval van een 'befreiende Lebensversicherung', aldus Küppersbusch 1996, p. 126.

schadeveroorzaker, dan subrogeert het vorderingsrecht.¹⁷⁶ Hierdoor wordt voorkomen dat de nabestaanden dubbele vergoeding ontvangen, aldus Röthel.¹⁷⁷

Er moet een vergoeding worden gegeven over de periode waarin de overledene verplicht zou zijn geweest om levensonderhoud te verschaffen.¹⁷⁸ Er wordt geen rekening gehouden met hertrouwkansen, tenzij een nieuwe huwelijksvoltrekking concreet in het verschiet ligt en een voorspelling van het te verschaffen onderhoud door de nieuwe echtgenoot mogelijk is.¹⁷⁹ Er wordt wel rekening gehouden met de kans dat de echtgenoten zouden zijn gescheiden, dat moet echter *'überwiegend wahrscheinlich'* zijn. Als dit het geval is, eindigt het vorderingsrecht van § 844 II BGB niet: ook ex-echtgenoten kunnen hierop een beroep doen.¹⁸⁰ Achterblijvende kinderen kunnen meestal aanspraak maken op een vergoeding van kosten tot hun 18^e levensjaar.¹⁸¹

Als de achterblijvende echtgenoot hertrouwt, dan werkt dit door in de *omvang* van de vergoeding. Anders dan naar Nederlands recht eindigt de schadevergoedingsplicht dus niet.¹⁸² Als hij of zij een juridisch partnerschap aangaat, is dat ook het geval.¹⁸³ Het levensonderhoud door de nieuwe echtgenoot of juridisch partner moet *feitelijk* worden overgenomen, maar als hij het verlies aan onderhoud niet volledig ondervangt, dan blijft de schadevergoedingsaanspraak jegens de aansprakelijke bestaan.¹⁸⁴ Dit geldt voor zowel financieel onderhoud, als onderhoud in natura. Als de 'nieuwe' echtgenoten scheiden, herleeft de vordering jegens de aansprakelijke.¹⁸⁵

Hertrouwen of een juridisch partnerschap werkt echter niet door in de vordering van kinderen. Of het aangaan van een nieuwe (niet juridisch vastgelegde) relatie van invloed is op de omvang van de vergoeding is omstreden volgens Röthel.¹⁸⁶

Zowel Kötz en Wagner als Röthel merken op dat de nabestaande een schending van zijn schadebeperkingsplicht (§ 254 II BGB) tegengeworpen kan krijgen als de nieuwe partner kosteloos het huishouden verzorgt.¹⁸⁷ Lange is kritisch: waarom wordt er een onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin de weduwnaar of weduwe bij hertrouwen alleen

176 Röthel 2001, p. 331, MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 76 en 83. Als de aansprakelijke en de nabestaanden familieleden zijn die samenleven in een gemeenschappelijk huishouden, dan is subrogatie uitgesloten, aldus Röthel 2001, p. 331.

177 Röthel 2001, p. 331.

178 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 177 e.v.; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 39 e.v.

179 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 177-183. Vgl. Kötz en Wagner 2010, p. 292.

180 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 187; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 43.

181 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 44. Het is echter mogelijk dat een kind waarvan wordt verwacht dat het een hoge opleiding kan gaan volgen over een langere periode een vergoeding ontvangt.

182 Vranken 1988, p. 160.

183 Küppersbusch 1996, p. 112 en 123; Röthel 2001, p. 330; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 83; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 82.

184 Röthel 2001, p. 330-331; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 181. Zie bijv. BGH 19 juni 1984, NJW 1984, 2520. Dat is ook zo als onderhoud door de nieuwe echtgenoot feitelijk niet kan worden verwacht, of als dit redelijkerwijs niet gevegd kan worden. Röthel merkt ten slotte op dat als het nieuwe huwelijk wordt ontbonden, de schadevergoedingsaanspraak jegens de aansprakelijke herleeft (Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 83 en 182).

185 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 82.

186 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 184. Zie ook Küppersbusch 1996, p. 126-127. Volgens hem kan dit niet zorgen voor een vermindering van de schadevergoedingsverplichting. Zie ook MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 82.

187 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 184; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 82; Kötz en Wagner 2010, p. 292.

een lagere schadevergoeding ontvangt als zijn nieuwe partner feitelijk onderhoud verschaft, en de situatie waarin iemand niet hertrouwt, maar feitelijk onderhoud ontvangt van een nieuwe partner? In beide situaties kan de vordering herleven als de nieuwe relatie beëindigd wordt.¹⁸⁸ Röthel, voorstander van een vergoeding bij feitelijk onderhoud (zie hierna), toont zich ook voorstander van de opvatting van Lange.¹⁸⁹

Als achterblijvende kinderen, na het overlijden van hun ouders, worden geadopteerd, dan wordt vergoeding krachtens § 844 II BGB niet onmogelijk. Zoals Röthel het verwoordt, onder verwijzing naar § 843 IV BGB: een adoptie mag de aansprakelijke niet ontslaan van zijn betalingsverplichting.¹⁹⁰

De schadevergoedingsverplichting eindigt op het vermoedelijke moment dat de direct gekwetste zou zijn overleden.¹⁹¹

Zowel de kring van gerechtigden, als de beperkte vergoedingsmogelijkheid is bekritiseerd. De kring van gerechtigden in overlijdensschadezaken wordt bepaald door het familierecht. Naar vaste rechtspraak wordt § 844 II BGB niet analoog van toepassing verklaard, noch ten gunste van andere derden in overlijdensschadezaken noch in letselschadezaken zodat andere schadeposten direct worden vergoed aan derden. De werkgever kan dus geen beroep doen op deze bepaling.¹⁹² Kötz en Wagner spreken over het *'klassischen Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit'*.¹⁹³ De beperking laat zich, volgens Röthel, verklaren door de voorzienbaarheid van de kring van gerechtigden voor de schadeveroorzaker.¹⁹⁴

Volgens Wagner is deze rechtspraak conform de wil van de historische wetgever, maar hij betwijfelt of dit thans nog in overeenstemming is met maatschappelijke opvattingen: het huwelijk lijkt nog maar een van de mogelijke modellen voor samenleven te zijn en een groot aantal personen ziet bewust af van een huwelijk.¹⁹⁵ Röthel wijst hier ook op en stelt dat in 2005 in Duitsland 4,5 miljoen burgers samenleefden zonder juridisch aan elkaar verbonden te zijn. Dat is volgens haar twee keer zo veel als tien jaar daarvoor. Bovendien heeft het sociale model dat ten grondslag ligt aan het huwelijk aan betekenis ingeboet: het scheidingsquotum is meer dan 30%, aldus Röthel.¹⁹⁶

De grootste horde die volgens Röthel moet worden genomen is dat het aansprakelijkheidsrecht losgemaakt moet worden van hetgeen bepaald is in het familierecht. Zij wijst op de verschillen in 'relaties': het aansprakelijkheidsrecht gaat over het verkeerde gedrag van een externe derde, terwijl het familierecht gaat over familieverhou-

188 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 82.

189 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 186.

190 Küppersbusch 1996, p. 127-128; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 169. Zie BGH 22 september 1970, NJW 1970, 2061.

191 Küppersbusch 1996, p. 112.

192 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 41-42; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 27. Zie BGH 17 december 1985, NJW 1986, 984. Vgl. Wichelhaus 1978, p. 12.

193 Kötz en Wagner 2010, p. 290.

194 Röthel 2001, p. 334. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 28.

195 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 27.

196 Staudinger /Röthel (2007) § 844 Rn 34. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 27.

dingen.¹⁹⁷ Voor het aansprakelijkheidsrecht moet doorslaggevend zijn dat de schadeveroorzaker een bestaande onderhoudsrelatie heeft doorkruist, waardoor feitelijk een leemte ontstaat in de verzorging, daargelaten of dat onderhoud steunt op een wettelijke verplichting.¹⁹⁸ Wichhaus merkt treffend op dat het feit dat de gekwetste niet de schadelijder is niet betekent dat de schade in de lucht verdwijnt; de nabestaanden zijn de concrete schadelijders als gevolg van het gedrag van de schadeveroorzaker.¹⁹⁹

Als mogelijk alternatief voor het huidige systeem noemen Kötz en Wagner de rechtspraak van het Franse *Cour de Cassation*, waar aansluiting wordt gezocht bij de begrippen ‘*union stable, sérieuse et fidèle*’.²⁰⁰ Met de introductie van het nieuwe schadevergoedingsrecht in 2002 heeft de wetgever echter geen verandering doorgevoerd voor het onderhoudsverlies.²⁰¹

Toch lijkt Wagner geen voorstander van uitbreiding van de kring van gerechtigden. Hoewel in een aantal omringende landen, waaronder Nederland, aansluiting wordt gezocht bij het feitelijke onderhoud en daar ‘*die Welt nicht untergegangen ist*’, biedt dit geen zekerheid dat in de toekomst niet alsnog moeilijkheden zullen ontstaan. Hij noemt het gevaar van willekeur, doordat een niet-gehuwd stel op ieder moment bij elkaar weg kan gaan zonder dat een recht op alimentatie bestaat. Bovendien bestaat het gevaar van manipulatie en bewijsproblemen. Hoe valt bijvoorbeeld te controleren dat een rijke oom zijn arme studerende neefje ieder jaar met kerst 5.000 tot 10.000 euro heeft geschonken en zou blijven schenken?²⁰²

Meer fundamentele kritiek op de inhoud van § 844 BGB komt van de hand van Brüggemeier:

*‘Diese Regelungen über den Reflexvermögensschaden der Hinterbliebenen in Tötungsfällen sind sowohl vom Standpunkt der Einzelfallgerechtigkeit als auch der Schadenprävention ein “ethisches” bzw. “funktionales Minimum”.’*²⁰³

Het neveneffect van de huidige regeling is dat onrechtmatig handelen van de aansprakelijke onder bepaalde omstandigheden (overlijden van niet-onderhoudspflichtige personen, kinderen, vrijgezellen en ouderen) zonder sanctie blijft, aldus Brüggemeier.²⁰⁴ Voorts wordt gediscussieerd over de uitbreiding van de vergoeding voor immateriële schade (*Angehörigenschmerzensgeld*) of een vergoeding voor het verlies van leven ‘op zich’ (zie hoofdstuk 7, paragraaf 2.3).

197 Röthel 2001, p. 335.

198 Rothel 2001, p. 335.

199 Wichelhaus 1978, p. 262.

200 Kötz en Wagner 2010, p. 290. Deze vergelijking wordt ook gemaakt door Brüggemeier, 2006, p. 549.

201 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 27.

202 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 28.

203 Brüggemeier 2006, p. 549.

204 Brüggemeier 2006, p. 549.

3.2.3 Engeland: gelimiteerde kring van de FAA 1976

Voor het verlies van financieel onderhoud (*disbursement dependency*)²⁰⁵ bestaat een vergoedingsverplichting op grond van de FAA 1976. Het gaat om schade doordat de overledene geen vermogen meer in het gezin kan brengen, terwijl het gezin op hem rekende.²⁰⁶

Kring van gerechtigden

Het levensonderhoud moet voortkomen uit een familierelatie en niet uit een professionele relatie.²⁰⁷ Er moet bovendien sprake zijn van *dependency*.²⁰⁸ In *section 1(2)* staat:

‘Subject to section 1A(2) below, every such action shall be for the benefit of the dependents of the person (“the deceased”) whose death has been so caused.’

De nabestaande moet zowel *dependent in law* als *dependent in fact* zijn.²⁰⁹ In *section 1(3)* staat beschreven welke nabestaanden tot *dependents in law* worden gerekend. De personen genoemd in deze sectie behoren tot de kring van gerechtigden wat betreft het verhaal van de materiële schade: het verlies van levensonderhoud en de begrafenis kosten. Voor toekenning van *bereavement damages* bestaat een andere kring van gerechtigden (*section 1A(2)*) (zie hoofdstuk 7, paragraaf 2.4).

De kring van gerechtigden is vastgelegd en begrensd door hetgeen is bepaald in de FAA 1976. Er wordt dus naar Engels recht, vanuit het perspectief van de manier waarop het systeem is vormgegeven, in beginsel geen aansluiting gezocht bij enerzijds het feitelijk onderhoud en anderzijds de onderhoudsplicht.²¹⁰ De wettelijke opsomming is doorslaggevend.

Tot de kring van gerechtigden uit de FAA 1976 behoren: de (ex-)echtgenoot (a), de (*former*) *civil partner* (aa), een persoon die (b): samenleefde met de overledene (*‘in the same household’*) onmiddellijk voor de datum van het overlijden, voor ten minste een periode van twee jaar voor het overlijden, en dat als waren zij echtgenote en echtgenoot. Tot de kring behoren ook de ouders of voorouders (c), iedereen die door de overledene is behandeld als ware hij/zij zijn/haar ouder (d). Ook de kinderen of na-

205 Term gebruikt door Matthews, Morgan en O’Cinneide 2008, p. 287.

206 Law Commission 1999a, p. 14.

207 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1014; Fleming 1998, p. 737-378. Zie *Burgess v. Florence Nightingale Hospital for gentlewomen* [1954] 1 Q.B. 349. Uit het rapport van de Law Commission uit 1999 blijkt dat een groot deel van de respondenten het eens is met het uitgangspunt dat het verlies van levensonderhoud niet mag zijn veroorzaakt door het wegvalen van een professionele relatie. Als rechtvaardiging wordt het *floodgate*-argument genoemd: zowel het aantal rechtszaken als de bedragen toegekend op grond van de FAA 1976 zouden substantieel stijgen indien (ook) aansluiting wordt gezocht bij het verlies van professionele samenwerking met de overledene, Law Commission 1999a, p. 39.

208 Law Commission 1999a, p. 15 en 39; Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1013.

209 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1011.

210 Hierover McGregor 1986, p. 94-95.

komelingen van de overledene (e)²¹¹ behoren tot de kring van gerechtigden en ieder kind dat door de overledene vanwege een huwelijk of een *civil partnership* als kind van het gezin werd beschouwd ((f) (fa)). Ten slotte de broers, zussen, ooms of tantes, of kinderen van deze personen (g). *Section* 1(5) voegt daaraan toe: iedere verwantschap (door huwelijk of *civil partnership*) wordt beschouwd als bloedverwantschap; een halfbroer of -zus (*half blood*) als een broer of zus (*whole blood*); en het stiefkind als een kind. Bovendien zal een onwettig kind (*illegitimate child*) behandeld worden als ware het een erkend kind (*legitimate child*) van zijn moeder en vermeende vader. De positie van het adoptief kind is ook geregeld, maar niet in de FAA 1976. Deze wordt namelijk beschreven in *section* 37\9(1) van de *Adoption Act* 1976: als de adoptief ouders zijn getrouwd, wordt het adoptief kind beschouwd als kind van de ouders, maar als zij niet zijn getrouwd, wordt het adoptief kind beschouwd alsof hij is geboren binnen een huwelijk.²¹²

De nabestaande moet ook *dependent in fact* zijn: de nabestaande moet aantonen dat hij op het moment van het overlijden van de direct gekwetste afhankelijk (*dependent*) was of zou worden (*section* 1(2)).²¹³ Een voorbeeld van een zaak waarin het *Court of Appeal* oordeelde dat geen afhankelijkheidsrelatie bestond, betreft *Cox v. Hockenhull* (2000).²¹⁴ De zwaar gehandicapte vrouw van de achterblijvende echtgenoot is overleden door een verkeersongeval. Voor het ongeval was het echtpaar volledig afhankelijk van de sociale zekerheid (*state benefits*). Een deel daarvan bestond uit een subsidie vanwege de handicap van zijn vrouw, die door haar overlijden niet meer werd uitgekeerd. Voor dit deel van het verlies van inkomen werd vergoeding gevorderd. Het *Court of Appeal* oordeelt dat de bron van het inkomen irrelevant is voor de toekenning van een vergoeding. Toch wordt de vergoeding van het deel van het inkomensverlies dat gerelateerd is aan de handicap van de echtgenote afgewezen: het bedrag voorzag weliswaar in het levensonderhoud, maar dat was uitsluitend 'te danken' aan de handicap van de vrouw, niet omdat zij haar echtgenoot feitelijk onderhield.²¹⁵

De uitbreiding van de kring die heeft plaatsgevonden door de jaren heen, beschouwt McGregor als een positieve ontwikkeling:

*'They reflect not only a continually more liberal attitude but also the view that, even within the framework of Victorian morality, the initial statutory list was much too narrowly drawn down.'*²¹⁶

211 Een ongeboren kind dat is verwekt voor het moment van overlijden, wordt als reeds geboren aangemerkt, als het daadwerkelijk is gaan leven. Zie hierover Law Commission 1999a, p. 13.

212 De kring thans is uitgebreider dan de oorspronkelijke kring van gerechtigden uit 1846. Hierover Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1011-1013; McGregor 2009, p. 1484.

213 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1013.

214 *Cox v. Hockenhull* [2000] W.L.R. 750.

215 *Cox v. Hockenhull* [2000] W.L.R. 750. Over deze uitspraak ook Matthews, Morgan en O'Conneide 2008, p. 287.

216 McGregor 2009, p. 1484.

Hij maakt echter een kanttekening: waarom wordt niet gekozen voor een algemene bepaling waarin beschreven staat dat het vorderingsrecht toekomt aan eenieder die in een afhankelijkheidsrelatie (*relationship of dependency*) staat met de direct gekwetste? Deze verandering zorgt er voor dat personen die niet worden genoemd in de opsomming, maar wel onderhouden werden door de overledene, toch vergoeding van hun schade kunnen vorderen.²¹⁷ Ontevreden over de opsomming zijn Deakin, Johnston en Markesinis: zij wijzen op de uitsluiting van heteroseksuele samenwonenden die niet voldoen aan de ‘samenwoon’-eis uit de FAA 1976 en op de situatie waarin meerdere personen een (stabiele) relatie met elkaar onderhouden (*multiple cohabitants*).²¹⁸ Waddams betwijfelt de bruikbaarheid van het concept ‘*dependency*’. De moderne situatie verschilt van die van 1846:

*‘In modern times however it is often not obvious that one spouse is dependent upon the other, and the decline of the concept of dependency calls into question the soundness of the concept of enabling one spouse to collect damages for the death of the other.’*²¹⁹

Hij zou liever de aanwezige *partnership* centraal stellen.²²⁰

De Law Commission is ook ontevreden over de opsomming. De lijst is arbitrair en discriminatoir.²²¹ Er worden twee mogelijkheden tot verandering genoemd. Ten eerste uitbreiding van de lijst, met als voordeel rechtszekerheid. De Law Commission wijst er echter op dat dit niet betekent dat de uitbreiding alle situaties kan omvatten waarin vergoeding terecht zou zijn. Bovendien zou het verleden hebben uitgewezen dat een opsomming eenvoudig achterhaald wordt door veranderende maatschappelijke opvattingen over familierelaties.²²² De tweede mogelijkheid is de verwijdering van de opsomming en vervanging door een artikel waarin wordt verwoord welke schade vergoedbaar is. Twee regelingen zijn denkbaar, aldus de Law Commission:

- ‘*Any individual should be able to claim if he or she had a reasonable expectation of a non-business benefit from continuation of the deceased’s life*’; en
- ‘*Any individual should be able to claim if he or she was, or but for the death would have been, dependent, wholly or partly, on the deceased.*’²²³

De (eerste) ‘*reasonable expectation of non-benefit benefits*’-test zou een ruimere werking hebben dan het huidige uitgangspunt van *dependency*, aldus de Law Commission.²²⁴ Dat zou moeilijk verenigbaar zijn met de historische context van de FAA 1976: de hoofdfunctie van de wet is de compensatie van *dependency losses*.

217 McGregor 2009, p. 1484.

218 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1013.

219 Waddams 1984, p. 449.

220 Waddams 1984, p. 450.

221 Law Commission 1999a, p. 39-40.

222 Law Commission 1999a, p. 40. Vgl. (eerder) Waddams 1984, p. 449.

223 Law Commission 1999a, p. 41.

224 Law Commission 1999a, p. 41-42.

Bovendien is de FAA 1976 een uitzondering op de hoofdregel dat uitsluitend direct gekwetsten een vorderingsrecht hebben. De Law Commission wijst deze optie af.²²⁵ De tweede test (de ‘*wholly or partly dependent*’-test) heeft juist het tegengestelde effect: het zou de werking van de FAA 1976 verzwakken, omdat sommige *dependents* (thans genoemd in de wet) zonder de limitatieve opsomming geen vorderingsrecht meer zouden hebben. Dit was niet de bedoeling van de Law Commission. Daarom wordt een derde optie genoemd: het behoud van de limitatieve opsomming, maar de toevoeging van een algemene norm waardoor ook een vergoeding toekomt aan het individu dat:

*‘was being wholly or partly maintained by the deceased immediately before the death or who would, but for the death, have been so maintained at a time beginning after the death.’*²²⁶

Dat betekent dat ook toekomstig onderhoud binnen de reikwijdte van de FAA 1976 zou kunnen vallen. Denk hierbij aan ongebooren kinderen.

Het *Department for Constitutional Affairs* stelt in een *consultation paper* uit 2007 voor een open categorie te creëren, maar die te beperken tot personen die onmiddellijk voor het overlijden van de direct gekwetste afhankelijk (*dependent*) waren. Personen die in de toekomst afhankelijk zouden gaan worden, worden daarvan uitgesloten. De reden die wordt genoemd, is dat het moeilijk zou zijn om te achterhalen wie binnen de reikwijdte van de wet zou vallen. Bovendien zouden de meeste vorderingen voor toekomstig onderhoud al binnen de bestaande opsomming vallen. Er zou daarom weinig toegevoegde waarde bestaan. Daarbij wordt echter wel opgemerkt dat een te ‘*open-ended*’ opsomming speculatieve vorderingen kan aanmoedigen.²²⁷

Het *House of Commons* stemt echter in met het idee om te kiezen voor een open categorie van personen die onderhouden werden of zouden gaan worden door de direct gekwetste (dus gelijk aan het voorstel van de Law Commission). Er wordt niet verwacht dat speculatieve vorderingen zullen toenemen. Ook weerspiegelt deze uitbreiding de gedachte die ten grondslag ligt aan de ‘*Bill*’: ‘*to allow a degree of flexibility which is required to keep pace with changes in familial relations in modern society.*’²²⁸

Ook zouden er geen eisen mogen worden gesteld aan de termijn van het reeds bestaande onderhoud, omdat de nabestaande in het kader van de bewijsvoering al moet aantonen dat sprake is van een verlies van levensonderhoud. Die feitelijke vaststelling zou voldoende zijn, aldus het *House of Commons*, omdat het leidt tot flexibiliteit en verenigbaar is met veranderingen binnen de maatschappij als het gaat om nieuwe vormen van samenleven.²²⁹ De *Bill* is in januari 2011 echter ingetrokken; de FAA 1976 blijft vooralsnog ongewijzigd.²³⁰

225 Law Commission 1999a, p. 42.

226 Law Commission 1999a, p. 46.

227 Department for Constitutional Affairs 2007, p. 13-14.

228 House of Commons Justice Committee 2010, p. 11.

229 House of Commons Justice Committee 2010, p. 12.

230 Ministry of Justice 2011.

Verlies van financieel levensonderhoud

Voldoende is dat er een redelijke verwachting bestaat op onderhoud ('*reasonable expectation of support*').²³¹ Het levensonderhoud hoeft niet reeds in concreto verschaft te worden op het moment van overlijden. Een behoefteigheidseis, zoals die geldt naar Nederlands recht, bestaat niet.

De *leading case* voor de begroting van de schadevergoeding voor de *dependents* voor het verlies van financieel onderhoud is *Davies v. Powell Duffryn Associated Collieries Ltd* [1942] A.C. 601.²³² Er wordt gestart met de berekening van een *multiplicand*: het jaarlijks verwachte nettoverlies van levensonderhoud (*net anual loss*). Dat is dat deel van het inkomen van de overledene dat hij of zij niet aan zichzelf besteedde, maar aan de *dependent*.²³³ De *multiplicand* wordt vermenigvuldigd met de *multiplier*. De *multiplier* is het getal van de looptijd van de *dependency*. Bij de vaststelling hiervan wordt rekening gehouden met de verwachte duur van de *dependency* (zonder onrechtmatige daad).²³⁴ De *multiplier* gaat lopen vanaf het moment van overlijden.²³⁵ De duur van de *multiplier* wordt echter volgens Deakin, Johnston en Markesinis aanzienlijk korter vastgesteld dan de daadwerkelijke duur van het verwachte onderhoud, omdat bij deze begrotingswijze een aantal vooronderstellingen worden verdisconteerd, die niet per definitie de werkelijkheid weerspiegelen.²³⁶

De hertrouwkans van de *weduwe* wordt niet verdisconteerd in het schadevergoedingsbedrag (*section 3(3) FAA 1976*). Dit lijkt ook het geval indien de *weduwe* op het moment van de rechtszaak reeds is hertrouwd. Het werd als smakeloos beschouwd '*to put value upon a widow's chances of remarriage*'.²³⁷ In het kader van de begroting van de vordering van *achterblijvende kinderen* of de *weduwenaar* wordt wel rekening gehouden met de hertrouwkans van de vader of weduwenaar.²³⁸ De Law Commission adviseerde tot verandering: afgezien van een nieuwe verloving of een nieuw huwelijk op het moment van de rechtszaak, wordt geen rekening gehouden met hertrouwkansen.²³⁹

De commissie concludeert dat ook de echtscheidingskansen niet mogen worden verdisconteerd, omdat het onmogelijk is om vast te stellen wanneer de scheiding zou hebben plaatsgevonden en omdat het smakeloos is om daarmee rekening te houden.²⁴⁰

Section 4 FAA 1976 is geïntroduceerd via de *Administration of Justice Act 1982*. Bepaald is dat in het kader van de schadebegroting geen rekening wordt gehouden met voordelen

231 Fleming 1998, p. 737; Matthews, Morgan en O'Conneide 2008, p. 287.

232 Matthews, Morgan en O'Conneide 2008, p. 286. Over begroting van dit type schade ook Law Commission 1999a, p. 16-20.

233 Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury Law 1978, p. 143. De Law Commission noemt een percentage van 75% van het netto-inkomen indien de overledene een echtgenoot en kinderen had. Ook wordt rekening gehouden met (waarschijnlijke) veranderingen in de gezinsituatie na het overlijden en voor de uitspraak, zie Law Commission 1999a, p. 17.

234 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1017.

235 Matthews, Morgan en O'Conneide 2008, p. 286; Law Commission 1999a, p. 16.

236 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1017.

237 Matthews, Morgan en O'Conneide 2008, p. 287. Vgl. Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1016.

238 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1015-1016; Law Commission 1999a, p. 22.

239 Law Commission 1999a, p. 63.

240 Law Commission 1999a, p. 64-67. Dit zou anders zijn indien het echtpaar feitelijk niet meer samenleefde, of indien reeds een echtscheiding was aangevraagd door een van beiden op het moment van overlijden, p. 66.

(*benefits*) ontstaan door het overlijden van de direct gekwetste. De Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury Law betoogde dat het niet te rechtvaardigen valt dat iemand die spreekwoordelijk een gat in zijn hand heeft een hogere vergoeding ontvangt dan iemand die ervoor heeft gekozen om een levensverzekering af te sluiten.²⁴¹ De wetgever heeft dit standpunt gevolgd. Deze regel geldt niet alleen voor financiële voordelen, maar ook voor voordelen 'in natura'. Als voorbeeld wordt genoemd de situatie waarin de achterblijvende weduwnaar hertrouwt en de nieuwe partner gaat zorgen voor de kinderen van de overledene.²⁴² Deakin, Johnston en Markesinis wijzen echter op een uitspraak waarin de rechter wel rekening houdt met de zorg door adoptiefouders voor het achtergebleven kind. In het licht van deze tegenstrijdigheid wordt geconcludeerd dat onzekerheid bestaat over het begrip '*benefit*', maar dat het de tendens lijkt om voordelen in natura buiten de schadebegroting te houden.²⁴³

3.2.4 Frankrijk: realiteit van het onderhoud

Kring van gerechtigden

Het *Cour de Cassation* heeft beslist dat niet is vereist dat er een juridische verplichting of verbintenis bestaat wat betreft het levensonderhoud (hoofdstuk 3, paragraaf 5.3). Er moet voldaan zijn aan de algemene vereisten van onrechtmatige daad, waaronder die van het schadebegrip: schade moet persoonlijk, direct en zeker zijn (*intérêt simple*). Dit betekent echter niet dat eenieder zomaar vergoeding kan vorderen. De nabestaande moet aantonen dat hij daadwerkelijk werd onderhouden door de direct gekwetste (*réalité*). Incidentele giften of hulp zijn onvoldoende voor een vergoedingsplicht.²⁴⁴ Ook moet aangetoond worden dat de redelijke verwachting bestaat dat de overledene, in de hypothetische situatie zonder ongeval, het levensonderhoud zou hebben voortgezet.²⁴⁵

McGregor is voorstander van de 'Franse oplossing' door aansluiting te zoeken bij het feitelijk verlies van levensonderhoud bij aanwezigheid van een stabiele affectieve band. De reden daarvoor is dat beperking tot vergoeding bij een onderhouds*plicht* niet altijd als overtuigend wordt ervaren. Ook leidt een opsomming bij wet tot een rigide systeem, waarin rechters weinig speelruimte hebben om tot een schadevergoedingsverplichting te concluderen ten gunste van diegenen die niet in de opsomming zijn opgenomen, aldus McGregor.²⁴⁶ Bovendien is een opsomming meestal snel achterhaald door veranderende maatschappelijke ideeën en, zo blijkt, aanpassing daarvan door de wetgever laat vaak op zich wachten.²⁴⁷

241 Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury Law 1978, p. 118-119.

242 Matthews, Morgan en O'Conneide 2008, p. 287. Dit lijkt anders indien de verzorger tevens de aansprakelijke partij is, zie *Hayden v. Hayden* [1992] 1 W.L.R. 986. Hierover Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1018.

243 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1018-1019. Zie ook Law Commission 1999a, p. 23.

244 McGregor 1986, p. 96; Jourdain 2007, p. 125.

245 Jourdain 2007, p. 125.

246 McGregor 1986, p. 96.

247 McGregor 1986, p. 96.

Het verlies van levensonderhoud

In het Franse recht wordt aansluiting gezocht bij het verlies van *feitelijk* financieel onderhoud vanwege het overlijden van de direct gekwetste. Le Tourneau stelt dat die materiële schade zeker en direct moet zijn in relatie tot het overlijden van de direct gekwetste.²⁴⁸ Als bijvoorbeeld achterblijvende kinderen worden verzorgd door hun voogd is dat niet het geval. Die kosten worden niet vergoed, waarschijnlijk omdat, aldus Le Tourneau, het een wettelijke onderhoudsplicht betreft en de directheid van de schade ontbreekt.²⁴⁹

Het *Cour de Cassation* heeft overwogen dat de schadebegroting wordt beheerst door het principe van concrete schadebegroting (*évaluation in concreto*) en het beginsel van volledige schadevergoeding (*réparation intégrale*). De beoordeling van de vergoeding voor naasten wordt in beginsel overgelaten aan de feitenrechter.²⁵⁰ Er moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden die bekend zijn op dag van de beslissing over het geschil.²⁵¹

In verband met mogelijke samenloop van de vordering van de nabestaande en die van de erfgenaam (zie paragraaf 6.5 van dit hoofdstuk) worden de kosten van het verlies van levensonderhoud van de nabestaanden berekend vanaf het moment van overlijden van de direct gekwetste.

De ‘verlies van een kans’ theorie is van toepassing in overlijdensschadezaken als nabestaanden een kans op onderhoud verliezen.²⁵² Een achterblijvende echtgenoot die reeds voor het overlijden van de direct gekwetste feitelijk gescheiden leefde, kan daardoor toch een vergoeding ontvangen, wegens het verlies van een kans dat het onderhoud wederom, of alsnog, verschaft zou gaan worden. Le Tourneau rechtvaardigt deze uitkomst door te stellen dat de feitelijke scheiding op ieder moment beëindigd kon worden.²⁵³ Dit geldt ook voor de *concubin*, de partner, en voor kinderen die vanuit juridisch perspectief geen kinderen van de overledene waren, maar wel met hem samenwoonden: de kans op onderhoud binnen een juridische verbintenis is verloren gegaan.²⁵⁴ Anders is dit als de kans op onderhoud te hypothetisch is.

In de hervormingsprojecten, die in hoofdstuk 3, paragraaf 5.3 werden genoemd, wordt vastgehouden aan deze vergoeding.²⁵⁵ In het rapport tot stand gekomen onder leiding van Dintilhac wordt opgemerkt dat uitsluitend vergoeding moet worden geboden voor het verlies van inkomsten dat voortvloeit uit het overlijden, maar niet

248 Le Tourneau 2008, p. 449.

249 Le Tourneau 2008, p. 449-450.

250 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 313. Zie bijvoorbeeld 2^e Civ., 21 februari 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2002, no. 168.

251 Zie bijvoorbeeld 2^e Civ., 11 oktober 2001, *Resp. Civ. et Assur.* 2001, no. 357.

252 Le Tourneau 2008, p. 442-444, 448-449, Jourdain 2007, p. 125.

253 Le Tourneau 2008, p. 443. Vgl. Jourdain 2007, p. 125.

254 Le Tourneau 2008, p. 443.

255 Lambert-Faivre 2003, p. 27; Catala 2005, p. 163; Dintilhac 2005, p. 43.

voor indirecte inkomensverliezen die nabestaanden lijden als gevolg van iemands overlijden. Als voorbeeld wordt gegeven het verlies van inkomen dat wordt veroorzaakt door het onderbreken van iemands werk zodat de naaste de direct gekwetste in de laatste dagen van zijn leven kan bijstaan. Anders lijkt dat te zijn in de situatie waarin de naaste verplicht is om de direct gekwetste te verzorgen voor diens overlijden; het inkomensverlies van de naasten moet dan wel worden vergoed.²⁵⁶

Volgens Lambert-Faivre en Porchy-Simon zijn drie factoren bepalend voor de uitkering aan de nabestaanden. Ten eerste zijn dit het levensniveau (de welstand, *le niveau de vie*) en de vaste lasten (*les charges fixes*) van het gezin voor het overlijden. Daarnaast is de samenstelling van het gezin van belang, in het bijzonder het aantal aanwezige minderjarige kinderen. Ten slotte worden de *schadevergoedende* uitkeringen (*les prestations indemnitaires*) door verzekeraars en andere risicodragers (*tiers payeurs*) verrekend.²⁵⁷

Ter bepaling van de welstand van het gezin is het moment van overlijden van de direct gekwetste het uitgangspunt.²⁵⁸ Ook voor het verlies van een kans voor de echtgenoot om te profiteren van de carrièreontwikkelingen van de overledene kan een vergoeding worden toegekend.²⁵⁹

De hertrouwkans van de achterblijvende partner wordt in beginsel niet verdisconteerd in het schadevergoedingsbedrag. Er wordt geen rekening gehouden met omstandigheden die *événement hypothétique* zijn.²⁶⁰ Dat zou in strijd zijn met het beginsel van *réparation intégrale*.²⁶¹ Een serieuze (niet hypothetische) kans op promotie voor de direct gekwetste voor diens overlijden, wordt wel verdisconteerd in het schadevergoedingsbedrag.²⁶²

Niet alleen de kosten verbonden aan het verlies van onderhoud verschaft door de direct gekwetste (*perte des subsides*) moeten worden vergoed aan de nabestaande, maar ook kosten direct voortvloeiend (en voldoende zeker) uit het overlijden van de direct gekwetste. Jourdain noemt als voorbeeld de medische kosten gemaakt ten gunste van de direct gekwetste en de begrafeniskosten. Ook de kosten voortvloeiend uit het gemis van een samenwerkingsverband dat bestond tussen de overledene en de

256 Dintilhac 2005, p. 43.

257 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 314. Vgl. Le Roy 2007, p. 102.

258 Crim., 7 juli 1966, *JCP* 1967.14943, noot P.L. Dit kan volgens Lambert-Faivre en Porchy-Simon een probleem opleveren wanneer de direct gekwetste inkomensschade lijdt in de periode tussen het ongeval en zijn overlijden, en de vergoeding daarvan nog niet is afgewikkeld of uitgekeerd voor zijn overlijden. De erfgenamen worden immers beschikkingsbevoegd over het schadevergoedingsbedrag of de vordering. Als de erfgenaam niet de naaste is die de dupe is van het verlies van inkomen, dan kan het eindresultaat onredelijk zijn. Zij stellen dat de rechter dan een rechtvaardige verdeling moet maken, Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 312.

259 Le Tourneau 2008, p. 443.

260 Crim., 7 juli 1966, *JCP* 1967.14943, noot P.L.

261 Crim., 11 oktober 1988, *RTD Civ.* 1989, p. 337, obs. G. Durry. Betoogd is dat de rechter deze redenering hanteert om te voorkomen dat het schadevergoedingsbedrag wordt verminderd. Voorstelbaar is echter ook dat de rechter anders zal besluiten. Namelijk als de kans op hertrouwen minder hypothetisch is, bijvoorbeeld als de echtgenoten voor het overlijden van een van hen al feitelijk gescheiden leefden, noot P.L. bij Crim., 7 juli 1966, *JCP* 1967.14943. Stellig is echter Le Roy 2007, p. 105. Vgl. Durry: hertrouwen blijft een hypothetische gebeurtenis tot het moment dat het huwelijk is voltrokken, obs. G. Durry, Crim., 11 oktober 1988, *RTD Civ.* 1989, p. 337-339.

262 Le Roy 2007, p. 103.

nabestaande, moeten worden vergoed.²⁶³ Viney en Jourdain noemen ook de economische voordelen voor de direct gekwetste waarvan nabestaanden indirect zouden profiteren.²⁶⁴

3.3 Verlies van onderhoud in natura

3.3.1 Nederland: redelijke behoefte

Reeds ten tijde van artikel 1406 Oud BW leidde de Hoge Raad uit de zinsnede ‘door zijnen arbeid plegen te onderhouden’ af dat het ‘wegvallen van de inbreng van werkkracht’ van een overleden ouder ‘bij de dagelijkse verzorging en opvoeding van de achtergebleven minderjarige kinderen’ schade vormt in de zin van artikel 1406 Oud BW.²⁶⁵ Bij de invoering van het BW is ervoor gekozen om dat uitgangspunt expliciet te maken in artikel 6:108 lid 1 sub d.²⁶⁶

Hier is sprake van hetzelfde type verlies als in het kader van artikel 6:107 BW: de direct gekwetste kan vanwege diens letsel of overlijden veroorzaakt door een onrechtmatige daad geen huishoudelijke hulp meer bieden aan het gezin. Er ontstaat dus een denkbeeldig gat. Het verschil is echter dat in het kader van artikel 6:107 BW de eisende partij de daadwerkelijke helpende derde is, terwijl dat in het kader van artikel 6:108 BW niet zo hoeft te zijn.²⁶⁷ Artikel 6:108 lid 1 sub d BW gaat namelijk over het concreet weggevallen deel van de hulp en dus het verlies van de nabestaande (waarin een andere ‘derde’ overigens kan voorzien), terwijl bij artikel 6:107 BW vooralsnog sprake moet zijn van hypothetische schade, een hulpbehoefte, bij de gekwetste.²⁶⁸

Net zoals bij het verlies van financieel onderhoud, heeft het verlies van huishoudelijke hulp een gemengd karakter. Dat gemengde karakter komt tot uitdrukking in het uitgangspunt dat in beginsel de schade door verlies van huishoudelijke hulp volledig moet worden vergoed (schadevergoedingskarakter), maar slechts voor zover de nabestaande behoeftig is (alimentatief karakter). Die behoeftigheidseis komt tot uitdrukking in het idee dat van de achterblijvende partner extra inspanningen mogen worden verwacht, waarover in het onderstaande meer. Eerst wordt echter aandacht besteed aan de uitleg van de term ‘huishoudelijke hulp’.

263 Jourdain 2007, p. 125.

264 Viney en Jourdain 2006, p. 159.

265 HR 5 juni 1981, NJ 1982, 221 (*Tijsterman/Hony*). Vgl. HR 21 mei 1954, NJ 1954, 460; HR 27 mei 1966, NJ 1966, 333; HR 22 september 1994, NJ 1995, 127, m.nt. PAS (*Van P/S*) (hulp in natura door zoon). Vgl. De Jong 1940, p. 9; De Jong 1986, p. 5770. Dit lijkt ook anders te zijn geweest, HR 12 januari 1906, W. 8324 (*Hollandse IJzeren Spoorwegmaatschappij/Van de Ster*). Hartkamp en Sieburgh leren dat de Hoge Raad onder het oude recht meerdere malen heeft beslist dat vergoeding moet worden gegeven voor het verlies van levensonderhoud als dit betrekking heeft op de werkkracht van een overleden zoon, ‘eventueel via een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van maatschap.’ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 161.

266 Parl. Gesch. Boek 6, p. 398.

267 Vgl. Van der Zalm en Lindenbergh 2008, p. 238.

268 ‘Hypothetisch’, omdat daarin reeds door de derde, diens mantelzorger, is voorzien.

Huishoudelijke hulp

Alvorens de uitleg van de term ‘huishoudelijke hulp’ aan de orde komt, moet aandacht worden besteed aan de ‘instapeis’ van artikel 6:108 aanhef, lid 1 onder d BW: er moet sprake zijn van een ‘gemeenschappelijke huishouding’. Wat wordt hiermee bedoeld? Het voorbeeld dat wordt genoemd in de Parlementaire Geschiedenis is de situatie waarin een dochter, of een familielid dat is opgenomen in het gezin, het huishouden deed en is overleden.²⁶⁹ Onwaarschijnlijk is dat onder ‘gemeenschappelijke huishouding’ wordt verstaan: het verlies van een huisgenoot in een studentenhuus. Sprake zal moeten zijn van een familie-achtige gemeenschap waaruit iemand wegvalt.

Wat wordt verstaan onder ‘huishoudelijke hulp’? Uit het *Hony/Tijsterman*-arrest kan afgeleid worden dat de Hoge Raad de kosten voor hulp in de ‘huishouding’ ruim interpreteert:

‘(...) uitgaven die nodig zijn geworden door het wegvallen van de inbreng van de overleden moeder bij de dagelijkse verzorging en opvoeding van de achtergebleven minderjarige kinderen.’²⁷⁰

Van Wassenaer concludeert in het licht van deze uitspraak dat onder ‘huishoudelijke hulp’ alle vormen van ‘zelfwerkzaamheid in, aan en om de woning’ en ‘hand- en spandiensten die in gezinsverband samenwonenden voor elkaar plegen te verrichten (belastingbiljet invullen, financiële en verzekeringszaken [regelen, RR], auto besturen tijdens korte of langere reizen)’ vallen.²⁷¹ Zij vraagt zich echter af of alle kosten van ‘vervanging’ van de overledene voor vergoeding in aanmerking moeten komen. Er wordt gedoeld op het Engelse leerstuk van *loss of consortium*, te weten het gemis aan omgang met de overledene.²⁷² Dit verlies ziet niet alleen op het gemis aan gezelligheid, maar ook op seksuele omgang. Kunnen de ‘vervangingskosten’ onder de noemer van artikel 6:108 lid 1 sub d BW worden gebracht?²⁷³

Het verlies van *consortium* is geen vergoedbare schadepost meer naar Engels recht, vanwege veranderde ideeën over de verhouding tussen mannen en vrouwen. Hoewel ik onderken dat het gemis aan seksuele omgang problematisch kan zijn, zou ik gevoelsmatig dit gemis liever niet willen scharen onder het begrip ‘materiële schade’, maar veeleer willen bestempelen als immaterieel nadeel van nabestaanden, zoals in Frankrijk gebeurt (zie hoofdstuk 7, paragraaf 2.5).

269 Parl. Gesch. Boek 6, p. 398. Dit is niet vreemd als in ogenschouw genomen wordt dat bijvoorbeeld de hulp verschaft door een *au pair* impliceert dat er een arbeidsovereenkomst bestaat. Een werkgevers-werknemersverhouding valt buiten de werking en strekking van art. 6:108 BW.

270 HR 5 juni 1981, NJ 1982, 221, m.nt. C.J.H. Brunner, VR 1981, p. 78.

271 Mon. BW B37 (Van Wassenaer), p. 63.

272 Mon. BW B37 (Van Wassenaer), p. 63.

273 Mon. BW B37 (Van Wassenaer), p. 63.

Er is ook sprake van verlies van ‘huishoudelijke hulp’ als de overledene een gedeelte van de huishoudelijke taken verrichtte voor diens overlijden. De Hoge Raad beslist in het *Pruisken/Organice*-arrest dat in de vijftienvijftig jaar na de invoering van artikel 6:108 BW een verandering is opgetreden:

‘In de opvatting over de wijze waarop binnen het huwelijk en andere samenlevingsvormen de huishoudelijke taken behoren te worden verdeeld, terwijl er geen redelijke grond is waarom het wegvallen van de huishoudelijke taakvervulling door het overlijden van één van de partners verschillend zou moeten worden behandeld, al naargelang die partner (praktisch) de gehele huishoudelijke taak vervulde, dan wel de partners die taken onderling plachten te verdelen.’²⁷⁴

De Hoge Raad geeft maatschappelijke ontwikkelingen de ruimte in het kader van artikel 6:108 BW. Bovendien merkt de Hoge Raad op dat van algemene bekendheid is dat de overgang van een tweepersonsgezin naar een eenpersoonsgezin niet inhoudt dat de huishoudelijke taken ook met de helft minder worden.²⁷⁵ Dat is van belang in het kader van de vaststelling van de behoefte.

Kosten nodig? Abstracte en concrete schadevaststelling

Een begrenzing van de vergoeding van huishoudelijke hulp zou gevonden kunnen worden in het vereiste dat daadwerkelijk kosten zouden moeten worden gemaakt door de nabestaanden. Het alternatief is dat schade abstract wordt vastgesteld. Met andere woorden, mag een vergoeding worden gegeven voor het ‘verlies van tijd’ als nabestaanden zichzelf extra inspanssen of voor de hulp een beroep doen op andere naasten? Overigens staat daarvan los de schadebegrotingsvraag: als tijd wordt verloren, en voor dat verlies moet een vergoeding worden gegeven, moet dat tijdsverlies dan begroot worden op de bespaarde kosten van de professionele hulpverlening (zoals bij letsel), of op het eventueel werkelijke inkomensverlies?

In het *Pruisken/Organice*-arrest lijkt de Hoge Raad een abstracte schadevaststelling toe te laten. Volgens de Hoge Raad is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat ‘voor de vraag of de nabestaande schade lijdt in de zin van artikel 6:108 lid 1, aanhef en onder d, beslissend is of deze ten tijde van de beslissing van de rechter daadwerkelijk kosten maakt voor het uitvoeren van de huishoudelijke taken.’²⁷⁶

In de literatuur zijn verschillende opvattingen geuit over het idee dat de Hoge Raad in *Pruisken/Organice* een abstracte schadevaststelling heeft toegelaten. Klaassen argumenteert dat dit niet zo hoeft te zijn: uit de redenering van de Hoge Raad moet worden af-

274 HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, m.nt. J.B.M. Vranken (*Pruisken/Organice*), r.o. 3.3.2.

275 HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, m.nt. J.B.M. Vranken (*Pruisken/Organice*), r.o. 3.3.2.

276 HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, m.nt. J.B.M. Vranken (*Pruisken/Organice*), r.o. 3.3.2. Eerder betoogde Lindenbergh dat een vergoeding voor bestede tijd mogelijk moest zijn, Lindenbergh 2002, p. 64.

geleid dat aannemelijk gemaakt moet worden ‘dat het noodzakelijk is dat professionele huishoudelijke hulp wordt ingeschakeld en dat derhalve redelijkerwijs te verwachten is dat terzake kosten zullen worden gemaakt (...)’.²⁷⁷ Het komt in de (letsel)schadepraktijk namelijk voor dat duidelijkheid wordt gevraagd over de vergoedbaarheid van een schadepost, alvorens daadwerkelijk kosten worden gemaakt. Het hoeft dan nog niet te gaan over een abstracte schadevaststelling en dus kan nog zeer wel vereist worden dat concrete kosten moeten worden gemaakt.²⁷⁸

Hartlief is voorzichtig, maar hij stelt dat de Hoge Raad de abstracte benadering uit het middel heeft gevolgd en reageert instemmend.²⁷⁹ Volgens Hartlief moet beslissend zijn of inschakelen van hulp redelijk zou zijn. Daarvoor noemt hij twee argumenten: de doelmatigheid en het voorkomen van lastige discussies.²⁸⁰

Verheij is helder over *Pruïskén/Organice*: de Hoge Raad abstraheert in dit geval van de omstandigheid dat geen kosten zijn gemaakt. Het doel hiervan is volgens hem ‘te voorkomen dat de nabestaande geen recht op schadevergoeding geldend kan maken.’²⁸¹ Lindenbergh rechtvaardigde de abstracte schadevaststelling reeds voor *Pruïskén/Organice*: verzorging en opvoeding is of kan nodig zijn, het kan redelijk zijn dat naasten die verzorging op zich nemen en de onderhoudslast gaat over ‘werkelijke “kosten” van het overlijden (...)’.²⁸²

De Hoge Raad neemt in *Bakkum/Achmea* alle twijfel weg: abstracte schadevaststelling is mogelijk.²⁸³ Geoordeeld wordt dat het voor de toepassing van artikel 6:108 lid 1 sub d BW niet bepalend is dat er concrete kosten worden gemaakt ten behoeve van huishoudelijke hulp (onder verwijzing naar de uitkomst in *Pruïskén/Organice*). Het voornaamste argument – ‘in het bijzonder’ bij verlies van huishoudelijke hulp van kinderen – dat de Hoge Raad noemt, is dat:

‘van algemene bekendheid is dat in de leemte die ontstaat door het wegvallen van de huishoudelijke arbeid van de overleden ouder vaak wordt voorzien – naast extra inzet van de overblijvende ouder – door vrijwillige (kosteloze) hulp van familie, vrienden of bekenden, ook omdat in een gezinsbudget veelal niet direct ruimte gevonden kan worden voor het doen van structurele extra uitgaven voor professionele hulp; de vrijwillige hulp zal echter meestal niet tot in lengte van jaren voortgezet kunnen worden.’²⁸⁴

Kosteloze hulp door naasten ligt voor de hand, aldus de Hoge Raad, zowel in het licht van de concrete gezinssituatie als de financiële situatie waarin het achterblijvende gezin verkeert. Deze hulp zal echter meestal een tijdelijk karakter hebben. De Hoge Raad noemt nog twee argumenten voor abstrahering. Ten eerste de aard van de scha-

277 Mon. BW B35 (Klaassen), p. 14.

278 Mon. BW B35 (Klaassen), p. 14.

279 Noot T. Hartlief bij HR 16 december 2005, AA 2006, p. 287.

280 Noot T. Hartlief bij HR 16 december 2005, AA 2006, p. 287.

281 Noot A.J. Verheij bij HR 16 december 2005, AV&S 2006, p. 128.

282 Lindenbergh 2002, p. 64.

283 Vgl. noot J.B.M. Vranken onder HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, (*Bakkum/Achmea*), nr. 4-5.

284 HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*), r.o. 3.4.3.

depost (toekomstige schade) en voorts het belang van spoedig overleg in het licht van de aard van de schade (verzorging van kinderen).²⁸⁵

Van der Zalm en Lindenbergh reageren instemmend, omdat iemands overlijden kan leiden tot de situatie waarin anderen aanzienlijke inspanningen moeten gaan verrichten, die bovendien een marktwaarde hebben. Het is volgens hen niet redelijk om dat 'feitelijk (...) voor rekening van de nabestaanden te laten komen'.²⁸⁶ Zoals zij terecht stellen: de omstandigheid dat anderen voor de kinderen zorgen, ontnemt 'in feite het zicht op de schade'.²⁸⁷

Voorwaarde voor abstrahering loopt parallel met 'behoeftegevoel'

Dat een abstracte schadevaststelling mogelijk is, betekent niet dat daarmee ook zonder meer helder is onder welke omstandigheden die abstrahering toegelaten is. Zoals in hoofdstuk 4 paragraaf 3.3.1 werd besproken, is bij letsel nodig dat het normaal en gebruikelijk is een beroep te doen op professionele hulpverlening. Bij overlijden lijkt de Hoge Raad te kiezen voor een ander criterium.

In *Pruisken/Organice* oordeelde het hof dat Pruisken onvoldoende had aangetoond dat het inhuren van professionele hulp noodzaak was. Met dat oordeel is de Hoge Raad het oneens:

'Voor zover het hof heeft geoordeeld dat Pruisken onvoldoende heeft onderbouwd dat het inroepen van professionele huishoudelijke hulp noodzakelijk is, is dat oordeel onbegrijpelijk in het licht van hetgeen deze dienaangaande heeft aangevoerd (...)'.²⁸⁸

Daarbij worden in ogenschouw genomen: de huishoudelijke taken die Schut (de overledene) in het verleden verrichtte, de mogelijkheden van Pruisken op dat punt en de 'algemene bekendheid (...) dat de omvang van de huishoudelijke werkzaamheden in een eenpersoonshuishouden meer dan de helft bedraagt van die in een tweepersoonshuishouden'.²⁸⁹ Uit deze factoren vloeit de behoefte van Pruisken voort. Wat het criterium is voor abstrahering, is echter in het licht van het oordeel van de Hoge Raad niet helemaal duidelijk. Het oordeel van het hof wordt gecasseerd, maar daarmee is nog niet gezegd dat 'noodzakelijkheid van de professionele hulp' het criterium is. Opgemerkt moet echter ook worden dat de Hoge Raad ook niet zegt dat dit het niet het criterium moet zijn.

In *Bakkum/Achmea* wordt meer duidelijkheid gegeven: onderzocht had moeten worden – gelet op de individuele omstandigheden van de kinderen tot hun meerderja-

285 HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*), r.o. 3.4.3.

286 Van der Zalm en Lindenbergh 2008, p. 238.

287 Van der Zalm en Lindenbergh 2008, p. 239.

288 HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, m.nt. J.B.M. Vranken (*Pruisken/Organice*), r.o. 3.3.2.

289 HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, m.nt. J.B.M. Vranken (*Pruisken/Organice*), r.o. 3.3.2.

righeid – of een *redelijke behoefte* bestond aan huishoudelijke hulp, ‘naast hetgeen *redelijkerwijs* van de vader aan extra inspanningen kan worden gevergd’ (cursivering RR).²⁹⁰ De omstandigheden waarop volgens de Hoge Raad acht geslagen moet worden, zijn de leeftijd van de kinderen, de gezinssamenstelling, de aard van de werkzaamheden waarin de overledene voorzag en waarin voorzien moet gaan worden en de financiële positie van het achterblijvende gezin.²⁹¹ Benadrukt moet worden dat hulp door de nieuwe partner van de achterblijvende echtgenoot niet in aanmerking mag worden genomen bij de vaststelling van schade van de kinderen, omdat dit tot het onredelijke resultaat zou leiden dat de onderhoudslast niet op de schouders van de aansprakelijke partij zou rusten, maar in plaats daarvan op de schouders van de nieuwe partner.²⁹²

De behoefte van de kinderen aan huishoudelijke hulp wordt ingekleurd: er moet een redelijke behoefte aan hulp bestaan, naast de redelijke inspanningen die verwacht mogen worden van de vader. Deze maatstaf lijkt echter geen voorwaarde voor abstrahering te vormen, maar voor alle situaties te gelden waarin kinderen een vergoeding vorderen voor hun verlies van huishoudelijke hulp. Met andere woorden, de eisen die worden gesteld aan de behoefte van de nabestaanden zijn in wezen gelijk aan de voorwaarden voor abstrahering van de concrete omstandigheid dat geen professionele hulp is vastgesteld.

Vranken noemt de benadering die de Hoge Raad kiest – dat extra inspanningen van de vader mogen worden verwacht – realistisch. Betoogd wordt dat er bij iemands overlijden meer aan de hand is dan dat voortaan taken door een ander tegen betaling zullen worden verricht:

‘Natuurlijk zal, alleen al uit respect voor de overledene, vaak geprobeerd worden zo veel mogelijk de bestaande lijn te blijven volgen. De waarden die daarin besloten liggen, de keuzen die gemaakt zijn voor het type gezin dat de overledene met zijn of haar partner wilde vormen, zullen voor nabestaanden dierbaar zijn.’²⁹³

De keuzes van de overledene en diens achterblijvende echtgenoot moeten dus zo veel mogelijk worden gewaardeerd. Maar die situatie zal hoogstwaarschijnlijk tijdelijk zijn, en dan zal een nieuwe oplossing moeten worden bedacht en uitgetoetst, aldus Vranken. Daarvoor is tijd nodig en de schadevergoeding kan het middel zijn om die nieuwe situatie te doen ontstaan. De begrenzing wordt, ook door Vranken, in de redelijkheid gevonden.

290 HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*), r.o.3.6. Zie hierover Van der Zalm en Lindenbergh 2009, p. 149.

291 HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*), r.o. 3.4.2.

292 HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*), r.o. 3.4.3.

293 Noot J.B.M. Vranken onder HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385 (*Bakkum/Achmea*), nr. 15.

Van der Zalm en Lindenbergh zijn kritisch over de zinsnede van de Hoge Raad ten aanzien van de extra inspanningen die redelijkerwijs van de vader kunnen worden geleverd.²⁹⁴ Zij zien geen rechtvaardiging voor het onderscheid tussen inspanningen van de nieuwe partner van de achterblijvende partner en inspanningen van laatstgenoemde. Vranken begrijpt de uitspraak van de Hoge Raad in die zin dat aan de achtergebleven partner niet wordt gevraagd zijn leven drastisch om te gooien, maar – in het licht van zijn eerdere betoog over het creëren van een nieuwe situatie en de keuzes die daarvoor moeten worden gemaakt – er is iets veranderd: hij staat er voortaan alleen voor als het gaat om ‘aandacht, opvang en verzorging’ van zijn gezin. Gezien de aard van deze zorg kan die niet per definitie worden vertaald in professionele hulp. Er moet gezocht worden naar een nieuwe wenselijke gezinssituatie en daarbij horen ook extra, of beter andere, inspanningen van een achterblijvende ouder.²⁹⁵ Hartlief is echter omwille van een andere reden kritisch over het idee dat acht geslagen moet worden op mogelijkheid van extra inspanningen van de achterblijvende ouder. Als de Hoge Raad de rechtvaardiging voor de abstracte schadevaststelling onder andere vindt in de wens om vlot overleg tussen de verzekeraar van de aansprakelijke partij en de nabestaanden te stimuleren, zorgt het idee dat van de achterblijvende ouder extra inspanningen mag worden verwacht wellicht weer voor moeilijkheden voor dat overleg.²⁹⁶

Er wordt geen hulp ingehuurd: hoe moet de schadevergoeding worden begroot?

Als de nabestaande behoeftig is, maar er is geen professionele hulp ingehuurd voor de huishoudelijke taken, op welke manier moet de schadevergoeding dan worden begroot? In *Philip Morris/Bolink* beslist de Hoge Raad dat als de bijdrage van de overleden echtgenoot wegvalt, de achterblijvende echtgenoot daardoor schade lijdt, en:

‘is dat overlijden veroorzaakt door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, en beperkt de achterblijvende echtgenoot deze schade door minder te gaan werken om zelf die zorgtaken te gaan verrichten, dan dient in beginsel de gehele inkomensschade die deze daardoor lijdt, te worden betrokken bij de berekening van de omvang van de in art. 6:108 BW bedoelde schadevergoeding.’²⁹⁷

In beginsel moet dus de *gehele inkomensschade van de nabestaande* in acht genomen worden bij de begroting van de schade krachtens artikel 6:108 BW. De kantonrechter besliste nog dat de schade van de echtgenoot was veroorzaakt door een persoonlijke keuze, maar zowel het hof als de Hoge Raad ging niet akkoord met deze redenering.

Van der Zalm en Lindenbergh betogen dat de Hoge Raad waarschijnlijk aansluiting heeft willen zoeken bij de schadebeperking: als de nabestaande de schade heeft wil-

294 Van der Zalm en Lindenbergh 2008, p. 239.

295 J.B.M. Vranken onder HR 8 juli 2008, NJ 2009, 385 (*Bakkum/Achmea*), nr. 15 en 17.

296 Noot T. Hartlief bij HR 11 juli 2008, AA 2008, p. 900.

297 HR 10 april 2009, NJ 2009, 386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Philip Morris/Bolink*), r.o. 3.4.

len beperken door minder te gaan werken en daardoor inkomen derft, moeten de redelijke kosten daaraan verbonden worden vergoed. Die kosten kunnen de concreet bespaarde kosten overstijgen, voor zover deze nog redelijk zijn. Maar, zo vragen zij zich af, wat als de nabestaande een goed verdienende baan opzegt? Van der Zalm en Lindenbergh stellen dat de Hoge Raad met de woorden ‘in beginsel’ een marge heeft toegelaten om in die situaties tot een redelijke uitkomst te komen.²⁹⁸ Als argumenten voor deze beperking noemde Lindenbergh eerder de moeilijkheden in verband met ‘maatschappelijke kapitaalvernietiging’ en de ‘gehoudenheid om de schade te beperken.’²⁹⁹

Mijns inziens moet hier terughoudendheid betracht worden met een beroep op de schadebeperkingsplicht. De reden daarvoor is dat het in *Philip Morris/Bolink* gaat over de concrete schade van de achterblijvende nabestaande; de partner van de overledene is de ‘eerste’ en ‘echte’ schadelijder (en niet de direct gekwetste). Er wordt hier wel afgestapt van het geldende naar het wenselijke recht. In de woorden van Vranken, er moet worden gezocht naar een nieuwe oplossing en die oplossing moet worden gefaciliteerd. Dat is mijns inziens anders als niet de nabestaande, maar een andere naaste (een andere derde) zich extra inspant. Dit verschil moet worden verklaard door de positie die beide categorieën naasten zouden moeten innemen in een overlijdensschadevordering. Het voert voor hier te ver om hier nader op in te gaan. Ik verwijs voor een verdere uitleg naar hoofdstuk 9.³⁰⁰

3.3.2 Duitsland: juridische onderhoudsplicht

Als de overledene huishoudelijke taken vervulde voor diens overlijden kunnen de nabestaanden voor kosten verbonden aan dit verlies vergoeding vorderen (§ 844 II BGB).³⁰¹ De term ‘huishoudelijke hulp’ moet breed worden uitgelegd: het gaat niet alleen om koken, afwassen en schoonmaken, maar ook om de verzorging en opvoeding van kinderen, aldus Röthel.³⁰² Wagner stelt dat bij uitzondering ook vergoeding gevorderd kan worden van de kosten van een kraamverpleger en een tuinman.³⁰³ Er kan ook een ‘*Unterhaltsrecht*’ bestaan voor meewerken in het beroep of bedrijf van de echtgenoten, mits het vermogen ten goede komt van het gezin.³⁰⁴

298 Van der Zalm en Lindenbergh 2009, p. 150. Vgl. Peters in haar noot bij HR 10 april 2009, *TVP* 2009, p. 124. Zie de uitspraak van de kantonrechter na verwijzing door de Hoge Raad, Rb. Breda sector Kanton 11 augustus 2010, LJN BN3783.

299 Lindenbergh 2002, p. 64.

300 Tot dezelfde uitkomst komt Frenk, zij het door louter een beroep te doen op de bewoording van de Hoge Raad, Frenk 2011, p. 78.

301 Lange en Schiemann 2003, p. 325; Kötz en Wagner 2010, p. 291. Dat geldt volgens Lange en Schiemann niet voor hulp incidenteel verschaft door de fulltime werkende overledene. Deze oordeelsvorming hangt echter mede af van de omvang van het gezin (p. 328).

302 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 130.

303 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 65. Het OLG Celle spreekt over ‘*Haushaltführung*’ en ‘*Haushaltorganisation*’, OLG Celle 16 mei 2007, 14 U 166/06.

304 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 131; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 62 en 67. Zie ook

Net zoals bij verlies van financieel onderhoud, wordt bij verlies van huishoudelijke hulp geen aansluiting gezocht bij de feitelijke hulp die werd verschaft door de direct gekwetste, maar bij hetgeen hij ‘*unterhaltsrechtlich*’ verschuldigd was te verschaffen aan zijn naasten (echtgenoten: § 1356 I 1 BGB).³⁰⁵ De oordeelsvorming ziet er als volgt uit, aldus Röthel:

*‘Was iE zur geschuldeten Haushaltsführung des getöteten Ehegatten zu zählen ist, beurteilt sich nach den persönlichen Bedürfnisse der Ehegatten und ihrer einvernehmlichen Praxis.’*³⁰⁶

Twee factoren zijn dus van belang, namelijk de persoonlijke behoefte en de wijze waarop het huishouden werd geregeld voordat de gekwetste is overleden. De *facto* betekent dit dat beide echtgenoten (blijkbaar) overeengekomen zijn wie wat doet in het huishouden en daarnaar richt zich de schadevergoedingsplicht.³⁰⁷ De behoefte van de nabestaande wordt bepaald door de concrete leefgewoonte: de grootte en inrichting van het huishouden, het aantal, de leeftijd en de gezondheidstoestand van de betrokkenen.³⁰⁸

Röthel stelt dat kinderen rond de 12 tot 14 jaar een ‘*Mithilfeplicht*’ hebben, waarmee rekening mag worden gehouden in het kader van de vaststelling van de behoefte aan hulp.³⁰⁹ Ook de achterblijvende echtgenoot heeft deze verplichting, maar de behoefte richt zich in de eerste plaats op hetgeen vooraf afgesproken is tussen beide echtgenoten.³¹⁰

Er hoeft geen vergoeding te worden gegeven voor het deel van de verzorging dat de overledene aan zichzelf verschaft.³¹¹ Maar als een kinderloos achterblijvende echtgenoot zelf volledig voor het huishouden gaat zorgen, dan kan niet gesteld worden dat geen schade wordt geleden: met het wegvallen van de overledene halveert niet de omvang van de huishoudelijke taken.³¹² Als kinderen vanwege het overlijden van (een van hun) ouders worden ondergebracht bij andere familieleden, dan bestaat er

Lange en Schiemann 2003, p. 320. De verplichting tot verschaffen van arbeid mag niet op een arbeidsrechtelijke of een vennootschapsrechtelijke verplichting berusten. § 845 BGB (verlies van consortium) kan niet meer als grondslag fungeren voor de vordering van hulp van een echtgenoot. Huishoudelijke hulp kan niet worden getypeerd als ‘*entgangener Dienste*’. Zie Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 128; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 62. Vgl. Larenz en Canaris 1994, p. 589; Küppersbusch 1996, p. 104.

305 Küppersbusch 1996, p. 105 en 114; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 129; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 63. Zie bijv. BGH 6 oktober 1992, *NJW* 1993, 124. Lange en Schiemann merken op dat als de achterblijvende echtgenoot invalide is er reden bestaat om van de wettelijke regeling af te wijken, Lange en Schiemann 2003, p. 327-328.

306 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 130. Voor meewerken in bedrijf, zie Rn 131.

307 Küppersbusch 1996, p. 105; Lange en Schiemann 2003, p. 327; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 129; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 63 en 69.

308 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 132. Zie ook Rn 133-137. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 63.

309 Küppersbusch 1996, p. 107; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 138.

310 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 139. Vgl. Küppersbusch 1996, p. 114.

311 Lange en Schiemann 2003, p. 327.

312 Lange en Schiemann 2003, p. 328.

ook een vergoedingsplicht, aldus Lange en Schiemann.³¹³ Als echtgenoten gescheiden zijn, dan kunnen zij geen vergoeding vorderen voor het verlies van huishoudelijke hulp.³¹⁴

De omvang van de vergoeding wordt niet gereduceerd naar nul als nabestaanden zich inspinnen om te voorzien in de huishoudelijke hulp.³¹⁵ De aansprakelijke mag niet profiteren van vrijwillige inzet van nabestaanden of andere naasten, analoog aan hetgeen bepaald is in § 843 IV BGB.³¹⁶

Röthel stelt dat bij de begroting van de schadevergoeding wegens verlies van huishoudelijke hulp een onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie waarin de nabestaanden zich meer inspinnen dan voorheen, die waarin een beroep wordt gedaan op naasten en de situatie waarin een externe, professionele hulp wordt ingehuurd.³¹⁷ In alledrie de situaties wordt een vergoeding toegekend.

Als nabestaanden zich ‘überobligationsgemäßig’ inspinnen, dan zijn de fictieve kosten van een vergelijkbare professional het uitgangspunt voor vergoeding.³¹⁸

Als andere naasten de huishoudelijke taken overnemen, dan mag de aansprakelijke daarvan ook niet profiteren en moet een vergoeding worden toegekend.³¹⁹ Het uitgangspunt voor vergoeding zijn niet de fictieve kosten van een professionele hulpverlener, aldus Wagner, maar er moet een passende vergoeding worden gegeven voor hun diensten.³²⁰

Als de naaste de nabestaande tegen betaling heeft geholpen, dan moet vergoeding worden gegeven voor het concrete nadeel, aldus Röthel.³²¹ Begroting moet ook op die manier plaatsvinden als de schadevergoeding de fictieve kosten van professionele hulp overstijgt, met dien verstande, zo merkt Röthel op, dat door de hulp het gezin bijeen kan blijven en de kinderen dus in hun vertrouwde omgeving kunnen opgroeien.³²² Wagner stelt echter dat als een naaste zijn baan opzegt, de vergoeding gebaseerd wordt op het concrete netto inkomensverlies.³²³

De schadeveroorzaker kan profiteren van hulp van naasten, als de fictieve kosten van professionele hulp hoger liggen dan het concrete inkomensverlies van de naaste. Dat is

313 Lange en Schiemann 2003, p. 327, onder verwijzing naar BGH 22 januari 1985, *NJW* 1985, 1460.

314 Lange en Schiemann 2003, p. 320.

315 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 132.

316 Lange en Schiemann 2003, p. 325. Vgl. Küppersbusch 1996, p. 106 en 123; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 133 en 220.

317 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 132. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 64-66.

318 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 133; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 65; Kötz en Wagner 2010, p. 291. Zie BGH 8 juni 1982, *NJW* 1982, 2864.

319 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 144; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 65-66. Zie bijv. BGH 8 juni 1982, *NJW* 1982, 2864.

320 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 66.

321 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 144-145, onder verwijzing naar BGH 8 juni 1982, *NJW* 1982, 2864.

322 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 145. Zie BGH 8 juni 1982, *NJW* 1982, 2864; BGH 15 oktober 1985, *NJW* 1986, 715, nt. H. Eckelmann en J.N. Bielefeld (over het argument dat Röthel noemt). In andere zin Küppersbusch 1996, p. 109.

323 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 66. Zie BGH 15 oktober 1985, *NJW* 1986, 715, nt. H. Eckelmann en J.N. Bielefeld.

onwenselijk volgens Röthel: er zou een vergoeding moeten worden gegeven ter hoogte van de kosten van de professionele hulp.³²⁴ Wagner reageert instemmend, maar voegt daaraan toe dat die kosten altijd het uitgangspunt zouden moeten zijn, omdat anders de nabestaanden overgecompenseerd worden: enerzijds moeten nabestaanden geprikkeld worden om te kiezen voor de goedkoopste oplossing en anderzijds mogen zij ook niet in de volle omvang van de lasten worden belast.³²⁵

De laatste situatie betreft die waarin externe professionele hulp wordt ingehuurd ter ondervanging van de ontstane leemte in de huishoudelijke hulp. Uitgangspunt voor vergoeding zijn de concrete kosten (het brutoloon).³²⁶ Röthel merkt op dat alleen voor die hulp een vergoeding moet worden gegeven die valt binnen het kader van de wettelijke onderhoudsbehoefte; de hulp moet redelijk (*angemessen*) zijn.³²⁷

Als de kinderen vanwege de dood van hun moeder of vader op een andere manier worden opgevangen of verzorgd, dan worden de concrete kosten die daarmee gepaard gaan, voor zover redelijk, vergoed.³²⁸ Men kan hierbij denken aan de kosten van kinderopvang of een internaat.³²⁹ De concrete schade wordt vergoed, voor zover voldaan is aan de schadebeperkingsplicht: als een goedkoper alternatief voor handen is en met name ook redelijker is, dan had daarvoor gekozen moeten worden, aldus Röthel.³³⁰ Worden de kinderen in een pleeggezin opgenomen, dan wordt de schadevergoeding begroot op basis van de kosten van verblijf in een familie waarin de kinderen zijn opgegroeid.³³¹

3.3.3 Engeland: gelimiteerde kring van de FAA 1976

Het verlies van levensonderhoud in natura is een vergoedbare schadepost volgens de FAA 1976. Niet alleen ‘*money*’ wordt vergoed, maar ook ‘*money’s worth*’.³³² De heersende leer werd in 1915 verwoord door Scrutton in *Berry v. Humm*:

*‘I can see no reason in principle why such pecuniary loss should be limited to the value of money lost, or the money value of things lost, as contributions of food or clothing, and why I should be bound to exclude the monetary loss incurred by replacing services rendered gratuitously by a relative, if there was reasonable prospect of their being rendered freely in the future but for death.’*³³³

324 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 144.

325 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 66.

326 Küppersbusch 1996, p. 108-109; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 146; MünchKommBGB/Wagner § 844 Rn 64. Zie BGH 8 februari 1983, NJW 1983, 1425; BGH 29 maart 1988, NJW 1988, 1783.

327 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 146. Zie BGH 8 februari 1983, NJW 1983, 1425. Vgl. Küppersbusch 1996, p. 109.

328 Küppersbusch 1996, p. 109; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 148.

329 Küppersbusch 1996, p. 110; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 148. Zie bijvoorbeeld BGH 2 december 1997, DAR 1998, 38.

330 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 148.

331 Küppersbusch 1996, p. 109-110; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 149.

332 Zie bijvoorbeeld Diplock J. in *Maylon v. Plummer* [1964] 1 Q.B. 349.

333 *Berry v. Humm* [1915] 1 K.B. 627, 631. Deaking, Johnston en Markesinis 2008, p. 1014 typeerden deze uitspraak als de heersende leer.

In de woorden van Fleming: *'the test is not expenses incurred but loss suffered.'*³³⁴ Deakin, Johnston en Markesinis typeren dit nadeel als een verlies van de *'expectations of pecuniary benefit.'*³³⁵ Net zoals in het kader van verlies van financieel onderhoud, geldt ook bij verlies van onderhoud in natura dat een verlies van een redelijke verwachting op hulp voor vergoeding in aanmerking komt. Deakin, Johnston en Markesinis hanteren de term *'clear inference'* van de toekomstverwachtingen.³³⁶ Huishoudelijke hulp wordt breed geïnterpreteerd. Men kan hierbij denken aan de kosten van een huishoudelijke hulp, een kinderoppas, of een tuinman.³³⁷

Een vergoeding kan ook worden toegekend als er geen professionele hulp wordt ingehuurd, maar als de nabestaande zich extra inspant, of er een beroep wordt gedaan op naasten. De rechtvaardiging ziet de Law Commission hierin:

*'We believe that the policy underlying the award of damages for the third party's loss lies in the fact that it is often in the best interest of the claimant to have those services provided gratuitously by a friend or relative. We would not wish to discourage such third parties who may be best placed to provide those services. However, without an award of damages, the claimant may be forced to enter into sham contracts with a friend or relative to ensure proper remuneration for the work done. Alternatively, the claimant may be forced to use commercial services.'*³³⁸

De gedachte achter de vergoeding is dat de nabestaande meestal beter af is met zorg van naasten; die situatie moet niet ontmoedigd worden. De nabestaande zou, net zoals in letselschadezaken, een persoonlijke verplichting moeten hebben om de verzorger te betalen voor zijn diensten. Daarentegen zou het volgens de Law Commission buiten kijf moeten staan dat het gaat om het verlies van degene die de hulp heeft geboden.³³⁹

Als dit familielid of een andere naaste zelf geen kosten maakt, dan wordt de schade begroot aan de hand van de hypothetische kosten (de marktwaarde) van vervangende hulp.³⁴⁰ Als de nieuwe verzorger inkomen derft doordat hij of zij is gaan verzorgen, dan wordt volgens de Law Commission aansluiting gezocht bij het concrete verlies.³⁴¹

De begroting van de kosten voor vervangende hulp in geval van verlies van (een van de) ouders door minderjarigen levert volgens de Law Commission moeilijkheden op. Er wordt aansluiting gezocht bij de tarieven voor een *nanny* of een professionele huishoudelijke hulp, maar deze vergelijking wordt bekritiseerd. Allereerst is de kwaliteit van de zorg anders, indien deze wordt gegeven door een ouder respectievelijk een professional.

334 Fleming 1998, p. 736-737.

335 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1014.

336 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1013.

337 Law Commission 1999a, p. 15.

338 Law Commission 1999a, p. 82.

339 Law Commission 1999a, p. 82-84.

340 Law Commission 1999a, p. 20.

341 Law Commission 1999a, p. 20.

Bovendien verschaffen ouders waarschijnlijk meerdere – onderling verschillende – soorten zorg (die dus elk een verschillende waarde vertegenwoordigen) op hetzelfde moment. Het schadevergoedingsbedrag kan daardoor disproportioneel groot worden. De Law Commission doet geen suggestie voor een oplossing, maar wijst op de uitspraak *Stanley v. Saddique*, waarin meer vrijheid is genomen (en dus afstand is gedaan van een louter mathematische aanpak) om dit deel van de schadevergoeding te begroten.³⁴² Volgens Matthews, Morgan en O’Cinneide wordt een correctie aangebracht in het licht van de kwaliteit, de kwantiteit en de duur van de zorg.³⁴³

3.3.4 Frankrijk: economische waarde

Naar Frans recht wordt het verlies van hulp in en om het huis door het overlijden van de direct gekwetste vergoed, voor zover kan worden betoogd dat de verloren hulp een economische waarde vertegenwoordigt.³⁴⁴ De feitenrechter beoordeelt, onder meer op basis van het vereiste dat schade voldoende zeker (*certain*) moet zijn, of de nabestaande hulp zou kunnen inschakelen.³⁴⁵

Volgens Lambert-Faivre en Porchy-Simon kunnen ouders geen vergoeding vorderen wegens het verlies van toekomstige verzorging door hun kind, als deze verzorging in feite nog niet is verschaft.³⁴⁶ Ook Le Tourneau leert dat verlies van een kans van ouders op verzorging door hun overleden kind met argwaan wordt benaderd. De reden daarvoor is volgens hem dat het meer en meer ongewoon wordt om uit te gaan van dit type zorg. Bovendien is te onzeker of het kind op een dag voor zijn ouders zou gaan zorgen en dat de ouders deze zorg willen krijgen.³⁴⁷ Dat nadeel zou, op zichzelf genomen, te hypothetisch zijn (niet *certain*).³⁴⁸

Daarentegen ontving een moeder met een slechte gezondheid en een bescheiden inkomen, die de toekomstige hulp van haar studerende zoon (met vooruitzicht op een leidinggevende functie) misliep door zijn overlijden, wel een vergoeding.³⁴⁹ Henri en Léon Mazeaud en Tunc lijken het verschil tussen deze uitkomsten te kunnen verklaren door middel van de theorie van een verlies van een kans (*la perte d’une chance*). Als bij leven de behoefte aan verzorging niet bestaat, wordt geen vergoeding toegekend, omdat onduidelijk is of de behoefte ooit zal ontstaan. De ouders kunnen echter op het moment van het overlijden al een behoefte hebben aan hulp. Als dit het geval

342 Law Commission 1999a, p. 20. Zie [1992] Q.B. 1.

343 Matthews, Morgan en O’Cinneide 2008, p. 287.

344 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 318.

345 2^e Civ., 19 februari 1997, *Resp. Civ. et Assur.* 1997, nr. 147.

346 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 318; Starck, Roland en Boyer 1996, p. 61; Le Roy 2007, p. 107.

347 Le Tourneau 2008, p. 442.

348 Starck, Roland en Boyer 1996, p. 61; Le Roy 2007, p. 107; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 318.

349 Le Roy 2007, p. 107.

is, verliezen zij een kans dat zij (ooit) geholpen zullen gaan worden. Dit kansverlies is een vorm van schade en kan voor vergoeding in aanmerking komen.³⁵⁰

3.4 Tussenconclusie

Er wordt in de onderzochte rechtssystemen geen principieel onderscheid gemaakt tussen het verlies van financieel onderhoud en onderhoud in natura: voor beide verliezen kan in beginsel een vergoeding worden toegekend.³⁵¹ Er geldt wel een beperking wat betreft de kring van gerechtigden en omvang van de vergoeding.

Er kunnen drie wijzen van begrenzing van de kring van gerechtigden worden onderscheiden.³⁵² De eerste manier is door aansluiting te zoeken bij het concrete verlies van onderhoud (Frankrijk en – tot op zekere hoogte – Nederland). Met andere woorden, de direct gekwetste onderhield feitelijk de schadevergoedingvorderende nabestaanden. Daarnaast kan worden begrensd door de kring van gerechtigden te beperken tot de personen jegens wie een juridische onderhoudsplicht bestond (Duitsland). Ten slotte kan bij wet een bijzondere kring van gerechtigden zijn genoemd (Engeland). Welke begrenzungwijze verdient de voorkeur? Een limitatieve opsomming heeft het voordeel dat deze zekerheid biedt voorafgaand aan het geschil. Dit kan echter evengoed worden betoogd als het gaat om feitelijk onderhoud; er hoeft alleen maar te worden aangetoond dat iemand feitelijk onderhoud mist. Een nadeel van een limitatieve opsomming van de kring van gerechtigden is dat minder ‘gerechtigheid’ in een individueel geval kan worden bereikt door de rechter. Het Duitse en Engelse recht – dat laatste systeem vooral wat betreft de vergoeding voor *bereavement damages* (zie hoofdstuk 7, paragraaf 2.4) – vormen daarvan het voorbeeld. Daar komt bovendien bij dat aanpassing van een wettelijke opsomming een wetwijziging vergt. Die wetwijziging laat meestal enige tijd op zich wachten, of komt helemaal niet tot stand. Bovendien is het niet zo dat rechtszekerheid alleen bewerkstelligd kan worden door een definitieve lijst; dat kan evengoed door middel van een duidelijk criterium.

Artikel 6:108 lid 1 BW wordt wat betreft de schadebegroting beheerst door het behoeftigheidsvereiste, hetgeen inhoudt dat de nabestaande behoeftig moet zijn alvorens een vergoeding voor de kosten van het verlies van levensonderhoud moet worden geboden. Er is in de Nederlandse literatuur kritiek geuit op dat vereiste. Opmerkelijk is namelijk dat bij de vaststelling van iemands behoeftigheid er rekening wordt gehouden met alle opgekomen voordelen, dus niet alleen de voordelen die verband houden met de vergoeding van schade. Denk hierbij aan de toerekening van de uitkering uit een levensverzekering, en eventueel zelfs het vermogen gewonnen in een loterij. De kritiek is eenduidig: deze eis wordt nergens anders gesteld in het schadevergoedingsrecht, waarin volledige vergoeding van de schade het uitgangspunt is.

350 Mezeaud, Mazeaud en Tunc 1965, p. 367.

351 Hierover ook McGregor 1986, p. 89.

352 Zie eerder McGregor 1986, p. 90.

Nabestaanden kunnen naar Nederlands recht in beginsel alleen vergoeding vorderen voor de kosten van het verlies van levensonderhoud en die van lijkbezorging. Naar Duits, Engels en Frans recht lijkt dat uitgangspunt niet anders te zijn. Gesuggereerd is om aansluiting te zoeken bij het begrip ‘volledige vergoeding’, maar dat begrip zegt niet zoveel over de vergoeding van de schade van nabestaanden. Artikel 6:108 BW wordt namelijk beschouwd als sanctie die staat op het onrechtmatig overlijden van de direct gekwetste. De direct gekwetste is overleden en kan door het verlies van rechts-subjectiviteit geen schade meer lijden. Als wordt uitgegaan van volledige vergoeding van de schade veroorzaakt door die normschending, dan wordt de vergoeding gereduceerd naar ‘nul’. Toch wordt aan nabestaanden een vergoeding toegekend, en terecht: zij zijn de echte schadelijders.

4. De kosten van lijkbezorging

4.1 Inleiding

De vergoedbaarheid van de kosten van lijkbezorging lijkt geen probleem te zijn. Naar Nederlands, Duits, Engels en Frans recht wordt een vergoeding geboden. Niettemin kunnen twee vragen worden gesteld. De eerste vraag betreft: wat is de rechtvaardiging voor de vergoeding van de kosten van lijkbezorging? En voorts: zijn de kosten van lijkbezorging verhaalbaar op grond van een geërfd of een autonoom vorderingsrecht?

4.2 *Nederland: passende vergoeding*

Nabestaanden hebben naar Nederlands recht een vorderingsrecht ter verhaal van de kosten van lijkbezorging (artikel 6:108 lid 2 BW). In artikel 1406 Oud BW werd deze mogelijkheid niet geboden.³⁵³ In de praktijk werden de kosten van lijkbezorging veelal toch vergoed. Het Verbond van Verzekeraars neemt althans sinds 1980 het volgende standpunt in:

‘Wanneer de kosten van begrafenissen of crematie voor rekening van een natuurlijk persoon komen zullen motorrijtuig- en aansprakelijkheidsverzekeraars die kosten – mits binnen redelijke grenzen – voor hun rekening nemen, indien voor bedoelde kosten geen andere voorzieningen getroffen zijn. (...)’³⁵⁴

353 HR 27 februari 1925, NJ 1925, 566 (*Spoorwegongeval te Weesp*). In het ontwerp van 1833 werd de vergoedbaarheid van deze kosten nog vermeld, Jonckers Nieboer 1935, p. 69. De Groot noemde de vergoedbaarheid van deze kosten wel krachtens het Oud-Hollandsche recht, Inl. Boek III.3, p. 194.

354 Zie Rapport van de Verbondscommissie schaderegelingsbeleid 1984, p. 230-231.

Het werd kennelijk als onbillijk ervaren dat de kosten van lijkbezorging niet voor vergoeding in aanmerking zouden kunnen komen.³⁵⁵ Overigens waren aanvankelijk de begrafenis­kosten niet opgenomen in het voorgestelde artikel 6:108 BW.³⁵⁶

Wat onder kosten van lijkbezorging moet worden verstaan, kan niet uit artikel 6:108 lid 2 BW worden opgemaakt. De Verbondscommissie schaderegelingsbeleid onderscheidde aanvankelijk: de ‘kale’ kosten van de begrafenis (kist, rouwauto, dienst en begrafenisondernemer), de bijkomende kosten (kaarten, advertenties, bloemen, koffie en dankberichten) en de kosten voor de grafsteen en reiskosten. Laatstgenoemd verlies werd ook wel beschouwd als verder verwijderde kosten.³⁵⁷ Volgens Van Wassenaer werden de eerste twee kostenposten zonder meer vergoed als bewijsstukken werden aangeleverd.³⁵⁸

De kosten van lijkbezorging moeten worden vergoed ‘voor zover zij in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene.’ Welke omstandigheden dat zijn blijkt niet uit de wettekst. Uit de Parlementaire Geschiedenis valt op te maken dat de redelijkheid richtinggevend moet zijn.³⁵⁹ Storm, Kamp en Schön noemen vier omstandigheden: de wens of vermoedelijke wens van de overledene,³⁶⁰ de maatschappelijke stand en de inkomens- en vermogenspositie, familiegebruiken en de wijze van verzekeren van het slachtoffer.³⁶¹ Van Eijk betoogt dat bij de te vergoeden kostenposten rekening gehouden moet worden met de religieuze en culturele achtergrond van het slachtoffer.³⁶² Er geldt geen bijzondere kring van gerechtigden die aanspraak kunnen maken op vergoeding van de kosten van lijkbezorging, zoals wel het geval is bij het verlies van levensonderhoud.

355 Mon. BW B37 (Van Wassenaer), p. 63.

356 Parl. Gesch. Boek 6, p. 389-390.

357 Mon. BW B 37 (Van Wassenaer), p. 63.

358 Mon. BW B 37 (Van Wassenaer), p. 63. HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, m.nt. J.B.M. Vranken (*Pruiskens/Organice*). Uit lagere rechtspraak blijkt niet dat de rechtspraak grote problemen heeft met de vergoeding van de kosten van de aankoop van de grafsteen of de grond waarop het graf ligt c.q. komt te liggen: Rb. Haarlem 23 juli 2002, LJN AE6438 (gevoerde bedrag toegekend), Rb. Breda 20 augustus 2002, LJN AE6869 (idem), Hof Arnhem 28 oktober 2008, LJN AN1463 (uitvaartkosten, grafverzorging, bloemen, dankbetuiging, boekje kerkdienst en bidprentje), Hof Leeuwarden 24 mei 2005, LJN AU1215 (o.a. grafsteen en graveren), Rb. Arnhem 17 januari 2007, LJN AZ9274 (o.a. aankoop grond graf).

359 Parl. Gesch. Boek 6, p. 392, 395 en 399.

360 In deze zin ook artikel 18 lid 1 Wet op de lijkbezorging.

361 Storm, Kamp en Schön 1995, p. 222-223.

362 Van Eijk 2001, p. 108. Voor zover bewijs overlegd kan worden voor de kosten in verband met een begrafenis in het land van herkomst, lijkt het alsof zich in de lagere rechtspraak geen problemen voordoen. Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 19 juni 2002, LJN AE4420 (Marokkaanse begrafenis), Rb. Arnhem 17 januari 2007, LJN AZ9274 (begrafenis in Turkije), Rb. Utrecht 30 januari 2008, JA 2008, 47 (begrafenis in Marokko). Over de aanschaf van (traditionele) kleding voor de begrafenis wordt verschillend geoordeeld, Hof 's-Hertogenbosch 3 oktober 2006, LJN AZ3875, Hof Leeuwarden 19 juni 2002, LJN AE4420.

Moet bij de beoordeling van de kostenposten rekening worden gehouden met een gemiddeld persoon in dezelfde leefsituatie (de maatman), of is het recht op vergoeding van de kosten van lijkbezorging hoogst persoonlijk en mag de rechter niet treden in de beoordeling van de gevorderde kostenposten?³⁶³ De Hoge Raad oordeelt dat de gemiddelde kosten van een gedenksteen in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene.³⁶⁴ In het midden wordt gelaten of van een subjectieve of objectieve interpretatie van de omstandigheden mag worden uitgegaan.

Er wordt door sommigen getwijfeld aan gerechtvaardigheid van de vergoeding van de kosten van lijkbezorging. Een argument tegen is dat zeker is dat ooit deze kosten gemaakt zullen worden. Als iemand overlijdt ten gevolge van een onrechtmatige daad kan hooguit betoogd worden dat deze kosten *eerder* worden gemaakt.³⁶⁵ Waarom komen deze kosten dan toch voor vergoeding in aanmerking? Niet ontkend kan worden dat de kosten van iemands lijkbezorging op enig moment gemaakt zullen moeten worden, ongeacht of er een onrechtmatige daad is gepleegd tegenover de direct gekwetste. Er bestaat echter allereerst een praktisch probleem: wie zegt dat de overledene, zonder het ongeval, als eerste overleden zou zijn? Wie zegt dus dat *deze* nabestaande de kosten had moeten dragen (voor zover niet gedekt door een verzekering)? Wat dat betreft lijkt vergoeding voor de hand te liggen. Het zijn kosten direct voortvloeiend uit het ongeval, die waarschijnlijk door de nabestaanden gedragen zullen worden.

4.3 Duitsland: gebruikelijk en nodig, en verplicht tot betalen

Naar Duits recht heeft de nabestaande een vorderingsrecht ter verhaal van de kosten van lijkbezorging. Wat kosten van lijkbezorging zijn, wordt niet duidelijk uit de wettekst. Röthel stelt dat daaronder wordt verstaan: '*Kosten (...) die unmittelbar durch die Beerdigung entstanden oder untrennbar mit ihr verbunden sind.*'³⁶⁶ Dit zijn vooral kosten verbonden aan de teraardebestelling 'op zich' en die van de 'festiviteiten' daaromheen. Dat geldt ook in geval van een crematie.³⁶⁷ Lange en Schiemann leren dat onder de kosten van lijkbezorging worden geraamd: de kosten van de teraardebestelling, de koffietafel, het graf, de grafsteen en de rouwkleding.³⁶⁸ Röthel noemt ook de kosten van het vervoer van het lijk. Als het lijk in het buitenland begraven wordt, dan

363 In laatste zin oordeelt de Rb. Utrecht 30 januari 2008, JA 2008, 47.

364 HR 16 december 2005, NJ 2008, 186, m.nt. J.B.M. Vranken cassatiemiddel onder 3.1 (*Pruisken/Organice*), r.o. 3.3.3.

365 Parl. Gesch. Boek 6, p. 394, voetnoot 1; Van Eijk 2001, p. 102; noot W.H. van Boom bij HR 16 december 2005, JA 2006, 21 (*Pruisken/Organice*).

366 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 54. Voor een overzicht zie Küppersbusch 1996, p. 134-135.

367 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 58.

368 Lange en Schiemann 2003, p. 319. Vgl. Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 60 (graf), 62 (receptie en maaltijd), 63-64 (rouwkleding). Zie bijvoorbeeld OLG Köln 18 december 2006, 16 U 40/06, RgNr 48. De meerkosten verbonden aan een dubbel graf of een familiegraf hoeven niet vergoed te worden (Rn 61). Dit geldt ook voor de onderhoudskosten van het graf (Rn 65) en voor kosten verbonden aan jaarlijkse herdenkingsceremonies (Rn 65). Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 19.

moeten de kosten die daaraan zijn verbonden gebruikelijk (*üblich*) en nodig (*erforderlich*) zijn.³⁶⁹ Reiskosten, overnachtingkosten en de daaruit voortkomende kosten van nabestaanden zijn niet vergoedbaar.³⁷⁰ Tot begrafenis kosten worden niet gerekend: lopende kosten van het onderhoud van het graf of het inkomensverlies veroorzaakt door het bijwonen van de begrafenis en kosten in verband met een geannuleerde vakantie vanwege een sterfgeval, aldus Wagner.³⁷¹ Kosten verbonden aan een bewijs van erfgenaamschap, de opening van het testament en de tenuitvoerlegging van het testament hoeven niet vergoed te worden krachtens § 844 BGB. Volgens Röthel bestaat er namelijk geen onafscheidelijke samenhang met de begrafenis.³⁷²

De kring van gerechtigden is beperkt tot degenen die verplicht zijn tot betaling van deze kosten (§ 844 I BGB).³⁷³ Die verplichting kan bestaan zowel bij wet (de erfgenamen, § 1968 BGB, onderhoudsplichtigen, § 1615 II BGB, echtgenoten en juridisch partners, §§ 5 II en 12 II 2 LPartG, en de verwanten in verdere graad), als bij overeenkomst (een contract met een tehuis).³⁷⁴ Als iemand niet verplicht is tot betaling van deze kosten, maar die feitelijk wel maakt, dan komt hem geen schadevergoedingsrecht toe krachtens § 844 II BGB.³⁷⁵ Röthel wijst echter op de mogelijkheid tot een beroep op zaakwaarneming (*Geschäftsführung ohne Auftrag*).³⁷⁶ In beginsel vindt geen voordeelverrekening plaats als begrafenis kosten worden gemaakt, aldus Wagner: de aansprakelijke kan er niet op wijzen dat de direct gekwetste vroeg of laat zou zijn gestorven.³⁷⁷

Bij de vaststelling van de omvang van de vergoeding wordt rekening gehouden met de individuele omstandigheden van de overledene bij leven, aldus Lange en Schiemann.³⁷⁸ Röthel spreekt ook wel over een ‘*angemessen Beerdigung*’, Küppersbusch over ‘*standesgemäßen Beerdigung*’ en Wagner over een ‘*angemessenen und würdigen und damit nicht nur notdürftigen Beerdigung*’.³⁷⁹

369 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 59.

370 Küppersbusch 1996, p. 135; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 62 en 67; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 20. Wagner stelt dat kosten verbonden aan het onderbrengen van buitenlandse gasten wel vergoedbaar zijn, MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 19.

371 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 20. BGH 4 april 1989, *VersR* 1990, 715, comm. E. Deutsch en S. Schramm.

372 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 66. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 20.

373 Larenz en Canaris 1994, p. 588; Küppersbusch 1996, p. 133; Lange en Schiemann 2003, p. 319; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 45; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 16; Kötz en Wagner 2010, p. 289.

374 Röthel 2001, p. 332; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 46-49; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 16-17. Zie ook Küppersbusch 1996, p. 133. De gescheiden achterblijvende echtgenoot is niet verplicht tot betaling van de kosten van lijkbezorging.

375 Röthel 2001, p. 332; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 16.

376 §§ 683, 670. Zie Röthel 2001, p. 332. Zie ook MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 16.

377 MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 21. Voordeeltorekening is mogelijk als kosten worden gemaakt voor rouwkleding, zie MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 21, 19.

378 Lange en Schiemann 2003, p. 319.

379 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 55; Küppersbusch 1996, p. 133; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 19.

4.4 Engeland: gelimiteerde kring van de FAA 1976

De kosten van lijkbezorging zijn vergoedbaar op grond van de FAA 1976. Wederom is onduidelijk welke kosten precies geschaard kunnen worden onder deze vordering. De Law Commission stelt dat een vordering tot vergoeding van de kosten van een wake, een gedenkteken of een monument worden afwezen, maar dat de kosten van een eenvoudige grafsteen en kosten verbonden aan balsemen wel worden toegewezen.³⁸⁰

De kring van gerechtigden is gelijk aan die voor de vergoeding van de kosten van het levensonderhoud.³⁸¹ Het betreft dus een bij wet gelimiteerde lijst van gerechtigden, niet het feitelijk maken van de kosten of de onderhoudsplicht is het uitgangspunt. McGregor stelt dat die keuze eenvoudig is te verklaren: oorspronkelijk waren de kosten van lijkbezorging niet opgenomen als vergoedbare schadepost in de *Fatal Accidents Act*, daarin is later pas verandering gekomen en toen is aansluiting gezocht bij de al bestaande opsomming van gerechtigden.³⁸²

De kosten moeten redelijk zijn in het licht van de individuele omstandigheden. Rekening moet worden gehouden met de status, het geloof en de (culturele) afkomst van de overledene.³⁸³

De Law Commission heeft gevraagd of het recht op vergoeding van begrafeniskosten gehandhaafd zou moeten worden. Een argument voor afschaffing is dat begrafeniskosten gemaakt moeten worden, ongeacht of iemand een natuurlijke dood sterft of overlijdt door een onrechtmatige daad. Een grote meerderheid van de respondenten verzet zich tegen deze suggestie (85%), omdat de vergoeding kan worden beschouwd als een tegemoetkoming voor de tragische en onverwachte omstandigheden waaronder iemand is overleden.³⁸⁴ Het verwijderen van deze mogelijkheid zou volgens de respondenten ook een vorm van ‘*penny-pinching*’ en bovendien ‘*distasteful*’ zijn.³⁸⁵

4.5 Frankrijk: welvaart en welzijn

De kosten van lijkbezorging zijn ook naar Frans recht vergoedbaar. Het betreft bijvoorbeeld de kosten verbonden aan de begrafenis en eventueel die voor het vervoer van het lichaam naar het vaderland.³⁸⁶

380 Law Commission 1999a, p. 16. Vgl. Matthews, Morgan en O’Cinneide 2008, p. 288.

381 Een vergoeding voor de kosten van lijkbezorging kan ook worden gevorderd door de nalatenschap (section 1(2)(c) *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934*).

382 McGregor 1986, p. 106.

383 Law Commission 1999a, p. 16.

384 Law Commission 1999a, p. 47 en p. 48, voetnoot 57.

385 Law Commission 1999a, p. 47.

386 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 310-311. Zie bijvoorbeeld *Crim.*, 5 december 1991, *Resp. Civ. et Assur.*, 1992, nr. 87.

Vergoeding van de kosten van lijkbezorging kan naar Frans recht zowel door de erfgenamen als door de nabestaanden gevorderd worden.³⁸⁷ Uitgangspunt is dat degene die in concreto de kosten maakt, daarvoor vergoeding kan vorderen.

Als maatstaf voor de vergoeding geldt de sociale situatie (het welzijn) van de overledene en de financiële draagkracht (de welvaart) van de nabestaanden.³⁸⁸ De kosten worden concreet begroot.³⁸⁹

De reden voor de vergoeding van de kosten van lijkbezorging lijkt de voortijdigheid waarmee deze door de erfgenamen moeten worden gemaakt.³⁹⁰ Jourdain voegt daaraan toe dat dit kosten zijn die ten gunste van de direct gekwetste worden gemaakt.³⁹¹

Zoals gezegd, kunnen (ook) erfgenamen vergoeding vorderen voor de kosten van lijkbezorging. De kosten verbonden aan de afwikkeling van de erfenis (*les droits de mutation*) zijn ook kosten van de erfgenaam, maar die kosten worden niet vergoed naar Frans recht, omdat deze, volgens Chartier als een '*charge normale de la succession*' zijn aan te merken.³⁹² De kosten die de nabestaanden moeten maken, vloeien dus, volgens het *Cour de Cassation*, niet direct voort uit het onrechtmatige gedrag.³⁹³

4.6 Tussenconclusie

Voor de kosten van lijkbezorging moet in alle besproken rechtsstelsels een vergoeding worden geboden. Er bestaat wel een aantal verschillen. Zo kan een onderscheid gemaakt worden tussen de vergoedingsplicht tegenover degenen die feitelijk de kosten maken (Nederland en Frankrijk), degenen die deze feitelijk maken en bovendien verplicht zijn tot het maken van de kosten (Duitsland) en iemand uit een bij wet gelimiteerde kring van gerechtigden die de kosten feitelijk maakt (Engeland).

Welke oplossing de voorkeur heeft, heeft te maken met een vraag naar rechtszekerheid tegenover flexibiliteit. Betreft het 'hulp' voor de direct gekwetste (diens laatste rustplaats), dan zie ik goede reden om aansluiting te zoeken bij de feitelijke schade lijder en dus een flexibel systeem. Is de vergoeding gerechtvaardigd omdat die kosten eerder dan gedacht worden gemaakt door nabestaanden, dan is het gerechtvaardigd om de kring te beperken tot de personen die de kosten toch al zouden gaan maken.

387 Le Roy 2007, p. 93 (erfgenamen); Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 310-311. Ook indien de nalatenschap wordt verworpen, Civ. 1^{er}, 14 mei 1993, D.1993.247, noot J.E. Eschylle.

388 C. Lille, 28 maart 1962, D.1962.431, noot Le Roy. Vgl. voorstel in (rapport) Lambert-Faivre 2003, p. 26: '*Evaluation in concreto pour des frais engagés selon des normes habituelles.*' Vgl. Dintilhac 2005, p. 42.

389 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 311.

390 Req., 10 april 1922, DP.1923.1.52, noot Lalou.

391 Jourdain 2007, p. 125.

392 Chartier 1983, p. 242. Vgl. Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 311.

393 Zie bijv. 2^e Civ., 8 november 1995, D.1996.360, noot D. Roets.

Er bestaat kritiek op de vergoedbaarheid van de kosten van lijkbezorging. Het argument dat wordt aangevoerd is dat de direct gekwetste nooit vergoeding van deze schade had kunnen vorderen.³⁹⁴ Bovendien moeten deze kosten op enig moment worden gemaakt, ongeacht of sprake is van een onrechtmatige daad. Toch wordt niet vergoeden als een anomalie beschouwd.

Zowel in Frankrijk als in Engeland is overigens gediscussieerd over uitbreiding: als de kosten van lijkbezorging vergoedbaar zijn, waarom dan ook niet andere kosten die ontstaan vanwege het overlijden van een ander. In de volgende paragraaf wordt daaraan aandacht besteed.

5. De vordering van nabestaanden: hoe ver wordt de vergoedingsplicht doorgetrokken?

5.1 Inleiding

Naar Nederlands recht komen alleen de kosten veroorzaakt door het verlies van levensonderhoud en die voor de lijkbezorging voor vergoeding in aanmerking. Het is echter niet zo dat nabestaanden geen andere schade kunnen lijden. Zo kan onder meer worden gedacht aan kosten van de afwikkeling van de erfenis, kosten gemaakt ten behoeve van verwerking van verdriet en kosten door verlies van carrièreperspectieven of veroorzaakt door studievertraging.³⁹⁵ Deze kosten zijn vergelijkbaar met die voor lijkbezorging, omdat het kosten zijn die nooit voor rekening van de overledene zouden zijn gekomen, als hij in leven was gebleven. De kernvraag van deze paragraaf is in hoeverre er naar Duits, Engels en Frans recht vergoeding wordt geboden voor andere kosten. Gestart wordt met de parlementaire discussie over artikel 6:108 BW en het voorstel om een ruimere vergoeding te geven in geval van opzet of bewuste schuld aan de zijde van de aansprakelijke.

5.2 De aard van de onrechtmatige daad

Bij aanvang van de discussie over artikel 6:108 BW is de vraag voorgelegd of de wet ook vergoeding van 'andere schade' dan de kosten van het verlies van levensonderhoud mogelijk moest maken, als de aansprakelijke opzet of bewuste schuld kon worden verweten.³⁹⁶ De minister reageerde daarop in positieve zin.³⁹⁷ Er ontstonden alsnog twijfels, omdat onduidelijk was wat met 'andere schade' werd bedoeld.³⁹⁸ Ook zou onduidelijk zijn wie tot de kring van gerechtigden behoorden; men vreesde dat dit tot een onvoorzienbare uitbreiding van aansprakelijkheid zou leiden, 'vooral in

394 Hierover in het kader van de vordering van de erfgenaam McGregor 1986, p. 81.

395 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 161; Van der Zalm 2011, p. 51-53.

396 Parl. Gesch. Boek 6, p. 391.

397 Parl. Gesch. Boek 6, p. 391-392.

398 Parl. Gesch. Boek 6, p. 391.

combinatie met het criterium “grove schuld”.³⁹⁹ Voorts werd de rechtsgrond voor de vordering in twijfel getrokken.⁴⁰⁰

Een artikellid over de vergoedbaarheid van andere schade dan het verlies van levensonderhoud of de kosten van lijkbezorging, in geval van opzet of grove schuld, is zodoende nooit geformuleerd.

5.3 Kosten van de afwikkeling van de erfenis

In de Engelse literatuur is discussie gevoerd over de vergoeding van de kosten van de afwikkeling van de erfenis.⁴⁰¹ Naar aanleiding van de discussie over de vergoeding van de kosten van lijkbezorging, stelde de Engelse Law Commission zichzelf de vraag of een verdere uitbreiding van het aantal te vergoeden kostenposten nodig zou zijn. Denkbaar is namelijk dat ook andere kosten worden gemaakt die geen resultaat zijn van het verlies van levensonderhoud, maar samenhangen met het onverwachte overlijden van de direct gekwetste.

De kostenpost waaraan de Law Commission dacht, zijn de redelijke kosten van de afwikkeling van de erfenis. Hoewel een kleine meerderheid voor enige vergoeding was, volgt de Law Commission die niet, omdat een groot aantal respondenten er op heeft gewezen dat ook vergoeding van de begrafeniskosten al onlogisch is (het zijn kosten die altijd gemaakt zouden moeten worden): ‘*and while acceptable as a sympathetic gesture to the bereaved in the light of the unexpected death, the anomaly should not be extended.*’⁴⁰² Bovendien zouden de kosten van lijkbezorging eenvoudig te berekenen zijn, terwijl dit niet het geval is voor de kosten van de afwikkeling van de erfenis. Betoogd werd ook dat de vergoeding van deze kosten een stimulans zou betekenen voor het onnodig inschakelen van professionals.⁴⁰³

5.4 Kosten voor de verwerking van verdriet

Een andere kostenpost waarover de Law Commission discussieerde, zijn de kosten voor de verwerking van verdriet (*grief counselling*). Meer dan tweederde van de respondenten verzet zich tegen die vergoeding. Een aantal wijst op wetenschappelijke twijfel over de voordelen van *grief counselling*. Deze groep was tegen de stimulering van een *counselling ‘culture’* en *‘industry’*. Bovendien is betoogd dat de kosten verbonden aan *grief counselling* reeds opgevangen worden door toekenning van *bereavement damages*. Daarbij kan echter de kanttekening worden geplaatst dat die

399 Parl. Gesch. Boek 6, p. 393.

400 Parl. Gesch. Boek 6, p. 393.

401 De vergoeding voor de kosten ten aanzien van de afwikkeling van de erfenis is afgewezen door het *Cour de Cassation*, 2^e Civ., 8 november 1995, D.1996.360, noot D. Roets. Roets is kritisch omdat hij geen onderscheid ziet tussen de vergoeding voor de kosten van lijkbezorging en die voor de afwikkeling van de erfenis; beide kostenposten bestaan omdat de direct gekwetste voortijdig is overleden (p. 362).

402 Law Commission 1999a, p. 48.

403 Law Commission 1999a, p. 48.

schadevergoeding niet beoogt materiële schade te vergoeden. De Law Commission concludeert dat deze kosten niet vergoedbaar zouden moeten worden, omdat zij niet wil stimuleren dat personen een behandeling ondergaan die zij normaliter niet overwogen zouden hebben en waarover vanuit wetenschappelijke hoek twijfel bestaat.⁴⁰⁴

De Law Commission gaat door met de discussie. Moet ook vergoeding worden gegeven aan derden die *dependents* gaan verzorgen? *Section 1(3) FAA 1976* laat een vergoeding toe aan *dependents*, maar niet direct aan personen die voor hun naasten zijn gaan zorgen vanwege het overlijden van de direct gekwetste. Hoewel de Law Commission, gezien de uitkomst in *Hunt v. Severs*, een rechtvaardiging ziet voor de vergoeding van kosteloze verzorging door derden, toont de commissie zich geen voorstander. De reden daarvoor is dat er geen onderscheid mag bestaan tussen letselschade- en overlijdensschadezaken. Bovendien zouden de ontvangers van de zorg de vergoeding moeten ontvangen. De Law Commission benadrukt dat vrijwel alle respondenten het eens waren met deze stellingname.⁴⁰⁵

Ten slotte is bediscussieerd of *dependents* een vergoeding zou moeten toekomen voor de kosten van medische hulpverlening, die is betaald voordat de direct gekwetste overleed. Die kosten kunnen thans alleen door de erfgenamen worden gevorderd. 90% van de respondenten heeft zich uitgesproken tegen deze verandering, omdat dit een doorkruising zou betekenen van de dogmatiek die ten grondslag ligt aan het systeem, dat thans '*perfectly well*' zou functioneren.⁴⁰⁶

De overkoepelende conclusie van de Law Commission is dat zij geen reden zag tot uitbreiding van het aantal te vergoeden kostenposten. De vergoeding van de begrafeniskosten zou *anomalous* (afwijkend) zijn waardoor terughoudendheid betracht moet worden in het kader van de vergoeding van andere kostenposten.⁴⁰⁷

5.5 Overige materiële schade

Het Franse systeem lijkt op het eerste gezicht toleranter ten opzichte van vorderingen van nabestaanden vanwege het ontbreken van een bijzondere regeling. Als voorbeeld wordt genoemd dat een achterblijvende verloofde schadevergoeding kan vorderen voor de reeds gemaakte kosten van haar bruidsjurk en het huwelijk.⁴⁰⁸ Jourdain wijst op de situatie dat door het overlijden van de direct gekwetste een professioneel samenwerkingsverband tussen de nabestaande en de direct gekwetste ten einde is gekomen. Kosten die daaruit voortvloeien, moeten worden vergoed.⁴⁰⁹ Ook de eigen inkomensschade vanwege het overlijden van de direct gekwetste lijkt te kunnen worden verhaald. Maar niet altijd. Een voorbeeld uit de Franse jurisprudentie is de afgewezen vordering van een man die vergoeding vordert voor zijn schade veroorzaakt door het opzeggen van zijn baan in Saoedi-Arabië nadat zijn vrouw is overleden. De

404 Law Commission 1999a, p. 49.

405 Law Commission 1999a, p. 49.

406 Law Commission 1999a, p. 50.

407 Zie bijvoorbeeld Law Commission 1999a, p. 50.

408 Le Roy 2007, p. 109.

409 Jourdain 2007, p. 125.

reden daarvoor is dat zijn zoon, die bij zijn moeder in Frankrijk woonde, na haar overlijden emigreerde naar Saoedi-Arabië, maar niet kon wennen. De man besloot daarom zijn baan op te zeggen en terug te gaan naar Frankrijk. De vergoeding is afgewezen op de grond dat de schade volgens het *Cour de Cassation* in een indirect verband stond met het ongeval.⁴¹⁰ De Franse rechter wees ook een vordering af van de ouders ter verhaal van de betaalde, doch onbenutte, studiekosten van hun overleden kind.⁴¹¹

Ook in de hervormingsrapporten met betrekking tot het Franse schadevergoedingsrecht is aandacht besteed aan de begrenzing van de te vergoeden kosten. Naast de kosten van het verlies van inkomen en die voor lijkbezorging wordt aandacht besteed aan '*autres frais*' oftewel '*frais divers des proches*'. Gesuggereerd is om kosten verbonden aan reizen, transport en hotels als gevolg van het overlijden te vergoeden.⁴¹² Wat daaronder moet worden verstaan, is onduidelijk, maar wellicht kan gedacht worden aan reiskosten (en dergelijke) voor de begrafenis, voor zover deze niet reeds onder de normale kosten van lijkbezorging moeten worden geschaard. Aan andere schadeposten wordt geen aandacht besteed.

5.6 Tussenconclusie

Als hoofdregel lijkt in alle onderzochte rechtssystemen te gelden dat geen andere kosten dan die verbonden aan het verlies van levensonderhoud of die voor de lijkbezorging worden vergoed. Alleen in Frankrijk lijken andere schadeposten (kosten voor een gepland huwelijk en soms eigen inkomensschade) te worden vergoed, hoewel in de Franse hervormingsvoorstellen niet wordt gesproken over andere kosten dan die van het levensonderhoud of lijkbezorging.

Er is tijdens het parlementaire debat over artikel 6:108 BW kort gesproken over uitbreiding van vergoedingsmogelijkheden in geval van opzet of bewuste schuld van de aansprakelijke, maar besloten is om die uitbreiding niet door te voeren, omdat het te veel onduidelijkheden zou opleveren.

6. De vordering van de erfgenaam

6.1 Inleiding

Een naaste kan bij overlijden van de direct gekwetste erfgenaam worden van de aansprakelijkheidsvordering van de overledene. De reden dat het vorderingsrecht van de erfgenaam in dit hoofdstuk wordt behandeld, is ten eeste dat een naaste zowel nabestaande als erfgenaam kan zijn, indien de direct gekwetste overlijdt. Hoewel het

410 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 305, zie 2^e Civ., 3 oktober 1990, *Resp. Civ. et Assur.*, 1990, nr. 398.

411 Le Roy 2007, p. 107.

412 Lambert-Faivre 2003, p. 27; Dintilhac 2005, p. 43. Vgl. Avant-project 2005, p. 163.

de facto niet gaat over de schade van een naaste veroorzaakt door het overlijden van de direct gekwetste, maar over de schade van de direct gekwetste zelf, kan er wel een samenloop bestaan tussen beide posities in de persoon van dezelfde naaste. In de Engelstalige literatuur is gesuggereerd om de positie van de erfgenaam uit te breiden ten koste van de positie van de nabestaande uit hoofde van de FAA 1976. Om die samenloop en de argumenten voor de keuze voor een uitgebreid afgeleid vorderingsrecht (in plaats van de uitbreiding van het geërfde vorderingsrecht) inzichtelijk te maken, wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de vordering van de erfgenaam. Vooraf moet worden opgemerkt dat zowel naar Nederlands recht als naar Duits, Engels en Frans recht de vordering van de direct gekwetste vererft, zij het dat niet alle schadeposten (materieel en immaterieel) kunnen vererven.

6.2 *Nederland: geen vererving van het vorderingsrecht ten aanzien van de immateriële schade*

Het vorderingsrecht van de direct gekwetste kan naar Nederlands recht vererven. Het betreft de materiële schade van de direct gekwetste ontstaan vóór zijn overlijden. Het geërfde vorderingsrecht heeft geen betrekking op schade veroorzaakt door zijn overlijden, of op de immateriële schade van de direct gekwetste (artikel 6:106 lid 2 BW).⁴¹³ Een uitzondering op de regel dat de vordering voor de immateriële schade niet vererfbaar is, wordt gemaakt als in rechte reeds een vordering is ingesteld (door de gekwetste) of bij overeenkomst is vastgelegd dat het recht op vergoeding voor overdracht of beslag vatbaar is. De overgang onder *algemene titel* (het geërfde vorderingsrecht) is mogelijk als de gerechtigde aan de wederpartij heeft *medegedeeld* dat hij aanspraak maakt op een vergoeding voor immateriële schade. De reden die ten grondslag ligt aan het feit dat de smartengeldvordering niet vererfbaar is, heeft vooral betrekking op het persoonlijk karakter van de vordering. Waarom zou een smartengeldbedrag moeten worden toegekend als het leed van de gekwetste in concreto niet meer kan worden verzacht?⁴¹⁴

Lindenbergh verklaart deze keuze door te stellen dat sommige benadeelden het wellicht 'onethisch' zouden vinden om een vergoeding voor immateriële schade te vorderen. Deze gedachte zou echter niet meer 'op grote schaal' worden gedeeld, tenminste niet in die mate dat het stellen van een extra vereiste (nadere handeling van de gekwetste) gerechtvaardigd zou zijn. Meer gewicht heeft echter, volgens Lindenbergh, het argument dat de schade een persoonlijk karakter heeft. Maar ook dat argument kan niet verklaren waarom dan bij een handeling van de gekwetste voor diens overlijden tot een andere beslissing moet worden gekomen; onzeker blijft namelijk of de direct gekwetste heeft kunnen genieten van de vordering, aldus Lindenbergh.⁴¹⁵ In rechtsvergelijkend perspectief is de bepaling uitzonderlijk. Lindenbergh betoogt dat

413 Asser/Hartkamp 6-II*, nr. 162.

414 Parl. Gesch. Boek 6, p. 378.

415 Lindenbergh 1998, p. 326.

artikel 6:106 lid 2 BW blijkt geeft van een zekere ‘koudwatervrees’ ten opzichte van de vergoeding voor immateriële schade. Hij stelt voor om dit lid te schrappen.⁴¹⁶

Dat het smartengeldbedrag niet vererft, is opmerkelijk, omdat immateriële schade thans als een reële schade wordt gezien, waarvoor brede erkenning bestaat; ook als geen sprake is van lichamelijk of geestelijk letsel, maar (‘louter’) van een ernstige schending van een fundamenteel recht. Ik ben het daarom eens met Lindenbergh: het tweede lid van artikel 6:106 lid 2 BW moet worden geschrapt, omdat ik, net als Lindenbergh, geen doorslaggevend argument zie voor het onderscheid tussen de situatie waarin is medegedeeld door de direct gekwetste dat hij aanspraak wil maken op zijn vergoeding, en die waarin dat niet is gebeurd. Het vorderingsrecht wordt daardoor afhankelijk gemaakt van een toevallige omstandigheid die – waarschijnlijk – op het moment dat het letsel intreedt niet op het ‘to do’-lijstje staat van een gekwetste of zijn naasten. Er bestaat dus een principiële keuze: zou een smartengeldbedrag moeten kunnen vererven? Mijns inziens zou die vraag met ‘ja’ moeten worden beantwoord.

6.3 Duitsland: vererving van materiële en immateriële schade

De vordering van de direct gekwetste, zoals ontstaan voor diens overlijden, vererft krachtens § 1922 BGB.⁴¹⁷ Dit betreft zowel de materiële als de immateriële schade van de direct gekwetste.⁴¹⁸ De vordering van de erfgenamen kan uitsluitend die schade betreffen die de direct gekwetste bij leven heeft geleden.⁴¹⁹ Zoals Pfeifer opmerkt: ‘*der Tot [schließt] die Schadensbilanz ab.*’⁴²⁰

De smartengeldvordering is vererfbaar. Heß en Burmann betogen dat de hoofdvraag is of de gekwetste voor diens overlijden een eigen smartengeldaanspraak heeft verworven. Dat hangt af van de duur van de periode tussen het letsel en het daadwerkelijke overlijden. Ook is van belang of de gekwetste nog pijn heeft gehad en in hoeverre hij de levensbedreigende toestand heeft meegemaakt.⁴²¹ Overlijdt de direct gekwetste op slag, dan bestaat geen immateriële schade en kan er geen smartengeldbedrag vererven.⁴²²

Klinger vindt dat onbevredigend, omdat nabestaanden afhankelijk worden van de duur van het lijden van de gekwetste alvorens zij een smartengeldbedrag ontvangen. Bovendien leidt het tot moeilijke vragen: ‘*Dies führt in Prozessen um die Durchsetzung derartiger Ansprüche zu den (auch rechtsethisch) unerfreulichen Auseinandersetzungen*’

416 Lindenbergh 1998, p. 328.

417 Stoll 1993, p. 359; Pfeifer 2005, p. 798; Staudingers/Röthel (2007) § 844 Rn 13, p. 238.

418 In 1990 is de beperking wat betreft de vererfbaarheid van het smartengeld komen te vervallen.

Hierover Huber 1998, p. 345; Staudinger/Röthel § 844 Rn 13, p. 238.

419 Staudinger/Röthel § 844 Rn 14, p. 238.

420 Pfeifer 2005, p. 808. In gelijke zin Stoll 1993, p. 359.

421 Heß en Burmann 2006, p. 304. Vgl. over de duur van het lijden, Klinger 2005, p. 290; Pfeifer 2005, p. 798; Wagner 2006, p. A63; Kötz en Wagner 2010, p. 293.

422 Stoll 1993, p. 359.

*gen um die Frage, wieviele Minuten des Überlebens sich mit welchen Beweismitteln darlegen lassen.*⁴²³

Pfeifer is kritisch over de regel dat de erfgenaam uitsluitend vergoeding kan vorderen van schade ontstaan vóór het overlijden van de direct gekwetste. Een uitbreiding wordt bepleit in de vorm van volledige vergoeding van de gederfde winst vanwege het verlies van arbeidsvermogen en het daaruit voortvloeiende nadeel, ongeacht het moment van verlies van rechtssubjectiviteit van die gekwetste. Met andere woorden, hij wil vergoeding van materiële schade bij de doorkruising van het ‘recht op leven’ van de direct gekwetste, waarbij iemands overlijden wordt weggedacht.⁴²⁴ Pfeifer argumenteert dat de aansprakelijke anders een financieel belang heeft bij een snel overlijden van de direct gekwetste. Dat zou verkeerd zijn, ook omdat op die manier het hoogst beschermde rechtsgoed ‘leven’ civielrechtelijk vrijwel zonder sanctie blijft, bijvoorbeeld als er geen nabestaanden bestaan, waardoor de preventieve functie van het schadevergoedingsrecht niet volledig tot uiting komt.⁴²⁵ Zijn conclusie is dat schade voortvloeiend uit de doorkruising van het beschermde ‘recht op leven’, net zoals bij een doorkruising van iemands eigendom, gezondheid en vrijheid, vererfbaar en volledig vergoedbaar moet zijn.⁴²⁶ De uitbreiding van aansprakelijkheid rechtvaardigt Pfeifer door te wijzen op de rang van het rechtsgoed ‘leven’. Daarbij wordt opgemerkt dat het niet zijn bedoeling is om een vermogenswaarde te geven aan ‘het leven’, maar om een compensatie te bieden van een materiële schadepost die voortvloeit uit de doorkruising van iemands leven.⁴²⁷ Hij maakt een vergelijking met *wrongful birth*-zaken:

*‘Die Belastung der Eltern eines ungewollten Kindes, das infolge einer fehlgeschlagenen Sterilisation, einer mangelhaften genetischen Beratung oder aufgrund eines missglückten Schwangerschaftsabbruchs zur Welt kommt, durch die Unterhaltspflicht gegenüber diesem Kind kan rein schadensrechtlich und wirtschaftlich betrachtet als materieller Vermögensschaden der Eltern gesehen werden.’*⁴²⁸

Ethische en morele bezwaren, zoals aangevoerd tegen vergoeding bij *wrongful birth*-vorderingen, bestaan niet in even grote mate in overlijdenssituaties, aldus Pfeifer.⁴²⁹

Het betoog van Pfeifer is mijns inziens verklaarbaar in het licht van het Duitse (beperkte) systeem, waarin aansluiting wordt gezocht bij familierechtelijke onderhoudsplichten bij de vaststelling van de kring van gerechtigde nabestaanden. Niet het feitelijk onderhoud, maar de juridische ‘verplichting’ van gezinsleden is doorslaggevend

423 Klinger 2005, p. 290.

424 Expliciet Pfeifer 2005, p. 818.

425 Pfeifer 2005, p. 810.

426 Pfeifer 2005, p. 811.

427 Pfeifer 2005, p. 817.

428 Pfeifer 2005, p. 817.

429 Pfeifer 2005, p. 818.

(zie paragraaf 3.2.2 van dit hoofdstuk). Er ontstaat dan, anders dan naar Nederlands recht, een kleine kring van potentieel gerechtigden. Vanuit die optiek is verklaarbaar dat uitbreiding via het vererfbare vorderingsrecht wordt bepleit. De moeilijkheid van deze oplossing is echter dat de nabestaanden die feitelijk schade lijden, niet altijd de erfgenamen hoeven te zijn. Denk hierbij aan partners die samenwonen, maar hun 'samenleven' niet notarieel hebben geregeld, of geen testament hebben. De situatie kan zich dan voordoen dat niet de achterblijvende partner de vergoeding ontvangt, maar de ouders van de overledene. Daardoor ontstaat de (blijkbaar) gewenste situatie dat er een sanctie wordt gezet op iemands overlijden, maar de onwenselijke situatie dat de feitelijke schadelijder geen vergoeding ontvangt. Zie hierover ook de discussie die is gevoerd in de Engelse literatuur, waarover de volgende paragraaf gaat.

6.4 Engeland: vererving van materiële en immateriële schade

Naar *common law* kan een vorderingsrecht niet vererven, maar de Engelse wetgever heeft dit uitgangspunt verlaten met de introductie van de *Law Reform (Miscellaneous provisions) Act 1934*. In *section 1(1)* staat te lezen dat:

*'Subject to the provisions of this section, on the death of any person after the commencement of this Act all causes of action subsisting against or vested in him shall survive against, or, as the case may be, for the benefit of, his estate.'*⁴³⁰

Het doel van dit geërfde vorderingsrecht is volgens de Royal Commission om de direct gekwetste postuum te herstellen in de positie die zou hebben bestaan als de onrechtmatige daad niet zou zijn gepleegd.⁴³¹ De schade van de direct gekwetste staat centraal en niet de schade aan de erfenis of van de erfgenamen zelf.

De erfgenamen erven het vorderingsrecht van de direct gekwetste van zijn materiële en immateriële schade. Volgens Exall kan bij materiële schade worden gedacht aan het inkomensverlies van de direct gekwetste voor diens overlijden, de kosten van de verpleging, de vergoeding voor gratis hulp en de ziekenhuisbezoeken.⁴³² Daarnaast komen, volgens Walton, Cooper, Wood en Todd, ook de kosten gepaard gaand met het verkrijgen van een *grant of administration* voor vergoeding in aanmerking. Alle overige kosten gemaakt door de vertegenwoordiger als gevolg van de uitoefening van het actierecht hoeven echter niet te worden vergoed.⁴³³ Daarnaast omvat de vordering de compensatie van een verlies van een toekomstige erfenis, maar niet die van inkomen uit (rentegevend) bedrijfsvermogen in eigendom van de overledene, aldus Walton, Cooper, Wood en Todd.⁴³⁴ De vordering ter verhaal van de kosten

430 Zie ook *Lord Edmund Davies* en *Lord Scarman* in *Gammell v. Wilson* [1982] A.C. 68 en 76. Hierover *Clerk en Lindsell* 2006, p. 1847; *McGregor* 2009, p. 1481; *Walton et al.* 2010, p. 1168.

431 *Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury Law* 1978, p. 23-24.

432 *Exall* 2004, p. 186. Vgl. *McGregor* 2009, p. 1481.

433 *Walton et al.* 2010, p. 1171.

434 *Walton et al.* 2010, p. 1171. Het vermogen hoeft niet te verminderen door het overlijden van de direct gekwetste. Het is niet zijn schade, maar de schade van de erfgenamen. Zie hierover de uitspraak van

van lijkbezorging (*funeral expenses*) zijn ook ‘vererfbaar’ (*section 1(2)(c)*). Hoewel de direct gekwetste geen verhaalsrecht kan hebben voor deze kosten, komt de erfgenamen toch een vergoeding hiervan toe. De ‘vererfbaarheid’ van deze vordering zal in de praktijk in geval van een direct overlijden het enige vorderingsrecht van de erfgenamen zijn.⁴³⁵

De vordering ter verhaal van de immateriële schade van de direct gekwetste is ook vererfbaar, maar deze mogelijkheid bestaat pas sinds 1982 (*Administration of Justice Act*). De Royal Commission adviseerde om vererving mogelijk te maken. Aangesloten werd bij het advies van de Law Commission, inhoudende:

*‘The deceased may have suffered severe pain over a considerable period before death and may even, during that time, have spent some of the damages he was advised he would recover; and, during this period, relatives may have so acted in looking after him as to be not undeserving of the reward he may have intended to bestow upon them. We can see no reason why, in justice, a victim’s death, perhaps wholly unconnected with the injury, should lead to this compensation being taken away.’*⁴³⁶

De vergoeding kan zowel betrekking hebben op *pain and suffering*⁴³⁷ als – onder bepaalde voorwaarden – op een *loss of amenity*.⁴³⁸

De eigen schuld (*contributory negligence*) van de direct gekwetste werkt door in de hoogte van het vorderingsrecht van de erfgenamen.⁴³⁹ Winsten of verliezen van de erfgenamen ten gevolge van het overlijden van de direct gekwetste worden buiten de begroting van de vergoeding gehouden (*section 1(2)(c)*).⁴⁴⁰

Er bestaan uitzonderingen op het uitgangspunt dat een vordering vererfbaar is (*section 2(a)*). In geval van *defamation* is vererving uitgesloten.⁴⁴¹ Verder zijn drie individuele schadevergoedingsmogelijkheden uitgesloten van vererving: *bereavement damages* (*section 1(1A)*),⁴⁴² *exemplary damages* (*section 1(2)(a)(i)*) en het verlies van inkomen van de overledene in de periode na zijn overlijden (*lost years*) (*section 1(2)(a)(ii)*). Daarnaast is de vergoeding van verlies van consortium uit de wet verwijderd.

McCullough J. in *Adsett v. West* [1983] 1 Q.B. 842 E.

435 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1008.

436 Zie hierover Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury Law 1978, p. 100.

437 Een vergoeding voor immateriële schade, in de zin van *pain and suffering*, van de direct gekwetste aan de erfgenamen is volgens Exall alleen mogelijk indien er meer dan een ‘*short period*’ zit tussen het moment van het toebrengen van het letsel en het overlijden, Exall 2004, p. 185.

438 Hierover McGregor 2009, p. 762. De term ‘immateriële schade’ wordt vermeden, omdat deze naar Engels recht in verschillende hoedanigheden kan terugkomen, zie hierover helder Verheij 2002, p. 52-56.

439 Walton et al. 2010, p. 1172, onder verwijzing naar de *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, section 1*.

440 Walton et al. 2010, p. 1171.

441 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1007; McGregor 2009, p. 761.

442 De Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury Law noemt als argument dat deze schade persoonlijk is geleden en dat daarom vererving onwenselijk is, Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury Law 1978, p. 100.

Fleming lijkt het oneens met de vererfbaarheid van het vorderingsrecht voor immateriële schade, omdat het uitgangspunt is dat erfgenamen geen voordeel mogen ontlenen aan het overlijden van een ander: *'If close relatives deserve recognition of their grief, it should be done openly by awarding a solatium rather than by this stratagem.'*⁴⁴³ McGregor is dezelfde mening toegedaan: een onderscheid moet worden gemaakt tussen materiële schade en hoogstpersoonlijke immateriële schade.⁴⁴⁴

Met de aanpassing van de *Law Reform (Miscellaneous provisions) Act 1936* door de *Administration of Justice Act 1982* is onmogelijk gemaakt dat erfgenamen een vergoeding vorderen voor het verlies van inkomen gedurende de *'lost years'* van de direct gekwetste (*section 2(a)(ii)*).⁴⁴⁵ *'Any damages for loss of income in respect of any period after that person's death'* behoort niet tot de vordering van de erfgenamen.⁴⁴⁶ Lord Hailsham of Saint Marylebone noemt als argument hiervoor dat door de vererfbaarheid van de vergoeding voor de verloren jaren dubbele vergoeding mogelijk is: zowel krachtens de FAA 1976 van de *dependents*, als uit hoofde van de *Law Reform (Miscellaneous provisions) Act 1936*. Deze dubbele vergoeding was onacceptabel en het zou leiden tot een *'windfall'*.⁴⁴⁷ De Royal Commission wees er op dat het verlies van inkomen wordt geleden door de *dependents* en niet door de overledene wiens vorderingsrecht wordt uitgeoefend door de erfgenamen.⁴⁴⁸

Het is interessant om kennis te nemen van de discussie over de vererfbaarheid van het vorderingsrecht van de direct gekwetste; het lijkt namelijk alsof de Engelse wetgever de voorkeur gaf aan vergoeding van de schade van nabestaanden als autonoom schadelijder.⁴⁴⁹

Fleming noemt, naast de reden die Lord Hailsham of Saint Marylebone gaf voor de wetswijziging, nog een andere reden voor de afschaffing van de vererfbaarheid van het vorderingsrecht voor *'lost years'*. Het zou onlogisch zijn als de erfgenaam wel een vergoeding zou toekomen voor de verloren jaren, terwijl de feitelijke *dependent* die niet zou kunnen ontvangen (als hij niet behoort tot de kring van gerechtigden uit de FAA 1976).⁴⁵⁰ Cane en Harris nemen daarentegen een wat andere positie in. Het is opmerkelijk als een erfgenaam geen vergoeding kan vorderen voor de verloren jaren, als hij niet tot de kring van gerechtigden behoort van de FAA 1976, terwijl hij bij tes-

443 Fleming 1998, p. 744.

444 McGregor 2009, p. 759.

445 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 999; McGregor 2009, p. 761.

446 De vordering ter verhaal van de schade in het kader van de *'lost years'* kan nog steeds ingesteld worden door de direct gekwetste.

447 *Hansard*, HL. Deb. 8 maart 1982, vol. 428 cc 24-47. Vgl. Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury Law 1978, p. 99; Fleming 1998, p. 743; Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 999; Matthews, Morgan en O'Conneide 2008, p. 559-560.

448 Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury Law 1978, p. 99.

449 Waddams 1984, p. 441.

450 Fleming 1998, p. 743.

tament als begunstigde is aangewezen.⁴⁵¹ Zij lijken dus meer belang te hechten aan de schade van de direct gekwetste en diens laatste wil.

Waddams is voorstander van de afschaffing van de FAA 1976, omdat dit volgens hem leidt tot een meer gelijke behandeling van letselschade- en overlijdensschadezaken en het onbelangrijk wordt of de gekwetste *dependents* heeft ten tijde van zijn overlijden. Dit heeft tot gevolg dat: ‘*Some force would be removed from the old taunt that tort law makes it cheaper to kill than to maim.*’⁴⁵² Hij lijkt er dus van uit te gaan dat zonder de FAA 1976 een grotere sanctie kan worden opgelegd, maar dat is, gezien de stand van zaken naar *common law*, niet waarschijnlijk, omdat de vordering voor ‘*lost years*’ voornamelijk niet vererft. Maar, toegegeven, dat hoeft niets af te doen aan gedachtevorming over het ‘meest’ wenselijke recht (zie hoofdstuk 9 waar ik voor hetzelfde dilemma sta). Als belangrijkste reden voor verandering noemt Waddams zijn fundamentele bezwaren tegen het concept van *dependency*: is dat nog passend in het licht van moderne familierelaties?⁴⁵³ Er zou aansluiting moeten worden gezocht bij *partnership* in plaats van *dependency*. Het idee van een geërfd vorderingsrecht past daar beter bij.⁴⁵⁴

De Law Commission, gesteund door meer dan 90% van hun respondenten, volgt de tegenstanders van de FAA 1976 niet. De afschaffing van die wet en de herintroductie van de vererfbaarheid van het vorderingsrecht voor *lost years* zou de *dependent* afhankelijk maken van de ‘grillen van het erfrecht’. Bovendien zou dit de toekenning van een schadevergoeding voor kosteloze hulp en *bereavement damages* onmogelijk maken. Ten slotte zou de herintroductie van de vererfbaarheid van het vorderingsrecht voor *lost years* leiden tot een *windfall* ten gunste van de erfgenamen, ongeacht of de direct gekwetste *dependents* heeft.⁴⁵⁵ De Law Commission kiest dus voor de bescherming van de belangen van de nabestaanden.

6.5 Frankrijk: vererving van materiële en immateriële schade

Naar Frans recht heeft een erfgenaam een vordering tot verhaal van de schade van de overledene waarvoor deze zelf vergoeding zou hebben kunnen vorderen als hij niet zou zijn overleden (*l'action successorale des héritiers*).⁴⁵⁶ Vanwege het uitgangspunt van concrete schadebegroting kunnen de erfgenamen uitsluitend vergoeding

451 Cane en Harris 1983, p. 480.

452 Waddams 1984, p. 441. Vgl. Matthews, Morgen en O’Cinneide 2008, p. 283.

453 Waddams 1984, p. 449.

454 Waddams 1984, p. 451. Zie Cane en Harris 1983, p. 481-483.

455 Law Commission 1999a, p. 36 en p. 37, voetnoot 10.

456 Req., 10 april 1922, *D.P.*1923.1.52, noot Lalou. Hierover Savatier 1951, p. 113-114; Le Roy 2007, p. 95; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 302. Over het verschil tussen naasten als *héritiers* en als slachtoffer *par ricochet* zie ook de noot van Lambert-Faivre bij 2^e Civ., 27 januari 1965, *D.*1965.619 (622).

vorderen voor schade van de gekwetste, die is ontstaan na de schadeveroorzakende gebeurtenis maar voor diens overlijden.⁴⁵⁷

De erfgenamen zijn de achterblijvende gezinsleden (*conjoint successible le conjoint survivant non divorcé*, artikel 732 CC).⁴⁵⁸ Deze gezinsleden kunnen ook slachtoffers *par ricochet* zijn met een eigen vorderingsrecht.⁴⁵⁹ Dit levert naar Frans recht echter geen problemen op. Beide vorderingen bestaan naast elkaar. De voordelen van de nalatenschap worden niet verrekend met de schadevergoeding voor het schadevergoedingsbedrag ten behoeve van het slachtoffer *par ricochet*.

Naar Frans recht kan de erfgenaam vergoeding vorderen zowel van de materiële als voor immateriële schade van de overledene.⁴⁶⁰ Bij de materiële schade kan men denken aan de (para)medische kosten, de onkosten door het ongeval en het verlies van inkomen door (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid van de direct gekwetste voor diens overlijden en de kosten van lijkbezorging.⁴⁶¹ De kosten van lijkbezorging worden beschouwd als schulden van de erfenis (*les dettes de la succession*).⁴⁶²

De vordering voor de immateriële schade is ook vererfbaar.⁴⁶³ Lambert-Faivre en Porchy-Simon zijn kritisch: de mogelijkheid tot vererving zou een contradictie opleveren met het (persoonlijke) karakter van het smartengeld.⁴⁶⁴ Starck, Roland en Boyer zijn deze mening ook toegedaan en zij voegen daaraan toe dat de vergoeding meer als sanctie bedoeld zou zijn dan als herstel (in de zin van *réparation*). Zij lijken het meest te twijfelen aan de vererfbaarheid in het geval dat de overledene op slag dood was.⁴⁶⁵ Lambert-Faivre en Porchy-Simon betogen echter dat het vorderingsrecht uitsluitend vererfbaar mag zijn als de erfgenaam een affectieve band heeft gehad met de overledene en het leed gedeeld is.⁴⁶⁶

457 Le Roy 2007, p. 93.

458 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 301.

459 Chartier 1983, p. 237. Savatier noemde het slachtoffer *par ricochet* bij overlijden ook wel *victime médiate de l'accident mortel*, Savatier 1951, p. 114.

460 Als de direct gekwetste nog geen vordering bij leven heeft ingesteld ter verhaal van zijn schade, dan kunnen de erfgenamen de vordering aanhangig maken bij de civiele rechter, Crim., 27 april 2004, *JCP* 2004.II.10157, noot L. Bore en J. De Salve de Bruneton, Ass. Plén., 9 mei 2008 (twee arresten), *JCP* 2008, Actu, nr. 344. Hierover Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 303. De erfgenamen kunnen de schade van de overledene ook niet verhalen op het fonds voor asbestschade (*Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante*), omdat zij die schade niet 'persoonlijk' lijden, 2^e Civ., 20 maart 2008, *Bull. Civ. II*, nr. 72 (07-15807^o, *Resp. Civ. et Assur.*, 2008, comm. 191, H. Groutel.

461 Starck, Roland, Boyer 1996, p. 103; Le Roy 2007, p. 93; Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 302 en 312. Vgl. 2^e Civ., 27 februari 1991, *Resp. Civ. et Assur.*, 1991, nr. 173; 2^e Civ., 18 november 1992, *Resp. Civ. et Assur.* 1993, nr. 33.

462 Savatier 1951, p. 113.

463 Zie hoofdstuk 7 over de vergoeding voor immateriële schade van naasten.

464 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 259-260.

465 Starck, Roland en Boyer 1996, p. 103-104.

466 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 302-303.

6.6 Tussenconclusie

Naasten kunnen in alle rechtssystemen erfgenaam zijn van de vordering van de direct gekwetste. Benadrukt moet worden dat het dus gaat over de *schade van de direct gekwetste* veroorzaakt voor zijn overlijden. Er bestaat eenstemmingheid over de vergoeding van materiële schade: de vordering vererft als het schade betreft die is veroorzaakt door de onrechtmatige daad en is ontstaan voor het moment van overlijden. Een verschil bestaat als het gaat over de immateriële schade van de direct gekwetste. Naar Nederlands recht is die vordering niet vererfbaar, als die vordering nog niet is geïnitieerd voor het overlijden van de direct gekwetste; in de andere rechtssystemen is die vererving wel mogelijk. Opmerkenswaardig is dat in de Duitse, Engelse en Franse doctrine kritisch is gereageerd op de vererfbaarheid. Het doorslaggevende argument lijkt dat het als onrechtvaardig wordt ervaren dat erfgenamen een vergoeding kunnen ontvangen vanwege de pijn die een ander heeft geleden.

Er is in de Duitse en Engelse literatuur gediscussieerd over de uitbreiding van het geërfde vorderingsrecht, zodat de sanctie op het verlies van leven groter wordt. Mijns inziens is dat geen gewenste oplossing, omdat het bij overlijden praktisch gezien nooit gaat om de schade die de direct gekwetste gaat lijden, maar om de schade van degenen die feitelijk 'afhankelijk' waren van de overledene.

7. Conclusie

Dit hoofdstuk ging over de vergoeding van materiële schade van naasten veroorzaakt door het overlijden van de direct gekwetste. Naar Nederlands recht is vormgegeven aan deze sanctie in artikel 6:108 BW. Ook naar Duits en Engels recht is bij wet vormgegeven aan die sanctie. Anders is dat naar Frans recht; daar wordt de vordering langs de meetlat van het onrechtmatige daadsrecht gelegd. Maar in hoeverre zorgt dit onderscheid (vormgegeven bij wet, respectievelijk een beroep op het onrechtmatige daadsrecht) voor verschillen?

De grondslag en rechtvaardiging voor de vergoeding van de schade van nabestaanden wordt naar Nederlands, Duits, Engels en Frans recht gevormd door de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste. Naar Nederlands recht, en ook naar Duits en Engels recht, is dit expliciet: er bestaan afgeleide vorderingsrechten, de nabestaanden hoeven *niet* aan te tonen dat er jegens hen een onrechtmatige daad is gepleegd.

Twee materiële schadeposten staan centraal in alle genoemde rechtssystemen: de vergoeding van de kosten van het verlies van levensonderhoud (zowel in financiële zin als in natura) en de kosten van lijkbezorging. Dat het Franse recht geen afgeleid vorderingsrecht heeft, betekent niet dat daarom veel meer schadeposten van nabestaanden voor vergoeding in aanmerking komen. Ook daar ligt de nadruk in de rechtspraak, in de literatuur en in de hervormingsvoorstellen voor het Franse aansprakelijkheidsrecht op de vergoeding van deze schadeposten.

Het verlies van levensonderhoud kan bestaan uit een verlies van financieel onderhoud en een verlies van onderhoud in natura, zoals huishoudelijke hulp. Voor dat laatste verlies wordt in alle vier de rechtssystemen een vergoeding gegeven, ook als er geen concrete kosten worden gemaakt voor het inhuren van vervangende hulp.

Een opvallend verschil tussen enerzijds het Franse en Nederlandse en anderzijds het Duitse en Engelse recht is de wijze waarop vorm is gegeven aan de kring van gerechtigden. Naar Frans en Nederlands recht wordt vooral aansluiting gezocht bij het feitelijk verlies van onderhoud, terwijl naar Duits en Engels recht in eerste instantie een bij wet beperkte kring van gerechtigden bestaat. Naar Duits recht wordt die kring beperkt door de onderhoudsplicht uit het familierecht: uitsluitend degene die een recht op onderhoud had, heeft een vorderingsrecht. In de Engelse *Fatal Accidents Act* 1976 is een (ruimere) kring van gerechtigden opgenomen. Als de nabestaande tot die kring behoort, heeft hij een vorderingsrecht, mits hij ook feitelijk werd onderhouden door de overledene.

In de Duitse literatuur is kritiek geleverd op de beperkte kring van gerechtigden. Er bestaan nieuwe samenlevingsverbanden, zoals niet gehuwd samenwonende personen. Die nabestaanden zouden echter geen vergoeding kunnen vorderen voor de kosten van het verlies van levensonderhoud. Dat zou onterecht zijn, vanwege veranderende ideeën over samenleven. Voorts zou de keuze voor een beperkte kring van gerechtigden de mogelijkheid vergroten dat er geen sanctie staat op iemands overlijden. Toch worden er ook argumenten voor deze beperking genoemd. Opgemerkt is dat de beperking terecht is in het licht van de voorzienbaarheid van de schade; door aansluiting te zoeken bij de normen uit het familierecht wordt willekeur en manipulatie voorkomen. Vooralsnog wordt vastgehouden aan de beperkte kring, en is er betoogd dat er een spanningsveld bestaat tussen rechtszekerheid en *Einzelgerechtigheit*. Ook in de Engelse literatuur is kritiek gegeven op de bij wet gelimiteerde kring van gerechten. Betoogd is om een hardheidsclausule toe te voegen aan de huidige regeling, waardoor personen die feitelijk onderhouden werden door de overledene (of onderhouden zouden gaan worden) ook een vergoeding van hun schade kunnen vorderen. Hoewel positief is gereageerd op dit voorstel, is het nog niet tot een wetswijziging gekomen. Een gelimiteerde kring van gerechtigden die, zoals naar Engels recht het geval is, strikt wordt begrensd, kan dus leiden tot ongewenste uitkomsten en verstarrend werken bij veranderende maatschappelijke opvattingen.

Er moet ook een vergoeding worden gegeven voor de kosten van lijkbezorging, zowel naar Nederlands, als naar Duits, Engels en Frans recht. De reden voor deze vergoedingsverplichting zorgt echter voor de nodige moeilijkheden. Betoogd is dat deze kosten altijd gemaakt moeten worden, ongeacht of iemands overlijden is veroorzaakt door een onrechtmatige daad. Ook is zeker dat de kosten ooit gemaakt zouden moeten worden, deze moeten door iemands voortijdig overlijden alleen eerder gemaakt worden. Als reden voor vergoeding wordt juist het feit genoemd dat de direct gekwetste voortijdig overlijdt door iemands onrechtmatige gedrag.

Maar waarom stopt de vergoedingsplicht daar? Nabestaanden kunnen ook andere vormen van schade lijden. Denk hierbij aan de kosten van de afwikkeling van de erfenis, of kosten die gemaakt voor de verwerking van verdriet. In het bovenstaande is naar voren gekomen dat artikel 6:108 BW de sanctie vormt op de onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste. De vergoedingsplicht tegenover de nabestaanden vormt een afgeleide daarvan; nabestaanden hoeven niet aan te tonen dat jegens hen een onrechtmatige daad is gepleegd. Dat levert een begrenzingsmoeilijkheid op: de direct gekwetste lijdt door het wegvallen van zijn rechtssubjectiviteit geen schade. De nabestaanden zijn de personen die schade lijden.

Thans wordt hun schade vooral benaderd vanuit de gedachte dat de direct gekwetste hen niet meer kan onderhouden, maar hun verlies gaat verder dan dat. Denk hierbij aan de kosten verbonden aan de afwikkeling van de erfenis en kosten gemaakt voor psychiatrische hulp. En waarom eventueel wel een vergoeding van materiële schade als gevolg het geestelijke letsel en niet voor de immateriële schade? In zekere zin is de huidige begrenzing moeilijk te verklaren, hoewel de huidige beperking gerechtvaardigd zou kunnen worden met het argument dat de grondslag van de vordering de aansprakelijkheid jegens een ander – de direct gekwetste – betreft. Niet ieders schade moet worden vergoed; nabestaanden krijgen een ‘extra recht’ en begrenzing lijkt dan op zijn plaats.

Een onderscheid kan echter worden gemaakt tussen een aanspraak van naasten die wordt gegrond op de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste en een aanspraak van naasten gegrond op een autonome aansprakelijkheid jegens hen. Het recht op schadevergoeding op grond van die autonome aansprakelijkheid wordt echter geblokkeerd wegens de exclusieve werking van artikel 6:108 BW. Een nabestaande is vanwege die exclusieve werking een derde, omdat zijn schade is veroorzaakt door het overlijden van de direct gekwetste. Mijns inziens wordt de vordering van de nabestaanden in Nederland echter te veel benaderd vanuit het idee dat zij ‘derden’ zijn en daarom als ‘uitzondering’ een vorderingsrecht hebben en dat de grond van die vordering gelegen is in de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste. Dat is anders als naasten kunnen aantonen dat is voldaan aan de vereisten van een shockschadevordering. Als dat bewijs slaagt, dan bestaat er autonome aansprakelijkheid jegens naasten op grond van het onrechtmatige daadsrecht en moeten zij – in beginsel – volledige vergoeding van hun schade ontvangen. Over onder andere die vordering gaat het volgende hoofdstuk.

1. Inleiding

In 2010 komen 21 personen om het leven en raken meer dan 500 mensen gewond tijdens de *Love Parade* in Duisburg, Duitsland. In de tunnel die toegang gaf tot het festivalterrein, raakten mensen in de verdrukking, stikten en werden overlopen. Een ramp met ongekende impact voor de slachtoffers, hun naasten en nabestaanden, andere bezoekers en hulpverleners.

Dit hoofdstuk gaat over (met name) naasten die zelf lichamelijk of geestelijk gekwetst zijn geraakt doordat de oorspronkelijk direct gekwetste is overleden of gewond is geraakt. In Nederland wordt die situatie vooral in verband gebracht met de shockschadevordering. Anders dan de vorderingsrechten die in de vorige twee hoofdstukken aan de orde zijn gekomen, is de shockschadevordering een vordering van een derde op grond van het onrechtmatige daadsrecht (artikel 6:162 BW). In dit hoofdstuk wordt dus afgestapt van het afgeleide vorderingsrecht van derden en wordt er aandacht besteed aan diens autonome aanspraak krachtens het onrechtmatige daadsrecht en de volledige vergoeding van zijn schade.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Gestart wordt met de positie van hulpverleners die lichamelijk letsel hebben opgelopen bij een reddingsactie omdat een ander letsel heeft (paragraaf 2). Daarna wordt aandacht besteed aan derden die geestelijk letsel oplopen, naar Nederlands recht ook wel de shockschadevordering genoemd (paragraaf 3). Er wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 4.

2. De hulpverlener met lichamelijk letsel

2.1 Inleiding

In het onderstaande wordt ingegaan op situaties waarin een hulpverlener fysiek gekwetst raakt *nadat* de direct gekwetste fysiek gekwetst is geraakt. Het doel van deze paragraaf is niet om een complete beschrijving te geven van alle situaties waarin derden lichamelijk letsel oplopen; er wordt alleen stilgestaan bij het vorderingsrecht van de hulpverlener. Door hieraan aandacht te besteden, wordt het verschil met de situatie waarin een derde geen lichamelijk maar geestelijk letsel oploopt (waarover de volgende paragraaf gaat) duidelijk(er). Het type kwetsing is van belang voor de vestiging van aansprakelijkheid.

Vorderingen van hulpverleners zijn mij onbekend naar Nederlands en Frans recht, maar niet naar Duits en Engels recht. Die vorderingen zijn de 'voorlopers' van de shockschadevorderingen van hulpverleners (met geestelijk letsel in plaats van licha-

melijk letsel) en worden in samenhang met elkaar bezien in de Engelstalige en Duitsstalige literatuur. Ik zal daarom stilstaan bij die rechtstelsels en de Nederlandstalige literatuur daarover (die overigens ook schaars is).

In het onderstaande wordt uitsluitend ingegaan op de positie van de hulpverlener ten opzichte van de 'toevallige' aansprakelijke voor het ongeval. Er wordt geen aandacht besteed aan de zorgplicht van de werkgever.¹ De reden daarvoor is dat de zorgplicht van de werkgever een veel bredere reikwijdte heeft en bovendien een andere context betreft met andere verantwoordelijkheden.

2.2 Nederland

Gepubliceerde rechtspraak over hulpverleners die vergoeding vorderen van schade veroorzaakt door het letsel dat zij hebben opgelopen ten gevolge van een reddingsactie, is mij onbekend. Als voorbeeld kan toch, zij het dat dit een andere soort schadezaak betreft, worden verwezen naar een uitspraak van het Hof Arnhem uit 1986: een vordering is ingesteld door een vrijwillig handelende derde die bij het blussen van een tractor lichamelijk letsel oploopt.² Hoewel de hulpverlener, Colenbrander, geen 'derde' is ten opzichte van het letsel van een ander, is het toch interessant om aandacht te besteden aan zijn positie, als aanvulling op de argumenten die in de volgende paragrafen nog genoemd zullen worden.

Colenbrander is geen professionele brandweerman, maar toen hij zag dat er een tractor in brand stond, heeft hij geprobeerd die te blussen. De brand is veroorzaakt door kortsluiting, en die kortsluiting heeft weer kunnen ontstaan door een onderhoudstekort, waarvoor de eigenaar verantwoordelijk is.³ Door steekvlammen raakt Colenbrander gewond. Hij vordert vergoeding van zijn schade. Door de gedaagde wordt een beroep gedaan op risicoaanvaarding. Die stelling wordt afgewezen door het hof, omdat:

[g]een rechtsregel (...) mee[brengt] dat iemand die zich buiten enige contractuele relatie vrijwillig aan een gevaar blootstelt, daarvan het risico aanvaardt in die zin dat degeen, die voor dat gevaar aansprakelijk is, daardoor ontheven wordt van iedere plicht tot schadevergoeding jegens de betrokkene.⁴

De eerste vraag die opkomt is of er een onderscheid moet worden gemaakt tussen professionele hulpverleners en hulpverleners zoals Colenbrander, die vrijwillig en spontaan handelen door direct op een gevaar te reageren. Als dat zo is, dan staat die gedachte haaks op vaste rechtspraak naar Duits en Engels recht, waar het credo

1 Zie hierover o.a. Vegter 2005, p. 331-337; Verheij 2002a, p. 291-299; Lindenbergh 2005, p. 86-89, m.n. 89; noot T. Hartlief onder HR 11 maart 2005, *NJ* 2010, 309.

2 Hof Arnhem 9 december 1986, *NJ* 1988, 710.

3 De eigenaar heeft het onderhoudstekort gemotiveerd betwist en het hof laat bewijs toe, r.o. 6.3.

4 Hof Arnhem 9 december 1986, *NJ* 1988, 710, r.o. 2.2.

'*danger invites rescue*' breed wordt aanvaard en aansprakelijkheid bij letsel de regel lijkt.

Er is nog een interessante vraag die opkomt. Het hof gaat na of Colenbrander eigen schuld heeft aan zijn schade. Het handelen van Colenbrander wordt als onvoorzichtig aangemerkt door het hof, maar dat betekent niet dat hij al zijn schade zelf moet dragen, waarbij het volgende wordt geoordeeld:

'Deze laat zich immers ten volle verklaren door de prijzenswaardige wens van Colenbrander hulp te willen verlenen, ook al kan aangenomen worden dat Colenbrander, toen hij het blusapparaat overnam, wist of begreep dat er zich geen mensen in de tractor bevonden.'⁵

De actie van Colenbrander wordt geprezen en dat is een reden om niet alle schade voor zijn rekening te laten blijven. Dat er geen personen in gevaar waren, doet daaraan niet af.

Literatuur over dit onderwerp is ook schaars. Wel is literatuur te vinden over de hulpverlener als 'shockschadeslachtoffer'. Op dit onderwerp wordt teruggekomen in paragraaf 3.2.3 van dit hoofdstuk. Hier kan alvast worden opgemerkt dat de begrenzing die de Hoge Raad heeft gegeven aan de shockschadevordering in beginsel ruimte biedt voor een vordering van een hulpverlener.

2.3 Duitsland

Als een Duitse hulpverlener door redding- of noodhulpsituaties *lichamelijk* letsel oploopt, dan behoort de schade die daardoor ontstaat te worden vergoed door de aansprakelijke.⁶ Er moet ook een vergoeding voor immateriële schade worden gegeven.⁷ Het is irrelevant wie de persoon van de hulpverlener is. Zowel een professionele hulpverlener als iemand die louter vrijwillig en spontaan te hulp schiet, komt een recht op vergoeding toe.⁸ Ook is irrelevant wie gered wordt: de schadeveroorzaker zelf of degene die hij benadeelt.⁹ Of de reddingspoging succesvol is, of voorafgaand aan de poging succesvol leek, is eveneens irrelevant.¹⁰ Dat is anders als de poging van meet af aan, en voor de hulpverlener ook bekend, uitzichtloos is.¹¹ Er mag ook geen al te grote onevenredigheid bestaan tussen het gevaar dat de hulpverlener op

5 Hof Arnhem 9 december 1986, *NJ* 1988, 710, 7.6.

6 Zie o.a. BGH 4 juni 1996, *NJW* 1996, 2646. Hierover Lange en Schiemann 2003, p. 132; MünchKommBGB/Oetker § 249 RgNr 155-159; Soergel/Spickhoff § 823, R 47; Staudinger/Schiemann (2005) § 249 Rn 53.

7 BGH 22 mei 2007, *NJW* 2007, 2764, noot Elsner en Hagen.

8 BGH 13 juli 1971, *NJW* 1971, 1980, onder 3c. Hierover Lange en Schiemann 2003, p. 132; MünchKommBGB/Oetker § RgNr 156.

9 Staudinger/Schiemann § 249 R 56; MünchKommBGB/Oetker § 249 RgNr 156.

10 Lange en Schiemann 2003, p. 132; MünchKommBGB/Oetker § 249, RgNr 158.

11 Staudinger/Schiemann § 249 R 56; MünchKommBGB/Oetker § 249 RgNr 158.

zich heeft genomen en het nagestreefde belang.¹² Zo noemt Oetker als voorbeeld dat geen vergoedingsverplichting zou moeten bestaan voor nabestaanden van een ‘redder’ die is overleden doordat hij een koffer probeerde te redden uit een auto die elk moment kon exploderen. Anders is dat echter als het geen koffer betreft, maar een inzittende.¹³

Aansprakelijkheid ontbreekt als de schade geen verband houdt met het bijzondere risico van het gevaar, aldus Lange en Schiemann. Als voorbeeld noemen zij de situatie waarin een arts zijn horloge weglegt om iemand te helpen en dat horloge wordt gestolen. Ook een brandweerman die na het blussen bij het oprollen van de brandslang zijn been verzwikt, zou geen vorderingsrecht hebben.¹⁴

De eigen schuld van de hulpverlener kan doorwerken in de hoogte van de vordering, behalve als sprake is van acuut levensgevaar, aldus Oetker.¹⁵

Een bijzondere situatie van hulpverlening deed zich voor in het arrest van het BGH van 30 juni 1987: een moeder doneert haar nier aan haar kind, dat deze nodig heeft vanwege een medische fout.¹⁶ Een arts heeft een nier van het kind verwijderd, hetgeen een verkeerd besluit was, omdat haar andere nier niet functioneerde en dat had gecontroleerd moeten worden. De moeder vordert vergoeding voor haar materiële en immateriële schade veroorzaakt door de donatie. Haar vordering wordt toegewezen. Lange en Schiemann concluderen uit deze uitspraak dat vergoeding ook mogelijk is als de ‘Nothelfer’ uit ethische overwegingen de schade vrijwillig op zich neemt.¹⁷ Spickhoff merkt op dat de keuze van de moeder voorzienbaar was en haar schade daarom binnen het beschermingsbereik van de norm valt en het binnen de zorgplicht van de arts valt om deze te schade te vermijden.¹⁸

De situatie waarin een hulpverlener niet lichamelijk, maar geestelijk gekwetst raakt, komt in paragraaf 3.2.3 van dit hoofdstuk aan de orde, omdat deze thematiek sterk samenhangt met de ontwikkeling van de shockschadevordering naar Duits recht. Het belangrijkste dat hier alvast vermeld moet worden, is dat de hulpverlener minder snel vergoeding toekomt als hij geestelijk letsel heeft: hij moet namelijk aantonen dat hij ‘deelnemer’ was bij het ongeval. Is dat niet het geval, dan valt hij waarschijnlijk buiten de kring van gerechtigden, omdat uitsluitend naasten en nabestaanden een shockschadevordering toekomt.

12 Lange en Schiemann 2003, p. 132; MünchKommBGB/Oetker § 249, RgNr 159.

13 MünchKommBGB/Oetker § 249, RgNr 159.

14 Lange en Schiemann 2003, p. 133.

15 MünchKommBGB/Oetker § 249, RgNr 159.

16 BGHZ 101, 215.

17 Lange en Schiemann 2003, p. 133. Zie ook Staudinger/Schiemann § 249 R 54.

18 Spickhoff 2006, p. 1575-1576.

2.4 Engeland

'*Danger invites rescue*', is het credo naar *common law* en dat rechtvaardigt een vergoedingsverplichting jegens de hulpverlener met lichamelijk letsel.¹⁹ Het vorderingsrecht van de hulpverlener op grond van het onrechtmatige daadsrecht bestaat al lange tijd in Engeland (*rescue cases*).²⁰

Een belangrijke zaak is *Haynes v. Harwood*, hoewel die niet gaat over de hulpverlener als 'derde'. In deze zaak vangt een politieagent een aantal ontsnapte paarden, die door de gedaagde onbewaakt zijn achtergelaten op de openbare weg. De politieagent raakt daarbij gewond. Vergoeding wordt gevorderd voor zijn schade op grond van *negligence*. De beslissing is unaniem: de vordering van de politieagent slaagt. De schade is het gevolg van de onrechtmatige daad, in die zin dat de gevolgen vanzelfsprekend (*natural*) en waarschijnlijk (*probable*) waren. Dat de politieagent zichzelf heeft blootgesteld aan het gevaar, doet daar niet aan af.²¹

Baker v. Hopkins & son Ltd is een zaak die wél gaat over de hulpverlener als 'derde'. Een dokter raakt gewond doordat hij twee personen, W. en Y., probeert te redden uit een put. W. en Y. zijn in gevaar gekomen door de methode die hun werkgever H. een dag eerder koos om de put leeg te pompen. Dat leegpompen moest gebeuren door middel van een petroleumpomp. Het gebruik van zo'n pomp in een gesloten ruimte kan leiden tot een verhoogd niveau van koolmonoxide in de lucht. H. realiseert zich het gevaar van koolmonoxidevergiftiging en beveelt W. en Y. om te wachten met het ingaan van de put totdat hij er is. Dat doen zij niet en beiden overlijden. Maar de ingediende vordering gaat over de positie van de dokter. Die dokter is ter plaatse gekomen en voelt het als zijn plicht om uit te zoeken of iemand nog leeft. Vastgebonden aan een touw, gaat hij de put in. Daar ziet hij dat beide mannen zijn overleden. Tijdens de klim onhoog, wordt hij zelf onwel. De personen die het touw vasthouden, trekken hem omhoog, maar het touw raakt verstrikt. De dokter overlijdt en zijn nabestaanden en erfgenamen dienen een vordering in.

Die vordering wordt toegekend. Geoordeeld wordt dat de keuze voor dit type pomp onjuist en gevaarlijk is en dat de werkgever daarvoor, ondanks de waarschuwing, verantwoordelijk is. De kernvraag is of er een *duty of care* bestaat tegenover iemand die te hulp schiet. Was het redelijkerwijs voorzienbaar dat iemand een reddingspoging zou ondernemen en daardoor zelf in gevaar zou komen? Ja, zo wordt geoordeeld:

19 Hickinbottom J. in *Tolley v. Carr* [2010] EWHC 2191 (Q.B.), 80, 84, onder verwijzing naar *Wagner v. International Railway co.* (1921) 232 N.Y.Rep, 176, 180 door Cardozo.

20 Zie bijv. *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 464.

21 *Haynes v. Harwood* [1935] 1 K.B. 146, 156, door Greer. Zie eerder *Brandon v. Osborne Garrett and company* [1924] 1 K.B. 548 waarin een vrouw haar echtgenoot in veiligheid probeert te brengen als zij iets van het plafond van een winkel naar beneden ziet vallen. Door de blessure die zij hierdoor oploopt, krijgt zij last van trombose. Aangezien haar handelen vanzelfsprekend en juist was, moet zij vergoeding ontvangen van haar schade. Later in de zaak *Hyvett v. Great Western Railway Company* is geoordeeld dat een hulpverlener ook vergoeding moet ontvangen van schade wegens lichamelijk letsel veroorzaakt door de bescherming van (louter) goederen, [1948] 1 K.B. 345.

‘Those who put men in peril can hardly be heard to say that they never thought that rescue might be attempted, or be heard to say that the rescue attempt was not caused by the creation of the peril.’²²

Een hulpverlener die een reddingspoging doet, behoort tot de kring van personen waarop de gedaagde bedacht moet zijn.²³ Het feit dat iemand de kans aanvaardt dat hij zelf gevaar loopt door de reddingspoging (het *volenti non fit injuria*-verweer) doet daar niet aan af.²⁴ Als is geoordeeld dat de reddingspoging een natuurlijk en waarschijnlijk gevolg is van de onrechtmatige daad (in enge zin), bestaat er geen ruimte meer voor het *volenti non fit injuria*-verweer, aldus Willmer L.J.²⁵ Ook het eigen schuld-verweer wordt afgewezen. Waarde wordt gehecht aan de omstandigheid dat sprake is van een noodsituatie.²⁶ Getwijfeld zou nog kunnen worden of van doorslaggevend belang is dat professionals meestal een hulpverleningsplicht hebben in noodsituaties. Maar dat is niet zo.²⁷

Als er geen *duty of care* bestaat jegens degene die in gevaar verkeerde, kan toch aansprakelijkheid bestaan tegenover de redder. Dat is opvallend, omdat de reddingsactie, en dus aansprakelijkheid voor daarbij ontstane schade, voortkomt uit die ‘andere’ situatie (waarvoor dus geen aansprakelijkheid hoeft te bestaan). Een argument tegen deze vordering was dan ook dat de redder niet ‘beter af zou moeten kunnen zijn’ dan de persoon die in gevaar was.²⁸ Lord Denning M.R. oordeelt dat de vordering van de hulpverlener zelfstandig is en niet afgeleid is van de vordering van degene die in gevaar verkeerde. Geoordeeld wordt:

‘Whoever comes to the rescue, the law should see that he does not suffer for it.’²⁹

In de zaak *Knighthley v. Johns* is de vraag opgeworpen of de causale keten wordt doorbroken bij een ‘fout’ in het kader van de reddingsactie. Nagelaten was om een deel van een tunnel te sluiten na een ongeval. Bij het herstellen van deze fout komen twee hulpverleners om het leven. Het *Court of Appeal* oordeelt van niet: voorzienbaar is

22 *Baker v. T.E. Hopkins & sons Ltd.* [1959] 1 W.L.R. 966, 975-976. Vgl. Ormerod, 979: de reddingspoging was een natuurlijk en voorzienbaar gevolg van het onrechtmatige gedrag. Zie ook Willmer, 981.

23 Recentelijk bevestigd in de leading opinion van Lord Goff of Chieveley in *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 484, Lord Steyn, 498.

24 *Baker v. T.E. Hopkins & sons Ltd.* [1959] 1 W.L.R. 966, 976.

25 *Baker v. T.E. Hopkins & sons Ltd.* [1959] 1 W.L.R. 966, 983.

26 *Baker v. T.E. Hopkins & sons Ltd.* [1959] 1 W.L.R. 966, 979 door Ormerod L.J. en 984 door Willmer L.J. Bevestigd in *White v. Chief Constable of South Yorkshire* [1999] 2 A.C. 455. Door de uitkomst in *Tolley v. Carr* is het waarschijnlijk dat eigen schuld geen argument is om aansprakelijkheid te verlagen, [2010] EWHC 2191 (QB), 80.

27 Zie o.a. *Videan v. British Transport Commission* [1963] 2 Q.B. 650.

28 Er is gebruikgemaakt van aanhalingstekens, omdat de redder feitelijk niet beter af was: hij is overleden bij zijn reddingsactie.

29 *Videan v. British Transport Commission* [1963] 2 Q.B. 669.

dat bij reddingsacties acties worden ondernomen die niet altijd voorspelbaar zijn, juist omdat er in een noodsituatie moet worden gehandeld.³⁰

De situatie waarin een hulpverlener geestelijk ziek wordt en ter verhaal van zijn schade een vordering indient, moet worden gezien in het licht van de ontwikkeling van de *nervous shock*-vordering die thans wordt bekritiseerd in Engeland. Daarover gaat paragraaf 3.4 van dit hoofdstuk. Belangrijk om alvast op te merken, is dat de vordering van de hulpverlener met geestelijk letsel op meer obstakels stuit, vooral door bezwaren die bestaan tegen vergoeding in geval van zuiver geestelijk letsel.

2.5 Tussenconclusie

In Nederland lijken hulpverleners geen vorderingen in te dienen jegens de schadeveroorzaker voor schade die is ontstaan tijdens een reddingsactie. Helemaal duidelijk is dit niet, maar veelal zal het pad van de werkgeversaansprakelijkheid worden gekozen of kan een beroep worden gedaan op andere regelingen. Niettemin lijkt de huidige stand van zaken wat betreft shockschadevorderingen de hulpverlener niet bij voorbaat uit te sluiten van de kring van gerechtigden.

Het Engelse en het Duitse recht kennen wel rechtspraak over de situatie waarin een hulpverlener letsel oploopt. Daar lijkt aansprakelijkheid de hoofdregel: *rescue invites danger*, een vergoeding wordt toegekend. Als argument wordt genoemd dat hulp waarschijnlijk en vanzelfsprekend is. Er lijkt in beide systemen geen onderscheid te worden gemaakt tussen professionele hulpverleners en spontaan handelende personen. Een risicoaanvaarding-achtig verweer wordt afgewezen. Eigen schuld van de hulpverlener kan naar Duits recht wel een rol spelen, maar dat is waarschijnlijk anders in noodsituaties, waarvan veelal sprake zal zijn. Als een hulpverlener geestelijk letsel oploopt, dan bestaan er zowel naar Duits recht als naar Engels recht meer obstakels.

3. De shockschadevordering

3.1 Inleiding

Schokschade is een Nederlands juridisch begrip dat gaat over geestelijk letsel veroorzaakt door de confrontatie met een ongeval of de ernstige gevolgen daarvan.³¹ Het begrip 'schokschade' is echter een misleidende term: het gaat niet over (immateriële) schade, maar over de kwetsing van een persoon in de vorm van geestelijk letsel en de aansprakelijkheid die daarvoor kan bestaan.³² De discussie hierover is gecompliceerd, omdat deze niet alleen wordt beheerst door de positie van derden en de uit-

30 *Knightly v. Johns* [1982] 1 W.L.R. 349, 361.

31 Verheij stelt dat de term 'schokschade' betrekking heeft op de wijze van ontstaan van de kwetsing, niet het soort letsel: het geestelijke letsel, Verheij 1999, p. 1409.

32 Lindenbergh 1998, p. 146; Verheij 1999, p. 1409; Verheij 2002, p. 191, Hartlief 2004a, p. 3; Hartlief 2009, p. 297. De wetgever beschouwt de shockschadevordering ook in deze zin, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 2.

breiding van aansprakelijkheid ten gunste van hen, maar ook door de vestiging van aansprakelijkheid voor een ander type kwetsing, te weten: geestelijk letsel.³³

Vergelijkbare concepten bestaan naar Duits en Engels recht. Ook in Frankrijk zijn onlangs twee uitspraken gedaan door het *Cour de Cassation* over dit type vordering, maar een specifieke term zoals schokschade daar zeker nog niet is ingeburgerd.

3.2 Nederland: de confrontatie-eis

3.2.1 Inleiding

Een shockschadevordering biedt derden de mogelijkheid tot verhaal van hun schade als gevolg van geestelijk letsel. Het betreft een uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht die vaak in verband wordt gebracht met affectieschade, terwijl dat juridisch gezien onterecht is. Het gaat over vestiging van aansprakelijkheid en de vergoeding van zowel materiële als immateriële schade veroorzaakt door geestelijk letsel. Affectieschade is slechts één immateriële schadepost (zie hoofdstuk 7, paragraaf 2.2). Dat betekent echter niet dat er feitelijk geen ‘overlap’ of ‘samenloop’ kan bestaan. Hierna wordt er een overzicht gegeven van de ontwikkeling van de Nederlandse shockschadevordering.

3.2.2 Hetgeen voorafging aan het *Taxibus*-arrest

Bloembergen merkt op dat de behandeling van het relativiteitsvereiste bij shockschadevorderingen van derden wordt bemoeilijkt doordat de strekking van de norm ‘nooit of bijna nooit uitsluit [zal] geven omtrent de beschermingsomvang van de norm.’³⁴ Het is vooral een vraag van ongeschreven recht of toerekening naar redelijkheid.³⁵ Bloembergen beschouwt zijn opmerking hierover als een ‘voorlopige terreinverkenning’, maar hij ‘neigt’ er naar om aansprakelijkheid aan te nemen als het een kind of een echtgenoot betreft: ‘de bedreiging van een kind of man is voor de vrouw gelijk te stellen met een bedreiging van haar zelf.’ Is de direct gekwetste een vreemde, dan zal de vordering moeten worden afgewezen. Maar waarom? Volgens Bloembergen is het ‘niet zo eenvoudig aan te geven, waarom dat niet redelijk is; vermoedelijk speelt een rol, dat de graad van waarschijnlijkheid uiterst gering is en dat bij aanvaarding van een ander standpunt de kring van personen, die bij een ongeval schadevergoeding kunnen vorderen, wel zeer ver wordt uitgebreid.’³⁶ Tot een gelijke conclusie kwam Van Schellen, waaraan hij toevoegde dat hij de vordering niet louter afhankelijk wil maken van het aanschouwen van een ongeval:

33 Verheij 1999, p. 1410-1412.

34 Bloembergen 1965, p. 215.

35 Bloembergen 1965, p. 215.

36 Bloembergen 1965, p. 216. Vgl. Van Schellen 1972, p. 200-201.

‘het moeten aanschouwen van de gevolgen van een verkeersongeval is tegenwoordig – hoe hard dat ook zijn moge – een deel geworden van het algemeen risico dat op iedere verkeersdeelnemer rust. Een zekere willekeurigheid kan m.i. niet vermeden worden, zolang men niet iedere begrenzing wil loslaten en aan iedereen – wie dan ook – een schadevergoeding wil toekennen, als hij een schrikschade lijdt.’³⁷

Zoals later zal blijken, heeft de Hoge Raad wel gekozen voor de confrontatie als een van de doorslaggevende omstandigheden. Dit wordt helder door een analyse van de zaak *Van der Heijden/Holland*.³⁸

Een moeder raakt licht gewond bij een aanrijding, maar haar op de achterbank zittende dochtertje overlijdt. Door die situatie lijdt de moeder aan psychosomatische verschijnselen. De kernvraag is of artikel 1407 Oud BW (schadevergoeding bij letsel) van toepassing is *naast* artikel 1406 Oud (schadevergoeding bij overlijden).³⁹ Het hof heeft geoordeeld dat de psychosomatische verschijnselen direct zijn veroorzaakt door de dood van het kind en dat daarom niet artikel 1407 Oud BW maar artikel 1406 Oud BW van toepassing is.⁴⁰ Advocaat-generaal Franx concludeert in gelijke zin en de Hoge Raad volgt: de vordering van de moeder wordt niet toegewezen. Als reden voor afwijzing wordt genoemd dat het niet verenigbaar is met de strekking van artikel 1406 Oud BW om krachtens artikel 1407 Oud BW schadeposten vergoedbaar te maken die onder de noemer van het eerste artikel zijn uitgesloten.⁴¹ Het geestelijk letsel van de moeder is immers veroorzaakt door het overlijden van haar kind. Brunner merkt in zijn noot onder dit arrest op dat het slagen van de vordering van de moeder afhankelijk is gemaakt van het feit dat zij geestelijk letsel heeft *en* of dit geestelijke letsel is veroorzaakt door de aanrijding (en dus niet door het overlijden van het kind).⁴²

Tijdens het debat over de invoering van het BW maakt de wetgever expliciet een verschil tussen verdriet vanwege iemands overlijden en vergoeding voor immateriële schade veroorzaakt door een schok (‘aantasting van de persoon’ in de zin van artikel 6:106 lid 1 aanhef onder b BW). In het laatste geval kan een vordering succesvol zijn.⁴³ De wetgever zette de deur voor de shockschadevordering dus op een kier, en die kier werd in 2002 groter toen de Hoge Raad in het *Taxibus*-arrest moest beslissen.

37 Van Schellen 1972, p. 201.

38 HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 717, m.nt. C.J.H. Brunner.

39 Zie conclusie A-G Franx voor HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 717, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van der Heijden/Holland*).

40 Hof Amsterdam 7 januari 1982, *VR* 1982, 52.

41 HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 717, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van der Heijden/Holland*), r.o. 4.2.

42 Noot C.J.H. Brunner onder HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 717 (*Van der Heijden/Holland*), nr. 2. Zie bijv. Holzhauser 1986, p. 17; Lindenbergh 1998, p. 184.

43 Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1274 en 1280. Over de interpretatie van deze passage zie Knol 1985, p. 266; Verheij 2002b, p. 11.

3.2.3 Huidige stand van zaken: de confrontatie-eis

In het *Taxibus*-arrest krijgt de Hoge Raad de mogelijkheid om opnieuw te oordelen over een shockschadevordering. In tegenstelling tot *Van der Heijden/Holland* moet ervan worden uitgegaan dat de schade van de moeder niet (enkel) is veroorzaakt door het overlijden van haar kind, maar (ook) door de confrontatie met de ernstige gevolgen van het ongeval.

Een moeder wordt gewaarschuwd dat haar kind is aangereden door een taxibus. Bij het zien van haar dochter belt zij de ambulance en keert zij terug naar de plaats van het ongeval. Daar doet de moeder een poging om haar dochter om te draaien. Door de aanrijding is de schedel van het kind ernstig beschadigd en daardoor verdwijnt de hand van de moeder in de schedel. Door die situatie heeft de moeder geestelijk letsel opgelopen. De juridische vraag die voorligt, is of zij recht heeft op vergoeding van haar materiële en voor haar immateriële schade voortvloeiend uit haar geestelijk letsel.

Er bestond een aantal opties om deze vordering te beslechten: principieel afwijzen, een 'klassieke' relativiteitstoets aanleggen, aansluiting zoeken bij een gevaarstoets (bevond de derde zich in de gevarenzone?),⁴⁴ de affectieve band doorslaggevend achten,⁴⁵ de voorzienbaarheid van het geestelijke letsel beslissend laten zijn, of aansluiting zoeken bij de 'confrontatietoets'.⁴⁶ Tot die laatste optie is besloten.

Het hof wees de vordering toe. Het bijzondere systeem van de artikelen 6:107-108 BW laat volgens het hof ruimte om de schade te vergoeden die niet is veroorzaakt door het letsel of overlijden van de dochter, maar door de 'confrontatie met de gruwelijke, schokkende gevolgen van de gebeurtenis'.⁴⁷

Advocaat-generaal Strikwerda betoogt in zijn conclusie voor het arrest dat de discussie over de shockschadevordering is verlegd van grote terughoudendheid naar de vraag onder welke omstandigheden de schade voortvloeiend uit een schok vergoedbaar zou moeten zijn.⁴⁸ Beslissend is volgens hem of de schadeveroorzaker 'bedacht had kunnen zijn op de shockschade' en daarvoor is niet doorslaggevend of de naaste zelf in gevaar heeft verkeerd, of dat hij zich 'buiten de directe gevarenzone bevindt of kort na het ongeval de schokkende gevolgen daarvan waarneemt'.⁴⁹ Het 'bedacht zijn op' ontleent Strikwerda aan de gevaarstellingstheorie, die volgens hem de voorkeur verdient ten opzichte van

44 In deze zin Lindenbergh 1997, p. 186-187. Als een derde (met geestelijk letsel) zich in de gevarenzone bevond, dan gaf dit volgens Lindenbergh reden om de exclusiviteit van art. 6:107-108 BW te negeren (p. 190). Anders Kottenhagen 1996, p. 125. Kritisch over het vereiste van gevarenzone, Verheij 1999, p. 1414-1416.

45 Kottenhagen 1996, p. 125.

46 Verheij 1999, p. 1413. Vgl. Verheij 2000, p.179.

47 Hof Amsterdam 27 april 2000, *NJkort* 2000, 45.

48 Conclusie A-G Strikwerda voor HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), nr. 14.

49 Conclusie A-G Strikwerda voor HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), nr. 21.

de toepassing van een zorgvuldigheidsnorm.⁵⁰ Relativiteitsvragen leveren dan geen problemen op: ‘de onrechtmatigheidsvraag en het relativiteitsvereiste [vallen] als het ware samen (...)’.⁵¹

De Hoge Raad oordeelt dat de werking van aansprakelijkheidsrecht moet worden beperkt:

‘In een aantal gevallen zal de dood of het letsel van een bij een verkeersongeval betrokken persoon leiden tot aanzienlijk (financieel) nadeel bij derden. Ook ten aanzien van hen geldt dat het recht beperkingen stelt aan de mogelijkheid van vergoeding van dit nadeel, omdat te ruim getrokken grenzen van aansprakelijkheid in maatschappelijk opzicht tot onaanvaardbare gevolgen zouden kunnen leiden.’⁵²

Gewezen wordt op de huidige inrichting van het bijzondere systeem van het schadevergoedingsrecht. De Hoge Raad ziet ruimte voor heroverweging daarvan:

‘Hoewel deze bepaling van tamelijk recente datum is, kan er grond bestaan om de redenen die tot de daarin neergelegde regeling van de schadevergoeding hebben geleid, te heroverwegen. Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij – zoals hier – in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen.’⁵³

Volgens de Hoge Raad gaat het echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten om in afwijking van het wettelijke systeem ‘zonder meer een vergoeding toe te kennen’ voor affectieschade:

‘In de eerste plaats zou immers opnieuw een, aan de wetgever voorbehouden, afweging moeten worden gemaakt van de voor- en nadelen die aan het huidige systeem verbonden zijn. Voorts vergt een herziening van het bestaande stelsel een afbakening van gevallen waarin een vergoeding passend wordt gevonden en een concrete aanwijzing van de personen aan wie een dergelijke vergoeding toekomt. Ten slotte is het ook aan de wetgever te beoordelen of, en zo ja in hoeverre, aan de toekenning van een dergelijke vergoeding financiële grenzen gesteld moeten worden in verband met de consequenties die daaraan kunnen zijn verbonden.’⁵⁴

50 Conclusie A-G Strikwerda voor HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), nr. 17.

51 Conclusie A-G Strikwerda voor HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), nr. 19.

52 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.1.

53 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.2.

54 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.2.

Toch ziet de Hoge Raad een mogelijkheid om ‘iets’ te doen voor derden die geestelijk letsel hebben opgelopen. Die mogelijkheid wordt gevonden door om het bijzondere systeem heen te redeneren. De inmiddels bekende zinsnede betreft:

‘Indien iemand door overtreding van een veiligheidsnorm of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, *handelt hij* in een geval als hier bedoeld niet alleen *onrechtmatig jegens* degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar ook *jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan*, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffene in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond.’⁵⁵

Uit de zinsnede van de Hoge Raad kunnen zes vereisten worden afgeleid. Ten eerste moet sprake zijn van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm jegens de direct gekwetste. Door die normschending moet een ernstig ongeval zijn veroorzaakt. Ten derde moet een ander (de derde) dat ongeval hebben gezien, of direct zijn geconfronteerd met de ernstige gevolgen daarvan: de confrontatie-eis. Die confrontatie moet bovendien tot een hevige emotionele schok hebben geleid en die schok moet leiden tot geestelijk letsel.⁵⁶ Ten slotte moet er een causaal verband bestaan tussen de confrontatie en het geestelijke letsel. Als aan deze zes vereisten is voldaan, is sprake van een onrechtmatige daad tegenover de derde en dus van een recht op in beginsel volledige schadevergoeding.

De Hoge Raad gaat om het bijzondere systeem van de artikelen 6:107-108 BW heen. De oorzaak van de schade is niet het letsel of overlijden van de ander, waardoor die bepalingen niet van toepassing zijn, maar de directe confrontatie met het ongeval of de gevolgen daarvan waardoor geestelijk letsel is ontstaan.⁵⁷ Overigens hoeft de derde geen naaste of nabestaande te zijn en hij hoeft ook niet zelf in gevaar te hebben verkeer. De Hoge Raad stelt dat ‘met name’ in die situaties sprake zal zijn van een hevige emotionele schok en niet dat uitsluitend in die situaties een vordering kan worden gehonoreerd.⁵⁸ Met betrekking tot immateriële schade, beslist de Hoge Raad dat sprake moet zijn van een psychiatrisch erkend ziektebeeld (artikel 6:106 lid 1 aanhef onder b BW).⁵⁹

55 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.3.

56 Vastgesteld moet worden dat sprake is van geestelijk letsel, dit mag niet worden verondersteld, HR 10 april 2007, *NJ* 2007, 233. Hierover Engelhard en Engelhard 2008, p. 233-234.

57 Over de vestigingsvraag zie HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.1. Zie r.o. 5.4 waarin de Hoge Raad expliciet ingaat op het onderscheid tussen immateriële schade veroorzaakt door het overlijden van het kind en de immateriële schade veroorzaakt door de confrontatie met het ongeval of de directe gevolgen daarvan. Vgl. o.a. Holzhauser 1986, p. 10; Lindenbergh 1997, p. 188; Lindenbergh 2008, p. 255-263.

58 Over een vordering van een getuige zie Rb. Amsterdam 19 juli 2000, LJN AA6551. Hierover Van Dam 2003, p. 10.

59 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.3.

De moeder heeft ook een beroep gedaan op artikel 8 EVRM (*family life*), maar dat wordt afgewezen omdat het veroorzaken van een ongeval als zodanig niet reeds een inbreuk op dit recht bewerkstelligt. Daarnaast noopt artikel 8 EVRM er niet toe dat wetgeving wordt ontwikkeld waardoor wordt voorzien in een recht op vergoeding voor immateriële schade van naasten. Opgemerkt wordt dat een vergoeding een vorm van genoegdoening en erkenning kan bieden, maar dit 'kan niet ertoe bijdragen dat in het onderhavige geval de moeder van het kind, V., in staat wordt gesteld overeenkomstig de strekking van art. 8 EVRM een normaal gezinsleven te leiden.' Belangrijk voor het onderhavige onderzoek is hetgeen vervolgens wordt geoordeeld door de Hoge Raad:

'Ten slotte ziet het onderdeel eraan voorbij dat art. 6:108 niet een beperking inhoudt van een bestaand recht op schadevergoeding, doch juist de grondslag biedt voor een uitbreiding van het recht op schadevergoeding waarop de benadeelde ten opzichte van wie niet onrechtmatig is gehandeld, anders geen aanspraak zou kunnen maken.'⁶⁰

De Hoge Raad beschouwt artikel 6:108 BW als een uitbreiding van aansprakelijkheid: personen jegens wie geen onrechtmatige daad is gepleegd, komt toch een afgeleid vorderingsrecht toe. Benadrukt moet worden dat het artikel als een uitbreiding te beschouwen valt als er *geen* onrechtmatige daad is gepleegd tegenover de betreffende derde. Een shockschadevordering is echter een voorbeeld van een vordering die zorgt voor vestiging van aansprakelijkheid ten opzichte van een derde.

De uitspraak van de Hoge Raad moet in context worden geplaatst. Zoals advocaat-generaal Strikwerda stelt, heeft de minister op 20 juni 2001 in een brief aan de Tweede Kamer aangekondigd dat hij zich zou gaan beraden over de wenselijkheid van vergoeding voor immateriële schade van naasten veroorzaakt door de dood van een ander.⁶¹ De Hoge Raad heeft zijn uitspraak gedaan in de wetenschap dit vraagstuk wellicht verder tot ontwikkeling zou gaan komen. Een terughoudende benadering lijkt dan op zijn plaats.

De Hoge Raad beperkt de kring van gerechtigden niet bij voorbaat tot familieleden en vrienden en daardoor heeft het arrest op het eerste gezicht een brede werking: het laat ruimte voor aansprakelijkheid jegens andere derden, zoals hulpverleners, die geestelijk ziek worden door de confrontatie met het ongeval van een ander. Vegter, die vooral schrijft over de shockschadevordering in het kader van de werknemer-werkgeverrelatie, betoogt dat *grosso modo* twee opvattingen hierover bestaan. Enerzijds dat de professionele hulpverlener minder snel een vordering moet toekomen, omdat hij zelf voor zijn beroep heeft gekozen en door zijn opleiding en ervaring

60 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 6.3.

61 A-G Strikwerda voor HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), nr. 12. Brief minister: *Kamerstukken II 2000/01*, 27 400 VI, nr. 70.

over meer weerstand zou moeten beschikken.⁶² Anderzijds dat soepeler moet worden omgegaan met deze personen binnen het aansprakelijkheidsrecht, omdat zij herhaaldelijk worden blootgesteld aan traumatische gebeurtenissen.⁶³ Door Vegter zelf wordt een middenweg bepleit (in de relatie werknemer-werkgever), waarbij zij onder andere opmerkt dat het argument van risicoaanvaarding niet voor de hand ligt, omdat in zekere zin iedere werknemer kiest voor een bepaald beroep en dus voor de risico's die daarmee gepaard gaan, terwijl toch geregeld aansprakelijkheid wordt aangenomen.⁶⁴

Volgens Verheij ligt het niet voor de hand dat hulpverleners tot de kring van gerechtigden behoren, in het licht van hetgeen is opgemerkt door de Minister van Justitie ten tijde van de invoering van Boek 6 BW. De kring mag niet te ruim worden getrokken en slechts in zeer ernstige gevallen is vergoeding mogelijk.⁶⁵ Bij die vaststelling eindigt het betoog van Verheij evenwel niet. Hij analyseert welke factoren van invloed zijn op het honoreren van een vordering. Het wordt van ondergeschikt belang geacht in welk juridisch kader het probleem wordt geplaatst: de juridische causaliteit of relativiteit. Verheij merkt op dat: '[d]e afbakening van de kring van gerechtigden (...) immers een beleidskwestie [is] die aan de hand van inhoudelijke overwegingen dient te geschieden.'⁶⁶ Het ligt voor de hand om aansluiting te zoeken bij de factoren ter bepaling van de juridische causaliteit, verwijzend naar de redenen van Köster voor de introductie van de redelijke toerekening. De rechter wordt op die manier gedwongen om duidelijk te maken welke inhoudelijke overwegingen zijn gemaakt om tot zijn beslissing te komen.⁶⁷ Wat daarna wordt opgemerkt, is belangrijk. Als die overwegingen blootliggen, is het overbodig om nog de stap te maken naar de relativiteit, een vereiste dat, volgens Verheij, 'tamelijk laagdrempelig' is, omdat 'de veroorzaker op de persoon van de benadeelde en op diens psychische schade bedacht had moeten zijn.'⁶⁸ Dit is zeker het geval als het gaat over geestelijk letsel van hulpverleners, omdat algemeen bekend is dat dit type letsel bij deze personen kan ontstaan in ernstige situaties.⁶⁹

Terug naar de redelijke toerekening. Verheij noemt vijf factoren die zijns inziens relevant zijn voor de besluitvorming van de rechter. Dat is ten eerste de waarschijnlijkheid van het geestelijk letsel. Meer in het algemeen wordt daarover opgemerkt dat de aard van de relatie tussen de direct gekwetste en de derde van invloed is op de kans dat iemand een stressstoornis oploopt. Maar belangrijker voor de positie van de hulpverlener is dat die waarschijnlijkheid wordt vergroot in het licht van de ernst

62 Vegter 2005, p. 365 e.v., onder verwijzing naar CRvB 29 maart 2001, TAR 2001, 74. Deze uitspraak is gedaan in het kader van een werkgever-werknemerrelatie.

63 Vegter 2005, p. 365.

64 Vegter 2005, p. 372.

65 Verheij 2002a, p. 284.

66 Verheij 2002a, p. 287.

67 Verheij 2002a, p. 288. Zie Köster 1963, p. 14-15. Recentelijk hierover Dijkshoorn 2011, p. 257-268.

68 Verheij 2002a, p. 288, onder verwijzing naar HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536, m.nt. G (*Verstekeling*); HR 30 september 1994 NJ 1996, 196-198, m.nt. C.J.H. Brunner (*bodemverontreiniging*); HR 23 december 1994, NJ 1996, 627-629, m.nt. W.M. Kleijn.

69 Verheij 2002a, p. 288-289.

van het ongeval, de duur van de reddingsactie en de nabijheid ten opzichte van het ongeval. De tweede factor die wordt genoemd, is de verwijtbaarheid van de daad. En daarnaast de aard van de geschonden norm en de aard van de gedraging van de schadeveroorzaker. Ten slotte noemt Verheij de aard van de schade, waarbij wordt opgemerkt dat geestelijk letsel voor een persoon even ‘invaliderend’ kan werken als lichamelijk letsel en dus op één lijn daarmee moet worden gesteld.⁷⁰

Verheij concludeert: ‘Het geheel overziend, is dus goed verdedigbaar dat de professionele hulpverlener die ernstig en waarschijnlijk blijvend psychisch letsel lijdt ten gevolge van zijn langdurige werkzaamheden in een rampgebied behoort tot de kring van gerechtigden.’⁷¹ ‘[De] nodige voorzichtigheid is evenwel op zijn plaats’, aldus Verheij, want alleen toekomstige rechtspraak kan zekerheid verschaffen.

Die zekerheid bestaat nog steeds niet. De reden, in de woorden van Verheij, kan zijn ‘(...) dat professionele hulpverleners die in verband met hun werk psychisch in de problemen komen een belangrijk gedeelte van hun financiële schade soms vergoed (...) krijgen. De enige – en in de praktijk wellicht onvoldoende – reden om een claim in te dienen zou dan zijn om smartengeld te verkrijgen.’⁷² Daarbij wil ik opmerken dat het wellicht niet aantrekkelijk is voor de hulpverlener om een vordering in te stellen, maar wel voor diens werkgever, die verhaal kan halen voor het netto doorbetaald loon en de kosten van de re-integratie (artikel 6:107a BW). Het is dus van belang om de vraag te stellen of hulpverleners tot de kring van gerechtigden behoren. In het licht van de uitspraak van de Hoge Raad is dat mogelijk, en dat is mijns inziens terecht. Dat aansprakelijkheid bestaat tegenover de direct gekwetste betekent nog niet dat daarom ook aansprakelijkheid bestaat voor schade die later ontstaat bij anderen. Er moet een reden zijn voor afwenteling van schade. Die reden moet hier gevonden worden in de maatschappelijke taak van hulpverleners en het risico waaraan zij zichzelf blootstellen om andere personen te redden (zie nader hoofdstuk 9, paragraaf 3.2.4).

3.2.4 *Kritiek*

Terug naar de positie van naasten en de uitkomst van het *Taxibus*-arrest. Het betreft een uitbreiding van aansprakelijkheid, die bovendien op bijval kon rekenen.⁷³ Toch is er ook kritiek geuit. Die kritiek is veelkleurig: van kritiek op de afzonderlijke criteria tot kritiek op het ‘rammelende’ systeem op zich, waarover nu meer.

⁷⁰ Verheij 2002a, p. 289-290.

⁷¹ Verheij 2002a, p. 290. Ter ondersteuning wordt de uitkomst in het arrest HR 19 december 1975, NJ 1976, 280 (*Rijksweg 12*) genoemd en wordt opgemerkt: ‘Als de zuivere vermogensschade van een derde (hier de overheid) kan worden toegerekend, is niet direct in te zien waarom de materiële en immateriële schade die voortvloeit uit een *gezondheidsaantasting* van derden niet zou kunnen worden toegerekend.’

⁷² Verheij 2002a, p. 282.

⁷³ Zie bijv. Van Maanen 2002, p. 1106-1107.

Zo is Sieburgh kritisch, omdat niet helder wordt wat de grond is voor onrechtmatigheid.⁷⁴ Betoogd wordt om aansluiting te zoeken bij hetgeen is geconcludeerd door de advocaat-generaal: de gevaarstelling waardoor 'het bedacht zijn op de schade' van belang wordt.

Mijn inziens is niet zozeer bezwaarlijk dat de Hoge Raad niet duidelijk maakt welke dogmatische grondslag hij kiest; bezwaarlijk is dat hij niet motiveert *waarom* juist gekozen is voor de begrenzing van het vorderingsrecht in de vorm van de zes vereisten. Bovendien, zo stelt Van Dam, ligt 'bedacht zijn op' besloten in de invulling van het relativiteitsvereiste door middel van de confrontatie-eis.⁷⁵ En daarover is hij op zijn beurt terecht kritisch: 'Tegen deze achtergrond zou het vreemd zijn als de Hoge Raad zou hebben bedoeld dat veroorzakers wel bedacht moeten zijn op schokschade van personen die zich ter plaatse van het ongeval bevinden maar niet op psychische schade van andere naaste verwanten die toevallig niet ter plaatse waren maar later met de gevolgen van het ongeval worden geconfronteerd.'⁷⁶ Niet de aard en omvang van de schade is dan beslissend, maar de (toevallige) plek waar die is veroorzaakt, en '[d]at is niet alleen moeilijk in het wettelijk systeem in te passen, het is ook een criterium met een hoog toevalsgehalte.'⁷⁷ Van Dam lijkt de uitspraak van de Hoge Raad zo te interpreteren dat dit ook niet is bedoeld, er wordt namelijk gesproken over 'in het algemeen'. Hij bepleit om aansluiting te zoeken bij de wijze waarop de shockschadevordering naar Duits recht is geregeld (zie paragraaf 3.3 van dit hoofdstuk): beslissend zou moeten zijn of iemand 'psychische schade heeft geleden als gevolg van het overlijden of de ernstige verwonding van het directe slachtoffer, ongeacht de plaats of de wijze van confrontatie.'⁷⁸ Als argumenten noemt hij dat dan sprake is van minder willekeur, meer gelijke behandeling van slachtoffers en van een praktisch criterium waardoor de aanleiding om te gaan procederen beperkt(er) zou zijn geworden. Ook zal het niet leiden tot een substantiële uitbreiding van aansprakelijkheid.

De Hoge Raad maakt een onderscheid tussen schade veroorzaakt door het letsel of overlijden, respectievelijk door de confrontatie. In de literatuur is daarop kritisch gereageerd. Verheij noemt dit onderscheid 'niet logisch': ongeacht de oorzaak van de schade, is sprake van psychisch letsel en daarom mogen vorderingen niet verschillend beoordeeld worden als zij een andere oorzaak kennen.⁷⁹ En, zoals Lindenbergh het verwoordt, de aard van de schade laat zich moeilijk herleiden tot een bepaalde oorzaak.⁸⁰ Psychiater Van Tilburg betoogt dat er vanuit het perspectief van zijn vakgebied geen onderscheid gemaakt kan worden tussen geestelijk letsel veroorzaakt door informatie over iemands overlijden (affectieschade) of door het zien van iemands

74 Sieburgh 2002, p. 103.

75 Van Dam 2002, p. 207.

76 Van Dam 2002, p. 207.

77 Van Dam 2002, p. 207.

78 Van Dam 2002, p. 207.

79 Verheij 2000, p. 179-180. Vgl. Verheij 1999, p. 1413.

80 Lindenbergh 1997, p. 190. Vgl. Dupont 1985, p. 101; Verheij 1999, p. 1413; Verheij 2000, p. 180; Van Dam 2002, p. 207-208.

overlijden (schokschade).⁸¹ Engelhard en Engelhard stellen bovendien – waarbij zij een beroep doen op uitkomsten van de klinische psychologie – dat een trauma ook kan ontstaan als de ‘derde’ het ongeval of de directe nasleep daarvan niet heeft gezien of gehoord. Geconcludeerd wordt: ‘Het is wrang om zonder deskundigenoordeel, en zelfs in de wetenschap dat dit klinisch niet is vast te stellen, tot die conclusie te komen.’⁸² Zoals Engelhard laat zien, wordt vaak slechts een gedeeltelijke vergoeding gegeven voor de schade van naasten.⁸³ Dit heeft als nadeel dat alle schade slechts voor 50% wordt vergoed; dus niet alleen het smartengeldbedrag, maar ook de kosten van de medische behandeling in verband met het geestelijk letsel. Engelhard en Engelhard noemen dit resultaat ‘wrang’: ‘Men wordt dus gekort zonder medische redenen.’⁸⁴ Deze situatie overziend, is ook wel betoogd dat onsmakelijke discussies moeten worden gevoerd: aangetoond moet worden dat het geestelijk letsel is veroorzaakt door de confrontatie met het ongeval (of de nasleep daarvan). De oorzaak mag niet gevonden worden in het letsel of overlijden van een ander, omdat dan de artikelen 6:107 en 6:108 BW exclusief werken.⁸⁵ Hartlief ziet mede hierdoor een noodzaak tot het vergoedbaar maken van affectieschade.⁸⁶ Ondanks deze kritiek, houdt de Hoge Raad in 2009 vast aan de confrontatie-eis en ziet hij het niet als zijn taak om affectieschade vergoedbaar te maken (zie paragraaf 3.2.5 van dit hoofdstuk).

Engelhard en Engelhard plaatsen kritische kanttekeningen bij, zoals zij die noemen, (impliciete) presumpties die in de uitspraak van de Hoge Raad in *Taxibus* besloten lijken te liggen. Zij ondersteunen hun conclusies mede aan de hand van inzichten uit de klinische psychologie. Er worden vier presumpties genoemd, waarvan er een zojuist al aan de orde kwam. Een andere is: ‘Door de waarneming van een ongeval of de directe confrontatie met de gevolgen daarvan wordt een hevige emotionele schok veroorzaakt.’⁸⁷ Zoals de zaken er nu voorstaan, wordt geen vergoeding toegekend als het geestelijk letsel is veroorzaakt door berichtgeving door de politie. Engelhard en Engelhard wijzen erop dat volgens inzichten vanuit de klinische psychologie een posttraumatische stressstoornis (PTSS) het gevolg kan zijn van ‘indirecte’ schokkende gebeurtenissen.⁸⁸

De volgende presumptie, het ‘geestelijk letsel vloeit voort uit een “hevige emotionele shock”’, sluit gedeeltelijk aan bij inzichten uit de klinische psychologie, aldus Engelhard en Engelhard.⁸⁹ Enerzijds is het ‘consistent met de definitie van een traumatische ervaring volgens de DSM-IV, waarin wordt gesteld dat er tijdens of vlak na de gebeurtenis sprake moet zijn van “intense angst, hulpeloosheid of afschuw”’.

81 Van Tilburg 2004, p. 10. Vgl. Verheij 2005, p. 208; Engelhard en Engelhard 2008, p. 239-240.

82 Engelhard en Engelhard 2008, p. 241.

83 Engelhard 2008a, p. 36.

84 Engelhard en Engelhard 2008, p. 241.

85 Van Dam 2002, p. 207. Vgl. Knol 1985, p. 266; Verheij 2002b, p. 11.

86 Hartlief 2009, p. 298.

87 Engelhard en Engelhard 2008, p. 230.

88 Engelhard en Engelhard 2008, p. 240 en p. 236.

89 Engelhard en Engelhard 2008, p. 238.

Anderzijds is het echter zeer wel mogelijk dat PTSS-symptomen ontstaan zonder dat sprake is van een 'hevige emotionele shock tijdens of vlak na de traumatische gebeurtenis'.⁹⁰

Wat betreft de derde presumptie, dat vooral naasten schokschade zullen lijden, merken zij op dat PTSS zich evengoed kan voordoen bij onbekenden die een ongeval waarnemen.⁹¹ De vierde presumptie, wat betreft de oorzaak van de schade, kwam zojuist al aan de orde. Volgens Engelhard en Engelhard vraagt dit om goede argumentatie die aangeeft waarom categorieën van slachtoffers, met name ouders die van de politie hebben vernomen dat hun kind is omgebracht, van het recht op schadevergoeding worden uitgesloten.⁹²

Vranken stelt in zijn noot onder het *Taxibus*-arrest dat hij instemt met de beslissing, maar ook ontevreden is. Ontevreden is hij over het feit dat de uitspraak slechts geldt voor een klein gedeelte van de bredere problematiek 'en dat daardoor de bestaande, pijnlijke onevenwichtigheden van het huidige recht op dit terrein niet alleen beter zichtbaar, maar zelfs nog versterkt worden'.⁹³ Ook Van Dam toont hierover zijn onvrede: er wordt een regel gegeven voor schokschade en geen visie gepresenteerd op de vergoeding van schade van derden.⁹⁴ 'Met de kennis van nu' wordt dit alles alleen maar pijnlijker. Ruim tien jaar na dato is het lang verwachte Wetsvoorstel affectieschade verworpen en is er niet echt uitzicht op een meer fundamentele oplossing.⁹⁵ Ook in het *Vilt*-arrest heeft de Hoge Raad niet de mogelijkheid aangegrepen om te kiezen voor een herziening van de ingeslagen weg (paragraaf 3.2.5 van dit hoofdstuk), misschien ook omdat het Wetsvoorstel affectieschade toen nog in behandeling was (zie hoofdstuk 7, paragraaf 2.2).⁹⁶

In de tussentijd zijn na *Taxibus* wel de grenzen van het confrontatievereiste opgezocht. In de lagere rechtspraak werd ruimte gevonden in de aard van de normschending: was die ernstiger, dan konden de eisen aan de directheid van de confrontatie worden versoepeld.⁹⁷ Lindenbergh sprak over 'communicerende vaten': des te ernstiger de normschending des te minder zwaar de confrontatie-eis geldt.⁹⁸ De Hoge Raad oordeelde in *Taxibus* dat schade door een schok 'in het algemeen' uitsluitend vergoedbaar is bij de confrontatie van het ongeval of de ernstige gevolgen daarvan. Als geen sprake is van enige vorm van confrontatie wordt de schade 'in het algemeen niet, maar soms – kennelijk – wel' vergoed, aldus Lindenbergh.⁹⁹

90 Engelhard en Engelhard 2008, p. 241 (citaat), p. 238-239.

91 Engelhard en Engelhard 2008, p. 236-237.

92 Engelhard en Engelhard 2008, p. 241.

93 Noot J.B.M. Vranken onder HR8 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (*Taxibus*), nr. 2.

94 Van Dam 2002, p. 208.

95 Rijnhout en Giesen 2011, p. 37.

96 HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*).

97 Zie voor een overzicht van lagere rechtspraak Vos en Dans 2006, p. 111-116; Engelhard 2008a, p. 20-46; noot R. Rijnhout bij Hof 's Hertogenbosch 5 februari 2008, JA 2008, 44.

98 Lindenbergh 2002, p. 338.

99 Lindenbergh 2002, p. 338.

Engelhard stelt voorop dat het vereiste van een directe confrontatie weinig ruimte biedt voor vergoeding van schade van slachtoffers die de nasleep van het ongeval niet hebben gezien. Zij pleit voor een ‘minder categorische’ benadering: het recht op schadevergoeding van slachtoffers moet niet reeds uitgesloten zijn op de enkele grond dat ze het misdrijf of de nasleep niet hebben gezien. De aard van de norm moet voorop staan: ‘Die benadering [heeft], (...), zowel vanuit het oogpunt van gedragsregulering (en rechtshandhaving) als het geschonden rechtsgevoel goede kaarten, maar strookt dus bovendien met de benadering vanuit recent klinisch perspectief.’¹⁰⁰ Het was wachten op een geval dat voorgelegd zou worden aan de Hoge Raad: dat werd de *Vilt*-zaak.

3.2.5 *Vilt: een niet geslaagde poging tot uitbreiding*

In de *Vilt*-zaak komen drie personen om het leven en raakt één persoon ernstig gewond bij een verkeersongeval. De veroorzaker van het ongeval is veroordeeld wegens onder meer ‘medeplegen van doodslag, meermalen gepleegd’. In cassatie worden de vragen voorgelegd of er autonoom een onrechtmatige daad is gepleegd jegens de nabestaanden in het licht van de aard van de normschending, respectievelijk of minder zware eisen gesteld mochten worden aan de directheid van de confrontatie met het ongeval of de gevolgen daarvan in verband met de aard van de normschending. Ook is een beroep gedaan op artikel 8 EVRM (recht op familieleven) en op artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

Het hof oordeelt dat de vordering op grond van artikel 6:162 BW afstuit op het systeem van de wet.¹⁰¹ Wat betreft de afzwakking van de confrontatie-eis beslist het hof dat daarvoor ‘onvoldoende aanleiding en ruimte’ bestaat ‘zo lang het in de wet verankerde restrictieve stelsel voor vergoeding van schade aan nabestaanden door de wetgever niet is gewijzigd.’¹⁰² Ook kan de confrontatie-eis niet worden verlaten, omdat niet wordt onderschreven dat de ‘geschonden norm (...) mede de strekking heeft de directe naasten van het slachtoffer tegen (voorzienbaar) psychisch letsel te beschermen.’¹⁰³

Onder verwijzing naar hetgeen overwogen is door de Hoge Raad in het *Taxibus*-arrest wordt het beroep op artikel 8 EVRM afgewezen.¹⁰⁴

Advocaat-generaal Spier concludeert tot verwerping van het beroep. Ondanks dat hij waarde hecht aan het argument dat in gelijke, en minder ingrijpende, situaties wel een vergoeding voor immateriële schade wordt geboden, staat hij afwijzend ten opzichte van de gesuggereerde uitbreiding. Spier vreest dat de deur voor andere vorderingen

¹⁰⁰ Engelhard 2008a, p. 44.

¹⁰¹ Hof 's Hertogenbosch 5 februari 2008, *JA* 2008, 44, m.nt. R. Rijnhout, nr. 4.9.1-4.9.4.

¹⁰² Hof 's Hertogenbosch 5 februari 2008, *JA* 2008, 44, m.nt. R. Rijnhout, nr. 4.14.4.

¹⁰³ Hof 's Hertogenbosch 5 februari 2008, *JA* 2008, 44, m.nt. R. Rijnhout, nr. 4.14.4.

¹⁰⁴ Hof 's Hertogenbosch 5 februari 2008, *JA* 2008, 44, m.nt. R. Rijnhout, nr. 4.16.2.

wordt opengezet. Daarnaast wijst hij op de moeilijkheid in verband met vergoeding van schade van naasten. In de loop van de jaren kunnen de familiebanden losser worden. Ook zou het onbevredigend zijn om nu – na jarenlange afwijzing – alsnog affectieschade vergoedbaar te achten. Die keuze is aan de wetgever. Spier vraagt zich bovendien af of de uitkomsten van het onderzoek over behoeften van slachtoffers en naasten beslissend zouden moeten zijn voor de uitkomst van het arrest: ‘Maatschappelijke opvattingen zijn stellig van belang, (...). Maar beslissend zijn ze niet, laat staan zonder meer.’¹⁰⁵ Spier benadrukt, en dat lijkt de rode draad in zijn betoog:

‘Voor een groot scala grensgevallen is onzekerheid thans troef, met name omdat de rechtvaardiging van de getrokken grenzen niet steeds in het oog springt (wat trouwens voor elke grens, hoe ook gemarkeerd, geldt). Vooralsnog bestaat daarom een gerede kans dat we steeds verder in het moeras terechtkomen.’¹⁰⁶

Wat betreft de schokschade wijst Spier op het betoog van Engelhard en Engelhard: slechts in een kleine minderheid van de gevallen leidt de confrontatie met een ongeval tot een stressstoornis.¹⁰⁷ Bovendien is opzet niet verzekerd, dus zal bij een focus op de intentie van de schadeveroorzaker vergoeding niet altijd plaatsvinden. Opgemerkt moet worden dat dit een praktische consequentie is en ik vraag mij af of het feit dat de schade niet verzekerd is, een argument kan zijn om aansprakelijkheid *niet* te erkennen. Juist het gegeven dat geen verzekering mogelijk is, is een teken dat het gaat over ernstig afkeurenswaardig gedrag. Spier noemt als laatste argument dat het opvallend is om opzet bij schade van derden voldoende te achten, terwijl op grond van artikel 6:106 lid 1 aanhef en onder a BW oogmerk is vereist als het gaat over de vordering van de direct gekwetste.

De Hoge Raad laat geen twijfel bestaan over zijn beslissing:

‘De middelen strekken ertoe dat de door de Hoge Raad in het bijzonder in het Taxi-busarrest aangewezen omvang van de schadevergoedingsverplichting jegens nabestaanden van verkeersslachtoffers moet worden verruimd in gevallen waarin het, anders dan in de zaak die tot dat arrest leidde, gaat om een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval. Die verruiming kan niet worden aanvaard.’¹⁰⁸

De volgende onderbouwing wordt gegeven:

‘Art. 6:108 BW geeft een beperkt aantal gerechtigden bij overlijden van een naaste of dierbare – ongeacht of degene die jegens de overledene aansprakelijk is voor de gebeurtenis die tot diens dood heeft geleid zich tevens onrechtmatig heeft gedragen jegens deze gerechtigden en ongeacht of die persoon tegenover de overledene

105 Conclusie A-G Spier voor HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), nr. 6.6.3.

106 Conclusie A-G Spier voor HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), nr. 6.6.4.

107 Conclusie A-G Spier voor HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), nr. 6.10.3.

108 HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), r.o. 3.4.

een opzettelijk heeft begaan – slechts aanspraak op de in art. 6:108 BW genoemde vermogensschade; (...).¹⁰⁹

Als artikel 6:108 BW van toepassing is, werkt deze regeling exclusief, ongeacht of er autonoom onrechtmatig is gehandeld jegens nabestaanden. Er bestaan twee uitzonderingen: die uit het *Oogmerk*-arrest en als de derde in zijn persoon is aangetast in de zin van artikel 6:106 lid 1 aanhef onder b BW, waarbij de Hoge Raad de vereisten uit het *Taxibus*-arrest herhaalt. Er bestaat geen ruimte om in het licht van de ernst van de normschending het vereiste van de directheid van de confrontatie af te zwakken of ter zijde te stellen. Vervolgens beslist hij nog dat artikel 8 EVRM niet verplicht tot het opstellen van wetgeving wat betreft de vergoeding van de schade van ouders die hun kind verliezen vanwege onrechtmatig handelen of nalaten van een ander.¹¹⁰

Ook deze uitspraak moet in context worden geplaatst. Op het moment van uitspraak, 9 oktober 2009, was het Wetsvoorstel affectieschade nog aanhangig in de Eerste Kamer, die op 23 maart 2010 het voorstel verwierp. Pas op de plaats van de rechter lijkt dan gepast.¹¹¹

Vranken is kritisch in zijn *NJ*-noot. Het argument van het restrictieve wettelijke systeem, kan niet beslissend zijn in het licht van het oordeel van de Hoge Raad in *Taxibus*. Toen heeft de Hoge Raad ook rechtsvormend opgetreden, dus waarom nu niet? Bovendien zou een benadering gebaseerd op de opzettelijkheid van de normschending volgens Vranken goed kunnen bestaan naast de overige situaties waarin vergoeding voor immateriële schade wordt gevorderd. Vranken twijfelt ook aan het uitdijende effect van de uitspraak.¹¹² Er bestaan echter ook rechtspolitieke keuzes: er zijn inconsistenties binnen dit rechtsgebied, maar het is niet de taak van de rechter om een nieuw stelsel op te bouwen. Hoewel Vranken begrip lijkt op te brengen voor de terughoudende houding van de Hoge Raad, vraagt hij zich wel het volgende af: ‘Het is echter de vraag of hij zich nog afzijdig kan houden totdat misschien over tien of vijftien jaar een wettelijke regeling zal komen.’ De rechter zal met steeds meer (gruwelijke) knelpunten worden geconfronteerd die in de media uitgelicht gaan worden.¹¹³ Hij betoogt: ‘De Hoge Raad kan op voorhand aan de wetgever aangeven dat wanneer niet binnen een bepaalde periode wetgeving tot stand is gebracht, hij zelf aan de slag gaat. Maar ook als hij het niet expliciet doet, komt het op zeker ogenblik vanzelf, omdat uiteindelijk publiek vertrouwen de enige echte legimitatie is van rechtspraak en die zal de Hoge Raad niet willen laten ondermijnen door een treuzelende wetgever.’¹¹⁴ Vranken stelt een bundeling van krachten voor: het regelen van

109 HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), r.o. 3.5.

110 HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), r.o. 3.5.

111 Zie ook A-G Spier voor HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 (*Vilt*), nr. 5.13 en J.B.M. Vranken in zijn noot na het arrest, nr. 4. Hierover ook Lindenbergh en Van der Zalm 2010, p. 22.

112 Noot Vranken onder HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 (*Vilt*).

113 Noot Vranken onder HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 (*Vilt*).

114 Noot Vranken onder HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 (*Vilt*).

de problematiek stukje bij stukje in een samenspel van wetgeving, rechtspraak en praktijk.

Lindenbergh en Van der Zalm zijn ongelukkig met de uitkomst van dit arrest, omdat ernstige fouten verwerpelijk zijn en wat hen betreft 'tot een grotere omvang van de aansprakelijkheid mogen leiden. Dergelijke fouten, en hun gevolgen, zullen vermoedelijk ook als erger worden ervaren, zowel door de benadeelde als door "de maatschappij" (...).'¹¹⁵

Ook Hartlief reageert negatief: 'gevolgen van geweldsdelicten [worden] in de mal van die van verkeersongevallen (...) geperst en relevante verschillen [blijven] daarmee buiten beeld.'¹¹⁶ Hij wijst er op dat uiteindelijk de angst voor punitieve elementen in het privaatrecht voedend is geweest voor de uitkomst in zowel het arrest als het debat op wetgevingsniveau over affectieschade. Zou de aard van de normschending bepalend mogen zijn? Hartlief:

'Ik juich een bevestigend antwoord juist toe, zowel bij affectieschade als bij schrik-schade, niet alleen om recht te doen aan verschillen, maar ook omdat het burgerlijk recht stevig mag reageren op ernstige normschendingen.'¹¹⁷

Kottenhagen is ook kritisch.¹¹⁸ De confrontatie-eis verdient wat hem betreft heroverweging en daarvoor wordt een beroep gedaan op een rechtsvergelijkend argument: naar Belgisch, Frans, Duits en Engels recht wordt ook minder of geen waarde gehecht aan de directheid van de confrontatie. Zoals in het onderstaande zal blijken, is dat inderdaad zo, maar dat komt vooral doordat in die rechtsstelsels weinig doorslaggevende betekenis wordt toegedicht aan de *oorzaak* van het geestelijk letsel. Bovendien worden daar andere afbakningsmechanismes gekozen waarop ook veel kritiek is geuit. Wat belangrijk is in de analyse van Kottenhagen, is dat hij vooral een uitzondering wil toelaten op de confrontatie-eis als het gaat over personen 'die een affectieve of een sterke emotionele band met het directe slachtoffer hebben.'¹¹⁹ Die groep zou niet groot zijn, vooral omdat Kottenhagen nog wel ruimte ziet voor de eis van een psychiatrisch erkend ziektebeeld.¹²⁰

115 Lindenbergh en Van der Zalm 2010, p. 21.

116 Hartlief 2009a, p. 2253.

117 Hartlief 2009a, p. 2253.

118 Kottenhagen 2010, p. 341-351.

119 Kottenhagen 2010, p. 350.

120 Kottenhagen 2010, p. 350. In deze zin concludeert ook Pronk 2011, p. 42. Pronk doet een beroep op rechtspraak van het EHRM en betoogt dat als er een vergoeding voor immateriële schade van naasten moet worden gegeven voor de schending van het recht op leven (art. 2 EVRM), er ook een vergoeding gegeven zou moeten worden voor het verlies van arbeidsvermogen veroorzaakt door geestelijk letsel bij een naaste: '[het] lijkt (...) lastig te betogen dat een gemakkelijk(er) objectiveerbare schadepost, die uiteindelijk grotere impact op een (secundair) slachtoffer kan hebben, niet voor vergoeding in aanmerking komt.' (p. 42-43).

3.2.6 Lagere rechtspraak na Vilt

Ondertussen blijft de directheid van de confrontatie doorslaggevend. Emaus betoogt terecht dat bij de oordeelsvorming daarover ruimte voor interpretatie bestaat: onder welke omstandigheden – tijd, plaats en wijze van confrontatie – is de confrontatie ‘direct’ genoeg?¹²¹ Doordat dit diffuus is, blijven uitkomsten uiteenlopen.

Uit rechtspraak verschenen na *Vilt*, waarover ook Kottenhagen spreekt,¹²² blijkt dat verschillend wordt geoordeeld over de invloed van de aard van de normschending op de directheid van de confrontatie. In de rechtbankuitspraak inzake Nadia wordt aansluiting gezocht bij de aard van de normschending, zij het minder expliciet.¹²³ In eerdere instantie is geoordeeld dat de ernst van de normschending een reden is om de eisen aan de directheid van de confrontatie af te zwakken.¹²⁴ Als later, in het licht van de uitkomst van het *Vilt*-arrest aan de rechtbank wordt gevraagd of die uitspraak moet worden heroverwogen, wordt geoordeeld dat daar geen reden toe is. De rechtbank spreekt welliswaar niet meer over communicerende vaten, maar de uitkomst is hetzelfde.¹²⁵

De Rechtbank Rotterdam acht het voldoende voor een directe confrontatie dat de partner van de door een misdrijf gedode persoon het lijk heeft geïdentificeerd, de bebloede kleding in ontvangst heeft genomen en de plaats van het delict heeft aanschouwd terwijl de bloedsporen nog aanwezig waren.¹²⁶ De Rechtbank Amsterdam oordeelt dat de zoon van een vermoorde vader die het knallen van het wapen heeft gehoord, een succesvolle vordering heeft.¹²⁷

De Rechtbank ’s Hertogenbosch oordeelt echter dat er geen ruimte bestaat voor afzwakking of ter zijde stelling van het vereiste van directe confrontatie, en acht het daarom onvoldoende voor het toewijzen van een shockschadevordering dat de confrontatie van een zoon met het ongeval heeft plaatsgehad via berichtgeving door zijn vader. Via zijn vader is hem ter ore is gekomen dat zijn moeder met een hamer is doodgeslagen en dat het huis waarin hij met zijn moeder heeft gewoond door een explosie is vernietigd.¹²⁸

Opvallend is de uitspraak van de Rechtbank Zutphen: de shockschadevordering wordt toegekend, omdat de vader van de overledene ‘vrijwel onmiddellijk na deze gebeurtenis met het door messteken toegenakelde en gereanimeerde lichaam van zijn zoon [is] geconfronteerd.’ Maar dat is niet wat de uitspraak opvallend maakt, dat betreft het feit dat geen deskundigenbericht vereist was, met als rechtvaardiging dat ‘[d]e vader van

121 Emaus 2011, p. 66-67.

122 Kottenhagen, 2011, p. 5-15.

123 Rb. Arnhem 9 juni 2010, LJN BM7045, JA 2010, 100.

124 Rb. Arnhem 16 april 2008, JA 2008, 76, m.nt. R. Rijnhout.

125 Rb. Arnhem 9 juni 2010, LJN BM7045, JA 2010, 100. Kritisch hierover (hoewel zij instemmen met het resultaat) Rijnhout en Giesen 2011, p. 36-37.

126 Rb. Rotterdam 1 december 2010, LJN BP1237.

127 Rb. Amsterdam 6 mei 2011, LJN BQ3601.

128 Rb. ’s Hertogenbosch 11 mei 2011, LJN BQ4001.

[slachtoffer] door de zinloze en gewelddadige dood van zijn zoon voor het leven [is] getekend.¹²⁹

Hoewel de lagere rechters na *Vilt* heel verschillende interpretaties lijken te geven aan de confrontatie-eis, heeft de Hoge Raad de deur van 'de ernst van de normschending' als versoepelingsmechanisme gesloten. Maar een andere mogelijkheid staat al aan de poort. Het arrest van het Hof Arnhem van 15 maart 2011 roept een nieuwe vraag in het leven: zou er een uitzondering moeten worden toegelaten op het vereiste dat sprake moet zijn van een schending van een verkeers- of veiligheidsnorm? Na een medische fout (onrechtmatige daad in enge zin) sterft een zoon. Zijn ouders treffen hem levenloos, gestikt in zijn eigen braaksel, aan in zijn bedje. Daardoor worden zij geestelijk ziek. Het hof wijst de shockschadevordering af.¹³⁰

Een andere rechtsvraag lag voor in de zaak waarin de Rechtbank 's Hertogenbosch op 25 juli 2011 moest beslissen. Een vijf maanden oude baby is geslagen en door elkaar geschud door de oppas; de baby overlijdt na een aantal dagen als gevolg van hersenletsel. De moeder vordert vergoeding van haar schade. De shockschadevordering wordt afgewezen, omdat geen sprake was van een schok; de moeder is geleidelijk op de hoogte geraakt van de omstandigheden waaronder haar baby om het leven is gekomen.¹³¹

Zoals ik al eerder aangaf, is, vanuit het perspectief van ouders, kinderen, broers en zussen, moeilijk uit te leggen waarom de Hoge Raad gekozen heeft voor deze begrenzing. Waarom moet sprake zijn van de schending van een verkeers- en veiligheidsnorm, terwijl het even afschuwelijk is om een kind te verliezen door een medische fout? Waarom moeten ouders aantonen dat hun geestelijk letsel wordt veroorzaakt door de confrontatie met het ongeval of de nasleep daarvan? Is het verlies op zich niet al genoeg? De grenzen gekozen door de Hoge Raad zorgen voor ongelijke uitkomsten in ogenschijnlijk gelijke situaties.

3.2.7 Tussenconclusie

Vergoeding van schade veroorzaakt door geestelijk letsel bij derden is mogelijk, maar die vergoedingsmogelijkheid is aan voorwaarden verbonden. De Hoge Raad stelt er zes. Er moet sprake zijn van de schending van een verkeers- en veiligheidsnorm jegens de direct gekwetste, waardoor een ernstig ongeval is veroorzaakt. De derde moet direct met het ongeval of de nasleep daarvan zijn geconfronteerd. *Door* (causaal verband) die confrontatie moet een heftige schok zijn ontstaan. Die schok moet geestelijk letsel tot gevolg hebben. Voor vergoeding voor immateriële schade is vereist dat het geestelijk letsel kan worden gekwalificeerd als psychiatrisch erkend ziektebeeld. Uit latere rechtspraak blijkt bovendien dat de Hoge Raad strikt vasthoudt aan deze vereisten. Een versoepeling van de eisen die worden gesteld aan de directheid van

129 Rb. Zutphen 13 oktober 2009, LJN BK0030.

130 Hof Arnhem 15 maart 2011, LJN BP8479.

131 Rb. 's Hertogenbosch 25 juli 2011, JA 2011, 159, m.nt. W.H. Bouman en S. Vervaat.

de confrontatie naarmate de normschending ernstiger is, is naar het oordeel van de Hoge Raad niet de bedoeling.

Een verklaring voor deze uitkomst is de interpretatie die de Hoge Raad geeft aan de artikelen 6:107-108 BW. Deze artikelen werken niet naast het onrechtmatige daadsrecht, maar derogeren daaraan. De Hoge Raad beschouwt artikel 6:108 BW niet als beperking maar als uitbreiding: personen jegens wie geen onrechtmatige daad is gepleegd, kunnen toch vergoeding vorderen van hun schade. Dat is inderdaad de situatie als de schade van de derde is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. Anders is dat echter als die schade is veroorzaakt door een eigen geestelijke kwetsing vanwege de confrontatie met het ongeval. Dan kunnen zij wel autonoom een beroep doen op het onrechtmatige daadsrecht.

Mijns inziens oogt artikel 6:108 BW vanuit zijn historische context weliswaar als een uitbreiding, maar gezien de uitkomst in *Taxibus* is het veeleer een beperking. Scherper geformuleerd: het is een weerspiegeling van de beperkte opvatting naar Nederlands recht wat betreft de beschermwaardigheid van naasten en nabestaanden. Zij die met het meest afschuwelijke worden geconfronteerd wat in een mensenleven kan gebeuren, wordt een beperkte positie toegedicht.

Ook in de literatuur is kritiek geuit op de vereisten van de shockschadevordering. De vereisten van het *Taxibus*-arrest zorgen voor ongelijke uitkomsten wat betreft de schadevergoedingsmogelijkheden voor gezinsleden. Waarom zou er een onderscheid moeten bestaan tussen gedeeltelijke (via artikel 6:107 of 6:108 BW) en volledige vergoeding (via artikel 6:162 BW) al naar gelang de naaste aanwezig was bij het ongeval of de nasleep daarvan heeft gezien, of niet? Terwijl in beide situaties iemand geestelijk ziek kan worden. De precieze oorzaak van het letsel is bovendien vaak niet te achterhalen, zo blijkt uit inzichten uit de klinische psychologie. Ik sluit mij daarom aan bij wat Engelhard en Engelhard stellen: 'Het is wrang om zonder deskundigenoordeel, en zelfs in de wetenschap dat dit klinisch niet is vast te stellen, tot die conclusie te komen.'¹³² De confrontatie-eis is niet houdbaar. Maar gelijke kanttekeningen zijn te plaatsen bij de overige vereisten (de aard van de normschending jegens de direct gekwetste en de schok als oorzaak). Goede argumenten voor deze keuze voor begrenzing ontbreken.

3.3 Duitsland: de kring van gerechtigden is beperkt tot naasten en nabestaanden

3.3.1 Inleiding

Naar Duits recht kan een feitelijk derde onmiddellijk in een beschermd rechtsbelang uit § 823 I BGB worden aangetast. Hij is dan *unmittelbar Geschädigte*. Dat is de grondslag bij een *Schickschäden*-vordering: de derde wordt aangetast in zijn beschermde belang 'gezondheid'. Het gaat niet over '*Drittschaden*', maar over '*Drittver-*

¹³² Engelhard en Engelhard 2008, p. 241.

letzung¹³³. De derde komt, naast de direct gekwetste, een beroep toe op het algemene onrechtmatige daadsrecht.¹³⁴

Het recht op gezondheid omvat meer dan alleen *Schockschäden* en betreft een ‘*nachteiligen Abweichung vom Normalzustand führende Störung der inneren Lebensvorgänge*’.¹³⁵ *Schockschäden* is slechts één type gezondheidsschade. Bovendien hoeft *Schockschäden* niet alleen betrekking te hebben op ‘derden’. Zoals Wagner stelt: ook als iemand geestelijk letsel oploopt door een bijna-ongeval-ervaring (*Beinaheunfall*), bijvoorbeeld doordat wordt waargenomen door de achteruitkijkspiegel dat gevaar bestaat, kan er sprake zijn van *Schockschäden* en kan vergoeding op zijn plaats zijn.¹³⁶

De §§ 844 en 845 BGB doen daaraan niet af. Dat is op zich niet veel anders dan naar Nederlands recht, want ook hier heeft de derde autonoom een vorderingsrecht op grond van het onrechtmatige daadsrecht in geval van een shockschadevordering. Het verschil is echter dat in Duitsland geen vereiste bestaat dat verband houdt met de directheid van de confrontatie; ook als het geestelijk letsel is veroorzaakt door het letsel of overlijden van de direct gekwetste kan een vergoeding worden toegekend. De §§ 844 en 845 BGB werken niet exclusief. Als argument hiervoor noemen Kötz en Wagner dat het feit dat de wetgever nabestaanden een aanspraak op vergoeding wil toekennen na iemands overlijden, op zich niets zegt over de vraag of een nabestaande een vergoeding zou mogen vorderen wegens een aantasting van de eigen gezondheid. Die redenering trekken zij door naar nabestaanden die niet tot de kring van gerechtigden uit de bijzondere bepalingen behoren: dat die bepalingen bestaan, betekent niet dat broers of vrienden van de overledene geen beroep zouden mogen doen op het algemene onrechtmatige daadsrecht wegens *Schockschäden*.¹³⁷ Deze argumentatie maakt duidelijk dat naar Duits recht het beschermde belang voorop staat. Als dat op een onrechtmatige wijze wordt doorkruist, dan staat een beroep op het algemeen onrechtmatige daadsrecht open.

Verder moet nog worden opgemerkt dat de *Schockschäden*-vordering gericht is op de vergoeding van materiële schade en immateriële schade.¹³⁸ Het BGH heeft geoordeeld dat de eigen schuld van de direct gekwetste doorwerkt in de hoogte van de shockschadevordering op grond van §§ 242 en 254 I BGB.¹³⁹ Het BGH motiveert deze beslissing door te argumenteren dat er een bijzondere samenhang bestaat tus-

133 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr 80.

134 BGH 11 mei 1971, *BGHZ* 56, 163; BGH 16 januari 2001, VI ZR 381/99; BGH 18 juli 2006, *NJW* 2006, 3268, *VersR* 2006, 1653; BGH 22 mei 2007, *NJW* 2007, 2764, *VersR* 2007, 1093.

135 Soergel/Spickhoff § 823, p. 60.

136 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr 80.

137 Kötz en Wagner 2010, p. 63. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr 80.

138 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr 80. Vgl. Deutsch 1996, p. 578; Schramm 2010, p. 160-161.

139 BGH 11 mei 1971, *BGHZ* 56, 163; BGH 18 juli 2006, *NJW* 2006, 3268, *VersR* 2006, 1653. Zie ook Deutsch 1996, p. 579-580; Soergel/Spickhoff § 823 BGB R 49; MünchKommBGB/Wagner § 823, RgNr 83. Gediscussieerd wordt over de bepaling waarop die doorwerking berust, zie Larenz en Canaris 1994, p. 590; Soergel/Spickhoff § 823 BGB R 49.

sen het geestelijke letsel van de derde en het lichamelijke letsel van de oorspronkelijke – direct – gekwetste.¹⁴⁰ Zoals Schramm het noemt: het ongeluk van een ander wordt ‘eigen’ gemaakt.¹⁴¹ Bij samenloop van het geërfde vorderingsrecht van de erfgenaam en de vergoeding uit hoofde van een shockschadevordering wordt niet verrekend.¹⁴²

3.3.2 De vereisten en commentaren

Volgens Wagner is het naar Duits recht niet zozeer de vraag of bij *Schockschäden* een vorderingsrecht tot stand komt, maar vooral *onder welke omstandigheden* die vordering succesvol is.¹⁴³ Er moet in ieder geval zijn voldaan aan de vereisten van § 823 I BGB, maar ook aan drie ‘extra’ vereisten. De reden daarvoor is dat een massale toestroom van aansprakelijkheden moet worden voorkomen.¹⁴⁴ Wagner wijst daarnaast op de moeilijkheden in verband met de verifieerbaarheid en de manipuleerbaarheid van geestelijk letsel.¹⁴⁵ Er wordt een onderscheid gemaakt tussen lichamelijke en geestelijke gezondheid; in geval van geestelijk letsel worden extra voorwaarden gesteld naast de ‘normale’ vereisten van het onrechtmatige daadsrecht.

Om te beginnen met de klassieke vereisten van § 823 I BGB: er moet sprake zijn van gezondheidsschade, en dus, in geval van geestelijk letsel, een psychiatrisch erkend ziektebeeld.¹⁴⁶ ‘Louter’ ‘*Trauer und Schmerz*’ is onvoldoende.¹⁴⁷ Maar ook hoeft niet voor iedere vorm van geestelijk letsel, zijnde een medisch erkend ziektebeeld, een vergoeding te worden geboden. Hierover gaat de uitspraak van het BGH van 11 mei 1971.¹⁴⁸ Een echtgenote wordt verteld dat haar echtgenoot is overleden bij een verkeersongeval. Afgezien van het feit dat het onduidelijk is of de echtgenote geestelijk letsel heeft, oordeelt het BGH dat niet in alle gevallen van geestelijk letsel een vergoeding moet worden gegeven. De reden daarvoor is dat het algemeen bekend is dat sterke negatieve ervaringen, veroorzaakt door pijn (*Schmerz*), verdriet (*Trauer*) en angst (*Schrecken*), psychologische processen en het mentale welzijn kunnen verstoren. Nodig is dat zowel naar medisch inzicht als naar algemene verkeersopvattingen sprake is van geestelijk letsel in de zin van § 823 I BGB. Daarbij wordt opgemerkt dat indien geestelijk letsel naar medisch inzicht aanwezig is, maar geen ‘*schockartigen*’ belasting van de gezondheid, de schade niet wordt vergoed.¹⁴⁹ Nadelen voor het gees-

140 BGH 11 mei 1971, *BGHZ* 56, 163.

141 Schramm 2010, p. 162.

142 Schramm 2010, p. 162.

143 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr 81.

144 Deutsch 1996, p. 578; Steffen 1996, p. 731; Schramm 2010, p. 148. Zie ook BGH 14 juni 2005, *NJW* 2005, 2614.

145 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr 81.

146 Hierover bijv. MünchKommBGB/Wagner § 823 RgNr 81; Schramm 2010, p. 147. Zie bijv. BGH 5 februari 1985, *NJW* 1985, 1390, noot K.G. Deubner.

147 Lange en Schiemann 2003, p. 149; Soergel/Spickhoff § 823 R 38; MünchKommBGB/Wagner § 823 RgNr 81; Kötz en Wagner 2010, p. 63.

148 BGH 11 mei 1971, *BGHZ* 56, 163, *NJW* 1971, 1883.

149 BGH 11 mei 1971, *BGHZ* 56, 163, *NJW* 1971, 1883, 1885-1886.

telijk welbevinden die naar ervaringsregels ontstaan bij een rouwverwerking leveren geen zelfstandige grondslag op voor een verplichting tot schadevergoeding, aldus het BGH. Daarom wordt het verwijzingshof gevraagd of het zich er van kan overtuigen dat de reactie op de berichtgeving over het ongeval aan de echtgenote een 'normale reactie' op pijn, verdriet en teleurstelling is, of dat de berichtgeving tot een '*unmittelbar zu einer "traumatischen" Schädigung der physischen oder psychischen Gesundheit (...)*' heeft geleid.¹⁵⁰

§ 823 I BGB gaat dus over een gezondheidsaantasting die de 'normale', naar ervaringsregels, reactie van naasten op het overlijdensbericht van een direct gekwetste overtreft. Uit de rechtspraak komt naar voren dat het letsel van een zekere duur en gewicht moet zijn.¹⁵¹ Wagner spreekt ook wel over het bereiken van een niveau van '*Krankheitswert*'.¹⁵² Praktisch betekent dit dat als een nabestaande depressieve klachten heeft door iemands overlijden, ook als dat een medisch erkend ziektebeeld betreft, dat nog geen zekerheid oplevert wat betreft een vordering.¹⁵³

Lange reageert instemmend op dit extra vereiste: gebeurtenissen kunnen geen schadevergoedingsverplichting gronden als die geen ernstigere gevolgen hebben dan die waarmee iedereen vroeg of laat in zijn leven wordt geconfronteerd. Die nadelen behoren tot het '*algemeines Lebensrisiko*'.¹⁵⁴

Maar er wordt ook kritiek geuit. Deutsch noemt vergoeding van schade veroorzaakt door geestelijk letsel vanwege de dood van een naaste voor de hand liggend.¹⁵⁵ Bischoff deelt die mening: de tekst van § 823 I BGB dwingt niet tot aanvullende vereisten wat betreft de aantasting van de gezondheid en overigens ook niet voor lichamelijk letsel.¹⁵⁶ Vooralsnog hebben Lange en Schiemann echter het BGH niet aan hun zijde.

In 2005 en 2010 hebben het OLG Koblenz en het OLG Köln geoordeeld, in twee zaken over medische aansprakelijkheid, dat aan de verklaring van psychische schade van naasten die door medisch verzuim een naaste hebben verloren, alleen maar 'gepaste eisen' mogen worden gesteld. In de zaak uit 2005 ging het over een zoon die lijdt aan een PTSS doordat hij de smeebeden van zijn vader heeft genegeerd en in plaats daarvan heeft vertrouwd op de arts, hetgeen later dus fout bleek.¹⁵⁷ De vordering wordt toegewezen.

150 BGH 11 mei 1971, *BGHZ* 56, 163, *NJW* 1971, 1883, 1886. Zie ook BGH 31 januari 1984, *NJW* 1984, 1405; BGH 4 april 1989, *NJW* 1989, 2317; BGH 14 juni 2005, *NJW* 2005, 2614; BGH 18 juli 2006, *NJW* 2006, 3268, *VersR* 2006, 1653.

151 Rechtspraak, zie bijv. BGH 4 april 1989, *NJW* 1989, 2317; OLG Hamm 22 februari 2001, *NZV* 2002, 234; OLG Köln 18 december 2006, 19 U 40/06.

152 MünchKommBGB/Wagner § 823 RdNr 81. Zie ook Soergel/Spickhoff § 823 R 38, Schramm 2010, p. 150-151.

153 Schramm 2010, p. 151.

154 Lange en Schiemann 2003, p. 149. Vgl. Lange en Hagen 1987, p. 23. De term '*algemeines Lebensrisiko*' is ook gebruikt door de rechter, zie bijvoorbeeld OLG Hamm 22 februari 2001, *NZV* 2002, 234; BGH, BGH 14 juni 2005, *NJW* 2005, 2614.

155 Deutsch 1996, p. 578.

156 Bischoff 2004, p. 559.

157 OLG Koblenz 3 maart 2005, *NJW-RR* 2005, 677; OLG 16 september 2010, 5 W 30/10.

Het moeilijke aan het vereiste dat ‘louter’ geestelijk letsel onvoldoende is, is mijns inziens dat onduidelijk is wanneer een naaste ‘ziek’ genoeg is. Hoewel ik de gedachte achter het vereiste begrijp, is het mijns inziens vanuit menselijk perspectief onwenselijk om te gaan discussiëren over het niveau van ziek zijn, terwijl iemand een dierbare heeft verloren of door ernstig letsel als persoon heeft zien veranderen.

Het geestelijk letsel moet bovendien zijn veroorzaakt door het zien van of het horen over het overlijden of het (dreigende) ernstige levensbedreigende letsel bij de direct gekwetste.¹⁵⁸ Als het betreffende geestelijke letsel al bestond op het moment van het ongeval van de direct gekwetste, dan bestaat er geen causaal verband en kan dus geen sprake zijn van vergoedingsverplichting.

Daarover ging de zaak waarin het BGH op 31 januari 1984 uitspraak deed: een vrouw verliest haar echtgenoot bij een verkeersongeval. Daardoor verergert haar alcoholverslaving die al bestond ten tijde van het ongeval.¹⁵⁹ Het BGH oordeelt dat de echtgenote geen *unmittelbar Geschädigte* is, omdat haar gezondheidsschade niet is ontstaan door het overlijden van haar echtgenoot. Anders is dit als de derde zich in een mentaal kwetsbare positie bevond en het ongeval het geestelijk letsel heeft doen verergeren.¹⁶⁰

In 2005 wees het OLG Nürnberg echter een uitspraak waarin dit uitgangspunt niet is gevolgd. Een vader krijgt door het zien van de plaats van het ongeval (waar zijn aangereden dochter zich nog bevindt) een hersenbloeding. Het OLG oordeelt bij de vaststelling van het causaal verband, in de zin van adequatie, dat het niet alleen aankomt op de ernst van het ongeval of de concrete gevolgen, maar ook op overige omstandigheden, in het bijzonder de aard en de manier waarop de berichtgeving over het ongeval heeft plaatsgevonden. In dat individuele geval oordeelt het OLG dat de vader geen vergoeding ontvangt, omdat de overgevoeligheid in dit geval voor rekening van de vader moet blijven: de vader is gebeld door zijn dochter om naar de ongevalsituatie te komen, er zijn geen aanwijzingen dat het er op de plek van het ongeval buitengewoon dramatisch of gevaarlijk uitzag en zijn dochter zit te wachten op het trottoir om naar het ziekenhuis gebracht te worden.¹⁶¹

De twee overige vereisten, naast gezondheidsschade en een causaal verband, van § 823 I BGB zijn dat sprake moet zijn van *Verschulden*, verwijtbaarheid,¹⁶² en dat schade moet zijn geleden door de derde (materieel en/of immaterieel).¹⁶³

158 Brüggemeier 1986, p. 139; Lange en Schiemann 2003, p. 149; Soergel/Spickhoff 2005 § 823 R 47. Zie o.a. OLG Celle 5 juni 2007, Juris 16 U 103/06. Kötz en Wagner stellen dat het causale verband (*adäquaten Verursachungszusammenhang*) kan ontbreken in de situatie dat een naaste in de media hoort over het zinken van een schip, waarmee de direct gekwetste reist, waardoor de naaste ziek wordt, Kötz en Wagner 2010, p. 63. Er wordt niet verwezen naar rechtspraak.

159 BGH 31 januari 1984, NJW 1984, 1405.

160 Zie bijvoorbeeld OLG Köln 18 december 2006, 16 U 40/06.

161 OLG Nürnberg 24 mei 2005, 1 U 558/05. Hierover Schramm 2010, p. 157-159.

162 Zie hierover Bischoff 2004, p. 558.

163 Over causaliteit zie Bischoff 2004, p. 558.

Als voldaan is aan de vereisten uit § 823 I BGB is dat onvoldoende om tot aansprakelijkheid wegens *Schockschäden* te concluderen. Aanvullende vereisten zijn noodzakelijk geacht.¹⁶⁴

Het tweede extra vereiste, naast de extra eis die wordt gesteld aan de gezondheidsschade, heeft betrekking op de aard van het letsel van de direct gekwetste: hij moet zijn overleden of levensgevaarlijk zijn verwond.¹⁶⁵ Lange en Schiemann reageren instemmend: *‘ein anderweit verursachter Schock, der durchaus verständlich sein kann, gehört im allgemeinen zu den im Eigenbereich jedes einzelnen liegenden Risiken.’*¹⁶⁶ Zij zijn wel van mening dat vergoeding niet alleen op zijn plaats is als het letsel of de dood zich daadwerkelijk voordoet, maar dat ook bij een ernstige situatie die tot veel zorgen heeft geleid, kan een vordering gerechtvaardigd zijn.¹⁶⁷

Het derde vereiste houdt een beperking in van de kring van gerechtigden. Ofwel de benadeelde is direct betrokken bij het ongeval, ofwel wordt gerekend tot de kring van *‘nahen Angehörigen’* om de direct gekwetste heen. Hier wordt eerst ingegaan op de kring van naasten, later op die van andere betrokkenen (hulpverleners en toeschouwers).

Lange en Schiemann betogen dat de kring van naasten ruim moet worden getrokken. Verloofden en levenspartners zouden hiertoe moeten behoren. In 2010 kregen zij het OLG Köln aan hun zijde: een vergoeding voor immateriële schade wegens *Schockschäden* wordt toegekend aan een levensgezel van de overledene.¹⁶⁸ Maar zeker nog niet helder is volgens Spickhoff wat de precieze begrenzing is van wie onder de noemer *nahen Angehörigen* valt. Hij noemt ‘de echtgenote/echtgenoot’, ‘ouders’, ‘kinderen’ en de ‘levenspartner in juridische zin’ als personen die in ieder geval tot die kring behoren. Ook verloofden, levensgezellen en een persoon die in een stabiele relatie staat/stond met de direct gekwetste komt een vergoeding toe. De grens trekt hij echter bij vrienden.¹⁶⁹ Het is mij onduidelijk hoe deze laatste categorie moet worden gedefinieerd. Ik vermoed dat Spickhoff hiermee bedoelt: vrienden buiten de amoureuze sfeer.¹⁷⁰

Aan het vereiste dat de derde een naaste moet zijn, liggen twee redenen ten grondslag, aldus Burmann. De eerste reden is dat ergens moet worden begrensd. Niet iedereen die ziek wordt door een bericht zou vergoeding moeten ontvangen. De grens wordt getrokken bij naasten. Dat is een grens die op meer plekken binnen het recht op die manier wordt getrokken, waarbij als voorbeelden worden genoemd het on-

164 Brüggemeier 1986, p. 139.

165 Brüggemeier 1986, p. 139; Lange en Schiemann 2003, p. 149. Over *Schockschäden* bij levensbedreigend letsel zie BGH 5 februari 1985, NJW 1985, 1390, noot K.G. Deubner.

166 Lange en Schiemann 2003, p. 149.

167 Lange en Schiemann 2003, p. 150.

168 OLG Köln 16 september 2010, 5 W 30/10.

169 Soergel/Spickhoff § 823 BGB R 47.

170 Vergoeding voor geestelijk letsel wegens het verlies van een dier wordt niet vergoed naar Duits recht. Ook geestelijk letsel ontstaan wegens verlies van geld of goederen kan geen *Schockschäden*-vordering opleveren naar Duits recht, Lange en Schiemann 2003, p. 150; Soergel/Spickhoff § 823 BGB R 48.

derhoud, het erfrecht en ook het aansprakelijkheidsrecht.¹⁷¹ De tweede reden voor de gekozen beperking betreft de gedachte dat sommige risico's bij het leven horen. Het overlijden van een collega is een risico dat bij het leven hoort. Deze reden komt mij minder sterk voor. Enigszins gechargeerd: bij het leven hoort ook dat naasten wegvallen. Er moet dus een aanvullende reden voor beperking bestaan. Burmann noemt in ieder geval één belangrijke gedachte:

*'eine Beeinträchtigung [entschädigt] grundsätzlich nicht (...), wenn sie nur ein Reflex (mittelbare Folge) einer Handlung ist, die unmittelbar nur die geschützten Rechtsgüter einer anderen Person betrifft.'*¹⁷²

Ondanks dat naar Duits recht 'gezondheid' een beschermd rechtsbelang is, speelt in het kader van de vaststelling van aansprakelijkheid klaarblijkelijk nog wel een rol dat het *Schockschäden*-slachtoffer gekwetst is geraakt door het ongeval dat een ander is overkomen. De reflexgedachte werkt beperkend. Dat geeft echter nog geen antwoord op de vraag waarom die beperking wordt gevonden in het zijn van naaste. Zouden hulpverleners dan geen vorderingsrecht moeten hebben?

Alvorens echter aandacht te besteden aan het vorderingsrecht van hulpverleners, moet nog één opmerking worden gemaakt over de positie van naasten. Als een zwangere vrouw geschokt is (en geestelijk letsel heeft) door het letsel van haar echtgenoot (die drie weken bewusteloos is geraakt) en door die schok de vrucht waarvan zij zwanger is wordt beschadigd (in casu hersenletsel), kan de schadeveroorzaker ook voor die schade aansprakelijk worden gesteld.¹⁷³ Doorslaggevend is niet of de moeder een *Schockschäden*-vordering heeft; de aansprakelijkheidsvraag moet volgens het BGH worden beantwoord in het licht van de ernst van de prenatale kwetsing, waarbij als volgt wordt geredeneerd:

*'Schliesslich ist die Beeinträchtigung eines werdenden Kindes, die durch die psychisch vermittelte Verletzung der Schwangeren hervorgerufen wird, nicht etwas derart Ungewöhnliches und Fernliegendes, dass sie hier als Teil des allgemeinen Lebensrisikos angesehen werden müsste und deshalb außerhalb des Haftungszusammenhangs steht.'*¹⁷⁴

Er wordt beslist dat de beschadiging van de vrucht niet zo ongebruikelijk is dat deze situatie behoort tot het algemene levensrisico; de schadeveroorzaker is aansprakelijk. Dit resultaat is wellicht te rechtvaardigen in het licht van de ernst en niet-ongebruikelijkheid van de fysieke kwetsing, maar zorgt wel voor een opvallend resultaat. De moeder heeft in deze casus namelijk geen shockschadevordering, omdat het letsel van haar echtgenoot (de direct gekwetste) niet ernstig genoeg is om die vordering te rechtvaardigen, terwijl jegens haar ongeboren vrucht wel aansprakelijkheid be-

171 Burmann 2006, p. 304.

172 Burmann 2006, p. 304.

173 BGH 5 februari 1985, NJW 1985, 1390, noot K.G. Deubner.

174 BGH 5 februari 1985, NJW 1985, 1390, noot K.G. Deubner.

staat.¹⁷⁵ Afgezien van de niet-ongebruikelijkheid van het letsel, kan een verklaring voor die uitkomst worden gevonden in de aard van het letsel: geestelijk of lichamelijk letsel. In geval van *Schockschäden* (dat 'zuiver geestelijk letsel' is) bestaat terughoudendheid; er worden 'extra' vereisten gesteld in het kader van de onrechtmatigheidsvraag. Als dit de verklaring is, is de vraag in hoeverre de aard van iemands letsel zou kunnen rechtvaardigen dat die 'extra' vereisten worden gesteld. Naar aanleiding van de discussie in Engeland over *nervous shock* wordt op dit punt teruggekomen.

Hoe zit het in Duitsland met het vorderingsrecht van de hulpverlener, als deze geen lichamelijk, maar geestelijk letsel oploopt door zijn reddingsactie? In 2007 is er een arrest gewezen over deze situatie. Het gaat om het volgende. Twee politieagenten zien op de terugweg van hun nachtdienst dat er een frontale botsing is geweest tussen twee personenauto's: een spookrijder is ingereden op een auto waarin zich vier gezinsleden bevinden. Politieagent T. doet een reddingspoging, maar hij moet zijn poging staken, omdat beide auto's in vlammen opgaan. De inzittenden overlijden. Kort daarna arriveert politieagent D. Zowel T. als D. lijdt als gevolg van deze situatie aan een posttraumatische stressstoornis. T. raakt tijdelijk arbeidsongeschikt en D. is verminderd arbeidsgeschikt geraakt. De werkgever vordert vergoeding van zijn kosten. De kernvraag is of aansprakelijkheid kan bestaan voor de kwetsing van beide personen, bestaande uit geestelijk letsel.

Het BGH oordeelt dat zowel T. als D. geen 'deelnemer' was bij het ongeval. Hun geestelijk letsel is veroorzaakt door het hulpeloos moeten toezien hoe de auto's uitbranden. Onder die omstandigheden kan de schade niet worden toegerekend aan de schadeveroorzaker. Ook niet in het licht van de reddingspoging die T. heeft gedaan. Geoordeeld wordt dat hij niet zelf in gevaar is gekomen door het gedrag van de schadeveroorzaker en dat zijn reddingspoging als zodanig niet tot gezondheidsschade heeft geleid. Was dat wel het geval geweest, dan was een vordering mogelijk geweest. Het BGH maakt in deze uitspraak ook duidelijk dat vreemden, anders dan naasten, die getuige zijn van een ernstig ongeval en daardoor geestelijk letsel oplopen, geen vordering toekomt op grond van het algemeen onrechtmatige daadsrecht. Het bij toeval getuige zijn van een ernstig ongeval wordt gerekend tot het algemene levensrisico.¹⁷⁶

Hagen merkt op dat iemand op twee manieren succesvol vergoeding kan vorderen in geval van louter geestelijk letsel. Als hij betrokken is bij het ongeval (deelnemer), of als hij kan aantonen te vallen binnen de kring van personen die een *Schockschäden*-vordering heeft.¹⁷⁷ Tot die laatste groep behoren vreemden niet. De hulpverleners waren ook niet betrokken bij het ongeval. Dat geldt ook voor T. die een reddingspoging deed: vastgesteld is dat het geestelijk letsel niet is veroorzaakt door de reddingspo-

175 BGH 5 februari 1985, *NJW* 1985, 1390, noot K.G. Deubner.

176 BGH 22 mei 2007, *NJW* 2007, 2764, noot Elsner en Hagen. Hierover Burmann 2006, p. 304.

177 Elsner en Hagen onder BGH 22 mei 2007, *NJW* 2007, 2764.

ging, maar door het zien van de nasleep van een ongeval. In dat geval wordt in ieder geval geen vergoeding toegekend.

Dit is volgens Hagen een goede ontwikkeling, hij wijst op het domino-effect dat kan uitgaan van een ander oordeel. Een voorbeeld van een vordering die dan waarschijnlijk ook zou moeten worden gehonoreerd is die van de sensatie zoekende toeschouwer die naar de plaats van het ongeval komt en daardoor geestelijk ziek wordt. Begrenzing zou dus onmogelijk worden.¹⁷⁸

Er wordt een beroep gedaan op het domino-effect: als de ene derde met geestelijk letsel vergoeding moet ontvangen, moet de andere die ook ontvangen. Letsel is echter nog onvoldoende om aansprakelijkheid te vestigen, zo ook naar Duits recht. De kernvraag is daarom voor welke situaties van geestelijk letsel bescherming moet worden geboden. Het BGH kiest er hier voor om die bescherming te beperken tot deelnemers en naasten. Onduidelijk blijft echter onder welke omstandigheden iemand 'deelnemer' is.

3.3.3 In de literatuur wordt gepleit voor uitbreiding

In de literatuur zijn voorstanders en tegenstanders van de huidige rechtspraak wat betreft de shockschadevordering te vinden. Enerzijds wordt door sommigen uitbreiding bepleit. Personen die het ernstige ongeval hebben gezien en daardoor geestelijk letsel hebben, zouden tot de kring van gerechtigden moeten behoren, ook als zij onbekenden van de direct gekwetste zijn.¹⁷⁹ Aansluiting wordt gezocht bij de algemene vereisten van § 823 I BGB. Wagner stelt dat zowel het feit dat iemand een medisch diagnoseerbaar ziektebeeld heeft, als het antwoord op de vraag of de psychische reactie op het ongevalgebeuren buitensporig is, doorslaggevend zou moeten zijn.¹⁸⁰ Bovendien zou niet doorslaggevend mogen zijn of er een familierechtelijke band bestaat tussen de direct gekwetste en de derde, en of er betrokkenheid bestaat bij het ongeval. Deze vorm van afbakening heeft als voordeel dat deze regel flexibeler kan worden toegepast en adequater (*sachgerechter*) is dan aansluiting te zoeken bij de verwantschap van de derde ten opzichte van de direct gekwetste of de overige vereisten wat betreft de nabijheid tot het ongeval abstract te definiëren.¹⁸¹ Bovendien, zo betoogt Bischoff, dwingt de tekst van § 823 I BGB niet tot deze beperking.¹⁸² Ook Schramm is kritisch over de extra eis aan het geestelijk letsel, maar plaatst dit anders: de rechtszekerheid die werd beoogd met de introductie van de beschermde rechtsbelangen uit § 823 I BGB wordt ondermijnd.¹⁸³

178 Elsner en Hagen onder BGH 22 mei 2007, NJW 2007, 2764.

179 Lange en Schiemann 2003, p. 149-150.

180 MünchKommBGB/Wagner § 823 RgNr 82. Zie ook in deze zin Soergel/Spickhoff 2005, p. 64. Hierover ook Odersky 1989, p. 17-18; Schramm 2010, p. 156.

181 MünchKommBGB/Wagner § 823 RgNr 82.

182 Bischoff 2004, p. 558.

183 Schramm 2010, p. 151.

Maar niet iedereen is negatief over de vereisten die het BGH thans stelt aan een succesvolle shockschadevordering. Odersky wijst op het risico van een ‘*Dammbruch der Haftungsfälle*’, omdat naast niet de enige kunnen zijn die door iemands overlijden geestelijk ziek zou kunnen worden.¹⁸⁴ Steffen noemt de verzwaarde eis wat betreft de gezondheidsschade juist terecht in het licht van het Duitse aansprakelijkheidsrechtstelsel dat beoogt de vergoeding van schade te begrenzen door middel van limitatieve bepalingen. Als argument noemt hij dat het waarschijnlijk is dat vele, zo niet alle naasten, als gevolg van het verlies van een dierbare geestelijk zullen ontwikkelen. Als louter dat het criterium zou zijn, past dat niet in de gedachte achter het stelsel.¹⁸⁵

Schramm geeft een tegenargument: onduidelijk blijft waarom die beperking moet worden gevonden op het niveau van de eisen die worden gesteld aan de doorkruising van het belang.¹⁸⁶ Het gaat haars inziens veel meer over een waarderingsvraag wat betreft de toerekening. De angst voor een ‘stortvloed’ aan vorderingen moet niet worden afgeweerd door een willekeurige begrenzing van aansprakelijkheid, maar moet vanuit een breder perspectief worden gezien. Zij wijst op de veel grotere aantallen vorderingen bij fysieke massaschade en daar ontbreekt een begrenzing zoals bij shockschade. Voor shockschade zou niets anders moeten gelden. Geestelijke gezondheid is het te beschermen belang en dat moet gelijk aan andere gevallen van geestelijk letsel worden behandeld.¹⁸⁷

Schramm noemt nog een ander argument tegen de huidige lijn die in de rechtspraak is uitgezet. Als het gaat over de onmogelijkheid tot vergoeding voor immateriële schade van nabestaanden wordt het argument van ‘algemeen risico’ bekritiseerd; waarom zou dat bij geestelijk letsel dan nog wel een argument mogen vormen?¹⁸⁸ Schramm is teleurgesteld dat de discussie niet breder wordt getrokken, namelijk naar de inrichting van het wettelijke stelsel wat betreft vergoeding bij overlijden.¹⁸⁹

3.3.4 *Tussenconclusie*

Een vergoeding voor schade veroorzaakt door *Schockschäden* is mogelijk naar Duits recht. *Schockschäden* is een juridisch begrip, wat betekent dat naast het vereiste van geestelijk letsel, en de overige vereisten van onrechtmatige daad, voldaan moet zijn aan aanvullende voorwaarden alvorens vergoeding mogelijk is.

Die aanvullende vereisten hebben betrekking op zowel de aard van het letsel als de kring van gerechtigden. Wat betreft de gezondheidsschade heeft het BGH beslist dat louter geestelijk letsel aan de zijde van de derde onvoldoende is. Er moet ook krach-

184 Odersky 1989, p. 18.

185 Steffen 1996, p. 731.

186 Schramm 2010, p. 152.

187 Schramm 2010, p. 152-154.

188 Schramm 2010, p. 154.

189 Schramm 2010, p. 148.

tens verkeersopvattingen sprake zijn van een bepaald niveau van geestelijk letsel. Gesproken is ook wel over ‘*Krankenheitswert*’. De achterliggende gedachte daarvan is dat voor depressies ontstaan door verdriet, geen vergoeding hoeft te worden gegeven. De shockschadevordering is ook beperkt tot situaties waarin de direct gekwetste is overleden of ernstig gewond is geraakt. Ten slotte is ook de kring van gerechtigden beperkt. Alleen personen die te kwalificeren vallen als *nahen Angehörigen* behoren tot de kring van gerechtigden. Hulpverleners en toeschouwers vallen daarom buiten de kring van gerechtigden, tenzij zij als deelnemers te kwalificeren zijn.

De achterliggende gedachte bij de aanvullende vereisten wordt gevonden in verschillende argumenten, zoals het algemene levensrisico. Genoemd is ook de moeilijkheid in verband met de diagnosticering van geestelijk letsel en de ‘angst’ die daarmee gepaard gaat voor een te grote uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht. De reflexgedachte lijkt echter ook een rol te spelen. Daarmee wordt bedoeld dat de oorsprong van de schade wordt gevonden in het letsel of overlijden van een ander. Een beperking lijkt daarom op zijn plaats.

Vooraanstaande Duitse aansprakelijkheidsjuristen laten echter een ander geluid horen. Het beschermd belang ‘gezondheid’ dwingt niet tot het stellen van aanvullende vereisten. Dat lijkt ook in het licht van de rechtszekerheid die § 823 BGB beoogt te bieden onwenselijk. Mijns inziens moet de discussie over het niveau van de gezondheidsaantasting worden voorkomen, omdat het hoogst onplezierig is om te discussiëren over het punt of iemand ziek genoeg is om tot de kring van gerechtigden te behoren.

Kritiek is ook geuit op de beperking van de kring van gerechtigden. Er moet gekozen worden voor een adequater en flexibeler criterium, door aansluiting te zoeken bij de normale vereisten van het algemene onrechtmatige daadsrecht. Met andere woorden, er wordt kritiek geuit op de willekeurig getrokken grenzen.

De shockschadevordering heeft naar Duits recht zowel een smaller, als een breder bereik dan het Nederlandse pendant ervan. Enerzijds is naar Duits recht de kring van gerechtigden beperkt tot naasten, terwijl naar Nederlands recht – door de confrontatie-eis – geen enkel type derde bij voorbaat wordt uitgesloten. Maar als een naaste in Duitsland geestelijk letsel heeft, dan geldt er geen confrontatie-eis; daar gaat het Duitse recht verder dan het Nederlandse. Dat komt vooral door de strenge interpretatie die de Hoge Raad geeft aan het bijzondere systeem. Naar Duits recht kunnen naasten en nabestaanden wel een beroep doen op de onrechtmatige daad als zij door berichtgeving over het ongeval geestelijk letsel oplopen. Dat lijkt te werken en wordt niet bekritiseerd in de literatuur. Anders dan in Nederland, worden er in Duitsland wel strengere eisen gesteld aan het geestelijke letsel. Er moet niet alleen sprake zijn van een psychiatrisch ziektebeeld, maar ook naar verkeersopvattingen moet sprake zijn van geestelijk letsel waarvoor een vergoeding zou moeten worden geboden.

3.4 Engeland: vereisten van nabijheid in drie opzichten

3.4.1 Inleiding

Vragen over *nervous shock* worden in Engeland vooral geïdentificeerd in het licht van de bezwaren die bestaan met betrekking tot vergoeding voor schade veroorzaakt door (zuiver) geestelijk letsel.¹⁹⁰ Aansprakelijkheid voor geestelijk letsel is een leerstuk dat tot ontwikkeling is gekomen in de rechtspraak. Er worden aanvullende vereisten gesteld, alvorens sprake is van een *duty of care*. Daardoor worden nu verschillende typen vorderingen in hetzelfde – daartoe soms niet geschikte – format geperst. Door die ontwikkeling is een ‘*patchwork quilt of distinctions which are quite difficult to justify*’ ontstaan.¹⁹¹

Aanvankelijk werd naar Engels recht *nervous shock* getypeerd als ‘*a sudden assault on the nervous system*’.¹⁹² Echter, door de jaren heen heeft het begrip een bredere betekenis gekregen, met *Lord Ackner*:

*‘It has yet to include psychiatric illness caused by the accumulation over a period of time of more gradual assaults on the nervous system.’*¹⁹³

Jones noemt vier voorbeelden. De aansprakelijkheid van een werkgever voor stress veroorzaakt door het werk, aansprakelijkheid van een professional voor voorzienbaar geestelijk letsel veroorzaakt door een beroepsfout, aansprakelijkheid van een gevangenis jegens een gevangene van wie bekend was dat er een risico bestond voor ontwikkeling van geestelijk letsel, en geestelijk letsel veroorzaakt door verontrustende kennis (‘angstschade’, verkeerd ingelicht over overlijden kind, het geloof dat de kinderen door handelen van ouders in de omstandigheid zijn gebracht dat zij seksueel mishandeld konden worden).¹⁹⁴ Anders is dat echter volgens Rogers als naasten geestelijk ziek worden wegens het leed van de direct gekwetste. In die situatie wordt vereist dat sprake is van een ‘*traumatic response to an event*’.¹⁹⁵ In het onderstaande wordt uitsluitend aandacht besteed aan de driehoeksverhouding schadeveroorzaker, direct gekwetste en derde.

190 Jones beschreef de regels omtrent vergoeding vanwege geestelijk letsel als: ‘*the silliest and most arbitrary in the law of torts*’, Jones 2007, p. 113.

191 *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 500, door *Lord Steyn*.

192 *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310, 398, door *Lord Keith of Kinkel*. Zie hierover ook *Lord Ackner* en *Lord Oliver of Aylmerton* in dezelfde uitspraak. Zie ook *Clerk en Lindsell* 2006, p. 433, zij spreekt over een ‘*sudden shock*’, maar relateert deze term direct door een voorbeeld te noemen waarin een moeder een claim voor *nervous shock* had, terwijl het schadetoebrengende handelen de facto 36 uur duurde. Een dokter stelde een verkeerde diagnose bij een baby, waardoor uiteindelijk na 36 uur de baby door hersenletsel aan de kunstmatige beademing kwam te liggen en de moeder besloot tot beëindiging hiervan.

193 *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310, 401 B, per *Lord Ackner*. Kritisch over deze term *Lord Olivier of Aylmerton* in *Alcock*, 407.

194 Jones 2007, p. 120-121. Zie *Barber v. Somerset CC* [2004] 1 W.L.R. 1089 (vordering werknemer wegens overbelasting op het werk), *Butchart v. Home Office* [2006] 1 W.L.R. 1155 (gevangene), *Grievess v. FT Everard & Sons* [2008] 1 A.C. 281 (asbest, angstschade).

195 Rogers 2010, p. 258.

3.4.2 Vereisten en commentaar

Het Engelse recht heeft een ontwikkeling doorgemaakt. Daar waar iemand zich eerst in de *zone of danger* moest bevinden alvorens vergoeding van schade door geestelijk letsel kon worden toegekend, bestaat er nu een breder beoordelingskader. Ook als vanwege de nasleep van het ongeval geestelijk letsel wordt geleden, kan er een vergoedingsplicht bestaan.¹⁹⁶ Het beoordelingskader wordt gekenmerkt door een onderscheid tussen *primary* en *secondary victims*.

Lord Oliver of Aylmerton introduceert de termen *primary* en *secondary victims* in de zaak *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire*.¹⁹⁷ Dit arrest gaat over de beoordeling van de *nervous shock*-vordering van nabestaanden van de ramp in het Hillsboroughstadion in Sheffield op 15 april 1989. Door een te grote toestroom van mensen tijdens een wedstrijd tussen Liverpool en Nottingham Forest die live wordt uitgezonden via de televisie, raakt een groot aantal supporters beklemd en beknelde op de tribune van het stadion. Een grote ramp, waarbij 97 personen overlijden en meer dan 400 personen lichamelijk gewond raken.

Lord Oliver of Aylmerton categoriseert de slachtoffers van *nervous shock*:

*'Broadly they divide into two categories, that is to say, those cases in which the plaintiff was involved, either mediately or immediately, as a participant, and those in which the plaintiff was no more than the passive and unwilling witness of injury caused to others.'*¹⁹⁸

Verwarring heeft bestaan over wie als slachtoffer betrokken waren bij het ongeval.¹⁹⁹ Lord Lloyd in *Page v. Smith* spreekt echter over personen (*primary victims*) die zich *'well within the range of foreseeable physical injury'* bevonden.²⁰⁰ Deze interpretatie lijkt in ieder geval de hulpverlener (meestal) uit te sluiten.²⁰¹ Verkeert de persoon niet in gevaar, maar dacht hij daarin wel te verkeren, dan kan zijn schade ook worden vergoed als wordt aangetoond dat hij *'genuinely feared'* voor zijn veiligheid, én dat de

196 Zie *Hambrook v. Stokes Brothers* [1925] 1 K.B. 141. Fleming 1972, p. 485. Goodhart was in de jaren vijftig kritisch hierover: als het criterium van gevarenszone wordt losgelaten, komen er andere factoren voor in de plaats – zoals ook is gebeurd – maar geen van deze zou beslissend kunnen zijn, Goodhart 1953, p. 24.

197 *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310.

198 *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310, 407, per Lord Oliver of Aylmerton.

199 *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310, 407, per Lord Oliver of Aylmerton.

200 *Page v. Smith* [1996] 1 A.C. 155, 190.

201 Zie Lord Griffiths in *White v. Chief Constable of Yorkshire* [1999] 2 A.C. 455, 463 die spreekt over *'primary victims (...)* [are] victims who are imperilled or reasonably believe themselves to be imperilled by the defendant's negligence.' Vgl. noot A. Gore bij *Mock v. PC Harrington Ltd* [2008] EWHC 1879 (QB), *J.P.L.Law* 2009, 1, C39-42. In het licht van recente uitspraken, die ook gaan over andere personen dan 'derden' in personenschadezaken, wordt aansluiting gezocht bij de terminologie: *'he was in fact exposed to a risk of physical injury, or reasonable believed that he was so exposed; or someone who believes that he has been the unwitting cause of, or a contributing factor in, another's injury, death or imperilment.'* Mulheron 2008, p. 88.

schadeveroorzaker redelijkerwijs kon voorzien dat de ‘normale’ persoon in dezelfde situatie ook zou hebben gevreesd voor zijn veiligheid.²⁰² Een benadeelde is ook *primary victim* als voorzienbaar is dat er (gering) lichamenlijk letsel zal worden opgelopen, maar geen geestelijk letsel, terwijl dat lichamenlijke letsel niet ontstaat, maar het geestelijk letsel wel.²⁰³

Secondary victims zijn alle andere personen die wellicht geestelijk letsel hebben, maar niet kunnen aantonen dat zij gevaar liepen of redelijkerwijs hebben kunnen denken dat zij in gevaar verkeerden.²⁰⁴

Of het slachtoffer behoort tot de categorie *primary* of *secondary victim* is belangrijk. Als de derde een *secondary victim* is, dan worden er drie aanvullende vereisten gesteld aan de *duty of care*: nabijheid van de persoon, nabijheid in tijd en plaats en de manier waarop de derde bekend is geworden met het ongeval (zie onderstaand). Vooraf moet worden opgemerkt dat in het algemeen het lichamenlijk of geestelijk letsel redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn.²⁰⁵ Er wordt uitgegaan van een persoon van ‘*customary phlegm*’, of met ‘*a normal standard of susceptibility*’, en de voorzienbaarheid wordt ‘*ex post facto*’ overzien in het licht van alle omstandigheden van het geval.²⁰⁶

Gestart wordt met de vereisten die gelden voor alle typen *nervous shock*-slachtoffers: er moet sprake moet zijn van ‘*psychiatric injury*’ (een psychiatrisch erkend ziektebeeld). Verdriet of gevoelens van onbehagen zijn onvoldoende.²⁰⁷ De reden daarvoor is dat een vordering vanwege ‘*normal emotions*’ wordt uitgesloten.²⁰⁸ Vereist is voorts dat de benadeelde aantoont dat het geestelijk letsel is veroorzaakt door de schok en

202 Law Commission 1998.

203 *Page v. Smith* [1996] 1 A.C. 155, 190. Vgl. *White and other despondence v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1999] 2 A.C. 455, 476, door Lord Goff of Chieveley. Hierover bijv. Law Commission 1998, p. 12-13. Volgens de commissie moet dit oordeel in stand blijven, p. 63-64: ‘*The decision marks a shift away from emphasizing the special limitations which apply in fining liability and towards equating, at least in relation to certain plaintiffs, the duty of care not to cause psychiatric illness with that not to cause psychiatric injury*’ (p. 9). Zie ook Clerk en Lindsell 2006, p. 421-423, Rogers 2010, p. 262, Rogers: ‘*The limits of Page v. Smith are not easy to state. How stringently is the “zone of danger” to be defined?*’ Hij noemt verschillende voorbeelden, waaronder: bestaat er ook een voorzienbare kans op geestelijk letsel als iemand op hoge snelheid door een drukke straat rijdt?

204 *White and other respondents v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1999] 2 A.C. 455, 462, door Lord Griffiths.

205 Cane 1997, p. 69.

206 Law Commission 1998, p. 11. Er moet acht geslagen worden op de ‘*robustness of the population at large to psychiatric illness*.’ (p. 67). Zie hierover *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 476, 477, door Lord Goff of Chieveley.

207 *McLoughlin v. O’Brian* [1983] A.C. 410, 431 G en H, door Lord Bridge of Harwich; *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310, 401C-F, door Lord Ackner, 409, door Lord Oliver of Aylmerton. Vgl. Law Commission 1998, p. 9; Clerk en Lindsell 2006, p. 421; Rogers 2010, p. 260-261.

208 *White v. Chief Constable of South Yorkshire* [1999] 2 A.C. 455, 469.

de *nervous shock* moet zijn veroorzaakt door het ongeval.²⁰⁹ Dit vereiste heeft volgens de Law Commission geleid tot een aantal '*harsh and seemingly arbitrary decisions*'.²¹⁰

Als voorbeeld wordt genoemd de uitkomst in de zaak *Sion v. Hampstead Health Authority*.²¹¹ Als gevolg van een motorongeval heeft de gekwetste een lang ziektebed in een ziekenhuis waarna hij uiteindelijk overlijdt. Zijn vader heeft die tijd aan zijn bed gezeten en dus het lijden van zijn zoon meegemaakt. Door diens overlijden en het traject dat daaraan is voorafgegaan, loopt de vader geestelijk letsel op en daardoor schade. De aansprakelijke verweert zich met succes, door te betogen dat geen sprake is van een 'schok', maar dat het geestelijke letsel een gevolg is van een lange periode van leed, die niet eindigde met een verrassende dood, maar met een verwachte dood.

Een ander voorbeeld dat genoemd kan worden is de zaak *Taylorson v. Schieldness Produce Ltd.*²¹² Een veertienjarige jongen overlijdt drie dagen nadat hij met zijn fiets is aangereden door een automobilist. De ouders waren niet aanwezig bij het ongeval, maar hebben een glimp van hem opgevangen in de ambulance en hebben gezien dat hij naar de IC-afdeling werd gebracht. In de twee dagen die volgden, heeft de jongen aan beademingsapparatuur gelegen en zijn de ouders bij hem gebleven. De vordering wegens *nervous shock* van de ouders wordt afgewezen. De schokkende gebeurtenis was onvoldoende direct en de psychische schade is veroorzaakt door het verdriet door het overlijden en niet door de schok.

De Law Commission adviseert om afstand te doen van het vereiste van '*shocking event*' en geeft daarvoor vier redenen. De eerste reden heeft betrekking op de (in zekere zin) weerlegging van het *floodgate*-argument: door afstand te doen van dit vereiste zal de meeste verandering (in de vorm van uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht) zich voordoen wat betreft de situatie dat een derde geestelijk letsel heeft. De shockschadevordering zou echter slechts aan een beperkte groep derden moeten toekomen, namelijk aan personen die een '*close tie of love and affection*' hebben met de gekwetste. Later wordt hieraan aandacht besteed. Voorts gelooft de commissie niet dat de rechter voor een onmogelijke taak zal komen te staan wat betreft de besluitvorming over het causaal verband. Bovendien, als lichamelijk letsel zich later openbaart, mag dat ook worden meegenomen in de vordering, dus waarom zou dat niet mogen bij geestelijk letsel? Ten slotte valt het moeilijk te rechtvaardigen waarom geestelijk letsel dat later is ontstaan, beschouwd moet worden als behorend tot de veranderlijkheid van het leven waarvoor geen compensatie wordt gegeven.²¹³

De vereisten voor een vordering van respectievelijk een *primary victim* of van een *secondary victim* lopen uiteen wat betreft de aanvullende vereisten voor de *duty of*

209 *Lord Ackner in Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 400. Vgl. Law Commission 1998, p. 33. Uit het onderzoek van de Law Commission blijkt dat door velen kritisch is gereageerd, p. 68-70.

210 Law Commission 1998, p. 35.

211 [1994] 5 Med L.R. 170.

212 [1994] P.I.Q.R., p. 329.

213 Law Commission 1998, p. 71-72.

care.²¹⁴ Het *secondary victim* heeft geen kans op lichamelijk letsel gehad en moet daarom aantonen dat het redelijk voorzienbaar was dat geestelijk letsel zou worden geleden.²¹⁵ Daarbij gelden drie aanvullende vereisten die vooral betrekking hebben op nabijheid (*proximity*) in brede zin: nabijheid van personen, nabijheid ten opzichte van het ongeval en de wijze waarop de shock is ontstaan.²¹⁶ Deze factoren zijn geen cumulatieve criteria, maar omstandigheden die in elkaars 'licht' moeten worden gewogen.²¹⁷ Bij deze drie factoren wordt in het onderstaande uitgebreider stilgestaan.

Het eerste element dat meeweegt is de aard van de relatie tussen de direct gekwetste en de 'toeschouwer'. Tot de kring van gerechtigden behoren naasten of nabestaanden die nauwe banden van liefde en genegenheid onderhouden met de direct gekwetste. Lord Wilberforce betoogt dat de nauwste familiebanden (ouders en kinderen en echtgenoten) in ieder geval voor nabijheid zorgen.²¹⁸ De uitkomst in de zaak *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* maakt echter duidelijk dat geen gebruik wordt gemaakt van een limitatieve groep. De feitelijke band van liefde en genegenheid is doorslaggevend.²¹⁹

Stapleton is kritisch. Zij bekritiseert ook de begrenzing tot personen met een nauwe affectieve relatie. Andere personen kunnen voorzienbaar geestelijk letsel door *nervous shock* oplopen. Een ander punt van kritiek is dat zij het onwenselijk vindt dat familieleden in een procedure hun affectieve relatie met de direct gekwetste moeten gaan bewijzen en verdedigen. Lord Steyn reageert op deze kritiek in *White and other respondents v. Chief Constable of S. Yorkshire* door te stellen dat '*the Alcock case is the controlling decision*'.²²⁰ Met andere woorden, zo begrijp ik het, er is vorm gegeven aan de grenzen in het licht van de behoefte daaraan. Mullany keert zich tegen de beperking tot naasten in zijn algemeenheid. Uit medisch onderzoek blijkt dat het hebben van een affectieve band met de direct gekwetste niet beslissend hoeft te zijn voor het ontstaan van geestelijk letsel.²²¹

Mere bystanders zouden geen 'nabijheid' hebben. In *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire police* lijkt toch ruimte te worden gegeven voor vergoeding aan dit type slachtoffers in geval van '*circumstances of such horror as would be likely to traumatise even the most phlegmatic spectator*'.²²² De Law Commission stelt in haar rapport dat er onduidelijkheid bestaat, maar dat het onwenselijk is om aansluiting te zoeken bij het

214 *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 462, 469.

215 Zie hierover bijv. Clerk en Lindsell 2006, p. 426.

216 Categorisering gevonden in Mullany en Handford 1993, p. 83. Rogers spreekt ook wel over vereisten van *proximity* en hetgeen *just, fair* en *reasonable* wordt bevonden, Rogers 2010, p. 166.

217 *McLoughlin v. O'Brian* [1983] A.C. 410, 422C, door Lord Wilberforce.

218 *McLoughlin v. O'Brian* [1983] A.C. 410, 422C, door Lord Wilberforce.

219 *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310, 406, door Lord Ackner (hij oordeelde dat het Court of Appeal niets had vastgesteld over de affectieve band tussen de twee broers), 415-416, door Lord Oliver of Aylmerton, 422, door Lord Hauncey of Tullichettle.

220 *White and other respondents v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1999] 2 A.C. 455, 496, door Lord Steyn.

221 Mullany 1998, p. 212.

222 *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310, 397, door Lord Keith, 403, door Lord Ackner, 416, door Lord Oliver. Hierover bijv. Law Commission 1998, p. 26-27.

criterium ‘*particularly horrific*’. Afgezien van dat dit arbitrair is, leidt dit criterium tot praktische moeilijkheden: wanneer is hiervan sprake?²²³ Ook wordt gewezen op toeschouwers die actief naar de plaats van het ongeval zijn toegekomen: hebben zij ook een vorderingsrecht? In de medische literatuur wordt erkend dat blootstelling aan schokkende omstandigheden kan leiden tot geestelijk letsel. Daar staan tegenover het argument dat er een risico bestaat dat er wellicht te veel vorderingen ingediend gaan worden en het idee dat sommige gebeurtenissen bij het leven horen. Niet telkens hoeft vergoeding te worden gegeven.²²⁴

De hulpverlener die door een reddingsactie geestelijk letsel oploopt, is in beginsel geen *primary victim*.²²⁵ *White v. Chief Constable of South Yorkshire police*, een arrest dat ook is geweest naar aanleiding van het Hillsborough-drama, gaat over de positie van hulpverleners.²²⁶ Een groot aantal vorderingen is ingediend door politieagenten die slachtoffers hebben verzorgd, maar daarbij niet in gevaar hebben verkeerd. De centrale vraag is of de politieagenten *primary* of *secondary victims* zijn. Lord Steyn oordeelt in zijn *leading opinion*:

*‘In order to recover compensation for pure psychiatric harm as rescuer it is not necessary to establish that this psychiatric condition was caused by the perception of personal danger. (...) But in order to contain the concept of rescuer in reasonable bounds for the purpose of recovery of compensation for pure psychiatric harm the plaintiff must at least satisfy the threshold requirement that he objectively exposed himself to danger or reasonably believed he was doing so.’*²²⁷

De agenten hebben zichzelf niet blootgesteld aan een gevaar en hebben ook niet redelijkerwijs kunnen denken dat zij in gevaar verkeerden. Dat gevaar lijkt uitsluitend betrekking te hebben op gevaar voor lichamelijk letsel. De vorderingen van de politieagenten worden afgewezen. Een andere uitkomst zou volgens Lord Steyn tot het gevolg hebben geleid dat de politieagenten beter af zouden zijn dan de nabestaanden van de ramp.

McGregor trekt hieruit de conclusie dat hulpverleners geen aparte categorie slachtoffers zijn in vergelijking met andere derden, maar moeten voldoen aan de ‘normale’ vereisten voor *nervous shock*.²²⁸

223 Law Commission 1998, p. 113. Vgl. Mullany en Handford 1993, p. 128.

224 Law Commission 1998, p. 113-114.

225 Zie echter *Chadwick v. British Railways Board* [1967] 1 W.L.R. 912. Daarover wordt thans gezegd dat de hulpverlener in gevaar verkeerde, terwijl daarover ten tijde van de uitspraak niet is gediscussieerd.

226 *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455.

227 *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 499. Vgl. 510, door Lord Hoffmann. Zie recentelijker *Greatorex v. Greatorex and others* [2000] W.L.R. 1970, 1976, *Monck v. PC Harrington Ltd* [2008] EWHC Civ. 1879 (QB).

228 McGregor 2009, p. 148.

Lord Goff of Chieveley, die een *dissenting opinion* geeft, zoekt aansluiting bij het begrip ‘*involvement*’ en noemt dit een feitelijke vraag die voor iedere individuele situatie op-nieuw beantwoord moet worden.²²⁹ Hij is duidelijk over de positie van *rescuers*:

*‘It is most unlikely that he [the rescuer, RR] will be involved in that event itself. He is involved in the aftermath of that event, and is concerned with its consequences. That involvement is, however, sufficient to bring him within the category of primary victims, so far as liability for psychiatric injury is concerned.’*²³⁰

Als iemand ‘*rescuer*’ is, zal hij binnen de categorie *primary victim* moeten vallen. Dat zou ook zo moeten zijn als zijn takenpakket slechts gedeeltelijk bestaat uit reddingswerk: ‘*It is the involvement of each as a whole which has to be considered.*’²³¹ Sommige acties waren reddingsacties, anderen niet, maar alles overziend zouden zij betrokken zijn geweest bij het ongeval, aldus Lord Goff of Chieveley.²³²

De tweede factor is nabijheid ten opzichte van het ongeluk, zowel in tijd als in plaats. Het precedent dat hierover gaat is *McLoughlin v. O’Brian*. Een moeder verneemt via de telefoon dat haar drie kinderen en echtgenoot een auto-ongeval hebben gehad en dat een van haar kinderen op sterven ligt. Zij snelt naar het ziekenhuis en treft daar, binnen één uur na het ongeval, haar gezin aan. Het *House of Lords* oordeelde dat ook in deze situatie nabijheid bestaat. In het oordeel van Lord Wilberforce staat te lezen dat van doorslaggevend belang is geweest dat zij haar gezin in ‘*the same condition*’ aantrof als waarin zij zich hebben bevonden op het moment van het ongeval.²³³ Brazier concludeert daaruit dat sprake is van een onmiddellijke nasleep als de situatie onderdeel uitmaakt van het ongeval ‘als geheel’.²³⁴ Ter rechtvaardiging van deze vordering voegt Lord Wilberforce er aan toe dat:

*‘I would accept, by analogy with “rescue” situations, that a person of whom it could be said that one could expect nothing else than that he or she would come immediately to the scene – normally a parent or a spouse – could be regarded as being within the scope of foresight and duty.’*²³⁵

Toch lijkt onduidelijkheid te bestaan over wat nog tot de ‘*aftermath*’ mag worden gerekend. Dat is ook niet zo vreemd, aldus Mullany en Handford, omdat zodra het criterium van fysieke gevarenszone wordt losgelaten, er geen logisch ‘moment’ meer bestaat voor een begrenzing die betrekking heeft op personen die zich nabij de plaats van het ongeval bevinden.²³⁶

229 *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 473.

230 *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 485.

231 *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 486.

232 *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 490.

233 *McLoughlin v. O’Brian* [1983] A.C. 419 F, door Lord Wilberforce.

234 Clerk en Lindsell 2006, p. 430 (eerste citaat), p. 431 (tweede zin).

235 *McLoughlin v. O’Brian* [1983] A.C. 422G, door Lord Wilberforce.

236 Mullany en Handford 1993, p. 135.

Illustratief is het verschil in uitspraken. Brazier noemt er twee. In *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* wordt de vraag gesteld of een schok door identificatie van een overledene acht uur na de ramp voldoende was om nog van *proximity* te kunnen spreken. Volgens Lord Ackner is dat niet zo, omdat er geen sprake meer is van ‘*immediate aftermath*’.²³⁷ Anders is echter de uitkomst in het *Court of Appeal*-arrest *Galli-Atkinson v. Seghai*, waarnaar Brazier verwijst. Een moeder gaat twee uur na het ongeval naar het mortuarium om het levenloze lichaam van haar dochter te zien.²³⁸ In dit arrest was wel sprake van een directe *aftermath*. Het argument dat daarvoor werd gegeven was dat anders dan in *Alcock* het mortuariumbezoek niet uitsluitend ter identificatie van het lichaam was, ‘[i]t was to complete the story.’²³⁹

Ondanks dat ik het dilemma van het *Court of Appeal* begrijp, lijkt mij moeilijk te beoordelen of iemand naar het mortuarium gaat voor identificatie of *closure*. Gaat zoiets niet hand in hand? Bovendien lijkt mij het verschil in uitkomst (alles of niets) moeilijk te rechtvaardigen.

Een andere opvallende zaak is *W and others v. Essex County Council and another*, waarin een vordering is ingesteld door (o.a.) de ouders die, vanwege seksueel misbruik van hun twee biologische kinderen door hun pleegkind, geestelijk letsel hebben opgelopen. De plaatselijke overheid, die verantwoordelijk is voor plaatsing van pleegkinderen in een gezin, wordt aangesproken, omdat zij een afspraak hadden met de ouders dat geen kind bij hen zou worden geplaatst dat bekend stond als seksueel misbruiker. Door een verkeerde voorstelling van zaken gebeurt dit dus wel.

De ouders zijn geen *primary victims*, omdat zij geen ‘*participants*’ waren ten opzichte van het toebrengen van letsel aan de kinderen en ook niet voorzienbaar was dat door de plaatsing van het pleegkind in het gezin, de ouders lichamelijk letsel zouden hebben. Zij zijn echter ook geen *secondary victims*. Er zit een moeilijkheid bij de vaststelling van de nabijheid in tijd en plaats. De ouders waren niet aanwezig bij het misbruik en wisten ook niet in de onmiddellijke nasleep daarvan over het misbruik. Hier valt goed te zien dat de vereisten van een succesvolle *nervous shock*-vordering niet bedacht zijn voor dit soort gebeurtenissen. Maar moet daarom hun vordering worden afgewezen? Lord Slynn of Hadley oordeelt dat eerdere rechtspraak niet duidt op een statisch concept van *secondary* of *primary victims*: ‘*It is a concept still to be developed in different factual situations.*’²⁴⁰ Ook gezien de uitspraken in eerdere zaken, blijkt niet dat dit een ‘*clear cut case*’ is:

*‘I do not consider that any of the cases to which your Lordships have been referred conclusively shows that, if the psychiatric injury suffered by the parents flows from a feeling that they brought the abuser and the abused together or that they have a feeling of responsibility that they did not detect earlier what was happening, they are prevented from being primary victims.’*²⁴¹

237 *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 301, 403, door Lord Ackner.

238 Clerk en Lindsell 2006, p. 431-432.

239 *Galli-Atkinson v. Seghai* [2003] EWCA Civ. 697. Zie Clerk en Lindsell 2006, p. 432. Zie ook Mullany en Handford 1993, p. 135, met voorbeelden.

240 *W. v. Essex CC* [2001] 2 A.C. 592, 601.

241 *W. v. Essex CC* [2001] 2 A.C. 592, 601. Mulheron brengt de ouders in deze situatie onder de noemer *primary victim*, Mulheron 2008, p. 85.

Volgens Jones worden sommige van dit type zaken in het kader van *primary* en *secondary victims* gepast, terwijl dit gewrongen kan overkomen.²⁴² Mulheron stelt dat de beslissing in *W v. Essex* niet genegeerd kan worden. Ten eerste werd eerder negatiever geoordeeld als iemand geestelijk ziek werd door de gedachte dat iemand een ander in gevaar zou hebben gebracht. Daarnaast is deze uitkomst niet in lijn met de wijze waarop het recht omgaat met ouders van kinderen die zijn verwond of gedood door een onrechtmatige daad.²⁴³

Stapleton uit terecht kritiek op het nabijheidsvereiste wat betreft tijd en plaats:

*'The parent who comes across her child's blood too late for the current rules on recovery for nervous shock to apply to her might wonder why the law rules her child's blood too dry to found an action while allowing the matricide to sue.'*²⁴⁴

Of zoals Jones stelt: *'Should liability depend upon a race with the ambulance?'*²⁴⁵ Opmerkenswaardig is de opmerking van Mullany en Handford dat het meemaken van het ongeval of de directe nasleep van een onrechtmatige daad soms gewoonweg praktisch onmogelijk is. Denk hierbij aan een medische fout tijdens een operatie of het spoedig genoeg identificeren van een lijk na zo'n grote ramp als in Hillsborough. Nabestaanden zouden wellicht eerder bij de overledene hebben willen zijn, maar dat is praktisch niet altijd mogelijk in verband met de organisatie die daarmee gepaard gaat. Betekent dit dat zij geen vorderingsrecht hebben? Zoals zij terecht opmerken: *'The right to sue should not hinge on such extraneous considerations.'*²⁴⁶

Ten slotte, en dat is de derde factor, moet de schok ontstaan door het *horen of zien* van het ongeval of door het meemaken van de *'immediate aftermath'*. Door de Law Commission wordt deze factor ook wel *'means of perception'* genoemd.²⁴⁷ Berichtgeving door anderen is onvoldoende.²⁴⁸ Ook de nabestaanden uit *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* die de ramp (soms live) via de televisie hebben gezien, hebben geen succesvolle vordering.²⁴⁹

242 Jones 2007, p. 121. Dat dit gewrongen is, blijkt uit het betoog van Mulheron. Zij stelt een andere categorisering voor, voor het onderscheid *primary* en *secondary victims*, Mulheron 2008, p. 81-112. Het voert te ver om hier dit betoog te bespreken, omdat het gaat over vergoeding in geval van geestelijk letsel en niet vooral over de positie van derden met geestelijk letsel.

243 Mulheron 2008, p. 89-91.

244 Stapleton 1994, p. 84.

245 Jones 2007, p. 123.

246 Mullany en Handford 1993, p. 142.

247 Law Commission 1998, p. 20-22. Vgl Mullany en Handford 1993, p. 83.

248 *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 301, 400, door Lord Ackner. Vgl. Mullany en Handford 1993, p. 153-153; Clerk en Lindsell 2006, p. 432-433. Dat lijkt dus anders als de naaste zich direct begeeft naar de plaats van het ongeval of het ziekenhuis en de slachtoffers daar in dezelfde staat aantreft als direct na het ongeval, zoals in *McLoughlin v. O'Brian* is gebeurd.

249 *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 301, 398, door Lord Keith of Kinkel, 405, door Ackner, 416-417, door Lord Oliver of Aylmerton. Kritisch zijn Mullany en Handford 1993, p. 177-179. Lord Ackner en Lord Oliver noemen een uitzondering op deze vaststelling: als de naaste de ramp live filmt.

Mullany wijst er op dat niet louter aanwezigheid bij het ongeval of het beleven van de nasleep daarvan hoeft te leiden tot geestelijk letsel. Ook de kennisname van het feit dat iemand is overleden of ernstig ziek is geworden, kan leiden tot geestelijk letsel. Maar omdat via die weg vergoeding onmogelijk is gemaakt, wordt een beroep gedaan op de rechterlijke macht om het begrip ‘*immediate aftermath*’ ruimer te interpreteren. Daartoe wordt ook overgegaan, aldus Mullany, waardoor deze factor aan be-grenzende kracht verliest.²⁵⁰ Uit onderzoek blijkt zelfs dat het horen over een drama ernstiger kan zijn voor de psyche dan het zien daarvan: ‘*From a medical perspective there is no relevant distinction between being told or reading something that traumatizes and seeing something that traumatizes.*’²⁵¹

Een andere situatie is die waarin het slechte nieuws de waarheid is, maar op een gevoel-loze manier wordt gebracht, of nieuws dat achteraf onwaar blijkt te zijn. Daardoor kan geestelijk letsel ontstaan. Er bestaat nog geen Engels precedent over deze situatie, aldus de Law Commission.²⁵² Twee voorbeelden worden genoemd. Enerzijds dat waarin een vrouw geen vergoeding kon ontvangen van haar schade veroorzaakt door geestelijk letsel veroorzaakt door berichtgeving bij brief dat zij is behandeld door een hiv-positieve verpleegster. Hoewel erkend wordt dat er een *duty of care* bestaat tot juiste berichtgeving, is geen sprake van een *breach* van die verplichting.²⁵³ In de situatie waarin een moeder onjuist is ingelicht over het overlijden van haar baby (dat niet het geval blijkt te zijn), waar-door geestelijk letsel is ontstaan, wordt wel een vergoeding van haar schade toegekend.²⁵⁴ In het rapport van de Law Commission wordt naar voren gebracht dat er veel verschil-lende reacties zijn gekomen op de vraag of in de bovenstaande situaties een vergoeding moet worden toegelaten. Het merendeel van de respondenten is voorstander, met dien verstande dat het nieuws achteraf onjuist moet zijn. Een aantal merkte op dat die onjuistheid niet voldoende was; ook zou de gedaagde op een roekeloze manier met de onjuiste informatie hebben moeten omgaan, of expliciet kennis hebben gehad van de onjuistheid van de informatie. De tegenstanders van deze visie betoogden echter dat er problemen zouden kunnen ontstaan in het kader van vrijheid van meningsuiting en het aantonen van het causaal verband tussen de schade en het nieuws. Ook wijzen zij op de zwaardere last die wordt gelegd op de schouders van diegenen die vanuit hun beroep belast zijn met slechtnieuwsberichten. De Law Commission concludeert dat in het licht van de uit-eenlopende visies geen wijziging bij wet wordt voorgesteld. De vraag of in deze situaties vergoeding moet worden toegekend, wordt overgelaten aan de rechterlijke macht.²⁵⁵

De zaak *Greatorex v. Greatorex* ging over een bijzondere situatie. Een zoon overlijdt bij een auto-ongeval dat te wijten is aan zijn eigen schuld. Zijn vader komt ter plaatse tijdens zijn dienst bij de brandweer. Door het zien van het ernstige letsel van zijn zoon wordt hij geestelijk ziek. De vader heeft niet in gevaar verkeerd en heeft ook niet

250 Mullany 1998, p. 194-195.

251 Mullany 1998, p. 208. Vgl. Engelhard en Engelhard 2008, p. 236.

252 Law Commission 1998, p. 21.

253 *AB v. Tameside and Glossop HA* [1997] P.N.L.R. 140.

254 *Allin v. City and Hackney HA* 1996 WL 1093480. Hierover Law Commission 1998, p. 21-22.

255 Law Commission 1998, p. 118.

redelijkerwijs kunnen denken dat hij in gevaar was, wat hem een *secondary victim* maakt. De kernvraag was of een *primary victim*, de zoon, verantwoordelijk kan zijn voor schade van een *secondary victim*. Geoordeeld wordt dat, hoewel voldaan is aan de drie extra vereisten, de vordering toch moet worden afgewezen vanwege *policy arguments*. Tragedie en ongeluk kunnen voorkomen in een familie en als geestelijk letsel ontstaat binnen die familie dan is dat een bezwaar om het aansprakelijkheidsrecht uit te breiden. Voorts, als dit type claim wordt toegelaten, zou dat leiden tot onwenselijke soorten rechtszaken. Bovendien zou het aanleiding kunnen zijn voor oplopende conflicten binnen een familie. Doorslaggevend is echter dat de zoon 100% eigen schuld heeft en dat het opmerkelijk zou zijn dat een *secondary victim* in die situatie wel een vorderingsrecht zou kunnen hebben.²⁵⁶

Mullany en Handford besteden aandacht aan de situatie in de Verenigde Staten: *secondary victims* in geval van opzettelijke delicten hebben daar al vele jaren een keuze tussen een actie uit hoofde van *negligence* of uit hoofde van *intention-based liability*.²⁵⁷ Mullany en Handford laten zien dat die rechtspraak niet heeft stilgestaan: omstreeks 1930 begonnen de rechters vergoeding toe te kennen voor het opzettelijk veroorzaken van ‘*mental distress*’, ook als geen geestelijk letsel is ontstaan of de kans daarop aanwezig was.²⁵⁸ Dat vloeiende oorspronkelijk voort uit rechtspraak, maar heeft later een wettelijke basis gekregen in § 46 van de *Restatement of Torts Second*:

‘One who by extreme or outrageous conduct intentionally or recklessly causes severe emotional distress to another is subject to liability for such emotional distress, and if bodily harm to the other results from it, for such bodily harm’.

Deze bepaling heeft een brede werking gekregen, en een bijzonder belangrijke categorie van gevallen betreft die waarin de gedaagde misbruik heeft gemaakt van zijn positie of relatie ten opzichte van de benadeelde.²⁵⁹ Mullany en Handford merken op dat alle voorbeelden van ‘normale’ *nervous shock* een equivalent kennen in een zaak waarin sprake is van opzet. Dat verklaart volgens hen dat *soms* de begrenzing uit shockschadezaken wordt overgeheveld naar opzet-zaken. Men kan hierbij denken aan de *aftermath*-theorie en de wijze van berichtgeving.

De vraag is of die uitbreiding zou worden aanvaard binnen de Commonwealth. Volgens Mullany en Handford is dat niet waarschijnlijk.²⁶⁰ Als argumenten daarvoor noemen zij dat er terughoudendheid bestaat wat betreft de bescherming van *personality interests*, zoals privacy, en de afschaffing van de *torts* die betrekking hadden op doorkruising van de familierelatie (*seduction, enticement* en *harbouring*). Ook wordt

256 *Greator v. Greator* [2000] 1 W.L.R. 1970, 1985, 1986.

257 Mullany en Handford 1993, p. 296.

258 Mullany en Handford 1993, p. 297.

259 Mullany en Handford 1993, p. 300-301.

260 Mullany en Handford 1993, p. 304.

gevreesd voor het aantal vorderingen dat is voorgelegd aan de Amerikaanse rechters en het mogelijke domino-effect dat daarvan uitgaat.²⁶¹

3.4.3 In de literatuur wordt gepleit voor verandering

De huidige begrenzing van de *nervous shock*-vordering wordt 'arbitrair' genoemd.²⁶² De verklaring voor het kunnen ontstaan van dat 'patchwork' is de terughoudendheid die bestaat ten opzichte van vergoeding bij zuiver geestelijk letsel.²⁶³ Jones sprak onlangs over de 'schizophrenic attitude' van de rechters.²⁶⁴ Verschillende argumenten worden genoemd. Voorzienbaarheid zou te weinig begrenzend werken, en, zo betoogt Lord Wilberforce in *Mc Loughlin v. O'Brian*, juist met de voorzienbaarheidstest worden beleidsargumenten binnengehaald:

*'Foreseeability (...) is a formula adopted by English law, not merely for defining, but also for limiting, the persons to whom duty may be owed, and the consequences for which an actor may be held responsible. It is not merely an issue of fact to be left to be found as such. When it is said to result in a duty of care being owed to a person or a class, the statement that there is a "duty of care" denotes a conclusion into the forming of which considerations of policy have entered.'*²⁶⁵

Het eerste beleidsargument betreft de angst voor te veel vorderingen. Een wildgroei moet worden voorkomen.²⁶⁶ Daarnaast kan de uitbreiding leiden tot een 'proliferation of claims' en wellicht tot 'fraudulent claims'.²⁶⁷ Dit argument houdt verband met de bezorgdheid over het diagnosticeren van geestelijk letsel. Zo betoogt Lord Steyn dat de grens tussen 'acute grief' en 'psychiatric harm' moeilijk te trekken is. Er moet bovendien altijd een deskundige worden ingeschakeld en dat is duur en kost (veel) tijd. Maar hij noemt ook andere argumenten. Het argument over 'fraudulent or bogus claims' wijst hij af, maar hij benadrukt dat het vooruitzicht op een vordering onbewust het effect kan hebben dat personen zich ziek gaan voelen.²⁶⁸ Ook kan de uit-

261 Mullany en Handford 1993, p. 306-307, citaat p. 307.

262 Hierover Rogers 2010, p. 277.

263 Hierover o.a. Cooke 2004, p. 30.

264 Jones 2007, p. 113.

265 *Mc Loughlin v. O'Brian* [1983] 1 A.C. 410, 420.

266 Zie bijv. *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310, 417; *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 474, door Lord Goff of Chieveley, 493, door Lord Steyn, 502, door Lord Hoffmann, *Greatorex v. Greatorex* [2000] 1 W.L.R. 1970. Zie ook Clerk en Lindsell 2006, p. 428.

267 *McLoughlin v. O'Brian* [1983] A.C. 410, 421 C en G, per Lord Wilberforce. Vgl. Lord Edmund-Davies, Lord Russel of Killowen en Lord Bridge of Harwich in deze uitspraak, 425 F en G, 429 E en F en 442 B. Onzekerheid is daarentegen wel een belangrijke factor, aldus Lord Bridge of Harwich. Hij maakt een afweging tussen enerzijds de onzekerheid die gepaard gaat met geestelijk letsel en anderzijds de zijns inziens arbitraire factoren die Lord Wilberforce noemt om aansprakelijkheid te begrenzen. Zijns inziens moet de *reasonable foreseeability*-test doorslaggevend zijn en begrenzing moet plaatsvinden, in de woorden van Lord Wright, '(...) in the particular case the good sense of the judge, enlightened by progressive awareness of mental illness, decides' (443).

268 *White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 2 A.C. 455, 494. Vgl. Nolan

breiding van de vorderingsmogelijkheden leiden tot een disproportionele schadelast aan de zijde van de aansprakelijke, die wellicht de schade heeft veroorzaakt in een moment van onoplettendheid.²⁶⁹ Voorts zou een uitbreiding tot andere dan ‘*direct and plain cases*’ leiden tot evidente moeilijkheden, die tot langere procedures kunnen leiden.²⁷⁰ Ten slotte zou aansprakelijkheid uitsluitend mogen worden uitgebreid door de wetgever na *careful research*, aldus Lord Wilderforce.²⁷¹ Er wordt echter door rechters reeds ‘geflirt’ met het idee om geestelijk letsel op een gelijke wijze als lichamelijk letsel te benaderen, aldus Jones.²⁷²

Lord Ackner lijkt de *nervous shock*-problematiek meer te plaatsen in het kader van de aansprakelijkheid jegens derden: ‘*On the basis that there must be a limit at some reasonable point to the extent of the duty of care owed to a third party which rests upon everyone in all his actions.*’²⁷³

In het licht van de kritieken op de huidige aanpak zijn in de literatuur oplossingen voorgesteld die bewegen tussen twee uiterste polen: het onmogelijk maken van dit type vorderingen, respectievelijk afhankelijk maken van de (normale) *reasonable foreseeability* test.²⁷⁴

Om te beginnen met het eerste uiterste, afkomstig van Stapleton. Zij heeft felle kritiek op de huidige stand van zaken:

‘It is no small irony that the area of nervous shock is both the best historical example of incremental development and yet also the area where the silliest rules now exists and where criticism is almost universal. Even Lord Oliver does not think the law here is “logically defensible”.’

Stapleton vindt de huidige begrenzing niet alleen kunstmatig, maar deze geeft het recht ook een slechte naam. Wat er volgens Stapleton gebeurt, is dat er sprake is van een ‘*line-drawing-exercise*.’ De kern van haar kritiek is echter dat het onmogelijk is om tot een goede afbakening te komen:

*‘In future cases will it not be a grotesque sight to see relatives scrabbling to prove their especial love for the deceased in order to win money damages and for the defendant to have to attack that argument? Moreover, most other feasible control devices which might be used instead of “ties of love” would still turn on the status of the plaintiff and so produce the same unseemly arguments over meaningless boundaries.’*²⁷⁵

2004, p. 20.

269 *White v. Chief Constable of South Yorkshire police* [1999] 2 A.C. 455, 493-494, *McLoughlin v. O’Brian* [1983] A.C. 410, 421 D, door Lord Wilberforce.

270 *McLoughlin v. O’Brian* [1983] A.C. 410, 421 D en E, door Lord Wilberforce.

271 *McLoughlin v. O’Brian* [1983] A.C. 410, 421 E, door Lord Wilberforce.

272 Jones 2007, p. 114.

273 Lord Ackner in *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] A.C. 310, 401D.

274 Vgl. Cane 1997, p. 70; Law Commission 1998, p. 2.

275 Stapleton 1994, p. 95.

Als er eenvoudigweg geen redelijke begrenzing van de *cause of action* mogelijk is, moet dan niet gewoon gekozen worden voor het onmogelijk maken van *nervous shock claims*, zo vraagt Stapleton zich retorisch af.²⁷⁶ Wat nodig is, is een scherpe omlijning van de onderliggende belangen, beleidslijnen en principes die maken dat het recht wil reageren door de *cause of action* van het slachtoffer binnen het onrechtmatige daadsrecht toe te laten.²⁷⁷

De Law Commission reageert op Stapleton. Haar suggestie is niet in lijn met medische literatuur, die aantoonde dat mensen daadwerkelijk geestelijk ziek kunnen worden door de angst dat een ander gewond is geraakt: '*to exclude such people from recovery might be to deny recovery to those whom one may regard as most deserving (...) who fear for their family's safety over and above their own.*'²⁷⁸

Er wordt een tussenoplossing voorgesteld. Doel van dat voorstel is om onnodige begrenzingen te verwijderen en het arbitraire gehalte van het huidige recht te wijzigen, maar zonder dat gevreesd hoeft te worden voor een te grote uitbreiding van aansprakelijkheid.²⁷⁹ Voorgesteld wordt om het onderscheid tussen *primary* en *secondary victim* te verlaten. Twee groepen worden beschermwaardig geacht: benadeelden die betrokken waren bij de schadeveroorzakende gebeurtenis en personen die een nabijgevoerde affectieve relatie met de direct gekwetste onderhouden.²⁸⁰ Op die laatste categorie wordt hier nader ingegaan.

De kern van het probleem ziet de commissie in situaties waarin een naaste geestelijk letsel heeft vanwege de kwetsing van een ander.²⁸¹ Er worden vereisten aan de nabijheid gesteld die tot arbitraire en onwenselijke uitkomsten leiden.²⁸² De vraag wordt daarom gesteld of hieraan moet worden vastgehouden. Vijf argumenten worden genoemd om dat wel te doen: de angst voor een grote groei van vorderingen, potentiële valse of overdreven claims, het probleem van conflicterende medische opinies, het gevoel dat psychische schade minder serieus is en de terughoudendheid om *secondary victims* een vergoeding toe te kennen.²⁸³ De laatste twee argumenten worden weerlegd. Geestelijk letsel is niet minder erg dan lichamelijk letsel en het argument dat iemand *secondary victim* is, zegt op zichzelf niet zoveel en moet met terughoudendheid worden benaderd. Het tweede en derde argument worden weerlegd door te wijzen op dezelfde problemen in lichamelijke letselschadezaken.²⁸⁴ Over het *flood-gate*-argument wordt opgemerkt dat hieraan, na veel debat, waarde moet worden

276 Stapleton 1994, p. 95-96.

277 Stapleton 1994, p. 87.

278 Law Commission 1998, p. 82.

279 Law Commission 1998, p. 2-3.

280 Law Commission 1998, p. 79.

281 Law Commission 1998, p. 81.

282 Law Commission 1998, p. 82.

283 Law Commission 1998, p. 82-83.

284 Law Commission 1998, p. 84.

gehecht, zelfs zo veel waarde dat wordt afgestapt van het idee om de beoordeling van de vordering louter over te laten aan het criterium van redelijke voorzienbaarheid.²⁸⁵ De Law Commission stelt voor afstand te nemen van de nabijheidsvereisten tijd en plaats, omdat deze factoren hebben geleid tot de meest arbitraire uitkomsten. Doorslaggevend moet zijn wat de relatie van de gekwetste derde is ten opzichte van de direct gekwetste: *'Provided that the requirement for a close tie of love and affection between the plaintiff and the immediate victim is retained, the main floodgates objection of the possibility of many claims arising from a single event is limited.'*²⁸⁶ Ook wordt opgemerkt dat uit medische literatuur blijkt dat het aanwezig zijn bij het ongeval of de confrontatie met de nasleep daarvan lang niet altijd een relevante factor is voor het ontstaan van geestelijk letsel.²⁸⁷ In het licht van dit argument wordt ook geconcludeerd dat niet vereist is dat de direct gekwetste ook daadwerkelijk gekwetst is geraakt; een redelijke angst daarvoor aan de zijde van de derde is voldoende.²⁸⁸ Voorgesteld wordt wel om de kring van naasten wettelijk te codificeren, die kring moet bestaan uit: de echtgenoot, ouder, kind, broer en zus, en de samenwonende partner (een persoon die niet is getrouwd met de eerste gekwetste, maar met hem heeft samengewoond als ware een echtgenoot).²⁸⁹ Niet alle personen die nabij de gekwetste staan, komen terug in de opsomming. Dit is echter geen bezwaar voor de Law Commission, omdat hoe meer wordt afgestapt van het idee dat de kern van de familie beschermd moet worden, hoe moeilijker het wordt om discussies over de hechtheid van de band te voorkomen.²⁹⁰ Er bestaat een afkeer van het idee dat iemand zijn affectieve relatie ten opzichte van een ander moet bewijzen.²⁹¹

Maar er zijn ook voorstellen gedaan die uitgaan van een bredere kring van gerechtigden. Daar waar Bailey en Nolan nog vasthouden aan het onderscheid *primary* en *secondary victim* (*primary victims* zijn personen die geestelijk letsel hebben anders dan door het letsel of overlijden van de gekwetste, *secondary victims* blijven diegene zoals voortvloeit uit *Alcock*),²⁹² gaan Mullany en Handford verder: alleen de 'normale' vereisten van *negligence* moeten worden toegepast. Geestelijk letsel als aandoening moet gelijk worden gewaardeerd als lichamelijk letsel.²⁹³ Mullany en Handford betwijfelen of deze verandering inderdaad zal leiden tot een buitenproportionele groei van het aantal succesvolle vorderingen. Zij menen van niet als serieus wordt omgegaan met de gewone eisen.²⁹⁴

285 Law Commission 1998, p. 84.

286 Law Commission 1998, p. 85.

287 Zie hierover Mullany en Handford 1993, p. 24 e.v. Vgl. Engelhard en Engelhard 2008, p. 236.

288 Law Commission 1998, p. 89.

289 Law Commission 1998, p. 92-93.

290 Law Commission 1998, p. 95.

291 Law Commission 1998, p. 91-92.

292 Bailey en Nolan 2010, p. 495-528.

293 Mullany en Handford 1993, p. 311-312.

294 Mullany en Handford 1993, p. 312.

Jones komt tot een gelijke conclusie. Teruggekeerd zou moeten worden naar noties van fout en schuld.²⁹⁵ De huidige systematiek is arbitrair. Waarom zou een ouder die geestelijk letsel heeft opgelopen door het zien van ‘de’ schokkende gebeurtenis wel een vergoeding mogen ontvangen, terwijl dat niet mogelijk is als dat letsel het gevolg is van een lang ziektebed van zijn kind?²⁹⁶ Als een moeder wordt verteld dat haar kind is overleden en zij daardoor geestelijk ziek wordt, wordt geen vergoeding toegekend, maar als zij verkeerd wordt ingelicht over het overlijden van haar kind, wordt er vermoedelijk wel een vergoeding toegekend.²⁹⁷ Feit is dat geestelijk letsel wordt omringd door onzekerheid.²⁹⁸ En daarom zal iedere begrenzing afgezien van lichamelijk letsel arbitrair zijn, aldus Jones. Voorts brengt de voorzienbaarheid problemen met zich, maar die problemen zijn inherent aan het vereiste van ‘voorzienbaarheid’ en zijn dus niet uniek voor zaken over geestelijk letsel.²⁹⁹ Er wordt bepleit bij dit klassieke criterium aansluiting te zoeken.³⁰⁰

Beever kiest – in zekere zin – voor een ander pad door de nadruk te leggen op het beschermde recht.³⁰¹ Het kernprobleem van de drie nabijheidsvereisten is namelijk dat er een normatief verband wordt gelegd tussen het onrechtmatige gedrag en het letsel van de derde gekwetste. Dat is echter irrelevant in relaties tussen partijen:

‘The rule that the claimant must see or hear the accident or be present at its immediate aftermath is entirely arbitrary. The notion that the claimant must be close to the accident in time and space defines the relationship between the parties in terms of morally irrelevant concerns. The rule that the claimant must have suffered nervous shock as the result of physical injury to someone for whom he has love and affection defines the relationship between the claimant and the defendant in terms of a third party.’³⁰²

Gewezen wordt op het kernprobleem wat betreft *nervous shock*-vorderingen: de *common law* focust op ‘*remedies*’ en niet op ‘*rights*’, zoals naar Duits recht wel het geval is. En daarom krijgt de basis, het fundament, van de *cause of action* bijna geen aandacht. Terwijl het juist nodig is om aandacht aan die basis te geven, aldus Beever.³⁰³ Zijns inziens moet helder worden of personen met geestelijk letsel beschermd zouden moeten worden. Als dat het geval is, moet dat beschermd belang worden omlijnd: ‘*The appropriate scope of liability is determined entirely by the right that it is the job of the cause of action to protect.*’³⁰⁴

295 Jones 2007, p. 139.

296 Jones 2007, p. 124.

297 Jones 2007, p. 124-125. Zie *Farrel v. Avon* HA 2001 WL 34034731. Zie ook *Allin v. City and Hackney* HA 1996 WL 1093480.

298 Jones 2007, p. 130-131.

299 Jones 2007, p. 136.

300 Jones 2007, p. 137.

301 Beever 2007, p. 409-411.

302 Beever 2007, p. 409.

303 Beever 2007, p. 410.

304 Beever 2007, p. 411.

In wezen is dit ook het probleem waarmee ‘wij’ in Nederland worden geconfronteerd wat betreft de vergoeding van schade van derden in personenschadezaken, met dien verstande dat ‘wij’ ons wel concentreren op de *cause of action*, maar de aanwezigheid daarvan afhankelijk maken van de oorzaak van het geestelijke letsel. Er bestaan twee paden. Enerzijds, als er een norm is geschonden tegenover de direct gekwetste, wordt als een afgeleide daarvan een vorderingsrecht gegeven aan derden (artikelen 6:107 en 108 BW). Anderzijds, als de oorzaak van de schade van de derde is gelegen in de confrontatie met het ongeval of de nasleep daarvan (en dus niet in het letsel of overlijden van een ander), dan kan die derde een succesvolle vordering hebben op grond van het onrechtmatige daadsrecht. Helder is niet *waarom* die begrenzing is gekozen. Door de nadruk te leggen op de feitelijke oorzaak van de schade (het letsel of overlijden, respectievelijk de confrontatie) wordt er bij voorbaat een oordeel gegeven over de positie van de derde binnen het aansprakelijkheidsrecht. In de relaties tussen partijen is die oorzaak in eerste instantie echter onbelangrijk. Het gaat de schadeveroorzaker niets aan of iemand feitelijk derde is; de kernvraag is of de belangen van de feitelijk derde al dan niet beschermd moeten worden door het onrechtmatige daadsrecht.

3.4.4 Tussenconclusie

Het beoordelingskader voor *nervous shock*-vorderingen wordt gekenmerkt door een onderscheid tussen *primary* en *secondary victims*. *Primary victim* is iemand die zichzelf in de gevarenzone heeft bevonden: hij verkeerde in gevaar of heeft redelijkerwijs kunnen denken dat hij in gevaar verkeerde. Of het slachtoffer behoort tot de categorie *primary* of *secondary victim* is belangrijk voor hem. Het bepaalt de vereisten gesteld aan de *duty of care*. Als hij *secondary victim* is dan worden drie aanvullende vereisten, naast de ‘normale’ vereisten voor een *duty of care*, gesteld. Deze zijn achtereenvolgens: de nabijheid van de persoon (naasten of nabestaanden die nauwe banden van liefde en genegenheid onderhouden met de direct gekwetste); de nabijheid ten opzichte van het ongeluk, zowel in tijd als in plaats; en de schok ontstaan door het *horen of zien* van het ongeval of in de ‘*immediate aftermath*’.

De verklaring voor die eisen is de terughoudendheid die bestaat ten opzichte van vergoeding bij zuiver geestelijk letsel. De uitbreiding kan leiden tot een ‘*proliferation of claims*’ en wellicht tot ‘*fraudulent claims*’. Dit argument houdt verband met de bezorgdheid over het diagnosticeren van geestelijk letsel. Er moet bovendien altijd een deskundige worden ingeschakeld en dat is duur en kost (veel) tijd. Ook kan het vooruitzicht op vergoeding een negatief effect hebben op de gezondheidstoestand van personen. De uitbreiding van de vorderingsmogelijkheden zou bovendien leiden tot een disproportionele schadelast aan de zijde van de aansprakelijke. Voorts zou een uitbreiding tot andere dan ‘*direct and plain cases*’ leiden tot evidente moeilijkheden, die tot langere procedures kunnen leiden. Ten slotte zou aansprakelijkheid uitsluitend mogen worden uitgebreid door de wetgever na *careful research*.

In de literatuur worden de aanvullende factoren sterk bekritiseerd en vooral arbitrair genoemd. De Law Commission is ook ontevreden, en stelt een middenoplossing voor. Twee groepen worden beschermwaardig geacht: benadeelden die hebben geparticipeerd in de schadeveroorzakende gebeurtenis en personen die een nabije affectieve relatie met de direct gekwetste onderhouden. In de literatuur is echter ook geopperd om de aanvullende factoren te verlaten en de vaststelling van aansprakelijkheid over te laten aan de normale criteria van het onrechtmatige daadsrecht.

3.5 Frankrijk: recente ontwikkelingen

Zoals Kottenhagen schreef, is de term 'schokschade' niet ingeburgerd in het Franse recht.³⁰⁵ Bovendien is in het kader van de vestiging van aansprakelijkheid jegens naasten of nabestaanden niet vereist dat geestelijk letsel is ontstaan. De stabiliteit en nabijheid van de relatie is daarvoor doorslaggevend wat betreft de vergoeding voor immateriële schade. Zoals we hebben gezien in hoofdstuk 4, paragraaf 3.2.4, is voor de vergoeding van inkomensverlies wel vereist dat een samenhang bestaat met het herstel van de direct gekwetste.

In 2010 (*Chambre Criminelle*) en 2011 (*Chambre 2^e Civil* van het *Cour de Cassation*) zijn twee arresten geweest door het *Cour de Cassation* die gaan over de situatie waarin een naaste lijdt aan PTSS vanwege het overlijden van de direct gekwetste. Het eerste arrest heeft betrekking op de vergoeding voor immateriële schade en het tweede op de vergoeding van materiële schade.

Om te beginnen met de strafkamer: in november 2010 is een uitspraak geweest in een zaak die ging over twee kinderen die geestelijk letsel hebben opgelopen vanwege het overlijden van hun moeder bij een verkeersongeval en daarvoor vergoeding voor hun immateriële schade vorderen. Er wordt vergoeding gevorderd voor de immateriële schade als slachtoffer *par ricochet*, als rechtsverkrijger en als PTSS-slachtoffer. Het *Cour de Cassation* oordeelt dat bij de eerste feitenrechter is vastgesteld dat de kinderen lijden aan een ernstige posttraumatische stressstoornis die behandeling vereist, en dat daarvoor een aparte vergoeding moet worden toegekend: '*en réalité, le traumatisme psychique subi par les intéressés, qui est distinct de leur préjudice moral*'. De stressstoornis waaraan zij lijden, moet onderscheiden worden van hun immateriële schade; de vergoeding die voor die stressstoornis wordt toegekend, is 15.000 respectievelijk 10.000 euro.³⁰⁶ Hoewel tot op heden deze uitspraak (nog) weinig aandacht heeft gekregen in de literatuur, lijkt het, zo stellen Bernfeld en Bibal, alsof het *Cour de Cassation* een nieuwe vergoedbare immateriële schadepost heeft geïntroduceerd voor nabestaanden: vergoeding bij het ontstaan van een PTSS door iemands overlijden.³⁰⁷

305 Kottenhagen 2010, p. 344-345.

306 Crim., 16 november 2010, 09-87211.

307 Bernfeld en Bibal 2011, nr. 78, p. 5.

Maar niet alleen de immateriële kant is actueel, ook de materiële schade van slachtoffers *par ricochet* veroorzaakt door een stressstoornis moet worden vergoed, aldus de tweede civiele kamer van het *Cour de Cassation* in april 2011.³⁰⁸ Bij een brand tijdens een feest bij iemand thuis komt Julia om het leven. Haar vader wordt daardoor geestelijk ziek (PTSS) en zijn toestand vloeit direct voort uit de traumatische reactie op het ongeval. De financiële schade voortvloeiend uit zijn arbeidsongeschiktheid moet worden vergoed.

Eerder betoogden Lambert-Faivre en Porchy-Simon al in gelijke zin in geval van een ernstig ongeval (*l'accident brutal*). Door de stress kan het noodzakelijk zijn geworden dat het slachtoffer *par ricochet* (tijdelijk) zijn baan opzegt. Volgens Lambert-Faivre en Porchy-Simon is dan sprake van opeenvolgend letsel, waarvoor een vergoeding moet kunnen worden gegeven.³⁰⁹ Het *Cour de Cassation* heeft nu dus in deze zin besloten voor overlijdensschadezaken. Onduidelijk is of dit ook het geval is in letselschadezaken.

3.6 Tussenconclusie

Schade veroorzaakt door geestelijk letsel bij derden is vergoedbaar, maar die vergoedingsmogelijkheid is aan voorwaarden gebonden. Naar Nederlands, Duits en Engels recht worden echter extra voorwaarden genoemd alvorens aansprakelijkheid tegenover de geschokte derde kan worden gevestigd.

Waarom worden die extra eisen gesteld? Naar Duits en Engels recht wordt het belang van beperking vooral in verband gebracht met het letsel waarvoor vergoeding wordt gevorderd: geestelijk letsel. Zo wordt in de Duitse literatuur gesteld dat sommige risico's bij het leven horen en daarom niet afgewenteld hoeven te worden op derden. Daarnaast wordt zowel in Duitsland als in Engeland gewezen op de moeilijkheden van het diagnosticeren van geestelijk letsel en de 'angst' die daarmee gepaard gaat voor een te grote uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht. Er moet bovendien altijd een deskundige worden ingeschakeld en dat is duur en kost (veel) tijd. Voorts zou een uitbreiding in andere dan '*direct and plain cases*' leiden tot evidente moeilijkheden, die tot langere procedures kunnen leiden. Ook kan het vooruitzicht op vergoeding een negatief effect hebben op de gezondheidstoestand van personen. De uitbreiding van de vorderingsmogelijkheden zou bovendien leiden tot een disproportionele schadelast aan de zijde van de aansprakelijke.

In de Duitse literatuur wordt ook de reflexgedachte genoemd. Daarmee wordt bedoeld dat de oorsprong van de schade wordt gevonden in het letsel of overlijden van een ander. Een beperking lijkt daarom op zijn plaats.

308 2° Civ., 28 april 2011, 10-17380.

309 Lambert-Faivre 2008, p. 319 en 148-150.

De gekozen begrenzing is bekritiseerd in de Nederlandse, Duitse en Engelse literatuur. De kern van de kritiek behelst het arbitraire gehalte van de extra vereisten. Deze kritieken moeten vanuit een aantal perspectieven worden gezien. Ten eerste de wens om de kring van gerechtigden te beperken, omdat het gaat over schade van derden. Daarnaast moet de shockschadevordering, en de wens tot beperking daarvan, worden gezien in het licht van de ontwikkeling van een nieuw type vordering, te weten aansprakelijkheid voor geestelijk letsel, en de onduidelijkheden die daarmee gepaard gaan. De kritieken die zijn gegeven sluiten op die twee perspectieven aan.

Ten eerste is betoogd dat naar Nederlands en Engels recht er te veel waarde wordt gehecht aan de nabijheid tot het ongeval. Het vorderingsrecht van naasten en nabestaanden wordt afhankelijk gemaakt van de plaats waar zij zich bevinden ten tijde van het ongeval. Dat lijkt onwenselijk: soms is het praktisch onmogelijk om dichtbij de ongevalssituatie te komen, bijvoorbeeld vanwege technisch onderzoek. Ook wordt wel gesproken over de 'race achter de ambulance' aan.

In Nederland zorgt de confrontatie-eis bovendien voor een praktische onmogelijkheid. Het is onmogelijk om vast te stellen of iemands letsel wordt veroorzaakt door de confrontatie met het ongeval of de directe nasleep daarvan, of door het verlies van een dierbare. In het licht van dat argument zou mijns inziens de confrontatie-eis moeten worden verlaten. Als het causale verband niet kan worden vastgesteld door deskundigen, waarom vereist het aansprakelijkheidsrecht dan een dergelijk verband? Maar niet alleen de confrontatie-eis kan worden bekritiseerd. Ook is onduidelijk op welke manier het vereiste van 'schokkende gebeurtenis' te rechtvaardigen valt. Als bekend is dat geestelijk letsel bij naasten ook kan ontstaan door het 'beleven' van iemands ziektebed, en hun leed hetzelfde is als dat van naasten die het ongeval hebben zien gebeuren, waarom wordt er dan zo'n groot onderscheid gemaakt tussen hun verhaalsposities? Een onderscheid dat gekenmerkt wordt door een afgeleid vorderingsrecht (en dus gedeeltelijke vergoeding van schade) en een autonome onrechtmatige daad (en dus volledige vergoeding van schade).

Daarnaast kan gewezen worden op het vereiste van een schending van een verkeers- of veiligheidsnorm; voor zover de schending van een zorgplicht door een arts niet te kwalificeren is als de schending van een veiligheidsnorm, kan men zich afvragen waarom er een onderscheid moet bestaan tussen de confrontatie met de nasleep van een verkeersongeval en die van een medisch fout. Kortom, het is niet helder waarom voor een bepaalde begrenzing is gekozen en niet voor een andere, meer geënt op het beschermde belang van de derde.

Gelijke grenzen zijn wellicht moeilijk te trekken, maar de wijze waarop aan de Nederlandse shockschadevordering is vormgegeven, zorgt voor ongelijke uitkomsten in gelijke situaties waarin naasten zijn komen te verkeren vanwege het letsel of overlijden van de direct gekwetste.

4. Conclusie

Twee thema's kwamen in het bovenstaande aan de orde. Enerzijds de derde met lichamelijk letsel en anderzijds de derde met geestelijk letsel.

De hulpverlener die lichamelijk letsel heeft dat is ontstaan bij een reddingsactie, heeft naar Duits en Engels recht een autonome vordering op grond van het onrechtmatige daadsrecht. Immers, '*danger invites rescue*', zo wordt gesteld. Er worden geen extra vereisten gesteld dan de klassieke vereisten voor het vestigen van aansprakelijkheid.

In zaken van geestelijk letsel gelden wel aanvullende vereisten naast de normale vereisten voor aansprakelijkheid. De behoefte aan aanvullende vereisten wordt vooral ingegeven door twee factoren: er is sprake van schade van derden en het gaat over een nieuw type vordering: aansprakelijkheid voor (zuiver) geestelijk letsel. De personen waarvoor bescherming wordt gecreëerd naar Duits, Engels en waarschijnlijk ook, mede gezien de vereisten die in de vorige hoofdstukken naar voren kwamen (stabiliteit en nabijheid van de relatie) naar Frans recht, zijn de naasten en nabestaanden. Naar Nederlands recht is dat anders. In het licht van de confrontatie-eis die de Hoge Raad stelt, lijkt ruimte te bestaan voor andere derden (dan naasten) om aanspraak te maken op een vergoeding krachtens het onrechtmatige daadsrecht.

Die confrontatie-eis plaatst de letselschadepraktijk echter voor een probleem. Het is niet mogelijk om iemands geestelijk letsel te herleiden naar ofwel de confrontatie met het ongeval, ofwel het verdriet wegens iemands overlijden of letsel. Er wordt dus een ongelijkheid gecreëerd tussen naasten: zij die het ongeval hebben zien gebeuren of de directe nasleep daarvan hebben gezien (wat daaronder ook mag worden verstaan), moeten (indien ook aan de overige vereisten is voldaan) een volledige vergoeding ontvangen van hun schade, terwijl naasten die via berichtgeving vernemen van het letsel of overlijden van de gekwetste geen recht hebben op die vergoeding.

Maar ook de overige vereisten van de shockschadevordering naar Nederlands recht (schending van een verkeers- of veiligheidsnorm en een schokkende gebeurtenis) kunnen worden bekritiseerd; onduidelijk is waarom juist voor deze begrenzing is gekozen.

Het bijzondere wettelijke systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW laat de Hoge Raad weinig ruimte om rechtsvormend op te treden. Dit heeft hij wel gedaan in het kader van de shockschadevordering. De confrontatie-eis lijkt het mechanisme waardoor de Hoge Raad om dit systeem heen heeft kunnen gaan: de schade van de derde wordt niet veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander, maar door de confrontatie met het ongeval of de nasleep daarvan. De moeilijkheid van dit vereiste is echter dat een deskundige iemands geestelijk letsel niet kan herleiden tot ofwel de confrontatie met een ongeval, ofwel het letsel of overlijden van de direct gekwetste.

Mijns inziens moet de vraag kan worden gesteld waarom de artikelen 6:107 en 6:108 BW de Hoge Raad zou moeten beperken in de bewegingsruimte die hij heeft bij de invulling van de open norm in het onrechtmatige daadsrecht (artikel 6:162 BW). Moet het echt zo zijn dat aan de feitelijke vaststelling dat iemands schade wordt ver-

oorzaakt door het letsel van een ander, direct normatieve betekenis wordt gegeven? Hij kan dan immers geen aanspraak maken op schadevergoeding krachtens het onrechtmatige daadsrecht. Mijns inziens is dat een verkeerd uitgangspunt (zie nader hoofdstuk 8, paragrafen 2.2 en 4). Eerst wordt in het volgende hoofdstuk stilgestaan bij de vergoeding voor immaterieel nadeel van naasten en nabestaanden.

7 IMMATERIËLE SCHADE VAN NAASTEN EN DOORKRUISING VAN RECHTEN

1. Inleiding

Op donderdagavond 18 augustus 2011 trekt er een hevige donderbui met windvlagen van 170 km/uur over Hasselt, waar op dat moment het festival Pukkelpop plaatsvindt. Vijf festivalbezoekers overlijden bij deze ramp. Die donderdagavond was tevens de vooravond van het Nederlandse festival Lowlands in Biddinghuizen. Daar trok een minder zware storm over die niet voor gevaar zorgde. Maar wat als dezelfde ramp zich zou hebben voorgedaan in Biddinghuizen? Wat als aangetoond zou kunnen worden dat de organisatie van Lowlands nalatig was geweest in het treffen van voorzorgsmaatregelen of niet adequaat had gereageerd tijdens en na de ramp (en dus wellicht sprake zou zijn van een onrechtmatige daad)?¹ Zouden de naasten en nabestaanden dan een vergoeding kunnen vorderen voor hun immateriële schade? Met immateriële schade wordt in dit hoofdstuk bedoeld: schade (anders dan materiële schade) veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. In Nederland wordt deze immateriële schade meestal in verband gebracht met de term ‘affectieschade’. De grondslag voor die vergoeding wordt (in zowel de Nederlandse als de Engelse wet en/of literatuur) gevonden in de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste. Deze schadepost moet worden onderscheiden van de vergoeding voor de immateriële schade in het kader van de shockschadevordering. Dit betreft een autonome onrechtmatige daad jegens de derde. Die vordering levert daarom een recht op volledige vergoeding op en, indien het geestelijke letsel van de derde te kwalificeren valt als een psychiatrisch erkend ziektebeeld, moet er een vergoeding voor immateriële schade worden geboden. Maar, zoals in hoofdstuk 6 aan de orde kwam, gelden in het kader van de shockschadevordering bijzondere vereisten alvorens aansprakelijkheid kan worden gevestigd.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Gestart wordt met een paragraaf over de vergoeding voor immateriële schade van naasten. In paragraaf 3 wordt vervolgens stilgestaan bij het *Oogmerk*-arrest. Daarna wordt aandacht besteed aan de jurisprudentie van het EHRM over de positie van naasten bij een schending van het recht op leven in de zin van artikel 2 EVRM (paragraaf 4). Afgesloten wordt met paragraaf 5 waarin de lappendeken van rechtspraak wordt getoond die is ontstaan door onder andere de exclusieve werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW, en een conclusie (paragraaf 6).

¹ Wat overigens dat weekend niet het geval was; er werd een code oranje afgegeven op zondagmiddag en in reactie daarop is de inrichting van het festivalterrein aangepast.

2. Immateriële schade van naasten en nabestaanden

2.1 Inleiding

Affectieschade is een niet vergoedbare schadepost naar Nederlands recht en daarmee neemt ons land een uitzonderingspositie in binnen Europa.² Deze paragraaf gaat over de discussies die worden gevoerd over de vergoeding voor immateriële schade van naasten naar Nederlands, Duits, Engels en Frans recht.

2.2 Nederland

De vergoeding voor immateriële schade van naasten is in het afgelopen decennium een actueel thema geweest in Nederland. De discussie over de vergoedbaarheid van deze schade is in Nederland vooral gevoerd in de context van affectieschade: het leed van naasten dat veroorzaakt wordt door iemands overlijden of ernstige letsel.³ Naar aanleiding van Kamervragen over de uitkomst in het *Baby Joost*-arrest, werd in 2003 het Wetsvoorstel affectieschade ingediend in de Tweede Kamer.⁴ Het wetsvoorstel beoogde: 'uitdrukking te geven aan het gegeven dat ernstig letsel of het overlijden van een naaste voor de verwanten als een ernstig verlies werd ervaren.'⁵ Erkenning van het leed van naasten en nabestaanden en genoegdoening van hun geschokte rechtsgevoel waren de hoofdfuncties van de vergoedbaarheid van deze schadepost. Compensatie van immateriële schade speelde slechts op de achtergrond een rol. De Tweede Kamer stemde in met het voorstel. De Eerste Kamer debatteerde er drie keer over. Ook werd het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) verzocht om onderzoek te doen naar de behoeftes van slachtoffers en hun naasten.⁶ Het wetsvoorstel werd uiteindelijk verworpen door de Eerste Kamer in 2010.⁷ Maar alvorens aandacht te besteden aan de redenen voor (en tegen) afwijzing, wordt eerst kort beschreven hoe de wetswijziging eruit zou gaan zien.

Het wetsvoorstel beoogde de werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW uit te breiden. De vergoeding voor immateriële schade zou mogelijk worden in geval van ernstig en blijvend letsel aan de zijde van de gekwetste en bij diens overlijden. De kring van gerechtigden was beperkt tot: de (niet van tafel en bed gescheiden) echtgenoot en geregistreerd partner, de levensgezel van de gekwetste die met hem ten tijde van het schadetoebrengende feit een duurzaam huishouden voerde, de (adoptief) ouder van een minderjarig kind of van een meerderjarig kind dat nog thuis woonde, het minderjarige kind van de (adoptief)ouder of het meerderjarige kind dat nog thuis

2 Zie hierover Lindenbergh 2008, p. 261. Naast Nederland is vergoeding voor immateriële schade van naasten niet mogelijk naar Duits en Deens recht.
3 Verheij 2001, p. 1562.
4 Hierover Lindenbergh 2000, p. 154-155.
5 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 4.
6 Resultaten: Huver et al. 2007 en Akkermans et al. 2008.
7 Zie hierover Lindenbergh 2010 en Rijnhout 2010.

woonde, een persoon die ten tijde van de schadetoebrengende gebeurtenis ‘duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft’, iemand voor wie de gekwetste duurzaam in gezinsverband de zorg droeg, en ‘een andere persoon die in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot de gekwetste staat, dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij (...) als naaste wordt aangemerkt’ (de hardheidsclausule).⁸

Het schadevergoedingsbedrag zou bij AMvB worden vastgesteld, hetgeen eerst een vast bedrag was ter hoogte van € 10.000, maar later is toch, in het licht van de uitkomsten van het onderzoek van het IGER, gekozen voor deels variabele bedragen.⁹ Maar, zoals gezegd, het wetsvoorstel is afgewezen. In het onderstaande wordt aandacht besteed aan de argumenten voor en tegen dit voorstel.¹⁰

Tijdens de discussie ten tijde van de invoering van het huidige BW werd de vergoedbaarheid van affectieschade expliciet afgewezen, waarvoor vijf argumenten werden genoemd.¹¹ Er moest terughoudend worden opgetreden in verband met de aard van de schade: des te schrijnender het leed, des te moeilijker om daarvoor een vergoeding te geven. Er bestond ook een vrees voor het vercommercialiseren van verdriet. Voorts werd gevreesd voor onsmakelijke procespraktijken. Bovendien, zo werd betoogd, zou de druk op de rechterlijke macht toenemen, zowel wat betreft de hoeveelheid zaken als de moeilijkheidsgraad van de beslissing. Het laatste argument was de toch al doorgevoerde uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht door de introductie van de risicoaansprakelijkheden in het nieuwe BW.

Om tegemoet te komen aan deze bezwaren werd een gelimiteerde regeling geïntroduceerd.¹² De kring van vorderingsgerechtigden werd limitatief omschreven.¹³ Bovendien zou gewerkt gaan worden met genormeerde vergoedingsbedragen die bij AMvB geregeld zouden worden.¹⁴

Dit mocht echter niet baten. Waarom niet? Er is gewezen op de rol van verzekeraars. In de meeste gevallen zou de uitkering plaatsvinden door de verzekeraar of uit het Schadefonds Geweldmisdrijven. De aansprakelijke partij zou daardoor niets ‘voelen.’ Dit lijkt als een bezwaar te worden gezien: ‘Komen er professionele “troosters” of “doodbidders”, die in gepaste kledij als “aanzeggers” van vergoeding van affectieschade bij de naasten en nabestaanden langs gaan? (...) Ik doel op een soort

8 *Kamerstukken I* 2004/05, 28 781, nr. A.

9 *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, m.-H (nota van toelichting), *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, H.

10 Zie hierover ook Rijnhout 2010.

11 Zie voor de eerste drie bezwaren Parl. Gesch. Boek 6, p. 389 en Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1273; en voor de laatste twee, zie Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1274.

12 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 4. Zie hierover Lindenbergh 1998, p. 205. Lindenbergh suggereerde later om met een meer open norm te gaan werken die de kring van gerechtigden zou omlijnen, Lindenbergh 2005a, p. 841-843. Zie de reactie van Frenk 2005, p. 1295-1296 (en het naschrift van Lindenbergh op p. 1296); Verheij 1998a, p. 331-332; Van Boom 2001, p. 95; Verheij 2001, p. 1566.

13 Onder druk van verschillende auteurs en Kamerleden werd later een hardheidsclausule toegevoegd. Zie bijvoorbeeld Du Perron 2003, p. 135; Van 2002, p. 43-44; Verheij 2005, p. 210.

14 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 4.

ambtelijke club die met de vergoeding van affectieschade komt, terwijl de daders wellicht fluitend hun leven vervolgen.¹⁵ Daarbij wordt echter niet onderkend dat vergoedingsbedragen vrijwel altijd door verzekeraars worden uitgekeerd. Dat geldt voor zowel materiële als immateriële schade. Nergens anders wordt dat echter als problematisch beschouwd.¹⁶

Er wordt ook gevreesd voor de opkomst van een claimcultuur.¹⁷ Als vergoeding voor affectieschade mogelijk zou zijn geworden, dan zou het schadevergoedingsrecht zijn uitgebreid. Dat betekent niet dat het daarom terecht is dat wordt gewezen op de ‘vrees voor een claimcultuur’. Een uitbreiding kan gerechtvaardigd zijn door nieuwe (maatschappelijke) ontwikkelingen of opvattingen.¹⁸ De onmogelijkheid van uitbreiding werkt verstarrend.¹⁹

Het wetsvoorstel is ook ‘paternalistisch’ genoemd.²⁰ De betreffende bepaling(en) zou(den) reeds op voorhand vaststellen wie wat kan ontvangen. Deze keuze voor dit limitatieve systeem wordt echter ingegeven door de rechtszekerheid. Bovendien was die aanpak logisch in het licht van de inrichting van het huidige systeem.²¹

Een aantal partijen vond het bezwaarlijk dat het begrip ‘ernstig letsel’ niet vastomlijnd was.²² Dit zou tot onwenselijke discussies leiden. De gekozen inkleding gaf de mogelijkheid om recht te doen aan (onvoorzienbare) individuele situaties. Ernstig letsel valt namelijk niet bij voorbaat te begrenzen. Letsel kan zich in zo veel varianten voordoen, en dan moet men niet alleen denken aan langdurige arbeidsongeschiktheid, maar ook aan ernstige brandwonden in het gezicht of over een groot deel van het lichaam, verminkingen, verandering van persoonlijkheid, onmogelijkheid tot het hebben van een seksleven et cetera. Illustratief is de begroting van het smartengeldbedrag: in het kader daarvan wordt ook aansluiting gezocht bij een aantal factoren, in plaats van een vaste omlijning bij voorbaat te geven. Door uiteenlopende gevallen te willen omlijnen, wordt van de rechter bewegingsruimte afgenomen om in een individuele zaak tot een gerechtvaardigde beslissing te komen.

15 Broekers-Knol (VVD), *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, nr. 21, p. 871-872.

16 Als deze gedachte van de VVD wordt doordacht, lijkt het alsof deze partij het aansprakelijkheidsrecht (hoe het thans werkt en werkbaar is gemaakt) geen geschikt mechanisme vindt om de doelen van het wetsvoorstel te verwezenlijken. Gedacht kan dan worden aan andere mechanismes zoals *punitive damages* (indien niet-verzekerbare) of het strafrecht. Daarover ging het wetsvoorstel echter niet: dat ging over de mogelijkheid om één type immateriële schade vergoedbaar te maken via het aansprakelijkheidsrecht.

17 VVD: *Kamerstukken I* 2008/09, 28 781, nr. 34, p. 1555. CDA: *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, nr. 23, p. 1013. Over ‘claimcultuur’ zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26 630, nr. 1 (Brief van de Minister van Justitie); in reactie daarop Faure en Hartlief 1999, p. 75-84. Zie ook Hartlief 2005, p. 830-834; Keirse 2007, p. 2418-2425.

18 Vgl. Verheij 2002, p. 247. In het kader van de grotere belasting van de rechterlijke macht wijst Verheij op het ontbreken van een cijfermatige onderbouwing. Vgl. Lindenbergh 1998, p. 199-200.

19 Faure en Hartlief 2002, p. 126.

20 *Kamerstukken I* 28 781, 2008/09, nr. 34, p. 1555.

21 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 203-206.

22 VVD: *Kamerstukken* 2009/10, 28 781, nr. 23, p. 1013. CDA: *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, nr. 21, p. 876.

Voorts werd bezwaar gemaakt tegen gefixeerde bedragen en werd gepleit voor maximumbedragen. Er zou een marge moeten bestaan voor rechters om rekening te houden met individuele omstandigheden.²³

Er werd ook kritiek geuit op de kring van gerechtigden. Het zou lastig zijn te bepalen wie een beroep zou kunnen doen op de hardheidsclausule.²⁴ Ook werd gewezen op de onwenselijke verschillen tussen soorten naasten: een ongeborn kind van de overledene zou wel een vergoeding moeten ontvangen, een uitwonend meerderjarig kind niet.²⁵ Miskend wordt dat de hardheidsclausule dit probleem zou hebben kunnen oplossen.

Ten slotte keerde het CDA (en daarmee ook de SGP en de CU) zich tegen de vergoeding van affectieschade als zodanig. Er bestonden principiële bezwaren tegen een vergoeding voor verdriet. In het kader van de verwerking van het leed zien zij een taak voor de sociale omgeving van het slachtoffer en diens naasten en nabestaanden; niet voor de wetgever en het recht.²⁶ De ethische bezwaren gaven de doorslag.²⁷ Hoewel Lindenbergh betoogt dat het 'ethisch getinte argument' geen 'universele werking' meer heeft in het licht van het feit dat een overgrote meerderheid van de Europese landen dit type vergoeding kent, waren de tegenstemmers in de Eerste Kamer in de meerderheid.²⁸

De argumenten tegen het wetsvoorstel zijn genoemd en deze zijn uiteindelijk doorslaggevend geweest. Dat die weerlegbaar zijn, betekent nog niet dat daarom de argumenten voor vergoeding voor affectieschade doorslaggevend zijn. Wat waren die argumenten eigenlijk?

Lindenbergh toont zich voorstander en brengt de vergoeding voor verdriet in verband met 'erkenning van het feit dat ook aan de naasten of nabestaanden schade van (juridische) betekenis is toegebracht'.²⁹

Gewezen is bovendien op de behoefte aan deze vergoeding in de praktijk. Hoewel dat 'op zich' onvoldoende reden geeft om over te gaan tot wetswijziging, zegt het volgens Lindenbergh wel iets over de 'waardering van de "reactie" van het aansprakelijk-

23 *Kamerstukken* 2009/10, 28 781, nr. 21, p. 871.

24 VVD: *Kamerstukken I* 2008/09, 28 781, nr. 34, p. 1555.

25 *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, nr. 21, p. 878. Zie ook de VVD: *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, nr. 21, p. 871.

26 *Kamerstukken I* 2008/09, 28 781, nr. 34, p. 1558; *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, nr. 21, p. 879.

27 De term 'ethisch getinte bezwaren' is ontleend aan Lindenbergh 1998, p. 194. Deze bezwaren worden door hem bekritiseerd op p. 195-198.

28 Lindenbergh 1998, p. 198, Lindenbergh 2008, p. 261. Stemverhouding: 30 voor, 36 tegen, *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, nr. 23, p. 1013-1014. Over de mogelijkheid dat een financiële vergoeding tegemoet kan komen aan de behoeftes van direct gekwetsten en hun naasten of nabestaanden, zie ook Mulder 2010, p. 229-296. Naast dit argument kan ook betoogd worden dat procederen over emoties inherent is aan de vergoeding van immateriële schade, en dus niet uitsluitend het geval is in het kader van affectieschade, zie bijvoorbeeld Hartlief 2000, p. 871. Verheij betoogt bovendien dat de vergoeding van affectieschade een handhavingsmechanisme is voor de schending van het zelfbeschikkingsrecht van de benadeelde derde ten aanzien van diens persoonlijke leven (privacy), Verheij 2002, p. 503.

29 Lindenbergh 1998, p. 197.

heidsrecht op dit punt.³⁰ Die consensus bestond overigens ten tijde van de behandeling in de Eerste Kamer zeker: het voorstel werd gedragen door de professionals die werkzaam zijn binnen de personenschadebranche.³¹

Betoogd is ook dat het moeilijk vol te houden is om geen vergoeding voor immateriële schade van nabestaanden toe te kennen, in het licht van zaken waarin wel een vergoeding wordt toegelaten.³² Het meest in het oog springende voorbeeld is de situatie waarin zowel de moeder als de vader een smartengeldbedrag toegekend krijgt als een ongewenst kind geboren wordt door een medische fout.³³ Zie hierover paragraaf 2.3 van hoofdstuk 3.

Verheij voegt daaraan toe dat vergoeding voor affectieschade vanuit nationaal-historisch oogpunt kan worden gezien als 'de logische consequentie van de beslissing immateriële schade te vergoeden'.³⁴ Als een vergoeding wordt gegeven in geval van een schending van het recht op privacy of een verpeste vakantie, waarom dan niet bij veel erger verdriet, zoals het verlies van een dierbare?³⁵ Genoemd kan ook worden de uitkomst van het arrest *Kip en Sloetjes*. Een echtpaar, tevens enig aandeelhouders van hun bedrijf, lijdt schade doordat de bank een onrechtmatige daad (tevens en dus niet alleen tegenover het bedrijf) jegens hen heeft gepleegd.³⁶ Er wordt niet alleen vergoeding gevorderd van de materiële, maar ook voor de immateriële schade. Betoogd wordt dat Kip groot psychisch leed heeft ondervonden door het verlies van zijn bedrijf dat zijn levenswerk was en dat hij vanaf de grond heeft opgebouwd. Het was ook zijn inkomensbron en privébezit en bracht hem bovendien zijn levensgeluk. Door het verlies is hij psychisch beschadigd en niet in staat om een nieuw bedrijf op te zetten. Ook heeft hij zich onder behandeling moeten stellen.³⁷ De Hoge Raad oordeelt dat de vordering in beginsel kan worden toegewezen.³⁸

Verheij rechtvaardigt de vergoeding voor immateriële schade van naasten ook nog op een andere manier. In zijn proefschrift vindt hij de rechtvaardiging voor de toekenning van een smartengeldbedrag bij persoonsaantastingen in de rechtshandhavingsfunctie. Er wordt een aantal gezichtspunten genoemd voor de beoordeling of een smartengeldbedrag moet worden toegekend. Genoemd worden de aard van de geschonden norm, de aantasting van het zelfbeschikkingsrecht, de kwetsbaarheid van het geschonden recht, het bestaan van andere handhavingsmiddelen, het voordeel aan de zijde van de inbreukmaker, de afhankelijkheid van de benadeelde, de kans op schade en de ernst daarvan en ongerechtvaardigde verrijking.³⁹ In het licht van

30 Lindenbergh 1998, p. 197.

31 Zie hierover Lindenbergh 2008, p. 260.

32 Lindenbergh 1998, p. 197; Verheij 2005, p. 205-211.

33 Lindenbergh 1998, p. 197; Verheij 2002, p. 503.

34 Verheij 2001, p. 1569.

35 Verheij 2001, p. 1569. Vgl. eerder Lindenbergh 2001, p. 61 en 64.

36 HR 2 februari 1997, *NJ* 1997, 662, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kip en Sloetjes*), r.o. 3.6.

37 Hofuitspraak gepubliceerd voor HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kip en Sloetjes*), nr. 18.

38 HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kip en Sloetjes*), r.o. 3.8.

39 Verheij 2002, p. 488-499.

die gezichtspunten, concludeert Verheij dat een vergoeding voor affectieschade zou moeten worden toegekend. Ten eerste vormt het verlies of de ernstige verwonding van een kind of partner een 'schending van het zelfbeschikkingsrecht van de benadeelde derde ten aanzien van diens persoonlijke leven (privacy).'⁴⁰ De juridische status van deze schending is hoog, omdat als geluidsoverlast al als een inbreuk op de privacy wordt aangemerkt, het moeilijk valt in te zien waarom 'een veel ingrijpender gebeurtenis als het overlijden of de ernstige verwonding van bijvoorbeeld een partner of een kind anders moet worden benoemd', aldus Verheij.⁴¹ Het leed is bovendien aanzienlijk. De toekenning van een smartengeldbedrag zorgt, aldus Verheij, voor 'een privaatrechtelijke reactie op schending van het recht op leven.'⁴²

Het IGER rapporteerde in 2008 over de behoefte aan vergoeding voor affectieschade. In dit onderzoek komt naar voren dat de respondenten verwachten dat van deze vergoeding een positief effect kan uitgaan 'op de bevrediging van bij naasten en nabestaanden levende immateriële behoefte.'⁴³ Maar louter een vergoeding lijkt onvoldoende voor verwerking van verdriet. Er bestaan ook andere behoeften, waarbij de onderzoeksgroep wijst op het belang van een soepele afwikkeling, de vergoeding van financiële schade en het belang dat de aansprakelijke zijn fout erkent.⁴⁴ De wijze van aanbieden van vergoeding is van belang voor het positieve effect van de vergoeding.⁴⁵ Ondanks de argumenten genoemd vóór de introductie van het wetsvoorstel affectieschade en de onderzoeksresultaten van het IGER, heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel dus toch verworpen.

2.3 Duitsland

Immateriële schade van nabestaanden (*Angehörigenschmerzensgeld*) is ook naar Duits recht niet vergoedbaar.⁴⁶ Het in 2002 geïntroduceerde § 253 II BGB noemt niet de mogelijkheid tot toekenning van smartengeld bij verlies van leven.⁴⁷ Door de rechter worden alternatieve paden afgewezen. Röthel noemt twee voorbeelden van immateriële schade van nabestaanden die in de rechtspraak zijn afgewezen: de '*Beeinträchtigungen der Lebensfreude*' en '*seelische Unlustgefühle*'.⁴⁸ Zoals reeds in

40 Verheij 2002, p. 503.

41 Verheij 2002, p. 503.

42 Verheij 2002, p. 503.

43 Akkermans et al. 2008, p. 38 (vragenlijst Nederland).

44 Akkermans et al. 2008, p. 38.

45 Akkermans et al. 2008, p. 81.

46 Stoll 1993, p. 359; Janssen 2003, p. 156-159; Bischoff 2004, p. 557; Pfeifer 2005, p. 796-797; Heß en Burmann 2006, p. 303-304; Wagner 2006, p. A 62; Staudingers/Röthel (2007) § 844 Rn 16 en 40; MünchKommBGB/Oetker § 253 RgNr 28; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 4; Kötz en Wagner 2010, p. 2924. Zie bijv. BGH 10 januari 1967, NJW 1967, 1513; BGH 4 april 1989, NJW 1989, 2317, VersR 1990, 715, comm. E. Deutsch en S. Schramm.

47 Hierover Odersky 1989, p. 21; Deutsch 2001, p. 353; Klinger 2005, p. 290; Pfeifer 2005, p. 796-797; Heß en Burmann 2006, p. 303; Wagner 2006, p. A 62; MünchKommBGB/Oetker § 253 RgNr 35; MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 4; Kötz en Wagner 2010, p. 292.

48 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 40. Zie bijv. BGH 10 januari 1967, NJW 1967, 1513.

hoofdstuk 6, paragraaf 3.3.2 aan de orde kwam, behoren deze 'schadeposten' tot het algemeen levensrisico. Ook kan geen vergoeding worden ontvangen voor de (immateriële) schade wegens het annuleren van een geplande vakantie, omdat er vanwege het overlijden van de gekwetste een te grote psychische belasting zou bestaan.⁴⁹

Deutsch en Ahrens stellen dat tegemoet wordt gekomen aan de behoefte om toch een vergoeding te kunnen geven door middel van de *Schockschäden*-vordering.⁵⁰ Maar zoals reeds in paragraaf 3.3.3 van hoofdstuk 6 aan de orde kwam, wordt dat type vordering ook bekritiseerd en kent het zijn eigen problemen. Schiemann noemt dit daarom slechts een gedeeltelijke oplossing.⁵¹

De nabestaande kan wel via het geërfde vorderingsrecht de immateriële schade van de direct gekwetste verhalen op de aansprakelijke.⁵² Maar ook dat is volgens Odersky niet 'de oplossing', omdat de kring van erfgenamen niet identiek hoeft te zijn aan personen die de direct gekwetste het meest nabij staan.⁵³

Dat in 2002 door de wetgever de vergoeding voor immateriële schade van naasten en nabestaanden niet is geïntroduceerd, betekent niet dat er geen tegengeluiden te horen zijn in de literatuur. Schiemann spreekt over '*eine rechtspolitisch fragwürdige Lücke im Schutz immaterieller Interessen*' die veelal als onrechtvaardig wordt aange-merkt.⁵⁴

Wagner besteedt aandacht aan *Angehörigenschmerzensgeld* in zijn *Verhandlung* voor de 66^{ste} Duitse Juristendag. Als argumenten tegen vergoeding noemt hij de onmogelijkheid om het leed van nabestaanden in geld te waarderen, de problemen in verband met de afbakening van de kring van gerechtigden en overbodigheid van de toekenning van '*Sterbegeldes*' op een privaatrechtelijke grondslag.⁵⁵ Kadner noemde echter al het bezwaar dat dit type verlies niet te compenseren valt. Waarbij overigens direct wordt opgemerkt dat dit voor alle soorten immateriële schade geldt.⁵⁶ Deze argumenten hebben volgens Wagner gewicht, maar zijn niet doorslaggevend om niet over te gaan tot de introductie van *Angehörigenschmerzensgeld*.⁵⁷

49 Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 40. Zie BGH 4 april 1989, NJW 1989, 2317; *VersR* 1990, 715, comm. E. Deutsch en S. Schramm.

50 Deutsch en Ahrens 2002, p. 223. Zie ook Deutsch 2001, p. 351; Pfeifer 2005, p. 800; Staudinger/Schiemann (2005) § 253 Rn 13; Heß en Burmann 2006, p. 303; Kötz en Wagner 2010, p. 293.

51 Schaudinger/Schiemann (2005) § 253 Rn 13.

52 Odersky 1989, p. 14; Heß en Burmann 2006, p. 304; Wagner 2006, p. A 62-63; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 13, p. 238; Kötz en Wagner 2010, p. 293. Zie ook hoofdstuk 5, paragraaf 6.3.

53 Odersky 1989, p. 16.

54 Staudinger/Schiemann (2005) § 253 Rn 13. Vgl Stoll 1993, p. 362-363.

55 Wagner 2006, p. A 63-64. Zie Stoll 1993, p. 362, hij presenteert zich als voorstander: '*Heute darf diese restrictive Grundhaltung als überwunden gelten.*'

56 Kadner 1996, p. 151.

57 Wagner 2006, p. A 64. Vgl. Kadner 1996, p. 151: de argumenten worden weerlegd door te wijzen op de vergoedingsmogelijkheden in andere landen.

Dat de argumenten tegen de toekenning van een smartengeldbedrag niet doorslaggevend zijn, betekent volgens Wagner niet dat daarmee argumenten voor vergoeding sterk zijn.⁵⁸ Hij noemt de geringe preventieve werking van het smartengeldbedrag op de hoeveelheid dodelijke ongevallen. Ook de compensatiefunctie (*Ausgleichprinzip*) levert geen beter argument op: als de vergoeding in het licht van die functie al op een bepaalde manier gerechtvaardigd kan worden, dan wordt het bedrag dat bijvoorbeeld naar Engels recht wordt toegekend als belachelijk ervaren.⁵⁹ Het gaat er volgens Wagner vooral om, om door middel van een eenmalige betaling de overgang naar een leven zonder de gekwetste te verzachten.

De introductie van *Angehörigenschmerzensgeld* staat echter niet hoog op de politieke agenda.⁶⁰ Dat valt volgens Wagner toch te betreuren: het zou een vervolmaking van het schadevergoedingsrecht betekenen en in het licht van de harmonisering van het recht in Europa sterk aanbevolen zijn.⁶¹ Het lijkt moeilijk te verklaren waarom een nabestaande wel een vergoeding voor zijn immateriële schade ontvangt als de gekwetste overlijdt op een vliegveld bij Parijs, maar niet als het het vliegveld van Frankfurt betreft.⁶² Ook maakt Wagner een vergelijking tussen soorten zaken: waarom wordt wel een vergoeding toegekend als een persoon een whiplash heeft, maar niet als hij een geliefde verliest? Ook hier wordt dus op de onevenwichtigheid van het leerstuk gewezen. Ten slotte is het opmerkelijk dat een nabestaande krachtens § 844 BGB wel een vergoeding toekomt van zijn materiële schade, maar niet voor zijn immateriële schade. Wagner stelt voor een derde *Absatz* toe te voegen aan § 844 BGB, inhoudende:

*‘Zusätzlich zum Unterhaltsschaden kann eine Entschädigung für die Entbehrung der Getöteten Person in Höhe von [15000] Euro gefordert werden. (...)’*⁶³

Zijn voorstel is echter afgewezen door de vergadering.⁶⁴

Afgezien van het feit dat de *immateriële schade van naasten* niet vergoedbaar is, bestaat er ook geen vergoedingsplicht bij *verlies van leven ‘op zich’* (beschermd belang) en dus kan het onder omstandigheden zo zijn dat er geen smartengeldbedrag vererft.⁶⁵ Wagner brengt dit in een eerdere publicatie in verband met de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht. Er wordt gewezen op kritiek uit rechtseconomische hoek: het gaat niet over het vercommercialiseren van het menselijk leven,

58 Wagner 2006, p. A 64.

59 Wagner 2006, p. A 64.

60 Wagner 2006, p. A 65.

61 Wagner 2006, p. A 65. Vgl. Odersky 1989, p. 20-21; Janssen 2003, p. 159; Klinger 2005, p. 290; Staudingers/Röthel § 844 Rn 16, p. 239; Danzl 2006, p. 140.

62 Wagner 2006, p. A 65. Vgl. Kadner 1996, p. 152.

63 Wagner 2006, p. A 65.

64 *Beschlüsse*, te vinden via www.djt.de.

65 Kötz en Wagner 2010, p. 295.

maar om prikkels tot het inachtnemen van zorg, waardoor het menselijk leven beter beschermd wordt.⁶⁶

Kötz en Wagner wijzen voorts op de moeilijkheid die wordt ervaren om een bedrag te hechten aan een menselijk leven op zich. Maar als toch een dergelijke regeling wenselijk lijkt, ten gunste van wie moet die vergoeding dan worden uitgekeerd? Kötz en Wagner concluderen dat het civiele recht wat betreft de vergoedingsplicht voor het verlies van leven 'op zich' beter kan blijven zoals het is. Het strafrecht moet onrechtmatige doodslag sanctioneren.⁶⁷

In het licht van de beperkte vorderingsmogelijkheden bij iemands overlijden, stellen Kötz en Wagner dat het mogelijk is dat in bepaalde situaties de aansprakelijke partij geen schadevergoedingsverplichting heeft en dat er dus geen civiele sanctie staat op zijn gedrag.⁶⁸ Als er wel een vergoedingsplicht voor de materiële schade bestaat, moet getwijfeld worden aan de beperkte omvang daarvan.⁶⁹ Het rechtssysteem zou dodelijke ongevallen moeten voorkomen, maar dat komt niet tot uitdrukking in de omvang van de vergoedingsplicht. Juist daarom vraagt Pfeifer om meer aandacht voor de vergoeding van gederfde winst vanwege het verlies van verdienvermogen en daaruit voortvloeiende nadelen door het overlijden van de direct gekwetste via het geërfde vorderingsrecht van de erfgenamen.⁷⁰

Als de oplossing toch gevonden moet worden in de vergoeding voor immateriële schade van naasten, dan is de vraag wat de grondslag daarvan is; vindt versoepeling plaats van de voorheen strikt gehandhaafde '*Tatbestandserfordernisse*' (de grondslag is dan de onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste) of zou aansluiting moeten worden gezocht bij de doorkruising van een algemeen persoonlijkheidsrecht van naasten (autonome grondslag)?⁷¹ Klinger plaatst deze vraag in het kader van de rechtsvormende taak van de rechter: heeft de rechter de wetgever nodig, of kan hij het alleen af? De rechter zou die stap kunnen maken als sprake is van de schending van het algemeen persoonlijkheidsrecht dat gekwalificeerd kan worden als een '*sonstiges Recht*' in de zin van § 823 I BGB.⁷²

Klinger kiest voor de weg van het algemeen persoonlijkheidsrecht.⁷³ Het BGH heeft reeds in een aantal situaties geoordeeld dat de schending van hetgeen bepaald is in de artikelen 1 (menselijke waardigheid) en 2 (zelfbeschikkingsrecht, vrijheid tot zelfont-

66 Wagner 2006, p. A 61.

67 Kötz en Wagner 2010, p. 294. Vgl. MünchKommBGB/Wagner § 844 RgNr 5; Wagner 2006, p. A 62.

68 Kötz en Wagner 2010, p. 294.

69 Kötz en Wagner 2010, p. 294.

70 Pfeifer 2005, p. 795-820.

71 Voorstander van een afgeleide vordering ter verhaal van de immateriële schade van een bij wet gelimiteerde groep van nabestaanden is Stoll 1993, p. 363. Stoll zou de werkingsfeer van de shockschadevordering willen terugdringen.

72 Klinger 2005, p. 291.

73 Vgl. Kadner 1996, p. 153.

plooiing) GG een verplichting tot betaling van smartengeld oplevert.⁷⁴ Het is zijns inziens niet onwaarschijnlijk dat het BGH het recht op een ongestoord familieleven als onderdeel van het algemene persoonlijkheidsrecht zal gaan beschouwen. Het BGH heeft al een smartengeldbedrag toegekend bij schending van het algemene persoonlijkheidsrecht in geval van een ongewenste vergroting van het gezin (in geval van een mislukte sterilisatie) en in geval van het verlies van de mogelijkheid om een gezin te stichten (vernietiging van sperma).⁷⁵ Volgens Klinger is het nog maar een kleine stap in de richting van de erkenning dat ook tot het algemene persoonlijkheidsrecht behoort dat een gezinsleven niet verstoord mag worden.⁷⁶ Hij noemt ook artikel 6 GG, op grond waarvan het huwelijk en het gezin bijzondere bescherming genieten door de Staat, en concludeert daaruit dat:

‘Es sollte nicht fernliegend sein, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Verbindung mit Art. 6 I GG Schmerzensgelder nicht nur bei Verletzung der zukünftigen Planung des Familienzustandes, sondern auch bei der verletzten Perpetuierung des gegenwärtigen Zustandes gewährt. (...) Wenn das allgemeine Persönlichkeitsrecht bereits das Recht verteidigt „für sich sein zu wollen“, so ist er nahe liegend, auch dafür einzustehen, wenn jemand „mit Anderen“ – eben seiner Familie – sein möchte.’⁷⁷

Als voor het pad van de persoonsaantasting wordt gekozen, dan wijst Kadner op ‘het voordeel’ dat de kring van gerechtigden dan niet te ruim zal worden, omdat uitsluitend in geval van zware schuld of bijzonder zware doorkruisingen van het persoonlijkheidsrecht een vergoeding wordt toegekend. Dat zal voor de voorliggende kwestie betekenen, dat uitsluitend in geval van overlijden, of bijzonder ernstige en langdurige verwonding van de direct gekwetste, vergoeding mogelijk is.⁷⁸ Maar daar zit een probleem, aldus Kern, omdat het noemen van artikel 1 GG ‘op zich’ nietszeggend is. Onduidelijk is welke belangen beschermd zouden moeten worden onder de noemer ‘grondrechten’.⁷⁹

Schramm heeft een uitgebreide analyse gemaakt van de artikelen 1 en 6 GG. Belangrijk is dat zij concludeert dat een uitbreiding van § 844 BGB zorgt voor een reactie op het doorkruisen van het recht op leven. Over de vergoeding voor immateriële schade van nabestaanden merkt zij op dat in het licht van de versterking en concretisering van het recht op familieleven uit artikel 6 GG een vergoedingsplicht vereist is.⁸⁰ Artikel 6 GG

74 Hierover o.a. Kadner 1996, p. 150. Interessant is overigens wat Deutsch opmerkt in zijn commentaar onder een van deze arresten. Betoogd wordt dat het smartengeld een ‘extra’ functie toegedicht heeft gekregen: ‘die Würdefunktion’. Gewezen wordt op de ‘rechtsverfolgende Funktion’, zoals verwoord door Neuner 1931 en Wilburg 1932, hetgeen wat betreft smartengeld inhoudt dat het gekwetste rechtsgoed wordt omgezet in een vergoeding: ‘In Anwendung einer Art Surrogationsprinzip tritt der Anspruch an die Stelle des Gutes.’ Commentaar H.C.E. Deutsch bij BGH 13 oktober 1992, NJW 1993, 781. Zie ook Kern 1995, p. 454. Zie nader over het betoog van Wilburg, hoofdstuk 9, paragraaf 2.2.7.

75 BGH 18 maart 1980, BGHZ 76, 259; BGH 9 november 1993, BGHZ 124, 52.

76 Klinger 2005, p. 292.

77 Klinger 2005, p. 292-293 (citaat p. 293).

78 Kadner 1996, p. 151.

79 Kern 1995, p. 454.

80 Schramm 2010, p. 359.

beperkt zich tot ‘*Ehe- oder Familienbeziehungen*’, maar beleidsargumenten kunnen ertoe dwingen om die kring uit te breiden.⁸¹

Dat de doorwerking van grondrechten in het Duitse aansprakelijkheidsrecht ook onduidelijkheden kan opleveren, kan worden geïllustreerd door de uitkomst van een uitspraak van het OLG Jena, waarop Oetker wijst.⁸² Een krant heeft zonder toestemming van de nabestaanden een artikel geplaatst over de dood van de gekwetste, en daarbij is ook een foto gepubliceerd. De rechtsvraag is of een smartengeldbedrag moet worden toegekend in geval van een postmortale schending van iemands persoonlijkheidsrecht (plaatsen van een foto zonder toestemming). Die vraag wordt (voor dit geval) negatief beantwoord, maar interessanter hier is wat wordt gezegd over de positie van de ouders:

‘Ein im Lichte der Art. 1, 2I, 6I und II GG zu achtendes und zu schützendes Recht der Eltern, in der Trauer um Tod eines Kindes für sich allein zu bleiben, kann dem folgend nicht ernsthaft angezweifelt werden. Ein solches Recht auf ungestörte Trauer gehört zu der Privatsphäre der Eltern, die dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag der Art. 1, 2I, i.V. mit Art. 6I und II GG unterfällt. In verfassungskonformer Anwendung und Auslegung der Generalklausel des “sonstiges Rechts” genießt es den zivilrechtlichen Schutz der absoluten Rechts aus § 823I BHB.’⁸³

Er bestaat volgens deze rechter een recht voor ouders om ongestoord hun verdriet te verwerken in hun privésfeer. Als dit recht wordt doorkruist, kan via het algemeen onrechtmatig daadsrecht een smartengeldbedrag worden toegekend. Terecht merkt Oetker op dat deze uitspraak vrij ver gaat in vergelijking met het feit dat voor het onrechtmatig *veroorzaken* van iemands overlijden geen smartengeldbedrag wordt toegekend.

2.4 Engeland

Naar Engels recht wordt bij overlijdensschade een vergoeding toegekend aan een gelimiteerde kring van gerechtigden voor hun immateriële schade (*bereavement damages*).⁸⁴ Die vergoedingsplicht jegens naasten bestaat niet in geval van letsel.⁸⁵ De rechtvaardiging van de toekenning van *bereavement damages* aan (een selecte groep van) nabestaanden vindt de Royal Commission in het zogenaamde *loss of society*.⁸⁶

81 Schramm 2010, p. 338-340.

82 OLG Jena 31 maart 2005, NJW-RR 2005, 1566; MünchKommBGB/Oetker § 253 RgNr 35.

83 OLG Jena 31 maart 2005, NJW-RR 2005, 1566, 1568.

84 In 1982 is, met de introductie van de *Administration of Justice Act*, in de FAA 1976 een vorderingsrecht opgenomen over de toekenning van *bereavement damages*.

85 McGregor 2009, p. 61 en 63.

86 Royal Commission 1978, p. 97. Schilling en Stevenson zijn het niet eens met deze conclusie. Volgens hen kan in de situatie dat geen sprake is van materieel verlies geen vergoeding worden toegekend in de vorm van een (laag) genormeerd bedrag ‘*as a gesture of consolation*’, Royal Commission 1978, p. 97. Marsh verzette zich tegen het automatische karakter van de toekenning. Vergoeding zou uitsluitend

Volgens de Law Commission is de functie van de toekenning van *bereavement damages* om het verdriet en leed, het verlies van ‘care’, ‘guidance’ en ‘society provided by the deceased’ te compenseren.⁸⁷ Deze vergoeding zou niet bedoeld zijn om materiële schade te vergoeden, niet om de aansprakelijke te straffen, en niet om de onrechtmatigheid van de dood van de direct gekwetste te symboliseren.⁸⁸

Vergelijkbaar met de vergoeding van de kosten van het verlies van levensonderhoud, vindt deze vergoeding niet zijn grondslag in *common law*, maar in de FAA 1976 (*section 1A*). De vorderingsgerechtigde hoeft niet aan te tonen dat hij *bereavement* heeft, omdat dat zou leiden tot ‘*distressing and distasteful litigation*’.⁸⁹ Bovendien leidt deze vormgeving tot meer rechtszekerheid voor personen die zich in een kwetsbare positie en situatie bevinden. In plaats daarvan is zowel de kring van gerechtigden als de omvang van de vergoeding bij wet vastgesteld.

De omvang van het vergoedingsbedrag is gefixeerd. Het bedrag is verhoogd door de jaren heen, en is thans vastgesteld op £ 11.800.⁹⁰ Indien meerdere nabestaanden *bereavement damages* vorderen, dan wordt het bedrag bij wet genoemd verdeeld onder de claimanten.⁹¹ McGregor noemt het bedrag bespottelijk, maar merkt tegelijkertijd op dat het beter is dan niets.⁹²

Als de nabestaande ook een *nervous shock*-vordering heeft, bestaat die naast de toekenning van *bereavement damages*.⁹³

Tot de kring van gerechtigden behoren de echtgenoot of echtgenote, en, als de overledene een minderjarige is en niet is getrouwd, zijn ouders (als het kind is erkend), of zijn moeder (als het kind niet is erkend) (aldus *section 1A(2)*).

Volgens Exall wordt deze opsomming strikt geïnterpreteerd. Als de ex-echtgenote van de overledene *bereavement damages* vordert, terwijl een verzoek om echtscheiding is aangevraagd op het moment van overlijden, doch de echtscheiding nog niet is uitgesproken, moet aan haar *bereavement damages* worden uitgekeerd.⁹⁴ De consequentie van deze strikte interpretatie is dat een persoon met wie de overledene (ongehuwd) samenwoonde en een vader van een niet erkend overleden kind buiten de

mogelijk moeten zijn indien er een ‘*real demand and need for them*’ zou bestaan, Royal Commission 1978, p. 98.

87 Law Commission 1999a, p. 91-92. Vgl. Matthews, Morgen en O’Cinneide 2008, p. 285.

88 Law Commission 1999a, p. 91-92.

89 Zie bijvoorbeeld Law Commission 1999a, p. 100.

90 Zie Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1004.

91 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1013; Law Commission 1999a, p. 102. De Law Commission stelt voor om deze regel aan te passen door het behoud van een genormeerd bedrag per persoon, maar met de introductie van een plafond. De vergoeding zou 10.000 pond per persoon zijn, met een maximum van 30.000 pond. De reden voor deze vernieuwing is dat het enerzijds rekening houdt met de belangen van de aansprakelijke, en anderzijds zou het niet (of minder) lijken alsof verdriet in elke zaak anders gewaardeerd wordt (dat afhankelijk is van het aantal claimanten), Law Commission 1999a, p. 103.

92 McGregor 2009, p. 1493.

93 Rogers 2010, p. 1087.

94 Exall 2004, p. 185.

kring van gerechtigden vallen.⁹⁵ Ook een kind van een overleden ouder valt daarbuiten. Als reden daarvoor is gegeven dat kinderen reeds een omvangrijke schadevergoeding ontvangen in geval van overlijden van (een van) hun ouders. *Bereavement damages* zouden weinig of geen verschil maken voor de hoogte van de schadevergoeding.⁹⁶ Volgens Deakin, Johnston en Markesinis hebben rechters hiermee geworsteld. Getracht is de *dependency claims* van kinderen te verhogen.⁹⁷ Dit wordt door hen toegejuicht in het licht van het belang van behoorlijke compensatie.⁹⁸ McGregor noemt de kring te beperkt, maar hij merkt daarbij (wederom) op dat iets beter is dan niets.⁹⁹ Het EHRM heeft die limitering bekritiseerd wegens het mogelijk ontbreken van een *effective remedy* in geval van een schending van het recht op leven. Zie hierover paragraaf 5 van dit hoofdstuk.

De Law Commission adviseerde tot uitbreiding van de kring. Vastgehouden moet worden aan een limitatieve opsomming, omdat er behoefte bestaat aan zekerheid, en het voorkomen van onwenselijke en onnodig kwellende discussies.¹⁰⁰ Drie overwegingen worden in acht genomen bij het formuleren van hun conclusies. De opsomming van gerechtigden moet beperkt blijven om vol te kunnen houden dat de vorderingsgerechtigden niet hoeven aan te tonen dat daadwerkelijk *bereavement* wordt geleden. Verder moet de lijst intern consistent zijn. En het is wenselijk om de lijst niet onnodig complex te maken.¹⁰¹

Tot de kring van gerechtigden zouden moeten behoren: echtgenoten, (adoptief)ouders, (adoptief)kinderen, (adoptief)broers of zussen, verloofden (vastgelegd in geschrift of door het dragen van verlovingsringen of door een ceremonie waarvan getuigen zijn conform de *Family Law Act 1996*), ten minste twee jaar samenwonenden (alsof zij echtgenoten waren, ongeacht of het een homoseksuele relatie is).¹⁰²

De beperking van het ouderschap zou moeten verdwijnen. Als het overleden kind meerderjarig is, of niet is erkend of geadopteerd, kunnen beide ouders *bereavement damages* vorderen. De reden daarvoor is dat de dood van een kind de bron van heftig verdriet is ongeacht de omstandigheden.¹⁰³ Ook zouden kinderen tot de kring van gerechtigden moeten behoren, aldus de Law Commission. De huidige uitsluiting vindt de commissie '*anomalous in the light of a parent's entitlement to bereavement damages in the event of a child's death.*'¹⁰⁴ De opsomming zou ook moeten worden

95 Voorbeeld afkomstig uit Exall 2004, p. 185.

96 Hierover Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1005.

97 Dakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1005.

98 Deakin, Johnston en Markesinis 2008, p. 1015.

99 McGregor 2009, p. 1493.

100 Law Commission 1999a, p. 92-93.

101 Law Commission 1999a, p. 95-96.

102 Law Commission 1999a, p. 99.

103 Law Commission 1999a, p. 93-94.

104 Law Commission 1999a, p. 94. Het argument dat heel jonge kinderen geen besef (zouden) hebben van wie hun ouders zijn op het moment van hun overlijden en daarom geen *bereavement damages* zouden kunnen ontvangen, verwerpt de commissie: deze vergoeding is niet alleen bedoeld voor de compensatie van verdriet en leed, maar ook voor het verlies van '*care, guidance and society.*' De Law

uitgebreid ten gunste van de verloofde van de overledene en van de (andere) persoon met wie hij samenwoonde. De reden die de Law Commission daarvoor noemt, is dat het niet te rechtvaardigen valt om deze persoon niet te rekenen tot de onmiddellijke familie van de overledene. Ter voorkoming van overcompensatie is gekozen voor een beperking door middel van een objectief criterium: een relatie van *'permanence and commitment'*. Deze stabiele relatie is aanwezig indien de partners ten minste twee jaar samenwonen.¹⁰⁵ Het vereiste van twee jaar is conform hetgeen is bepaald voor de vergoeding van materiële schade aan samenwonenden.¹⁰⁶

In december 2009 is een *Civil Law Reform Bill* gepubliceerd.¹⁰⁷ Het doel van dit voorstel, wat betreft de FAA 1976, is om een eerlijker en moderner systeem te introduceren. Verschillende reacties zijn gepubliceerd. In het onderstaande komen die per onderwerp aan de orde, maar ik begin met een algemene opmerking uit het overzicht van reacties op de *Bill*. Vrijwel iedereen stemt in met het idee om de mogelijkheid tot toekenning van *bereavement damages* te houden.¹⁰⁸ Er worden verschillende argumenten genoemd:

*'[bereavement damages] are an important contribution towards the estate of a person killed as a result of another's negligence; that they reflect the wish of society to provide financial payment for the loss of something incalculable; that they are a pragmatic way of acknowledgement of loss; that they serve a useful social and emotional purpose even though they are token in nature and sometimes misunderstood in purpose; and that it would be socially and morally repugnant not to allow a payment.'*¹⁰⁹

Het eerste (echte) discussiepunt is de uitbreiding van de kring van gerechtigden. Uit de *Civil law Reform Bill* kan worden opgemaakt dat de kring zou moeten worden uitgebreid naar de samenwonende partner van de overledene (voor minstens twee jaar en samenwonend alsof zij gehuwd waren).¹¹⁰ Vrijwel alle respondenten stemden in met dit voorstel, omdat dit het uitgangspunt weerspiegelt dat personen die het meest nabij de overledene staan, een vergoeding moeten ontvangen. Ook neemt dit de ongelijkheid weg in vergelijking met de *dependency*-vordering ter verhaal van de materiële schade. Voorts weerspiegelt dit de veranderende familiestructuur. Een aan-

Commission heeft er niet voor gekozen om de categorie van personen op te nemen die betrekking heeft op zowel personen die een kind behandelen als ware zijn of haar ouder, als kinderen die met de overledene omgingen als ware zijn of haar kind, Law Commission 1999a, p. 94-95.

105 Deze periode wordt strikt geïnterpreteerd, Law Commission 1999a, p. 98.

106 Law Commission 1999a, p. 96-97. Overwogen is om een flexibeler criterium te hanteren: indien de samenwonenden nog niet twee jaar samenwonen op het moment van overlijden van een van beiden, maar wel een kind samen hebben, dan wel vergoeding mogelijk te maken. De Law Commission heeft er voor gekozen om dit criterium niet te introduceren: '[W]e do not consider that the birth of a child is necessarily a good indication of a committed relationship between the parents', p. 98.

107 Ministry of Justice 2009a.

108 Ministry of Justice 2009.

109 Ministry of Justice 2009, p. 15.

110 Ministry of Justice 2009a, p. 3.

tal respondenten heeft wel voorgesteld om de periode te verkorten.¹¹¹ Het *House of Commons* reageert instemmend op de uitbreiding naar samenwonende partners en noemt deze hervorming: ‘*a long overdue reform*’.¹¹² De periode van twee jaar wordt overigens als hoogst arbitrair maar noodzakelijk getypeerd.

Het Ministry of Justice houdt vast aan de beperking van de vergoedingsmogelijkheid voor ouders als hun kinderen ouder zijn dan achttien jaar.¹¹³ Een kleine meerderheid van degenen die op de *Bill* hebben gereageerd, stemt in met dit voorstel.¹¹⁴ De voorstanders erkennen dat dit moeilijke situaties kan opleveren, maar de leeftijd van achttien wordt beschouwd als ‘*the most appropriate cut-off point*’. Het argument voor deze beperking is dat een opener systeem een significante uitbreiding van de kring zou betekenen en daardoor wordt de kans groter dat de ouders in feite niet ‘*particularly close*’ meer zijn met de overledene. Dat vergroot de kans dat aanvullende informatie wordt gevraagd over de nabijheid van de relatie en dat zal de eenvoud en zekerheid van het wettelijke systeem ondermijnen. Tegenstanders suggereren echter om de leeftijdsgrens op te heffen, of te kiezen voor een hogere leeftijdsgrens. Het *House of Commons* reageert fel: ‘*We reject this view. The death of a child at any age is a tragedy for parents. The function of bereavement damages is to acknowledge the grief and loss that arises from a death caused by another’s negligence.*’ In hun visie is het beter om het risico te nemen dat een kleine groep ouders wordt overgecompenseerd dan een grote meerderheid ‘*who have strong and enduring ties to their children*’ een formele erkenning van hun verlies te ontnemen.¹¹⁵

De vader die tot de kring van gerechtigden zou moeten gaan behoren, is ook een andere dan thans: de vader met ‘*parental responsibility*’ over minderjarige kinderen. Vrijwel alle respondenten stemmen in met dit voorstel, omdat er geen reden bestaat om onderscheid te maken tussen gehuwde en ongehuwde vaders in de huidige samenleving.¹¹⁶ Hoewel ook opgemerkt is dat een ‘*ongoing relationship*’ zou moeten bestaan, of dat minder waarde moet worden gehecht aan het ‘juridisch-vader-zijn’ en meer aan het ‘feitelijk’ vader zijn.

Gediscussieerd is ook over de positie van stiefouders van minderjarige kinderen. Het argument dat pleit voor deze uitbreiding is dat deze ouders een gelijke band kunnen hebben opgebouwd met het kind als ‘normale’ ouders. Een tegenargument is dat de kring van gerechtigden beperkt moet worden gehouden, zeker in het licht van het gegeven dat dan meer discussies kunnen ontstaan over de mate waarin iemand behoort tot de naaste personen om de overledene heen.¹¹⁷ Als ander argument is genoemd dat er in potentie conflicten kunnen ontstaan met ‘normale’ ouders.

Kinderen zouden ook moeten behoren tot de kring van gerechtigden, met dien verstande dat in het voorstel van het Ministry of Justice uitsluitend minderjarige kinde-

111 Ministry of Justice 2009, p. 19. Verloofden zouden niet tot de kring van gerechtigden moeten behoren.

112 House of Commons Justice Committee 2010, p. 29.

113 Ministry of Justice 2009a, p. 26.

114 Ministry of Justice 2009, p. 16.

115 House of Commons Justice Committee 2010, p. 31.

116 Ministry of Justice 2009, p. 17.

117 Ministry of Justice 2009, p. 17.

ren zijn opgenomen.¹¹⁸ De achterliggende gedachte is dat het voorstel anders leidt tot een onacceptabele uitbreiding van vorderingen.¹¹⁹ Achtendertig respondenten stemden in met dit voorstel, waarvan er negenentwintig suggereerden om de kring ruimer te trekken.¹²⁰ Wederom reageert het *House of Commons* kritisch: ‘*Close ties of love and affection do not cease or weaken when a child reaches 18 (...)*’¹²¹ De ouder-kindrelatie wordt uniek genoemd en wordt vaak gekarakteriseerd als levenslang onderhoud, liefde en begeleiding. De kring van gerechtigden zou dus moeten worden uitgebreid naar alle kinderen van ouders die overlijden.¹²²

Ondanks dat de Law Commission daartoe adviseerde, behoren de broers en zussen niet tot de kring van gerechtigden van de voorgestelde *Bill*, omdat dit zou kunnen leiden tot ongepaste compensatie en, als een maximum totaalbedrag wordt vastgesteld, het zou kunnen leiden tot betekenisloze vergoedingen.¹²³ Tweederde van de respondenten reageerde instemmend.¹²⁴ Ook het *House of Commons* stemt hier mee in. De functie van *bereavement damages* wordt gevonden in de erkenning van het verlies van degene die de overledene het meest nabij staat. Bovendien is van belang dat discussie over het niveau van affectiviteit wordt voorkomen. Daarom stemt het, met enige aarzeling, in met deze beperking.¹²⁵

Het Ministry of Justice heeft ook voorgesteld om niet te gaan werken met een plafondbedrag (een maximale uitkering), maar met gedifferentieerde bedragen al naar gelang het type nabestaande.¹²⁶ Een argument daartegen is dat er verschillende waardes worden toegekend aan iemands verdriet, terwijl in het voorstel uitsluitend aan de personen die het meest nabij de overledene staan een vergoeding wordt toegekend.¹²⁷ Deze oplossing wordt door het *House of Commons* onsmakelijk genoemd. Daarom wordt voorgesteld om alsnog te gaan werken met een maximumbedrag.¹²⁸

In januari 2011 publiceert het Ministry of Justice een samenvatting van reacties op de *Civil Law Reform Bill* en concludeert het wat betreft *bereavement damages* dat er steun bestaat voor uitbreiding van de lijst, maar dat velen de voorgestelde uitbreiding niet ver genoeg vinden gaan en dat er verschil van mening bestaat over belangrijke details.¹²⁹ Om die reden is besloten om geen vervolg te geven aan de *Civil Law Reform Bill*. Vooral nog blijft de FAA 1976 ongewijzigd.

118 Ministry of Justice 2009a, p. 26.

119 House of Commons Justice Committee 2010, p. 31.

120 Ministry of Justice 2009, p. 18.

121 House of Commons Justice Committee 2010, p. 31.

122 House of Commons Justice Committee 2010, p. 31-32.

123 House of Commons Justice Committee 2010, p. 32.

124 Ministry of Justice 2009, p. 18.

125 House of Commons Justice Committee 2010, p. 32.

126 Ministry of Justice 2009a, p. 26.

127 House of Commons Justice Committee 2010, p. 33.

128 House of Commons Justice Committee 2010, p. 34.

129 Ministry of Justice, 2011, p. 22.

2.5 Frankrijk

Naar Frans recht bestaat het recht op een vergoeding voor immateriële schade (*préjudice moral*) van zowel naasten bij letsel als van nabestaanden bij overlijden. Zoals in hoofdstuk 6, paragraaf 3.5 staat beschreven, laat het *Cour de Cassation* ook de vergoeding voor immateriële schade toe als een naaste geestelijk letsel oploopt door het verlies van de direct gekwetste.

De kring van gerechtigden wordt begrensd aan de hand van de vereisten van de onrechtmatige daad. De schade moet direct, zeker en persoonlijk zijn. Zoals in hoofdstuk 3 paragraaf 5.3 staat beschreven, is dit niet altijd zo geweest. In 1931 besliste de *Chambre des Requêtes* dat alleen bloed- en aanverwanten (bij een *rechtskrenking*) vergoeding moesten krijgen voor hun immateriële schade.¹³⁰ In 1970 besliste de *Chambre mixte* van het *Cour de Cassation* echter dat verwantschap niet nodig is; volstaan moet worden aan de algemene vereisten voor onrechtmatige daad.¹³¹ Dit heeft tot gevolg gehad dat de verplichting kan bestaan om aan de vriend of vriendin van de overledene een vergoeding te betalen.

Volgens Chartier is sprake van een zeer open stelsel van vergoeding van affectieschade.¹³² Maar hoe wordt het vorderingsrecht voor verhaal van affectieschade dan begrensd? Dat gebeurt vooral door middel van het 'zekerheid'-vereiste. De feitenrechter heeft de vrijheid om dit te beoordelen. Aangetoond moet worden dat de affectieve band tussen de nabestaande en de direct gekwetste reëel is: '*réalité du caractère affectueux*'.¹³³ Lambert Faivre en Porchy-Simon spreken ook wel over een '*concubinage stable*'.¹³⁴ Viney en Jourdain stellen dat de naasten het realiteitsgehalte van hun schade moeten aantonen.¹³⁵ Volgens Leon en Henri Mazeaud en Tunc moet sprake zijn van reëel verdriet dat voldoende diep gaat.¹³⁶ De beoordeling van de kring van gerechtigden is dus vooral een feitelijke beslissing naar Frans recht.

Chartier stelt dat dit noodzakelijkerwijs een subjectieve opvatting is, welke leidt tot bewijsmoeilijkheden: affectieve banden, afgezien van familiale verbondenheid (in rechte of feite), zijn moeilijk aantoonbaar.¹³⁷ Er lijkt daarom een 'bewijsvoordeel' te gelden voor personen die heel nabij de direct gekwetste staan, zoals gezinsleden,

130 Req., 2 februari 1931, S.1931.I. p. 123. Hierover Viney en Jourdain 2006, p. 157; Le Tourneau 2008, p. 450.

131 Ch. Mixte, 27 februari 1970, *JCP* 1970.II.156395, concl. Lindon; *JCP* 1970.II.16305, obs. Perlangue; *RTD Civ.*, 1970, p. 353, obs. Durry; *D.*1970.201, noot Combaldieu; *Gaz. Pal.* 1970, 1, p. 163.

132 Chartier 1983, p. 253.

133 Le Tourneau 2008, p. 450; Viney en Jourdain 2006, p. 63. Zie bijv. 2^e Civ., 16 april 1996, nr. 94-13613. Zo moest de adoptiefneef van de overleden direct gekwetste aantonen dat hun relatie voldoende affectief was, C Parijs (20^e ch.), 26 januari 2000, *Resp. Civ. et Assur.* 2000, 314, noot L. Grynbaum.

134 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 307. Zie Civ. 1^{er}, 23 november 1977, *Bull. Civ. I*, nr. 369 (76-14182).

135 Viney en Jourdain 2006, p. 160.

136 Mazeaud, Mazeaud en Tunc 1965, nr. 324-2, 325-2.

137 Chartier 1983, p. 255.

maar zodra de band verder verwijderd is, moet bewezen worden dat die stabiele en affectieve band bestaat.¹³⁸

Naast ouders en erkende kinderen, noemt Le Tourneau de volgende personen die een vergoeding hebben ontvangen voor hun immateriële schade: echtgenoten, broers of zussen, buitenechtelijke kinderen, opa's en oma's, de biologische moeder, stiefkinderen, natuurlijke kinderen van de zus, verloofden, adoptiefkinderen, voogden, kinderen die door de direct gekwetste werden behandeld als ware zijn kinderen, de gouvernante van een priester en de partner van de overledene.¹³⁹ Als vergoeding gerechtvaardigd is, bestaan de vergoedingsplichten jegens verschillende nabestaanden naast elkaar.¹⁴⁰

Als de direct gekwetste letsel oploopt, kunnen naasten onder omstandigheden vergoeding vorderen voor hun immateriële schade (*préjudice moral*).¹⁴¹ Opgemerkt moet worden dat het criterium alvorens vergoeding mogelijk was, was: '*préjudice moral d'un caractère exceptionnel*'.¹⁴² In 1977 is van dit criterium afstand gedaan. De naasten hoeven niet aan te tonen dat hun lijden van een bepaald niveau is.¹⁴³

De benaming van de immateriële schade van naasten bij letsel is verschillend. Lambert-Faivre en Porchy-Simon spreken (treffend) over *préjudice d'accompagnement*, terwijl Le Tourneau spreekt over *préjudice d'affection* of *préjudice moral*.¹⁴⁴ Lambert-Faivre en Porchy-Simon merken op dat veelal geen vergoeding wordt gegeven vanwege louter de affectieschade (verdriet), maar vanwege de '*trouble dans les conditions d'existence*' van een beperkt aantal nabestaanden die de direct gekwetste missen in hun dagelijks leven.¹⁴⁵

Lambert-Faivre en Porchy-Simon noemen als rechtvaardiging dat de leefomstandigheden van naasten ernstig verstoord kunnen zijn vanwege het feit dat iemand gewond is geraakt: iedere dag geconfronteerd worden met het letsel, veranderingen in het dagelijks leven door bijvoorbeeld ziekenhuisbezoek, minder of een anders ingedeelde nachtrust vanwege verzorging, de fysieke moeilijkheden voor de direct gekwetste en de hulp die daarmee gepaard gaat.¹⁴⁶ Ook kan gedacht worden aan een verminderd seksleven, en het niet meer kunnen verwekken of krijgen van

138 Hierover L. Grynbaum in zijn noot bij C Parijs (20^e ch.), 26 januari 2000, *Resp. Civ. et Assur.* 2000, 314.

139 Le Tourneau 2008, p. 450. Crim., 15 december 1923, *D.P.1924.I.69* (broer en zus); Req., 9 juni 1941, *D.A.* 1941, p. 277 (zus); T. Belfort, 25 juli 1995, *JCP* 1996.I.3903, nr. 3 (homoseksuelen).

140 Le Tourneau 2008, p. 450.

141 Hierover Le Tourneau 2008, p. 451.

142 2^e Civ., 16 februari 1967, *Bull. Civ. II*, nr. 77, CA Rennes, 30 mei 1974, *D.1975.somm.*, p. 104. Zie hierover Mazeaud, Mazeaud en Tunc 1965, p. 421-422; Chartier 1983, p. 251-252; Lambert-Faivre 1998, p. 559; Viney en Jordain 2006, p. 168-169.

143 2^e Civ., 23 mei, 1977, *Bull. Civ. II*, nr. 139 (75-15627), *D.1977.IR.441*. Eerder in deze zin: 2^e Civ., 8 december 1971, *D.1972.somm.*, p. 88. Zie ook 2^e Civ., 12 november 1986, *Bull. Civ. II*, nr. 164 (85-14486); 2^e Civ., 3 mei 1995, *Resp. Civ. et Assur.* 1995, nr. 224; 2^e Civ., 23 oktober 2003, *Resp. Civ. et Assur.* 2004, nr. 25, noot H. G. Zie hierover Le Tourneau 2008, p. 451. Vgl. Verheij 2002, p. 215-218.

144 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 304 en 319; Le Tourneau 2008, p. 450.

145 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 321. Zie ook Bourrié-Quinillet 1998, p. 2208.

146 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 304 en 322.

kinderen.¹⁴⁷ Le Tourneau noemt ook de situatie waarin de direct gekwetste depressief raakt.¹⁴⁸

Het gaat, zo stellen Lambert-Faivre en Porchy-Simon, om personen die een leven delen met de direct gekwetste: echtgenoten, ouders en al dan niet thuis wonende kinderen.¹⁴⁹ Maar, net zoals bij overlijden, kan die kring breder zijn. Volgens hen is het voornaamste criterium of er een '*communauté de vie*' bestond.¹⁵⁰

In de doctrine wordt kritiek geuit, want hoe kan het verlies van een naaste gewaardeerd worden op geld? Het verlies kan noch gerepareerd noch gecompenseerd worden.¹⁵¹

Lambert-Faivre formuleert nog een bezwaar tegen vergoeding voor affectieschade: de weerzin tegen het (in financiële zin) begroten van verdriet. Volgens haar zou uitsluitend een vergoedingsplicht jegens naasten moeten bestaan als zij '*trouble dans les conditions d'existence*' ervaren. Tot deze kring behoren de intimi van de direct gekwetste.¹⁵² Chartier voegt aan de kritiek van Lambert-Faivre toe dat de kring van vorderingsgerechtigden lastig is te begrenzen.¹⁵³ Viney en Jourdain uiten een vergelijkbare zorg: na letsel of overlijden zou een grote kring personen om de direct gekwetste heen een vordering hebben.¹⁵⁴

Voorts, zo stelt Chartier, wordt de schadevergoeding uitgekeerd door verzekeraars in plaats van door de aansprakelijke.¹⁵⁵ Dat argument wordt echter van tafel geschoven: dit is inherent aan de vergoeding voor immateriële schade.¹⁵⁶

In de vier hervormingsprojecten, waarover al eerder werd gesproken, wordt de immateriële schade van naasten en nabestaanden steeds als vergoedbaar beschouwd. In het Avant-project wordt slechts summier aandacht besteed aan de vergoeding voor immateriële schade van naasten of nabestaanden. Twee schadeposten worden genoemd: *préjudice d'affection* en *d'accompagnement*.¹⁵⁷ Dat zijn tevens de twee schadeposten die zowel in het rapport van Lambert-Faivre als dat van Dintilhac nader zijn uitgewerkt.

In het rapport tot stand gekomen onder leiding van Lambert-Faivre wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds *préjudice d'accompagnement* en anderzijds *préjudice d'affection*. De eerstgenoemde immateriële schadepost heeft betrekking op de verstoring van het dagelijks leven ('*trouble dans les conditions d'existence*') tijdens de periode van de letselschade bij de direct gekwetste (eventueel tot het moment van

147 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 322; Le Tourneau 2008, p. 451.

148 Le Tourneau 2008, p. 451.

149 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 322.

150 Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 322.

151 Over deze kritiek zie Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008, p. 320.

152 Lambert-Faivre 1998, p. 559.

153 Chartier 1983, p. 257.

154 Viney en Jourdain 2006, p. 170.

155 Chartier 1983, p. 257.

156 Chartier 1983, p. 257.

157 Catala 2005, p. 163.

zijn overlijden). Deze schade kan ook betrekking hebben op de ‘last’ van frequente bezoeken aan het ziekenhuis. Het nadeel moet in het licht van de individuele omstandigheden van het geval worden vastgesteld en mag dus geen theoretische vaststelling betreffen in die zin dat bepaalde naasten een vergoeding moet toekomen. Doorslaggevend is of er een ‘*communauté de vie*’ met de direct gekwetste bestond.¹⁵⁸ *Préjudice d’affection* heeft daarentegen betrekking op de situatie waarin een dierbare overlijdt en de werkgroep onder leiding van Lambert-Faivre lijkt te willen aansluiten bij de heersende leer.¹⁵⁹

Ook door de werkgroep onder leiding van Dintilhac wordt de immateriële schade van naasten en nabestaanden vergoedbaar geacht, met dien verstande dat er een andere categorisering wordt gemaakt. Bij letsel kan vergoeding worden gevorderd van *préjudice d’affection*: het betreft de immateriële schade van naasten vanwege het leed door het zien van het lijden van de direct gekwetste. Hieronder vallen ook de medische problemen die naasten kunnen ervaren vanwege iemands letsel. De vergoedingsverplichting is niet beperkt tot ouders, maar tot eenieder die aantoont dat sprake is van een reële affectieve band met de gekwetste.¹⁶⁰ Naast de *préjudice d’affection* kan ook een verplichting bestaan tot vergoeding van een andere schadepost: *préjudice extra-patrimoniaux exceptionnels*. Het betreft de immateriële schade vanwege de veranderingen in het dagelijks leven (*changement dans les conditions de l’existence*) tijdens de periode van het letsel. Ook vallen onder deze immateriële schadepost de moeilijkheden die op seksueel gebied worden ondervonden vanwege het letsel van de gekwetste.¹⁶¹ Hetzelfde criterium wordt gehanteerd als in het rapport van Lambert-Faivre: aangetoond moet worden dat sprake is van een ‘*communauté de vie effective et affective*’ met de direct gekwetste en niet de juridische verbintenis, maar de reële, nabije, affectieve relatie is doorslaggevend.¹⁶²

In geval van overlijden, kan een nabestaande vergoeding vorderen van zowel zijn *préjudice d’accompagnement* als van zijn *préjudice d’affection*. De *préjudice d’accompagnement* heeft betrekking op de ingrijpende verandering van levensstijl en het dagelijks leven doordat de direct gekwetste is overleden.¹⁶³ Aangetoond moet worden dat er een ‘*communauté de vie effective et affective*’ bestond met de direct gekwetste. Wederom is niet de nabije juridische band doorslaggevend, maar de reële affectieve nabijheid.¹⁶⁴ De beoordeling van *préjudice d’affection* is gelijk aan hetgeen hiervoor is beschreven.¹⁶⁵

158 Lambert-Faivre 2003, p. 27-28. ‘*Préjudice d’accompagnement*’ wordt gedefinieerd als: ‘*le préjudice d’accompagnement traduit les troubles dans les conditions d’existence d’un proche qui, dans la communauté de vie à domicile, ou par la constance de visites fréquentes en milieu hospitalier, apporte à la victime le réconfort moral d’une présence affectueuse.*’

159 Lambert-Faivre 2003, p. 28.

160 Dintilhac 2005, p. 45.

161 Dintilhac 2005, p. 46.

162 Dintilhac 2005, p. 46.

163 Dintilhac 2005, p. 43.

164 Dintilhac 2005, p. 44.

165 Dintilhac 2005, p. 44.

De rapporten hebben wat betreft de positie van derden in personenschadezaken nog niet tot wetswijzigingen geleid.

2.6 Tussenconclusie

In Nederland hoeft geen vergoeding te worden geboden voor leed van naasten. Dat is ook het geval in Duitsland, maar niet in Engeland (in overlijdensschadezaken) en Frankrijk (in zowel overlijdens- als letselschadezaken). Nederland en Duitsland nemen in Europa een uitzonderingspositie in.¹⁶⁶ Wagner noemt de vergoeding voor deze schade het sluitstuk van de ontwikkeling van de vergoeding voor immateriële schade. Toch is in 2002 geen vergoedingsmogelijkheid geïntroduceerd in Duitsland; in 2010 is het Nederlandse wetsvoorstel affectieschade afgewezen in de Eerste Kamer. Wat zijn de bezwaren verbonden aan de vergoeding voor leed van naasten en nabestaanden?

De vergoeding voor leed is moeilijk in geld uit te drukken. Betoogd is echter ook wel dat dit een probleem is dat inherent is aan de vergoeding voor immateriële schade, terwijl die vergoeding op zich wel wordt toegelaten. Een tweede bezwaar is dat de schadeveroorzaker niets zou voelen van de betalingsverplichting, omdat het vaak de verzekeraar is die de vergoeding uitkeert. Maar dat argument kan met een beroep op hetzelfde tegenargument worden verworpen. Gevreesd wordt verder voor een claimcultuur. Die angst is onterecht, waarbij kan worden verwezen naar het open systeem van Frankrijk, en is bovendien onduidelijk. Waarom wordt juist in het kader van de vergoeding voor leed van naasten en nabestaanden gevreesd voor een claimcultuur? Het gaat over een beperkte en voorzienbare groep vorderingsgerechtigden. Een oncontroleerbare uitdijning ligt, op het eerste gezicht, hier niet voor de hand, mits helder is wie tot de kring van gerechtigden behoort. Dat is een moeilijkheid bij deze vergoeding.

Vooraf is onduidelijk wie tot de kring van gerechtigden behoort. Hoe intens moet de relatie tussen de direct gekwetste en de naaste zijn? Naar Engels recht is gekozen voor een (te) strakke begrenzing van de groep; in het Franse recht wordt gewerkt met een feitelijke begrenzing: de stabiliteit (duurzaamheid) en realiteit van de band tussen beiden. Er wordt in dat kader lijkt er een bewijsvoordeel te bestaan voor gezinsleden: de stabiliteit en realiteit van de affectieve band wordt verondersteld. Dit is mijns inziens de juiste werkwijze, ondanks dat zeker bezwaren kleven aan deze werkwijze. Men kan hierbij denken aan het feit dat doordoor moeilijk discussies en vervelende over de intensiteit van de affectieve band niet geheel worden voorkomen. De ander kant van de medaille is echter de Engelse oplossing: door het limitatieve systeem kan in individuele zaken moeilijk tot individuele gerechtigheid worden gekomen en de wetswijziging laat reeds geruim tijd op zich wachten..

¹⁶⁶ Lindenbergh 2008, p. 261.

Dat de tegenargumenten weerlegd kunnen worden, betekent niet dat de argumenten vóór deze vergoeding doorslaggevend zijn. Het doel van de vergoeding naar Nederlands recht zou zijn geweest om erkenning te bieden van het feit dat naasten of nabestaanden leed is toegebracht. Uit het onderzoek van het IGER blijkt ook dat de vergoeding belangrijk kan zijn voor de verwerking van het leed, mits op een goede manier aangeboden. Daarbij komt dat er een leemte lijkt te bestaan, zo is betoogd in zowel de Nederlandse als de Duitse literatuur, in vergelijking met andere situaties waarin wel vergoeding wordt toegelaten aan naasten. Zo noemt Verheij het voorbeeld van *wrongful birth*, maar ook de schending van iemands privacy of vergoeding in geval van een verpeste vakantie. '[W]aarom dan niet bij veel erger verdriet, zoals het verlies van een dierbare?', zo vraagt hij zich af.¹⁶⁷ In de Duitse literatuur is ook opgemerkt dat het niet logisch is om wel de vergoeding voor materiële schade toe te laten en niet die voor immateriële schade.

Hier is nog één opmerking op zijn plaats. Een moeilijkheid inherent aan de werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW, en ook aan de vormgeving van het Wetsvoorstel affectieschade, is dat het immaterieel nadeel van naasten gepresenteerd wordt als een afgeleid vorderingsrecht. Daardoor ontstaat de schijn dat die schade minder vergoedingswaardig is, omdat het een belang van een derde betreft. Dat is alleen niet altijd zo. De Hoge Raad heeft dit in één arrest ook erkend, daarover gaat de volgende paragraaf.

3. Oogmerk tot toebrengen van leed

In het *Oogmerk*-arrest wordt een zelfstandige grondslag genoemd voor vergoeding voor immateriële schade van een nabestaande welke is veroorzaakt door het overlijden van de direct gekwetste.¹⁶⁸ De Hoge Raad noemt deze vordering de tweede uitzondering, naast de shockschadevordering, op de artikelen 6:107 en 108 BW.¹⁶⁹ Een vader doodt zijn zevenjarige zoon vlak voordat de echtscheiding tussen hem en zijn echtgenote wordt uitgesproken, met het oogmerk leed toe te brengen aan zijn echtgenote. De echtgenote stelt een vordering in en vordert vergoeding voor haar immateriële schade (artikel 6:106 lid 1 aanhef onder a BW). Strikt genomen zou deze vordering stuklopen op de werking van de artikelen 6:107-108 BW: haar immateriële schade is terug te voeren op het overlijden van haar kind.¹⁷⁰ Toch besluit de Hoge Raad anders:

'Dit neemt evenwel niet weg dat een aanspraak op vergoeding van immateriële schade wel kan bestaan, indien voldaan is aan het in art. 6:106 lid 1, aanhef en

¹⁶⁷ Verheij 2001, p. 1569.

¹⁶⁸ HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216, m.nt. J.B.M. Vranken.

¹⁶⁹ HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*).

¹⁷⁰ Hierover Vranken in zijn noot onder HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 (*Oogmerk*), nr. 2.

onder a, neergelegde vereiste dat het oogmerk heeft bestaan immateriële schade toe te brengen, en, gelet op art. 6:95 BW, aan het vereiste dat, voorzover hier van belang, het doden van het slachtoffer een onrechtmatige daad jegens de benadeelde oplevert. Art. 6:106 lid 1, aanhef en onder a, en art. 6:108 bestrijken derhalve van elkaar te onderscheiden (categorieën van) gevallen, met dien verstande dat zich gevallen kunnen voordoen waarin beide regelingen van toepassing zijn.¹⁷¹

Artikel 6:106 lid 1 aanhef onder a BW en artikel 6:108 BW kunnen dus naast elkaar werken. De Hoge Raad doet een beroep op de parlementaire geschiedenis waarin het doel van artikel 6:106 lid 1 aanhef onder a BW wordt genoemd: de bevrediging van het geschokte rechtsgevoel. Die passage gaat over de beschadiging van zaken met het oogmerk iemand anders leed toe brengen, maar, zo wordt geoordeeld, dat zal 'eens te meer' het geval zijn als het geen zaakbeschadiging betreft, maar het ombrengen van een persoon.¹⁷²

Vranken reageert in zijn noot onder het arrest instemmend, maar de voorwaarden voor de toepasselijkheid van deze uitzondering zijn streng. Er moet een onrechtmatige daad zijn gepleegd jegens de benadeelde, in dit geval de moeder, en het oogmerk moet zien op het toebrengen van immateriële schade. Vereist is echter niet dat het leed bepaalde grenzen heeft overschreden, zoals dat wel het geval moet zijn bij een shockschadevordering. Voor de vergoeding van immateriële schade in geval van een shockschadevordering is vereist dat geleden wordt aan een psychiatrisch erkend ziektebeeld.¹⁷³

Volgens Lindenbergh kan deze uitkomst op twee manieren worden gerechtvaardigd. Ten eerste door de ernst van de normschending en ten tweede doordat de direct gekwetste 'slechts het middel is om de "derde" te kwetsten.' Eerder sprak hij ook wel over het letsel of overlijden als louter 'tussenschakel'.¹⁷⁴

Met de uitkomst in het *Oogmerk*-arrest kan niet anders dan ingestemd worden. Dit is een afschuwelijke situatie: een ex-partner vermoordt een kind om een moeder leed toe te brengen. Het is meer dan voorzienbaar dat iemands leven geruïneerd wordt. Het civiele recht moet daar mijns inziens op kunnen reageren, vooral omdat het letsel van de direct gekwetste (louter) wordt gebruikt als middel om de feitelijk derde te treffen.

171 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216, m.nt. J.B.M Vranken (*Oogmerk*), r.o. 3.3.2.

172 HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216, m.nt. J.B.M Vranken (*Oogmerk*), r.o. 3.3.2, onder verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 6, p. 380. Afgezien van het feit dat deze situatie hoogst uitzonderlijk is, is art. 6:106 lid 1, aanhef onder a BW in rechtsvergelijkend opzicht uitzonderlijk, aldus Vranken in zijn noot onder HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216 (*Oogmerk*), nr. 12-13.

173 Vranken in zijn noot onder HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216 (*Oogmerk*), nr. 5-6.

174 Lindenbergh 2008, p. 256. Vgl. Lindenbergh 1997, p. 189. Eerder instemmend Dupont 1985, p. 101-102.

4. Het EHRM

4.1 Een beroep op fundamentele rechten wordt terughoudend ontvangen door de Hoge Raad

Onlangs stelden Janczuk en Gomes:

*‘The constitutional approach is another step forward in understanding the problem of “third party claims”.’*¹⁷⁵

In Duitstalige en Nederlandstalige literatuur (en rechtspraak) wordt steeds vaker een beroep gedaan op mensenrechten of grondrechten om vergoeding voor immateriële schade van naasten en nabestaanden te bewerkstelligen. Dat voor een schending van een fundamenteel recht (een ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zonder letsel) soms toch een vergoeding wordt toegekend krachtens artikel 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW is ook geen nieuwe gedachte naar Nederlands recht.¹⁷⁶ Het is ook een logische stap dat er een beroep wordt gedaan op de mensenrechtelijke bescherming als wordt gezien dat naasten en nabestaanden een beperkt vorderingsrecht hebben in letsel- en overlijdensschadezaken, vooral wat betreft de vergoeding voor immateriële schade.¹⁷⁷

Een beroep op fundamentele rechten (*Baby Joost*, *Taxibus* en *Vilt*) wordt afgewezen door de Hoge Raad.¹⁷⁸ Daar tegenover staan de betogen van onder anderen Van Dam, Giesen en Engelhard die wezen op de mogelijke toepassing van artikel 8 EVRM (recht op familielevens).¹⁷⁹ Lindenberg betoogt echter dat artikel 8 EVRM waarschijnlijk niet als grondslag gebruikt kan worden, omdat de onrechtmatige daad meestal niet gericht zal zijn op het doorkruisen van iemands familielevens. Het probleem met fundamentele rechten is, afgezien van de problematische doorwerking in horizontale verhoudingen, dat (nog) niet altijd duidelijk is wat de precieze betekenis daarvan is en wie er door wordt beschermd. Met andere woorden, de strekking van de norm is nog niet helder. Er wordt in de literatuur echter ook op de rechtspraak over artikel 2 EVRM gewezen.¹⁸⁰ Dat pad lijkt ook vruchtbaarder, zo blijkt uit een analyse van Wijnakker en (later ook) Pronk van de rechtspraak van het EHRM over artikel 2 EVRM.¹⁸¹

175 Janczuk en Gomes 2010, p. 202.

176 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 (*Oosterpark*), HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. JBMV (*Baby Kelly*).

177 Zie ook Keirse 2011, p. 7.

178 HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Joost*); HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*); HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*).

179 Van Dam 2001, p. 4; Giesen 2003, p. 28-30; Engelhard 2010, p. 334

180 Lindenberg 2001, p. 262. Zie ook Verheij 2002, p. 206.

181 Wijnakker 2010, p. 313-315; Pronk 2011.

4.2 Het EHRM staat positief tegenover de vergoeding van schade van naasten

Het EHRM heeft in het verleden vergoedingen toegekend voor materiële en immateriële schade van naasten en nabestaanden als sprake is van een schending van artikel 2 EVRM. Artikel 2 EVRM legt de Staat de positieve verplichting op om passende stappen te ondernemen om het leven van zijn burgers te waarborgen. Het gaat daarbij zowel om optreden in strijd met artikel 2 EVRM, als om nalaten een schending van artikel 2 EVRM te voorkomen.¹⁸² Voorts gaat artikel 2 EVRM niet alleen over de schending van het recht 'op zich', maar kan er ook tot een schending van het recht op leven worden geconcludeerd als de procedure-eisen die daarmee samenhangen, niet zijn nagekomen. Denk hierbij aan de situatie waarin een politieagent niet in strijd handelt met artikel 2 EVRM als hij iemand doodt, maar in het feitenonderzoek na de schietpartij fouten worden gemaakt. Benadrukt moet bovendien worden dat artikel 2 EVRM in beginsel werkt in verticale verhoudingen (Staat-burger). De onderstaande zaken moeten ook in samenhang met artikel 13 EVRM worden gezien. Artikel 13 EVRM gaat niet over de schending van een recht, maar over de beschikbaarheid van een remedie om die schending vast te stellen:

*"The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an "arguable complaint" under the Convention and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision."*¹⁸³

Hoewel de verplichting van de Staat onder de noemer van artikel 13 EVRM kan variëren al naar gelang de aard van de klacht, moet de sanctie in ieder geval zowel in rechte als feitelijk effectief zijn.¹⁸⁴ Het EHRM kan met een beroep op artikel 41 EVRM zelf een schadevergoedingsverplichting opleggen. Bij de vaststelling van een schending van het recht op leven kan die sanctie betrekking hebben op de vergoeding voor materiële en immateriële schade. In het licht van het bovenstaande moet worden benadrukt dat het EHRM focust op het effectief sanctioneren van rechtschendingen door – in beginsel – de Staat.

182 Zie bijv. EHRM november 2004, no. 48939/99, nr. 69 (*Öneryıldiz v. Turkey*); EHRM 7 juli 2009, no. 58447/00, nr. 34 (*Zavoloka c. Lettonie*); EHRM 15 december 2009, no. 4314/02, nr. 42 (*Kalender c. Turquie*); EHRM 17 december 2009, no. 4762/05, nr. 99 (*Mikayil Mammadov v. Turkey*); EHRM 23 maart 2010, no. 4864/05 (*Oyal v. Turkey*). De betreffende arresten gaan over verschillende feitelijke situaties en verschillende positieve verplichtingen van de Staat voortvloeiend uit art. 2 EVRM. De positieve verplichting van de Staat krachtens artikel 2 EVRM is divers en wat deze (nog meer) behelst, is nog onhelder. Zie voor een (voorlopig) overzicht Emaus (J.) 2011, p. 28-40.

183 EHRM 31 mei 2007, no. 7510/04, nr. 62 (*Kontrová v. Slovakia*). Zie ook EHRM 10 mei 2001, no. 29392/95, nr. 108 (*Z and others v. The United Kingdom*); EHRM 14 maart 2002, no. 46477/99, nr. 96-97 (*Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*).

184 EHRM 31 mei 2007, no. 7510/04, nr. 62 (*Kontrová v. Slovakia*). Zie ook EHRM 14 maart 2002, no. 46477/99, nr. 96 (*Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*); EHRM 7 juli 2009, no. 58447/00, nr. 38 (*Zavoloka c. Lettonie*).

Gestart wordt hier met de vergoeding van materiële schade van een nabestaande in een overlijdensschadezaak. In het kader van materiële schade, moet er een ‘*clear causal link*’ bestaan tussen de schending van artikel 2 EVRM en de ontstane schade.¹⁸⁵ Dat kan het geval zijn bij begrafenis kosten.¹⁸⁶ Wat betreft de kosten van onderhoud is opgemerkt in *Öneryildiz v. Turkey* dat:

*‘the Grand Chamber agrees with the Chamber’s view that in the instant case each member of the Household must, in one way or another, have provided a contribution, if only an accessory one, to the sustenance of all, although the prospect of future financial support by the seven minor children who died in the accident appears to be distant.’*¹⁸⁷

Het verlies van levensonderhoud komt volgens het hof voor vergoeding in aanmerking.¹⁸⁸ Daaronder zou ook kunnen vallen de schade vanwege het verlies van het woonhuis door de schending van artikel 2 EVRM.¹⁸⁹ In *Kalender c. Turquie* wordt echter een vergoeding van het inkomensverlies van een achterblijvende zoon ontstaan na het verlies van zijn vader afgewezen, evenals het verlies van inkomen veroorzaakt doordat na het verlies van de direct gekwetste een depressie is ontstaan, waardoor het niet mogelijk was om normale arbeid te verrichten.¹⁹⁰ Onduidelijk is waarom het causaal verband ontbreekt, maar dat komt vooral door de minimale motivering, zijnde de vaststelling dat het causaal verband ontbreekt, van het EHRM.

Vergoeding voor immateriële schade wegens de schending van het recht op leven uit artikel 2 EVRM wordt mogelijk geacht door het EHRM. Wijnakker wijst in 2010 op een serie uitspraken, waarbij het in eerste instantie om de aansprakelijkheid van de Staat gaat.¹⁹¹

Zo staat in het arrest *Kontrová v. Slovakia* de positie van de achterblijvende moeder en haar drie vermoorde kinderen centraal.¹⁹² Haar kinderen zijn om het leven gebracht door haar echtgenoot. Er was eerder aangifte gedaan van mishandeling en, wellicht omdat die aangifte is ingetrokken, heeft de politie nagelaten in te grijpen. Het EHRM oordeelt dat de Staat, gezien de omstandigheden van het geval, het recht op leven uit artikel 2 EVRM heeft geschonden door niet adequaat op te treden ter voorkoming van die moorden.

185 EHRM 30 november 2004, no. 48939/99, nr. 166 (*Öneryildiz v. Turkey*).

186 EHRM 30 november 2004, no. 48939/99, nr. 166 en 167 (*Öneryildiz v. Turkey*); EHRM 15 december 2009, no. 4314/02, nr. 74 (*Kalender c. Turquie*).

187 EHRM 30 november 2004, no. 48939/99, nr. 168 (*Öneryildiz v. Turkey*).

188 Vgl. EHRM 15 december 2009, no. 4314/02, nr. 74 (*Kalender c. Turquie*).

189 EHRM 30 november 2004, no. 48939/99, nr. 169 (*Öneryildiz v. Turkey*). In deze zaak werd de vordering afgewezen, omdat vervangend onderdak is aangeboden.

190 EHRM 15 december 2009, no. 4314/02, nr. 73 (*Kalender c. Turquie*).

191 Wijnakker 2010, p. 313-315.

192 EHRM 31 mei 2007, no. 7510/04 (*Kontrová v. Slovakia*).

Voorts oordeelt het EHRM dat artikel 13 EVRM is doorkruist: er ontbreekt een effectieve remedie ten aanzien van het recht op leven. Meer in het algemeen wordt als volgt beslist:

*‘The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order.’*¹⁹³

Het EHRM stelt vast dat de moeder geen mogelijkheid had ter verhaal van een schadevergoedingsbedrag voor immateriële schade. De vraag is of die mogelijkheid in het licht van artikel 13 EVRM moet worden geboden. Citaatwaardig is hetgeen het EHRM dan opmerkt:

*‘The Court itself will in appropriate cases award just satisfaction, recognising pain, stress, anxiety and frustration as rendering appropriate compensation for non-pecuniary damage. It has previously found that, in the event of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of possible remedies.’*¹⁹⁴

Dat uitgangspunt wordt toegepast op de individuele zaak:

*‘In this case, the Court concludes that the applicant should have been able to apply for compensation for non-pecuniary damage suffered by herself and her children in connection with their death.’*¹⁹⁵

Die vergoeding kon naar nationaal recht niet worden toegekend en dus is er een schending van artikel 2, in combinatie met artikel 13 EVRM.¹⁹⁶

Maar de EHRM-rechtspraak gaat verder. Als er geen schending bestaat van het recht op leven in materiële zin, maar wel van de procedurele aspecten die samenhangen met artikel 2 EVRM (bijvoorbeeld onderzoek doen na een ongeval), dan lijkt het moeilijker voor nabestaanden om hun materiële schade vergoed te krijgen. Dat blijkt uit *Mikayil Mammadov v. Azerbaijan* waarin het hof oordeelt dat geen causaal verband bestaat tussen de normschending (die dus zag op de procedurevereisten rondom het recht op leven en niet op de schending van het recht op leven in materiële zin)

193 EHRM 31 mei 2007, no. 7510/04, nr. 62 (*Kontrová v. Slovakia*).

194 EHRM 31 mei 2007, no. 7510/04, nr. 64 (*Kontrová v. Slovakia*). Zie ook EHRM 3 april 2001, no. 27229/95, nr. 130 (*Keenan v. The United Kingdom*); EHRM 14 maart 2002, no. 46477/99, nr. 97 (*Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*).

195 EHRM 31 mei 2007, no. 7510/04, nr. 65 (*Kontrová v. Slovakia*).

196 EHRM 31 mei 2007, no. 7510/04, nr. 72 (*Kontrová v. Slovakia*).

en de materiële schade.¹⁹⁷ Daarentegen wordt wel een vergoeding voor immateriële schade van de achterblijvende echtgenoot geboden (van 20.000 euro):

*'the Court considers that the distress [non-pecuniary damages suffered as a result of his wife's death and the inadequate investigation'¹⁹⁸ suffered by the applicant cannot be compensated solely by the finding of a violation. Ruling on an equitable basis, the Court awards the applicant EUR 20,000 in respect of non-pecuniary damage.'*¹⁹⁹

Het derde arrest dat hier wordt besproken is *Bubbins v. The United Kingdom*.²⁰⁰ De reden daarvoor is niet zozeer dat er een vergoeding wordt toegekend voor de immateriële schade van nabestaanden, als wel hetgeen uit dit arrest kan worden afgeleid over de geslotenheid van het Engelse systeem ter vergoeding van schade van nabestaanden van de FAA 1976.

Er is een vordering ingesteld namens de overledene (de direct gekwetste) door zijn zuster, waarbij moet worden opgemerkt dat een zus van een overleden persoon niet behoort tot de kring van gerechtigden van de FAA 1976. De direct gekwetste is overleden bij een schietpartij tijdens een huiszoeking door de politie. Het EHRM oordeelt dat *geen* sprake is van de schending van het recht op leven, zowel wat betreft de materieelrechtelijke component daarvan als de procedurele verplichtingen die artikel 2 EVRM met zich brengt. Desondanks wordt geconcludeerd tot een schending van artikel 13 EVRM: er ontbreekt een effectieve remedie. Artikel 13 is immers al van toepassing als een individu een *'arguable claim'* heeft onder het EVRM. Er hoeft dus niet per se sprake te zijn van een daadwerkelijke schending. Het belangrijkste is dat een *'arguable claim'* gehoor kan krijgen, zowel in rechte als in feite, en dat was in casu niet het geval, omdat de zus niet tot de kring van gerechtigden van de FAA 1976 behoorde.²⁰¹

Een onderscheid moet dus worden gemaakt tussen de wijze waarop is gereageerd door de overheid na het incident (dat was in orde) en de privaatrechtelijke vaststelling van aansprakelijkheid.²⁰² Mede in het licht van het feit dat artikel 2 EHRM tot de meest fundamentele artikelen behoort uit het verdrag, moet namelijk een vergoeding worden gegeven voor de immateriële schade voortvloeiend uit de schending van artikel 13. Die schending bestaat dus niet uit de schending van artikel 2 EVRM, maar dat is geen obstakel voor het hof:

'In the instant case, it is to be noted that the applicant [de zus, RR] is excluded from the scope of the Fatal Accident Act 1976 since she is not a "dependant". Furthermore,

197 EHRM 17 december 2009, no. 4762/05, nr. 144-146 (*Mikayil Mammadov v. Turkey*).

198 EHRM 17 december 2009, no. 4762/05, nr. 147 (*Mikayil Mammadov v. Turkey*).

199 EHRM 17 december 2009, no. 4762/05, nr. 150 (*Mikayil Mammadov v. Turkey*). In deze zaak oordeelt het EHRM bovendien dat *punitive damages* niet wordt toegekend.

200 EHRM 17 maart 2005, no. 50196/99 (*Bubbins v. The United Kingdom*).

201 Zie ook EHRM 14 maart 2002, no. 46477/99, nr. 96 (*Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*); EHRM 7 juli 2009, no. 58447/00, nr. 38 (*Zavoloka c. Lettonie*).

202 EHRM 17 maart 2005, no. 50196/99, nr. 170 (*Bubbins v. The United Kingdom*).

*the most that could be recovered under the Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 on behalf of the deceased's estate would have been funeral expenses. It must be concluded that the applicant had no prospect of obtaining compensation for non-pecuniary damage suffered by her if, ultimately, a court were to rule in her favour. The Court would add that the impossibility to recover compensation for non-pecuniary damage would almost certainly have had a negative bearing on any application by her for legal aid to take civil proceedings against the police.*²⁰³

Benadrukt moet worden dat deze schadevergoedingsverplichting bestaat, omdat de Staat een fout maakt door geen effectief beoordelingskader te bieden, terwijl juist *zijn gedrag* beoordeeld moet worden. Het EHRM concludeert tot schending van artikel 13 EVRM en kent aan haar op grond van artikel 41 EVRM een vergoeding toe, met als argument dat *'domestic law did not afford her a realistic chance of taking a civil action against the police and, if successful, recovering compensation for non-pecuniary damage on behalf of the estate of her deceased brother.'*²⁰⁴

Hoewel het opvallend is dat het EHRM in het ene citaat spreekt over de onmogelijkheid tot vergoeding voor immateriële schade van de zus en in het andere over de onmogelijkheid tot verhaal van de vergoeding voor immateriële schade van de direct gekwetste door de zus (als erfgenaam), is de boodschap helder: als er een *'arguable claim'* bestaat, terwijl het nationale recht het onmogelijk maakt om die vordering civielrechtelijk te laten beoordelen, dan kan daarvoor een vergoeding voor immateriële schade worden toegekend.

Opvallend is verder dat het EHRM niet motiveert waarom juist de zus een *effective remedy* zou moeten hebben voor haar immateriële schade. Dat is toch een belangrijke vraag in het civiele recht: welk en wiens belang moet worden beschermd? In *Z and Others v. The United Kingdom* leek het EHRM aansluiting te zoeken bij het begrip *'family'*:

*'There should, however, be available to the victim or the victim's family a mechanism for establishing any liability of State officials or bodies for acts or omissions involving the breach of their rights under the Convention. Furthermore, in the case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be part of the range of available remedies.'*²⁰⁵

203 EHRM 17 maart 2005, no. 50196/99, nr. 172 (*Bubbins v. The United Kingdom*). Zie ook EHRM 14 maart 2002, no. 46477/99 (*Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*) waarin ouders van een meerderjarige zoon (30 jaar), die is overleden en waarvoor de Staat op grond van art. 2 EVRM verantwoordelijk is, een vergoeding voor hun immateriële schade ontvangen. Geoordeeld wordt: *'In addition to the pain and suffering which Christopher Edwards must have experienced, it finds that the applicants, his parents, must be regarded as having suffered anguish and distress from the circumstances of his death and their inability to obtain an effective investigation or remedy. (...) the Court awards the sum of 20,000 pounds sterling (GBP) for non-pecuniary damage.'* Nr. 106. Vgl. EHRM 3 april 2001, n. 27229/95, nr. 132 (*Keenan v. The United Kingdom*) waarin de ouders van een meerderjarige zoon een vergoeding voor hun immateriële schade ontvangen.

204 EHRM 17 maart 2005, no. 50196/99, nr. 177 (*Bubbins v. The United Kingdom*).

205 EHRM 10 mei 2001, no. 29392/95, nr. 109 (*Z and others v. The United Kingdom*).

Wie tot ‘family’ wordt gerekend en waarom is gekozen voor dit begrip, is onduidelijk. Waarom wordt voor deze begrenzing gekozen? Hier wreekt zich dat het EHRM van geval tot geval beslist zonder acht te slaan op het civiele recht.

De conclusie die hieruit zou kunnen worden getrokken is dat een gesloten systeem van vergoeding van schade van nabestaanden in strijd zou kunnen zijn met het EVRM, omdat daarmee een mogelijke schending van het recht op leven uit artikel 2 EVRM moeilijk of niet geëffectueerd kan worden.²⁰⁶ Dat is in elk geval zo als de aansprakelijke partij de nationale overheid is. In het licht van deze uitspraak, waarbij onderkend moet worden dat het EHRM redeneert vanuit zijn eigen systematiek (het effectueren van EVRM-normen), zou het in ieder geval meer voor de hand liggen om juist te pleiten voor een opener systeem, zoals het Franse systeem. Maar in dat systeem wordt begrensd, namelijk aan de hand van de stabiliteit en affectiviteit van de relatie tussen de direct gekwetste en de naaste. Als de naaste dat niet kan aantonen, kan hij geen aanspraak maken op vergoeding. Het kan zo zijn – hoewel onwaarschijnlijk – dat de direct gekwetste geen naasten heeft die in aanmerking komen voor vergoeding. In dat verband kan men zich afvragen of ‘een’ systeem kan voldoen aan de eisen van het EHRM.

Belangrijk is dat geconstateerd kan worden dat er een spanningsveld kan bestaan tussen enerzijds het effectueren van een EVRM-recht en anderzijds de inrichting van een nationaal aansprakelijkheidssysteem. Dit wordt geïllustreerd door de zaak *Bubbins v. United Kingdom*.

De *common law*-gedachte dat geen *duty of care* bestaat tegenover nabestaanden en de correctie die de *Fatal Accidents Act 1976* daarop maakt door toch vergoeding toe te laten voor een beperkte kring van gerechtigden, berust op de traditionele gedachte dat slechts een beperkte kring van nabestaanden een vorderingsrecht heeft. Datzelfde geldt overigens voor het Nederlandse, Duitse, maar ook het Franse recht: niet iedereen heeft een succesvolle vordering, aanvullende vereisten bestaan, zoals de feitelijke of juridische verwantschap of de stabiliteit van de relatie tussen de overledene en de nabestaande. Het ene vorderingsrecht is vormgegeven bij wet, het andere in de jurisprudentie, maar het belangrijkste is dat niet iedereen een *succesvol* vorderingsrecht heeft. Die gedachte wordt mede ingegeven door de wens om de aansprakelijkheidslast binnen de perken te houden: niet iedereen moet worden beschermd door het aansprakelijkheidsrecht.

Het EVRM vertrekt vanuit een ander perspectief: de normschending. Als een normschending heeft plaatsgehad, moet er een effectieve remedie bestaan (in de zin van artikel 13 EVRM). Als de benadeelde niet tot de kring van ‘derden-’gerechtigden behoort, dan is het mogelijk dat er geen effectieve remedie bestaat. En dat is onwenselijk, aldus het EHRM. Dan wordt dus het klassieke systeem, dat berust op een lange traditie en een logische gedachte, doorkruist, door toch een vergoeding voor immateriële schade toe te kennen aan personen die buiten de kring van gerechtigden vallen. En dat gebeurt zonder te motiveren waarom die persoon binnen de kring van gerechtigden zou moeten vallen, terwijl dat toch de belangrijkste vraag binnen het privaatrecht is. Die schadevergoeding

206 Vgl. Pronk 2011, p. 47.

heeft niets te maken met begrenzinggedachten, zoals verwantschap of stabiliteit van een relatie, maar gaat vrij zakelijk over het effectueren van een EVRM-norm.

Er bestaat zo een spanningsgebied tussen enerzijds het klassieke leerstuk van vergoeding van schade van derden, waarin de begrenzingsvraag centraal staat, en anderzijds het effectueren van een norm zonder acht te slaan op de persoon die de vordering indient en op de vraag waarom juist *die persoon* een remedie zou moeten hebben. Ik ben verbaasd over het gemak waarmee het EHRM het Engelse systeem ter zijde schuift, zonder te motiveren waarom *deze persoon* een vergoeding zou moeten ontvangen. Er wordt geen aandacht besteed aan de gedachte die ten grondslag ligt aan dat systeem en de begrenzing van aansprakelijkheid die daardoor ontstaat. Handhaving van normen staat voorop, maar het EHRM zou zich ten minste goed moeten laten adviseren over de mogelijke gevolgen van zijn uitspraken voor het nationale recht. Voor nu is van belang dat de uitkomst in *Bubbins v. The United Kingdom* zal zorgen voor onnodige en onwenselijke rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid (zie later).²⁰⁷

Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat alleen op dit terrein een spanningsgebied bestaat. Hoe dit probleem, de wisselwerking tussen het 'klassieke privaatrecht' en het nieuwe 'EVRM-privaatrecht' op te lossen, is stof voor toekomstig onderzoek. Het voornaamste probleem zit mijns inziens in de wederzijdse onwetendheid over de gedachten die ten grondslag liggen aan de verschillende leerstukken, systemen en systematieken. Die leemtes moeten worden gevuld, zowel wat betreft de kennis over de uitspraken van het EHRM als over de gedachten die ten grondslag liggen aan verschillende privaatrechtelijke leerstukken.²⁰⁸

De verplichting tot vergoeding voor immateriële schade lijkt niet alleen te bestaan in geval van overlijden, maar ook bij letsel. De zaak *Oyal v. Turkey* gaat over een kind dat door een bloedtransfusie in een ziekenhuis besmet raakt met het hiv-virus.²⁰⁹ De Staat maakt zich schuldig aan een schending van artikel 2 EVRM. Geoordeeld wordt dat ook in dit geval, dus in geval van letsel, een vergoeding voor immateriële schade van de direct gekwetste en de ouders moet worden gegeven: '*Bearing in mind the emotional distress and anguish they endured, the Court accepts that the applicants have suffered non-pecuniary damage which cannot be compensated for solely by findings of violations*'.²¹⁰ Er bestaat een verplichting tot vergoeding voor de immateriële schade. Ook moeten de kosten van de medische hulp gedurende het leven van de gekwetste worden vergoed.²¹¹

Noemenswaardig is dat de ouders, naast vergoeding van de reeds gemaakte kosten en te maken kosten ten gunste van de behandeling van de direct gekwetste, ook vergoeding vorderden van hun inkomensverlies veroorzaakt door het letsel van hun zoon. Het EHRM oordeelt dat er een '*clear causal connection*' moet bestaan tussen de gevorderde schadevergoeding en de schending van het verdrag. Vervolgens wordt opgemerkt dat er

207 Over rechtszekerheid zie hoofdstuk 8, paragraaf 3.2.

208 Zie ook in deze zin Sieburgh 2011, p. 242.

209 EHRM 23 maart 2010, no. 4864/05 (*Oyal v. Turkey*).

210 EHRM 23 maart 2010, no. 4864/05, nr. 105-107 (*Oyal v. Turkey*).

211 EHRM 23 maart 2010, no. 4864/05, nr. 102 (*Oyal v. Turkey*). Van Maanen noemt de 'levenslange gratis medische zorg' 'zeer opmerkelijk'. Van Maanen 2011, p. 42. Deze uitspraak wordt niet gemotiveerd, maar waarschijnlijk ingegeven door de gedachte dat de Staat die zorg moet verschaffen.

een ‘*direct causal link*’ bestaat tussen de schending van artikel 2 EVRM en de ontstane schade aan de zijde van de benadeelden. Vergoeding wordt echter alleen toegekend voor de reeds gemaakte en nog te maken medische kosten. De inkomensschade van de ouders wordt niet genoemd en dus lijkt er geen verplichting tot vergoeding van deze kosten te bestaan.²¹²

Het vorengaande had steeds betrekking op een vordering tegenover de Staat, niet tegenover een particulier. In horizontale verhoudingen is het lastiger om tot een schending van artikel 2 EVRM (of artikel 13 EVRM) te oordelen, aldus Wijnakker.²¹³ Gevoegd wordt op *Zavoloka c. Lettonie*, waarin de positie van de moeder van een bij een verkeersongeval om het leven gekomen twaalfjarige dochter centraal staat.

Betoogd is dat een schending van artikel 2 in combinatie met artikel 13 EVRM heeft plaatsgehad, omdat naar (toenmalig) Lets recht geen vergoeding voor immateriële schade van nabestaanden hoefde te worden geboden. Het EHRM oordeelt dat deze situatie verschilt van die van andere zaken voorgelegd aan het hof: in tegenstelling tot de andere zaken, waarin een individu schade toebrecht, maar de nationale autoriteiten daarvoor (deels) verantwoordelijk waren, was de Staat in dit geval op geen enkele manier in staat om dit ongeval te voorspellen en dus de schade te voorkomen, zodat geen aansprakelijkheid van de Staat – niet op een minimale of indirecte manier – kan worden gevestigd.²¹⁴ Ook is geen procedurenorm in het kader van artikel 2 EVRM geschonden. De enige vraag die volgens het EHRM voorligt, is of artikel 13 EVRM in combinatie met artikel 2 EVRM is geschonden, omdat naar Lets recht geen mogelijkheid bestond om in situaties als de onderhavige een vergoeding voor immateriële schade door nabestaanden te vorderen. Geoordeeld wordt dat dit niet het geval is: de nabestaande had de mogelijkheid om vergoeding van de kosten van lijkbezorging en die voor de medische behandeling te vorderen. Het hof stelt voorts dat het in situaties zoals deze niet kan oordelen tot een algemene en absolute verplichting tot het toekennen van een vergoeding voor immateriële schade.²¹⁵

Vanuit internationaal publiekrechtelijk perspectief lijkt deze uitspraak te rechtvaardigen: de Staat heeft niets verkeerd gedaan in deze situatie en het EHRM lijkt het niet als zijn taak te zien om in die situaties overheden te verplichten tot het vergoedbaar maken van bepaalde soorten schadeposten.

Met een nationaal civielrechtelijke ‘bril’ op valt de uitkomst ‘onderaan de streep’ moeilijk te rechtvaardigen. In geval van schending van het recht op leven door een overheidsorgaan wordt een smartengeldbedrag toegekend aan nabestaanden, terwijl dat niet zou hoeven in horizontale verhoudingen. Het recht op leven als beschermd belang is echter in beide situaties even ‘beschermwaardig’. ‘Slechts’ een ander is verantwoordelijk voor de doorkruising daarvan: de Staat respectievelijk de burger als

212 EHRM 23 maart 2010, no. 4864/05, nr. 101-102 (*Oyal v. Turkey*).

213 Wijnakker 2010, p. 314.

214 EHRM 7 juli 2009, no. 58447/00, nr. 39 (*Zavoloka c. Lettonie*).

215 EHRM 7 juli 2009, no. 58447/00, nr. 40 (*Zavoloka c. Lettonie*).

dader. In het licht van het gelijkheidsbeginsel lijkt het mij moeilijk te rechtvaardigen om dit onderscheid te maken.

Eén conclusie durf ik, met Wijnakker,²¹⁶ te trekken: het EHRM staat niet negatief tegenover vergoeding voor immateriële schade van naasten. Zo bezien ligt uitbreiding van het Nederlandse stelsel voor de hand, *in ieder geval* in verticale verhoudingen, en dan bij voorkeur in de richting van een niet gelimiteerd en exclusief systeem. Juist die beperkingen kunnen er immers voor zorgen dat een mogelijke schending van het recht op leven civielrechtelijk niet beoordeeld kan worden als de naaste niet behoort tot de kring van gerechtigden, en in dat geval bestaat er geen *effective remedy*. De vraag is in hoeverre het Nederlandse recht zich kan beperken tot deze uitkomst. Zoals Pronk terecht stelt, heeft Nederland maar één schadevergoedingssysteem en zou het in het licht van het gelijkheidsbeginsel niet moeten uitmaken wie de schadeveroorzaker is: de Staat of een private persoon.²¹⁷

5. Slotgedachte rechtsvergelijking: een lappendeken aan oplossingen

De huidige aanpak van de problematiek van schade van derden begint op een lappendeken te lijken. Dat volgt al uit de conclusies van de vorige hoofdstukken. Een voorbeeld is de positie van de moeder die de verzorging voor haar verwonde kind op zich neemt en geestelijk ziek wordt door het zien van haar lijden. Zij krijgt hoogstwaarschijnlijk een vergoeding voor de bespaarde kosten van de professionele hulpverlening, terwijl haar concrete verlies veel groter kan zijn. Om meer vergoed te kunnen krijgen moet zij 'het geluk' hebben dat zij direct geconfronteerd is met de gevolgen van het ongeval van de direct gekwetste, dat is veroorzaakt door de schending van een verkeers- en veiligheidsnorm, dat zij geschokt is én dat zij daardoor geestelijk letsel heeft.

Die lappendeken wordt nog groter als de uitkomst in het *Wrongful birth I*-arrest wordt gezien in combinatie met hetgeen is besproken in dit hoofdstuk.²¹⁸ De doorkruising van iemands recht om te kiezen voor het stichten van een gezin wordt beschermd op grond van het onrechtmatige daadsrecht (en het contractenrecht). Aansprakelijkheid tegenover de ouders van een (al dan niet gezond) geboren kind is mogelijk. De (inkomens)schade die daardoor ontstaat, wordt, voor zover redelijk, vergoed. Ook wordt een vergoeding toegekend voor de immateriële schade. Geestelijk letsel is geen vereiste voor de toekenning van die vergoeding, omdat sprake is van de schending van een fundamenteel recht (het recht op gezinsplanning). Als immaterieel nadeel ontstaat aan de zijde van gezinsleden door het verlies of ernstige letsel van de direct gekwetste hoeft geen smartengeldbedrag toegekend te worden. Het Wetsvoorstel affectieschade is verworpen door de Eerste Kamer.

216 Wijnakker 2010, p. 315.

217 Pronk 2011, p. 44.

218 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*).

De vordering van de ouders of kinderen van de direct gekwetste in een letsel- of overlijdensschadezaak wordt vooralsnog als een ‘afgeleide’ beschouwd van de normschending tegenover de direct gekwetste. Zo ook in het Wetsvoorstel affectieschade. De exclusieve werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW voorkomt dat er aanspraak kan worden gemaakt op volledige vergoeding van de schade van feitelijk derden veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander, ook indien jegens wel autonoom een onrechtmatige daad is gepleegd. Onwaarschijnlijk is dat er een beroep kan worden gedaan op een normschending zoals de doorkruising van iemands recht op gezinsplanning. En als dat al mogelijk zou zijn, dan wordt die vordering geblokkeerd door de exclusieve werking van het bijzondere wettelijke systeem.

Het EHRM gaat wel voorwaarts; tenminste, als het gaat over een schending van het recht op leven in de zin van artikel 2 EVRM en die schending zich heeft voorgedaan in een verticale verhouding. Dit levert als resultaat op dat de moeder die haar kind verliest door een onrechtmatig politieshot waarschijnlijk wel vergoeding ontvangt voor haar immateriële schade, terwijl een moeder die haar kind verliest doordat een willekeurige persoon schiet, geen vergoeding ontvangt voor haar immateriële schade (tenzij het oogmerk bestond aan de zijde van de schutter om de moeder leed toe te brengen). Het is moeilijk om gelijke grenzen te trekken binnen het (aansprakelijkheids)recht, maar hier gaat dat wel erg ver.

6. Conclusie

Het Wetsvoorstel affectieschade is in 2010 verworpen door de Eerste Kamer. Samen met Duitsland en Denemarken neemt Nederland daarmee een uitzonderingspositie in in Europa. Verschillende argumenten zijn genoemd. In de kern kunnen de tegenargumenten gereduceerd worden tot drie kernzinnen. De eerste is dat leed moeilijk vergoedbaar is en moeilijk te begroten is. Dit is echter een moeilijkheid die gepaard gaat met de vergoeding voor immateriële schade in het algemeen. Er moet dus ‘meer’ aan de hand zijn. De tweede moeilijkheid is dat de situaties waarin vergoeding toegestaan zou moeten zijn lastig te omlijnen zijn. Men kan hierbij denken aan zowel de kring van gerechtigden als de situatie waarin de direct gekwetste is komen te verkeren. Dat argument is echter inherent aan het vraagstuk: affectieve relaties zijn moeilijk te omlijnen en het ene letsel is het andere niet. Dat betekent niet dat daarom vergoeding in zijn algemeenheid afgewezen moet worden. Ten slotte bestaat er een meer principieel argument: in deze situatie zou het civiele recht niet moeten worden ingezet.

Naar Nederlands recht wordt geen vergoeding toegekend voor het leed van naasten en nabestaanden. Die vergoeding wordt in Nederland meestal vergoeding voor affectieschade genoemd; een vergoeding voor verdriet. In de Franse literatuur en rechtspraak is gesteld dat de immateriële schade van een naaste, naast verdriet, mede verband houdt met de sterke verandering van het gezinsleven. In die context is wel

gewezen op het verschil dat bestaat ten opzichte van de *wrongful birth*- en *life*-vordering en de doorkruising van het keuzerecht in verband met de gezinsplanning. De vraag is dus in hoeverre het belang van de ouders, dat geen betrekking heeft op gezinsplanning, maar op de sterke verandering van het gezinsleven, beschermd zou moeten worden door het onrechtmatige daadsrecht.

In één zaak oordeelde de Hoge Raad dat er autonome aansprakelijkheid bestaat jegens een moeder, terwijl haar nadeel is veroorzaakt door het overlijden van haar kind: het *Oogmerk*-arrest.²¹⁹ De regel die voortvloeit uit dat arrest is: als de schadeveroorzaker de intentie heeft om met het veroorzaken van iemands overlijden direct een derde te kwetsen, bestaat er aansprakelijkheid jegens een naaste. Als die directheid – het gebruikmaken van iemands integriteit om een derde te benadelen – niet bestaat, is de Hoge Raad terughoudend en bestaat er slechts de uitzondering van de shockschadevordering. Die vordering vindt zijn grondslag in artikel 6:162 BW en levert een recht op volledige schadevergoeding op.

Het EHRM gaat echter verder dan de Hoge Raad wat betreft de vergoeding voor immaterieel nadeel van naasten. Zowel in letsel- als in overlijdensschadezaken wordt bij een materiële schending van het recht op leven (artikel 2 EVRM) of de schending van een procedurele eis in deze context in verticale verhoudingen een schadevergoedingsbedrag toegekend. Die werkwijze is te verklaren door de nadruk die in het kader van het EVRM ligt op het effectief kunnen sanctioneren van rechtsschendingen, maar levert voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht een moeilijkheid op. In het licht van het gelijkheidsbeginsel lijkt namelijk moeilijk te verklaren waarom in verticale verhoudingen wel een vergoeding voor immateriële schade aan naasten moet worden gegeven, terwijl dat in horizontale verhoudingen – gezien de huidige inrichting van het schadevergoedingsrecht – niet hoeft.

In het licht van het bovenstaande en van de uitkomsten van de vorige hoofdstukken is geconcludeerd dat de lappendeken compleet is. Het huidige systeem zorgt voor een categorische uitsluiting van vergoedingsplichten jegens derden als hun schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. De ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht heeft niet kunnen plaatsvinden wat betreft schade van derden in personenschadezaken. Vooral voor naasten wordt naar verruiming gezocht, waarbij men kan denken aan de vergoeding voor verlies van tijd, de shockschadevordering (die vooral in die context wordt aangewend), het *Oogmerk*-arrest en een beroep op fundamentele rechten. De kernvraag is dan: hoe dit op te lossen. In de volgende twee hoofdstukken wordt nader ingegaan op die vraag.

219 HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216, m.nt. J.B.M. Vranken; *NTBR* 2002, p. 77, noot E.F.D. Engelhard (*Oogmerk*).

8 DRIE THEMA'S: ARGUMENTEN, HANDHAVING EN TWEË TE ONDERSCHIEDEN VRAGEN

1. Inleiding

De kernvraag als het om schadevergoeding voor derden in personenschadezaken gaat, is onder welke omstandigheden welke belangen van derden beschermd zouden moeten worden. Als die vraag beantwoord is, dan ligt de vraag voor of het bijzondere systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW heroverwogen moet worden en, zo ja, op welke manier. Dit hoofdstuk dient als 'schakel' tussen de rechtsvergelijkende analyse, waarin verschillende vergoedingsmogelijkheden voor (voornamelijk) naasten aan de orde kwamen, en de uiteindelijke keuzes met betrekking tot de vraag welke derden (en welke schadeposten) beschermd zouden moeten worden en de manier waarop aan die bescherming moet worden vormgegeven in hoofdstuk 9. In dit hoofdstuk wordt met de kennis over het geldende recht (en de argumenten die in dat kader zijn genoemd) de stap gemaakt naar wenselijk recht (zie vooral hoofdstuk 9).¹ In hoofdstuk 9 wordt ook de onderzoeksvraag beantwoord: in hoeverre moet het huidige systeem worden heroverwogen?

Drie thema's komen in dit hoofdstuk aan de orde. Het eerste thema betreft de argumenten voor en tegen de werking van het huidige systeem zoals die in de voorgaande hoofdstukken aan de orde zijn gekomen. Daarmee bedoel ik de argumenten met betrekking tot zowel de keuze voor een bijzonder systeem, als de inhoudelijke keuzes die zijn gemaakt binnen dat systeem met betrekking tot de vergoedbaarheid van bepaalde schadeposten van derden. Daarna zal aandacht worden besteed aan de werking van het aansprakelijkheidsrecht, die mijns inziens (in de kern) privaatrechtelijke handhaving is (thema 2). Inzichtelijk zal worden gemaakt dat vanuit het idee van privaatrechtelijke handhaving altijd twee vragen spelen als een derde schade lijdt: één over de sanctie die zou moeten staan op de onrechtmatige daad *tegenover de direct gekwetste* en één over onder welke omstandigheden autonome aansprakelijkheid *zou moeten bestaan tegenover de derde* (thema 3, paragraaf 5). Benadrukt moet worden dat hoofdstuk 8 en 9 niet meer gaan over het huidige positieve recht, maar over *wenselijk recht*. Ik begin met een aantal opmerkingen vooraf, waardoor inzichtelijk wordt

1 Het is mijns inziens onvermijdelijk dat beide 'delen' onafhankelijk van elkaar te lezen zijn, omdat de thematiek en het doel verschillend is. Het doel van de rechtsvergelijkende hoofdstukken was om het geldende recht te beschrijven en argumenten te vinden. Door die kennis is een beeld gevormd wat het wenselijke recht mijns inziens zou moeten zijn. Daar doet wel een belangrijk keuzemoment voor: hoe wordt bepaald wat wenselijk recht is (zie nader paragraaf 2.1 van dit hoofdstuk).

wat mijn startpunten zijn voor de beschermwaardigheid van belangen van derden in personenschadezaken.

2. Opmerking vooraf: twee keuzes

2.1 Een 'meetpunt'

Zoals ik in hoofdstuk 1, paragraaf 5.3 uiteengezet heb, is gekozen voor een argumentatieve rechtsvergelijking. Het onderzoek heeft zich niet gericht op één vereiste van onrechtmatige daad, maar in de rechtsvergelijkende analyse is vooral gezocht naar de achterliggende argumenten voor het kiezen voor een bepaalde vorm van begrenzing. Dat brengt mij bij wat Scholten heeft gesteld:

'Het is altijd – niet alleen in de rechtswetenschap – het *geheel* der argumenten, dat de overtuiging wekt.'²

Maar hoe wordt gewicht toegekend aan ieder argument en welk argument is doorslaggevend? Wat dat betreft haak ik graag aan bij hetgeen is betoogd door Giesen en Vranken, waarbij ik start met een citaat van Giesen, schrijvend over wat naar zijn mening 'rechtvaardig' of 'maatschappelijk wenselijk' is:

'De rechtvaardigheidsnotie, dat normatieve oordeel of die aangehangen ideologie, is dan lastig verder te definiëren of te funderen. Ik ga dat op deze plaats ook niet proberen. Hier volstaat dat op het vlak van de methode uiteindelijk, net als in het "gewone" rechtsvindingsproces, alleen de explicitering en motivering van de gemaakte keuze, gegeven iemands basale notie van wat juist is, bepalend kan zijn.'³

En met Vranken:

'Natuurlijk is het "basic instinct" mede gevormd door iemands juridische opleiding en ervaring, maar niet alleen. Het wordt ook beïnvloed door al andere dat iemands persoonlijkheid maakt. Ik denk dat dit juist is. Sterker nog, ik denk dat het in beginsel opgaat voor vrijwel iedere ietwat gecompliceerde belangenafweging in het privaatrecht. Een afweging veronderstelt immers een meetpunt. Pas in het licht daarvan krijgen (tegen)argumenten reliëf en vallen ze op hun plaats. Meetpunten kunnen bijvoorbeeld zijn menselijk geluk, rechtvaardigheid, consistentie, vaste rechtspraak, wettelijke beperkingen, welzijnsmaximalisatie, praktische hanteerbaarheid, efficiency, rechtszekerheid, compensatie, genoegdoening, e.t.c. Ook combinaties zijn mogelijk. Wat men echter ziet, is dat, hoewel meetpunten feitelijk wel worden gehanteerd en dan de kern van de beslissing vormen, ze in de rechtspraak

2 Asser-Scholten (algemeen deel) 1974, p. 54.

3 Giesen 2005a, p. 16.

en literatuur lang niet altijd met zoveel woorden worden benoemd, laat staan met precisie worden afgebakend, geoperationaliseerd en getoetst (...).⁴

Iemands basale notie van wat juist is 'kleurt' de uitkomst van een normatief onderzoek. Iemands 'meetpunt' is namelijk wat, in het begin vaak onbewust, als toetsingskader wordt gekozen als de vraag wordt gesteld naar het *wenselijke recht*.

Hoe wordt de uitkomst van dit onderzoek vormgegeven? In het onderstaande en in het hierna volgende hoofdstuk zal ik zo expliciet mogelijk aangeven wat mijn gedachten zijn geweest bij de oplossingen die worden voorgesteld. Het startpunt van mijn gedachtegang is dat 'de derde', zoals die term thans wordt geïnterpreteerd, niet bestaat.

2.2 'De derde' bestaat niet

Iemand is derde, omdat hij schade lijdt vanwege het letsel of overlijden van een ander. In de Nederlandse literatuur wordt dit betiteld als 'indirectheid'. Naar Frans recht als '*par ricochet*'. In Duitsland als '*Dritten*' en in Engeland als '*third party damage*' of '*secondary victim*'. Als de betekenis van deze begrippen nader wordt bezien, kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee wijzen van concretiseren van wie een 'derde' is. Dat kan enerzijds door de feitelijke vaststelling van de persoon die 'derde' is en anderzijds door de normatieve vaststelling van wie een 'derde' is. In het kader van de feitelijke vaststelling is iemand een 'derde' als zijn schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. De normatieve vaststelling van wie 'derde' is, heeft te maken met de juridische vraag of hij al dan niet een geslaagde vordering heeft op grond van het onrechtmatige daadsrecht (waarmee ik hier *niet* bedoel de artikelen 6:107 en 6:108 BW, maar de artikelen 6:162 BW e.v.). Kan iemand geen aanspraak maken op vergoeding krachtens het onrechtmatige daadsrecht – of krachtens een andere grondslag voor vestiging van aansprakelijkheid – dan is hij vanuit juridisch perspectief 'een derde'. Gewezen kan worden op het onderscheid dat naar Duits recht wordt gemaakt tussen *unmittelbar* en *mittelbar Geschädigten* (zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.3). Dat onderscheid wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van lichamelijk of geestelijk letsel en bijvoorbeeld de aanwezigheid van louter verdriet of verlies van levensonderhoud. De centrale vraag is welke omstandigheid (zoals de aanwezigheid van letsel of de doorkruising van iemands gezinsleven) naar Nederlands recht als uitgangspunt zou moeten gelden wat betreft de kwalificering van de positie van (feitelijk) derden in het onrechtmatige daadsrecht en wat de argumenten zijn om tot die keuze te komen (hoofdstuk 9, paragraaf 3). Met andere woorden, onder welke omstandigheden zou een feitelijk derde vanuit juridisch perspectief 'tweede' moeten zijn en dus schadevergoeding moeten ontvangen krachtens het onrechtmatige daadsrecht?

4 Noot J.B.M. Vranken onder HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (*Baby Kelly*), nr. 11. Zie ook Asser-Vranken, Vervolg, met name nr. 149-150.

Terug naar de feitelijke indirectheid van de schade van derden. Die feitelijke indirectheid (in combinatie met het systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW dat voorziet in zijn vorderingsrecht), 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 onrechtmatige daadsrecht *te ontzeggen*. Die gedachte wordt van oudsher ingegeven door de wetsystematische interpretatie van de Hoge Raad ten aanzien van de exclusieve werking van het bijzondere systeem. De wetgever heeft die werking in de parlementaire geschiedenis van de artikelen 6:107 en 6:108 BW bevestigd.⁵

Die interpretatie zet de wetenschap en praktijk voor moeilijkheden. Men kan hierbij denken aan de confrontatie-eis van de shockschadevordering en het moeilijke onderscheid dat daardoor moet worden gemaakt tussen geestelijk letsel ontstaan door verdriet of door confrontatie. Maar ook aan de discussie over de vergoeding voor inkomensschade van naasten: thans geeft artikel 6:107 BW weinig ruimte om een vergoeding te bieden voor deze schadepost, maar de mogelijkheid om de vraag te stellen of die schade zou moeten worden vergoed op grond van het onrechtmatige daadsrecht bestaat eenvoudigweg niet.

Ik ben kritisch dus over de exclusieve werking van het bijzondere systeem. Dat iemand derde is, wordt feitelijk vastgesteld, maar als hoofdregel wordt dan ook direct een oordeel gegeven over diens positie binnen het aansprakelijkheidsrecht. Gewezen kan echter worden op datgene betoogd door Kötz en Wagner: het feit dat de wetgever een bijzondere groep personen heeft willen beschermen door middel van een afgeleid vorderingsrecht, zou niet hoeven te betekenen dat aan hun of anderen een recht op volledige schadevergoeding krachtens het onrechtmatige daadsrecht wordt ontzegd.⁶ 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.⁷ De vordering van een schadelijder zou dan 'gewoon' langs de meetlat van het onrechtmatige daadsrecht kunnen worden gelegd en daar wordt dan de uitkomst bepaald. Volgens Knol heeft de exclusiviteit daarom een 'kunstmatig' karakter:

'Het limitatieve karakter brengt mee dat er ten aanzien van derden geen ruimte meer is voor enige afweging aan de hand van het relativiteitsvereiste. Ongeacht de uitkomst in de vestigingsfase, wordt in de omvangsfase een knoop doorgehakt: geen schadevergoeding.'⁸

Dit wordt ook helder als een vergelijking wordt gemaakt met vorderingen van derden in zaakschade- en zuivere vermogensschadezaken. Daar kan een derde wel een beroep doen op het onrechtmatige daadsrecht en onder omstandigheden is dat be-

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

6 Kötz en Wagner 2010, p. 63.

7 Vgl. Verheij 2005, p. 210.

8 Knol 1985, p. 265.

roep ook succesvol.⁹ Belangrijk is echter ook dat de onrechtmatige daad tegenover de een nog geen onrechtmatige daad tegenover de ander oplevert. Er moet meer aan de hand zijn dan louter het feit dat schade of letsel wordt opgelopen. Maar dat betekent niet dat er geen ‘tweede’ onrechtmatige daad tegenover een ‘derde’ kan zijn gepleegd.

Een goed voorbeeld van hoe bijzonder de situatie is in een letselschadezaak biedt de uitkomst in de zaak *Rockwool/Poly*: er is onrechtmatig gehandeld jegens het naburige bedrijf, maar omdat de oorzaak van de (bedrijfs)schade is gelegen in het letsel van de werknemers, wordt dat bedrijf een schadevergoeding ontzegd. Een andere uitkomst wordt bereikt in zaken waarin het niet gaat over letselschade of overlijdensschade. Denk hierbij aan de uitkomst in de zaak *Kip en Sloetjes*. Dat een onrechtmatige daad is gepleegd tegenover een besloten vennootschap, sluit niet uit dat ook een onrechtmatige daad is gepleegd jegens aandeelhouders. Er gelden daar bijzondere restricties, maar het ‘feitelijk derde zijn’ is uiteindelijk geen obstakel om tot aansprakelijkheid te concluderen.¹⁰

Analogieën laten zien dat de schoen wringt. Dat geldt wat betreft de exclusieve werking van het bijzondere systeem, omdat daardoor aan een derde geen schadevergoeding hoeft te worden toegekend op grond van het onrechtmatige daadsrecht als zijn schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. Dat die schadevergoedingsverplichting wel kan bestaan in andersoortige schadezaken hoeft echter niet doorslaggevend te zijn om tot de conclusie te komen dat die verplichting ook moet bestaan in personenschadezaken. Het bestaan van deze analogie is mijns inziens louter een van de argumenten die gewogen zouden moeten worden.

Laat ik vooropstellen dat de directheid – de ‘nabijheid’ – van iemands schade wel een argument zou kunnen zijn bij de oordeelsvorming omtrent de onrechtmatige daad, maar doorslaggevend hoeft dat argument niet te zijn. Zoals *Lord Oliver* opmerkt:

*‘And, in the end, it has to be accepted that the concept of “proximity” is an artificial one which depends more upon the court’s perception of what is the reasonable area for the imposition of liability than upon any logical process of analogical deduction.’*¹¹

De directheid, indirectheid, of ‘nabijheid’ van iemands schade zegt in beginsel nog niet zoveel over de beschermwaardigheid van iemands belang. Eenvoudig gezegd: het is geen kwestie van op- of aftrekken. Dit laat zich illustreren door de uitkomst in de *Baby Kelly*-zaak. Dat de schade van de vader van Kelly moet worden vergoed, wordt niet veroorzaakt door de mate van ‘directheid’ van zijn schade, maar door de beschermwaardigheid van zijn belang: zijn keuzerecht moet worden beschermd door het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en valt dus binnen de ‘reasonable area

9 Zie bijv. Van Boom 2001, p. 97; Hartlief 2006, p. 98; Rijnhout 2008, p. 168 (zie ook vnt. 58); Engelhard 2010, p. 333-337. Hierover ook Lindenberg 1998, p. 179-180.

10 Over die restricties zie Engelhard 2010, p. 354-362.

11 *Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire* [1992] 1 A.C. 310, 411.

for the imposition of liability'. De kernvraag is hier of belangen van naasten en nabestaanden in personenschadezaken autonoom bescherming zouden moeten verdienen – afgezien van het belang van de direct gekwetste (de persoon met het lichamelijke letsel) – krachtens het onrechtmatige daadsrecht en vooral *waarom* (zie nader hoofdstuk 9, paragraaf 3).

Dat brengt mij bij een ander argument tegen de exclusieve werking van de artikelen 6:107-108 BW, afkomstig van Verheij: het uitsluiten van personen achter wie niet 'nummer 1' staat (de direct gekwetste), maar 'nummer 2' (de derde) is niet per definitie in lijn met de gevoelens van het individu. Een vader die geestelijk letsel heeft vanwege het overlijden van zijn zoon, zal niet het gevoel hebben dat hij indirect getroffen is, aldus Verheij.¹² Zijn gezinsleven is voorgoed veranderd.

Waar ik mij hier in de kern tegen verzet is dat er direct een oordeel wordt gegeven over de positie van de 'feitelijk derde' door hem een (volledige) schadevergoeding te ontzeggen, ook als die schadevergoedingsverplichting krachtens het onrechtmatige daadsrecht wel zou kunnen (of moeten) bestaan. Als die schadevergoedingsverplichting wel zou kunnen bestaan, dan is mijns inziens de ene derde de andere niet, omdat zij allen een ander belang vertegenwoordigen. Denk hierbij aan een gezondheidsbelang (toeschouwer, naasten), het belang van gezinsleven, een economisch belang (schuldeisers, werkgevers, de fiscus) et cetera. Wat betreft die verschillende belangen zou dan een afweging van argumenten kunnen worden gemaakt als het gaat om hun positie binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Daarmee wordt een start gemaakt in hoofdstuk 9, paragraaf 3.

De exclusieve werking van het bijzondere wettelijke systeem is mijns inziens de angel in het probleem wat betreft de positie van derden in personenschadezaken. Dat betekent niet dat als die angel er uit wordt getrokken, daarmee alle moeilijkheden verdwijnen. Ook betekent dit niet dat nu al de conclusie moet worden getrokken dat van dat idee afstand moet worden gedaan, omdat er ook argumenten bestaan die pleiten voor die exclusieve werking; en dus voor de manier waarop is vormgegeven aan het huidige systeem. Die andere argumenten moeten mijns inziens wel sterk zijn. Over de argumenten voor en tegen de werking en inrichting van het huidige systeem gaat de volgende paragraaf.

3. Eerste thema: argumenten uit de voorgaande hoofdstukken

3.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is een aantal argumenten naar voren gekomen voor en tegen de inrichting en interpretatie van het huidige systeem. Die argumenten heb-

¹² Verheij 2005, p. 210.

ben vooral betrekking op de keuze vóór een gelimiteerd systeem, dat bovendien exclusief werkt. Daarnaast zijn argumenten genoemd die een inhoudelijk oordeel geven over de bescherming die thans wordt gegeven. Deze paragraaf geeft een overzicht van die argumenten, met als doel inzichtelijk te maken welke argumenten belangrijk zijn als wordt nagedacht over de (her)inrichting van het bijzondere systeem.

3.2 Rechtszekerheid en voorkomen van willekeur

Het argument voor de introductie van een limitatief systeem in het Oud BW en de handhaving daarvan in het huidige BW is rechtszekerheid. Er bestaat behoefte aan het voorkomen van arbitraire verschillen tussen rechterlijke uitspraken (willekeur). Zekerheid vooraf leek gewenst. Daarom is een bijzonder systeem gecreëerd, in de vorm van de artikelen 6:107-108 BW, dat aangeeft welke derde vergoeding kan vorderen van welke schade.¹³

De behoefte aan deze vorm van rechtszekerheid komt niet alleen tot uitdrukking in de limitatieve aard van het systeem, maar ook in de exclusieve werking daarvan ten opzichte van het onrechtmatige daadsrecht (en het contractenrecht). Die keuze is, zoals gezegd, opvallend en loopt uit de pas ten opzichte van het open karakter van het onrechtmatige daadsrecht.¹⁴ De open norm (o.a. in strijd handelen met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm) geeft 'normaliter' richting aan het aansprakelijkheidsrecht. De rechter heeft bewegingsvrijheid gekregen om in individuele zaken een belangen afweging te maken: voor wiens risico moet de schade komen, de schadelijder of de schadedrager? Anders is dat dus in personenschadezaken wat betreft schade van derden.

Daar komt bij dat niet duidelijk is in wiens belang het limitatieve en exclusieve systeem is gecreëerd. Langemeijer concludeerde eerder – voor het arrest van 10 januari 1958 – dat het doel van artikel 1407 Oud BW mede is om te waken tegen 'onbegrensde vergoedingsplichten als gevolg van de onafzienbare werking van de verwonding van een mens'.¹⁵ Dat argument is terug te vinden in de Duitse literatuur over de beperking van het algemene onrechtmatige daadsrecht (§ 823 BGB) door in beginsel zuivere vermogensschade niet als beschermd belang aan te wijzen (zie nader hoofdstuk 3, paragraaf 3.3). Het (meestal) zuiver financiële belang van derden wordt op die manier niet autonoom beschermd door middel van het onrechtmatige daadsrecht. De derde is daardoor voor de vergoeding van zijn kosten afhankelijk van het bestaan van een bijzonder verhaals- of regresrecht, zoals dat van § 844 en § 845 BGB.

De omvang van de groep van potentiële claimanten lijkt echter niet zo groot, aldus Hartlief. Daarbij vraagt hij zich af: 'Zou zekerheid omtrent niet-vergoeding voor de getroffen en aantrekkelijker zijn dan onzekerheid omtrent wel-vergoeding?'¹⁶ Hartlief

13 Hartlief 2006, p. 99 en 100.

14 Vgl. Vranken 1988, p. 157.

15 P-G Langemeijer voor HR 10 januari 1958, NJ 1958, 79, m.nt. L.E.H.R. (*Van Hoof/Van der Plas*).

16 Hartlief 2006, p. 103.

spreekt de verwachting uit dat het vooral gaat om zekerheid voor 'de betalende kant': 'zekerheid omtrent niet-vergoeding is voor daders en hun verzekeraars oneindig veel aantrekkelijker dan onzekerheid omtrent wel-vergoeding.' Voorts zou er in de praktijk ook behoefte bestaan aan duidelijkheid. Daarbij merkt Hartlief ook op dat het in andere dan personenschadezaken niet per definitie zo is dat een derde op het toneel verschijnt, terwijl dat in personenschadezaken wel zo is: 'Bij personenschade gaat het om zekerheid omtrent rechtsposities in de *standaardsituatie*.¹⁷

De bijzondere regeling heeft één belangrijk voordeel. Rechtszekerheid wordt geboden aan diegene die tot de kring van gerechtigden behoort. Er bestaan in beginsel geen 'bewijsmoeilijkheden.' Als de derde wordt genoemd in de regeling, heeft hij een vorderingsrecht. Dat was onder andere het motief voor de Law Commission om, in het kader van het voorstel voor hervorming van de shockschadevordering en de regeling voor *bereavement damages*, te concluderen dat een duidelijke leidraad moet bestaan die aangeeft wie tot de kring van gerechtigden behoren (hoofdstuk 6, paragraaf 3.4.3 en hoofdstuk 7, paragraaf 2.4). Moeilijke discussies worden voorkomen. Het andere motief was overigens om verregaande uitbreiding te voorkomen, waarover later meer.

Onderkend moet worden dat een limitatief en exclusief systeem zorgt voor meer voorspelbaarheid bij voorbaat, maar dat betekent niet dat een opener systeem onvoldoende rechtszekerheid kan bieden.¹⁸ Die rechtszekerheid kan namelijk ook worden bewerkstelligd door factoren en criteria die het recht op schadevergoeding van derden helder kunnen afbakenen; en die criteria en factoren kunnen ook tot ontwikkeling komen door middel van rechtspraak. Gewezen kan daarbij worden op de shockschadevordering die, zeker na de uitkomst in het *Vilt*-arrest, vrij helder is afgebakend.¹⁹ Daarnaast kan gewezen worden op de stand van zaken in het Franse recht. Het Franse recht wordt gekenmerkt door openheid: derden kunnen een recht op schadevergoeding ontlenen aan het onrechtmatige daadsrecht. Dat recht is echter niet ongelimiteerd. De schadevergoedingsverplichting van de schadeveroorzaker jegens de feitelijk derde bestaat bijvoorbeeld alleen als is voldaan aan een aantal criteria die vooral gekenmerkt worden door de affectieve en stabiele relatie die bestaat tussen de direct gekwetste en de derde. Ook daar is rechtszekerheid ontstaan en die rechtszekerheid is niet tot stand gekomen door middel van wetgeving, maar via rechtspraak.

De keuze voor begrenzing door middel van ofwel wetgeving ofwel rechtspraak kan in verband worden gebracht met de taak(opvatting) van de rechter. Door te concluderen dat derden een schadevergoeding zouden moeten kunnen ontvangen met een beroep op het onrechtmatige daadsrecht krijgt de rechter namelijk een grotere taak dan thans bestaat: het creëren van nieuwe grenzen van aansprakelijkheid. Maar dat is mijns inziens niet vreemd, omdat dat inherent is aan de openheid van de norm-

17 Hartlief 2006, p. 103.

18 Vgl. Linderbergh 2002a, p. 1468.

19 De vraag is echter in hoeverre daar sprake is van wenselijke rechtszekerheid, waarover later meer.

stelling in artikel 6:162 BW. Verwezen kan worden naar de woorden van Vranken: in de open norm van artikel 6:162 BW zit de rechtsvormende taak van de rechter ingebakken.²⁰ De vraag is hoe de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm moet worden geïnterpreteerd als het gaat over schade van derden. Die vraag is nog niet beantwoord. Dat leidt tot rechtsonzekerheid, maar die rechtsonzekerheid zal slechts tijdelijk zijn. Net zoals die rechtsonzekerheid altijd bestaat bij nieuwe vragen over normstelling en onrechtmatigheid. Die onbekendheid is inherent aan de werking van en beweging in het onrechtmatige daadsrecht, waarover later meer. Er moet worden benadrukt dat die ontwikkeling in het verleden ook niet om die reden is tegengehouden, waarbij gedacht kan worden aan de uitkomsten in *Taxibus*, *Karamus/Nefalit* en *Baby Kelly*. Bovendien lijkt de taak van de rechter weliswaar moeilijker te worden, maar die taak wordt thans ook bemoeilijkt door zaken waarin de grenzen van het systeem worden bevraagd en getest. In die gevallen wordt er ook een beroep gedaan op de rechtsvormende taak van de rechter, maar wordt de rechter gedwongen om binnen een beperkt systeem te zoeken naar mogelijkheden voor uitbreiding. Mijns inziens is dat bezwaarlijker dan de toepassing van een open norm. Ten eerste biedt een open norm de ruimte om maatwerk te verrichten in individuele gevallen. Daarnaast heeft de toepassing van een open norm het voordeel dat gereageerd kan worden op veranderde maatschappelijke opvattingen (zie nader in paragraaf 3.3 van dit hoofdstuk). Voorts biedt de toepassing van een open norm de ruimte om te motiveren *waarom* wordt gekozen voor een uitbreiding dan wel ‘beperking’ van aansprakelijkheid. Ten slotte, zo heeft bestudering van het Franse recht uitgewezen, heeft ook een open norm een grens: niet iedere derde en ook niet iedere naaste of nabestaande hoeft naar Frans recht een schadevergoeding te ontvangen krachtens het onrechtmatige daadsrecht.

Waarom wordt dan toch juist in personenschadezaken de rechtszekerheid als argument naar voren geschoven ter onderbouwing van de keuze voor een bijzonder wettelijk systeem? Daarvoor moet een aanvullende reden bestaan. Bestaat dat limitatieve systeem, zoals Hartlief opmerkt, ten gunste van de betalende kant? Of juist ten gunste van de derde? Bestaat er zonder wettelijk systeem wellicht géén aanspraak voor derden? Biedt het onrechtmatige daadsrecht juist *niet* de bescherming die men door middel van de artikelen 6:107-108 BW beoogt te bieden? Deze vragen zijn belangrijk voor de vervolgstappen. Men moet zich afvragen waarom zekerheid gewenst is, of die mogelijke ontwikkelingen echt zo slecht zijn en of ‘angsten’ terecht zijn, zeker in het licht van de effecten van het huidige systeem: categorische uitsluiting van vergoeding van bepaalde schadeposten van derden.

Benadrukt moet ten slotte worden dat rechtszekerheid niets zegt over de inhoud van de regel. Rechtszekerheid heeft veeleer betrekking op voorspelbaarheid en zekerheid omtrent *een* regel. Grenzen worden getrokken. Maar de zekerheid die wordt beoogd

²⁰ Vranken 1988, p. 157.

met die grenzen zegt in beginsel niets over de inhoud of *rechtvaardiging* daarvan. Zoals Beaver terecht opmerkt:

*'The argument was that liability must end somewhere and so it may as well end here. There is no reason why liability should end at this particular point, but then there is no reason why it should end at any particular point.'*²¹

Als rechtszekerheid het motief is, kan dat argument dus niet geïsoleerd worden beschouwd ter beoordeling van een regeling. De vraag is veeleer: zijn de inhoudelijk getrokken grenzen te rechtvaardigen? Daarom moet de vraag gesteld worden: bieden de artikelen 6:107-108 BW *de inhoudelijk gewenste rechtszekerheid*?

Voorts kan men zich afvragen of de artikelen 6:107 en 6:108 BW *de beoogde rechtszekerheid* hebben bereikt. Dat is niet zo. Sinds de introductie van het huidige BW worden vraagtekens gezet bij de grenzen als het gaat over vorderingsrechten van naasten, zowel wat betreft hun materiële als hun immateriële schade.²²

Bij de artikelen 6:107 en 108 BW komen de *beoogde rechtszekerheid* en de *inhoudelijk gewenste rechtszekerheid* nog niet samen. Inhoudelijk gewenst lijkt de regeling niet, niet aan de schadelijdende kant, niet aan de betalende kant en niet aan de zijde van de Hoge Raad, en dus loopt het spaak bij de beoogde rechtszekerheid. Men kan hierbij denken aan het feit dat affectieschade geen vergoedbare schadepost is of de kritiek die is geuit op de begrenzing van de shockschadevordering. Maar die beoogde rechtszekerheid kan wel ontstaan als de inhoud van het bijzondere systeem wordt aangepast. Die aanpassing kan echter als nadeel hebben dat door toekomstige maatschappelijke ontwikkelingen het bijzondere systeem wellicht weer inhoudelijk ongewenst is.

Verandering moet in ieder geval niet plaatsvinden op de wijze waarop de wetgever tot nu heeft geprobeerd verandering te bewerkstelligen. Het probleem is namelijk breder. Zoals Verheij treffend stelt, leek de houding van de wetgever ten opzichte van het Wetsvoorstel affectieschade op die van iemand die 'piketpaaltjes probeert te slaan op volle zee'.²³ Met andere woorden, gedacht werd dat een vooruitgang, zoals de shockschadevordering, een halt kon worden toegeroepen. Het echte probleem is anders: de huidige begrenzing van het bijzondere systeem (zowel het limitatieve als het exclusieve karakter) lijkt het probleem en dat probleem kan niet worden opgelost enkel door middel van de introductie van de vergoeding voor affectieschade. Zoals in de hoofdstukken 4 tot en met 7 aan de orde is gekomen, is het probleem breder: er wordt op deelterreinen naar uitbreiding gezocht ten gunste van naasten en nabestaanden en in het kader van die 'zoektocht' wordt aansluiting gezocht bij verschillende omstandigheden of argumenten, zoals erkenning van verdriet (affectieschade),

21 Beaver 2007, p. 120 over *Winterbottom v. Wright*.

22 Zie voorgaande hoofdstukken over de vergoeding voor een verlies van tijd, de shockschadevordering en vergoeding voor affectieschade.

23 Verheij 2005, p. 209.

geestelijk letsel veroorzaakt door de confrontatie met een ongeval (shockschadeverordering) en erkenning voor de zorg die iemand heeft geboden (vergoeding voor inkomensschade van naasten). Zoals in de vorige hoofdstukken te lezen valt, worden uitbreidingen niet alleen gezocht en bepleit in Nederland, maar ook in de Duitse, Engelse en Franse literatuur. Het bredere kader moet daarom worden overzien: als het gaat over het belang van naasten en nabestaanden onder welke omstandigheden zou dat belang bescherming verdienen krachtens het onrechtmatige daadsrecht en waarom? Met andere woorden, onder welke omstandigheden zou hun schade niet voor eigen rekening moeten komen, maar verplaatst moeten worden naar de schadeveroorzaker? In hoofdstuk 9 wordt een suggestie gedaan om de gewenste en beoogde rechtszekerheid samen te brengen door andere inhoudelijke begrenzingen voor te stellen.

3.3 Over domino-effecten, verzekerbaarheid en claimcultuur

De huidige limitering in personenschadezaken lijkt vooral voort te komen uit de wens om onzekerheid te voorkomen.²⁴ Er wordt gewaarschuwd voor domino-effecten, verzekerbaarheid en 'de claimcultuur'. En niet alleen in de Nederlandstalige literatuur worden deze argumenten genoemd, maar ook in de Duitse en Engelse. De onderliggende reden voor de beperkte blik op vergoeding voor schade van derden is helder, aldus Fleming:

*'to reduce the tortfeasor's burden in view of the fact that most accidents are apt to entail injurious consequences to the accident victim's family and other associates.'*²⁵

Deze paragraaf gaat over drie argumenten: het domino-effect, de verzekerbaarheid en de 'claimcultuur'. Geconcludeerd zal worden dat deze argumenten belangrijk zijn, maar vooralsnog inhoudsloos. Gestart wordt met een opmerking vooraf.

Argumenten zoals domino-effecten, of 'de claimcultuur' en '(on)verzekerbaarheid' zijn argumenten waarop vaak een beroep wordt gedaan om uitbreiding van aansprakelijkheid tegen te gaan. Meestal zonder verdere onderbouwing, zoals cijfers of andere gegevens. Op die manier worden het 'toverwoorden' die soms wenselijke ontwikkelingen binnen een rechtsgebied tegenhouden. Zo ook wat betreft het systeem voor vergoeding van schade van derden in personenschadezaken. Meestal wordt er van uitgegaan dat de afwezigheid van het bijzondere systeem zou leiden tot (onwenselijke) uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht, maar dat is verre van zeker. Een nieuwe vorm van begrenzing kan leiden tot andere uitkomsten dan thans het geval is, maar onbekend is of de grenzen *ruimer zullen worden getrokken* bij afwezigheid van dit systeem. Zomaar stellen dat een ander systeem leidt tot een claimcultuur, on-

24 Knol 1985, p. 267.

25 Fleming 1972, p. 487-488.

verzekeraarbaarheid en domino-effecten, is dan opmerkelijk en het valt te betreuren dat het leerstuk mede daarom niet tot bloei is gekomen.

Er kleeft bovendien – meer in het algemeen – een bezwaar aan een ongemotiveerd beroep op dit type argument: dit kan er voor zorgen dat het aan inhoudelijke betekenis verliest, terwijl bekend is dat verzekeraarbaarheid belangrijk is voor een goede werking van het aansprakelijkheidsrecht.

Wat wordt met de term 'domino-effect' bedoeld? Als wij het argument van het domino-effect nader bezien, dan kan dat effect zich in twee richtingen voordoen.

Ten eerste, het effect van vergoeding van de ene *schadepost* van derden op de andere: als de ene schadepost moet worden vergoed, moet dan ook de andere schadepost worden vergoed? Denk aan de discussie over affectieschade: waarom wel de immateriële kant regelen en niet de materiële kant (de inkomensschade)? De kernvraag hier is: *waarom* zou een bepaalde uitbreiding ook moeten leiden tot een andere uitbreiding. Het is niet zo dat, *omdat* de ene schadepost moet worden vergoed, *daarom* ook de andere moeten worden vergoed. Daarvoor moet steeds apart een rechtvaardiging bestaan. Een analyse is daarom vereist (zie hoofdstuk 9).

Een tweede richting waarop wel is gewezen, is dat de vergoedbaarheid van bepaalde schadeposten van derden van invloed is op het ('grotere') onrechtmatige daadsrecht of schadevergoedingsrecht, dus buiten het leerstuk van schade van derden. Als voorbeeld kan genoemd worden de vergoeding voor verlies van tijd. Spier betoogt in het licht van dit argument dat terughoudendheid betracht moet worden:

'Het is niet aanstonds wenselijk om gevallen die, los van de juridische dogmatiek, belangrijke punten van overeenstemming vertonen wezenlijk anders te behandelen. Dat noopt over de gehele linie tot terughoudendheid de grenzen op één deelterrein te verleggen. Alvorens dat te doen ware te overdenken of daardoor geen te grote en moeilijk te rechtvaardigen spanningen in het stelsel als geheel ontstaan.'²⁶

Als vergoeding voor verlies van vrije tijd wordt toegelaten, heeft dat aldus een bredere werking dan louter vergoeding van schade van derden. Zo ook de (eventuele) beslissing dat naasten een vergoeding zouden moeten ontvangen voor hun immateriële nadeel ook als geen sprake is van geestelijk letsel. De vervolgvraag die dan gesteld kan worden, is in welke andere situaties iemand ook een vergoeding zou moeten ontvangen voor immaterieel nadeel indien geen sprake is van lichamelijk of geestelijk letsel. Door op een deelterrein een uitzondering te maken, kan die uitzondering effect hebben op overige deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht. Mijns inziens is dit een belangrijk argument. De conclusies die in dit onderzoek worden getrokken, beperk ik daarom uitdrukkelijk tot de positie van derden in personenschadezaken. Het verdient aanbeveling om onderzoek te doen naar vervolgvragen voortvloeiend uit dit onderzoek.

26 Conclusie A-G Spier voor HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504, m.nt. J.B.M. Vranken (*Krüter*), nr. 3.32.

Het tweede argument is de toenemende claimcultuur. Zoals de wetgever dat definiëerde: ‘Daarmee wordt dan bedoeld op een toename van het *aantal* – men spreekt elkaar veelvuldig voor schadevergoeding aan – en de *omvang* – het gaat om steeds hogere bedragen – van de schadeclaims.’²⁷ Dit argument kan worden aangevoerd zowel in het kader van de uitbreiding van een limitatief systeem, als bij de keuze voor een niet-exclusief werkend systeem. Beide gaan immers over mogelijke uitbreiding van zowel het aantal claims als de omvang daarvan.

In het kader van het ontwerp van het Wetsvoorstel affectieschade heeft de wetgever zich mede laten leiden door het ‘claimcultuur’-argument: door de introductie van een gelimiteerde kring van gerechtigden en een genormeerd bedrag werd gestreefd naar een ‘gematigde en beheersbare stijging van de aansprakelijkheidslast’, daarmee ook in ogenschouw nemend dat de vergoeding voor immateriële schade van naasten en nabestaanden de druk zou verminderen om vergoeding te vorderen via de route van schokschade.²⁸

Verheij is terecht kritisch over de redenering van de wetgever. Vergoeding van affectieschade wordt te eenvoudig in verband gebracht met ‘claimcultuur’. Duidelijkheid en eenstemmigheid waren mede het motief van de wetgever om over te gaan tot het voorstel ter introductie van een gelimiteerde en genormeerde regeling ter vergoeding van affectieschade. Maar duidelijkheid hoeft niet te leiden tot de situatie waarin geen procedures meer zullen worden gestart.²⁹ Bovendien zegt de toename van het aantal claims niets over de wenselijkheid daarvan. De toekenning van een vordering aan een derde kan zeer wel gewenst zijn. Vranken stelt bovendien in zijn conclusie voor het *Wrongful birth I*-arrest:

‘Het floodgate-argument en het risico van een te grote aansprakelijkheidslast voor artsen overtuigen mij niet, omdat nergens uit blijkt, en allerm minst in de rede ligt, dat deze last alleen of hoofdzakelijk wordt veroorzaakt door eventuele ‘*wrongful birth*’-vorderingen.’³⁰

Eenzelfde opmerking kan mijns inziens worden gemaakt wat betreft de vorderingen van derden in personenschadezaken. Als bepaalde derden een schadevergoeding zouden moeten ontvangen, betekent dat nog niet dat *juist daardoor* de aansprakelijkheidslast van bijvoorbeeld weggebruikers te groot wordt. Het ‘claimcultuur’-argument is in ieder geval mijns inziens geen argument dat – zonder nadere analyse – doorslaggevend kan worden geacht om een uitbreiding bij voorbaat tegen te houden. Vooralsnog is namelijk onduidelijk op welke manier en binnen welke kaders tot uitbreiding zal worden gekomen en als die uitbreidingen al geïntroduceerd worden, zegt dat nog niets over een eventuele stortvloed aan vorderingen. Wat dat betreft is dit argument

27 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 630, nr. 1, p. 1.

28 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 6.

29 Verheij 2005, p. 208.

30 A-G Vranken voor HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*), nr. 30. Zie hierover Faure en Hartlief 1999, p. 75-84.

louter speculatief, zolang het niet kan worden onderbouwd met een juridische analyse over de wenselijkheid van een uitbreiding en over begrenzingsmogelijkheden, en overzicht van cijfers en andere gegevens.³¹

Wel is helder dat als wordt gekozen voor een uitbreiding ten gunste van bijvoorbeeld naasten dit een uitbreiding in vrijwel alle personenschadezaken oplevert, omdat, zoals Hartlief terecht stelt, naasten aanwezig zijn in vrijwel ieder geval van personenschade.³² Dat betekent echter niet dat jegens alle naasten een schadevergoedingsverplichting zou moeten bestaan. Een beperking kan bijvoorbeeld worden gevonden in de aard van de relatie tussen de direct gekwetste en de naaste, en in de aard van het letsel van de gekwetste. De analyse van het Franse recht heeft inzichtelijk gemaakt dat het maken die beperking ook goed mogelijk is zonder dat het gerechtelijk apparaat in organisatorische moeilijkheden is gekomen en dat het aansprakelijkheidssysteem niet onverzekerbaar of onbetaalbaar is geworden. Hierbij moet ik wel opmerken dat wenselijk is dat de gekozen wijze van begrenzing van vergoedingsmogelijkheden – door wetgever of rechter – duidelijk is en gemotiveerd wordt. Dat heeft echter vooral te maken met het gegeven dat slachtoffers het als negatief ervaren om te twisten over de aard van de relatie die zij onderhouden met de direct gekwetste (zie nader paragraaf 3.4 van dit hoofdstuk).

In het verlengde van de argumenten 'domino-effect' en de toenemende claimcultuur ligt het verzekerbaarheidsargument. Dat is wat mij betreft het belangrijkste argument dat hier aan de orde komt. Traugott brengt de problematiek van schade van derden in verband met de calculeerbaarheid: kenbaarheid van het risico (*Erkennbarkeit*) is niet doorslaggevend, maar wel de calculeerbaarheid van het aansprakelijkheidsrisico, zowel wat betreft de vaststelling als de omvang.³³ Calculeerbaarheid houdt verband met verzekerbaarheid. De aantrekkelijkheid van de verzekering (mede beïnvloed door de hoogte van de premie) staat daar in beginsel los van, tenzij de premies zo hoog worden dat er geen afnemers meer zijn.

In een limitatief en exclusief werkend systeem levert de calculeerbaarheid van het risico minder moeilijkheden op, omdat bij verzekeraars bekend is wie tot de kring van gerechtigden behoren, hoeveel dat er ongeveer per jaar zijn en welke schadepos-ten vergoed moeten worden. Dat zal anders zijn als vorderingen van derden beoordeeld worden in het kader van het onrechtmatige daadsrecht, omdat onbekend is hoe die uitkomst zal luiden. Maar, zo kan daar tegen in gebracht worden, dat is wellicht slechts een kwestie van tijd. Rechtspraak kan op termijn meer zekerheid bieden over bij welke factoren aansluiting moet worden gezocht.

31 Vrij naar Asser-Vranken, Vervolg, nr. 45.

32 Hartlief 2006, p. 103.

33 Traugott 1997, p. 80-82. Verschillende leerstukken brengt hij in verband met de calculeerbaarheid: de *Dogma von Gläubigerinteresse*, de *Drittschadensliquidation* (bij toeval verplaatste schade) en de *Relativitätsgrundsatz*.

Bovendien moet bedacht worden of calculeerbaarheid bij voorbaat een argument zou mogen zijn om verandering tegen te houden. Verandering kan zeer wel gewenst zijn en lijkt wat betreft de positie van naasten en nabestaanden ook gewenst te zijn. Verder kan calculeerbaarheid moeilijker zijn, maar dat hoeft zeker nog niet tot onverzekerbaarheid van het aansprakelijkheidsrisico te leiden.³⁴ Dat zou een vreemde conclusie zijn in het licht van de open norm uit het onrechtmatige daadsrecht. Risico's die langs de meetlat van het onrechtmatige daadsrecht worden gelegd, zijn thans verzekerbaar. Dat zal mijns inziens in beginsel niet anders zijn als het een vordering van een derde betreft.

Hartlief betoogt bovendien dat de verzekeringsbranche zich 'volgend' opstelt: 'Men kan stellen dat Hoge Raad en aansprakelijkheidsverzekeraars in een Hoge Raad in uitgangspunt in een poldermodel verkeren: verzekeraars laten in het algemeen hetgeen de Hoge Raad bedenkt niet zonder dekking. Positiever geformuleerd: zij geven fundament aan wat de Hoge Raad wenselijk acht.'³⁵ Ik deel deze mening: het ligt niet voor de hand dat een nieuwe vorm van aansprakelijkheid niet gedekt zal worden door een verzekering als vraag is naar die verzekering. Maar door te spreken over 'fundament geven aan' wordt voor mij wel duidelijk dat er een grens bestaat aan hetgeen moet worden toegelaten binnen het beschermingsbereik van het aansprakelijkheidsrecht: als aangetoond wordt dat een nieuwe aansprakelijkheidsregel of -systeem tot onverzekerbaarheid leidt, moet er niet worden overgegaan tot introductie daarvan. Er bestaat dan echter een moeilijkheid: wanneer is met grote zekerheid te stellen dat een uitbreiding van aansprakelijkheid – waarover het vrijwel altijd gaat – niet meer verzekerbaar is? Gegevens daarover zijn vaak niet voorhanden. En als er te grote uitbreidingen dreigen, maar al wel voor een bepaalde vorm van uitbreiding is gekozen (de eerste stappen zijn genomen), hoe worden ongelijke grenzen dan (zoveel als mogelijk) voorkomen? Als het geheel nieuwe vragen van aansprakelijkheid betreft staat het rechtsgebied meestal op een kruispunt: uitbreiden of niet? Mijns inziens moet die ontwikkeling uitsluitend worden tegengehouden als onverzekerbaarheid dreigt, zo niet, dan moet het aansprakelijkheidsrecht zich indien wenselijk – mede in het licht van hetgeen in het onderstaande wordt opgemerkt – kunnen ontwikkelen.

Bij deze drie argumenten, domino-effect, claimcultuur en verzekerbaarheid, moet één laatste opmerking worden gemaakt. Het onrechtmatige daadsrecht is geen statisch gegeven, het beweegt. En het moet kunnen bewegen, omdat het moet kunnen worden aangepast aan nieuwe opvattingen of veranderingen van en in een maatschappij. Die veranderingen kunnen velerlei zijn: maatschappelijke veranderingen (ontzuiling, afnemen van de invloed van godsdienst, andere familieverbanden, andere ideeën over levensstijl en leefwijze), maar ook economische veranderingen, veranderingen op gezondheidsvlak (asbest, etenswaar of medicijnen die later schadelijk blijken te zijn), voortschrijdende techniek (DES, nanotechnologie, ontwikkeling

34 Vgl. Linderbergh 2002a, p. 1468. Vranken noemt het argument van de onverzekerbaarheid 'altijd onbewezen en niet met feiten gestaafd', Vranken 2001, p. 836.

35 Hartlief 2011, p. 169.

van robots), ongewenste veranderingen in ons leefmilieu (klimaatverandering, ecologieschade), en ook veranderingen binnen het juridische kader zelf, zoals de toenemende invloed van mensenrechten en Europese regelgeving. Andere opvattingen, nieuwe risico's en nieuwe (juridische) invloeden zijn een feit en kunnen vragen om nieuwe oplossingen. Het recht moet daarop kunnen reageren als die verandering gewenst is. Dat betekent niet bij voorbaat dat het aansprakelijkheidsrecht onverzekerbaar wordt, of dat er een claimcultuur bestaat. Dat betekent louter dat het aansprakelijkheidsrecht geconfronteerd wordt met nieuwe vragen door moderne ontwikkelingen die beantwoording behoeven.

Wat dat betreft is voor mij belangrijk dat er een balans ontstaat tussen rechtszekerheid en rechtsontwikkeling. Mijns inziens moet de ontwikkeling van het onrechtmatige daadsrecht niet worden tegengehouden door een behoefte aan rechtszekerheid. Er moet ruimte bestaan om dit rechtsgebied te ontwikkelen, met dien verstande dat op termijn wat betreft de positie van bepaalde categorieën benadeelden wel rechtszekerheid bestaat. Een helder standpunt van de wetgever of duidelijk gemotiveerde rechtspraak kan voor die zekerheid zorgen.

Als wordt teruggegaan naar de positie van derden in personenschadezaken is de vraag wat de voorkeur verdient: een bijzonder wettelijk systeem of ontwikkeling door middel van rechtspraak. De aard van de besluitvorming kan in het kader van die keuze een argument zijn om voor het een of het ander te kiezen, waarover in het onderstaande meer.

3.4 Een meer specifiek probleem: dwingt de aard van de te nemen beslissing tot een limitatief systeem?

Een argument tegen vergoeding voor affectieschade in een niet-gelimiteerd systeem, dat overigens een breder bereik heeft dan alleen vergoeding voor affectieschade, is de 'onsmakelijkheid' of 'ongepastheid' van de besluitvorming over de vraag of iemand 'nabij genoeg staat' ten opzichte van de gekwetste.³⁶ Zoals in het bovenstaande aan de orde kwam, biedt een limitatief systeem niet alleen rechtszekerheid, maar ook een bewijsvoordeel voor degene die tot de kring van gerechtigden behoort. Er bestaat dan in beginsel geen discussie over de positie van de derde ten opzichte van de direct gekwetste. Kan de aard van de beslissing daarom een argument zijn om te kiezen voor een bepaald type systeem?

Verheij vraagt zich af voor wie die processen onsmakelijk zijn? In ieder geval niet voor de rechter: er worden vaker moeilijke keuzes van persoonlijke aard gevergd.³⁷ Daarbij wordt opgemerkt dat enige 'onsmakelijkheid' zal bestaan als de aansprakelijke partij betoogt dat de affectieve band tussen de overledene en de nabestaanden

³⁶ Lindenbergh 1998, p. 201-202.

³⁷ Verheij 2005, p. 208-209. Vgl. Lindenbergh 1998, p. 202.

niet intens genoeg is. Maar dit aspect zou eenvoudig getoetst kunnen worden door onderzoek te doen naar de praktische uitwerking van het systeem in Frankrijk en hoe slachtoffers dat open systeem ervaren.³⁸

Dat onderzoek is inmiddels verricht door het IGER. Er zijn interviews gehouden met naasten en nabestaanden uit België, waar hetzelfde type systeem bestaat als in Frankrijk: beoordeling conform het onrechtmatige daadsrecht en niet via een bijzonder systeem.³⁹ De onderzoeksgroep merkt op dat de resultaten geen ‘uitspraken kunnen dragen over de mate waarin er behoefte aan vergoeding van affectieschade bestaat, noch over verschillen tussen naasten en nabestaanden.’ Het laat wel iets zien over de aard van de ervaringen en aspecten die van belang zijn bij de vormgeving van een wettelijke regeling. Een daarvan is de wijze van vaststelling. Geconcludeerd wordt: ‘het [wordt] zeer onaangenaam (...) gevonden om over het recht op morele schadevergoeding als zodanig of de hoogte ervan te moeten discussiëren.’⁴⁰ Discussie moet zo veel mogelijk worden voorkomen. In het licht van die conclusie zou een limitatief systeem de voorkeur hebben.

Vervolgens moet de volgende vraag gesteld worden: is uitsluiting bij voorbaat beter dan de mogelijkheid openhouden om tot gerechtigheid in het individuele geval te komen? Een nadeel van een limitatief systeem, zoals dat thans in verschillende landen bestaat, is dat het minder flexibel is om in individuele gevallen tot een gewenste uitkomst te komen. In de Duitse literatuur is wat betreft de beperkte mogelijkheden voor verhaal bij overlijden gepleit voor meer *Einzelfallgerechtigkeit*.⁴¹ Een flexibeler systeem zou zorgen voor gerechtigheid in het individuele geval. Ook het Engelse recht wat betreft toekenning van *bereavement damages* is daarvan een voorbeeld: een aantal nabestaanden is uitgesloten, terwijl dat als onterecht wordt ervaren, maar een wetwijziging laat op zich wachten.⁴² Een mogelijke oplossing biedt het Franse recht: daar lijkt in het kader van de vergoeding voor affectieschade te worden gewerkt ten gunste van van gezinsleden; de stabiliteit en realiteit van de affectieve band met de direct gekwetste wordt verondersteld.

Er blijft een spanningsveld bestaan: in het belang van de benadeelde derde valt veel te zeggen voor een beoordeling van het individuele geval, maar ook een opsomming van de kring van gerechtigden lijkt in zijn belang te zijn vanwege de werking die daarvan uitgaat.⁴³ Dat levert in zekere zin een ‘garantie’ van een vordering op. Bovendien zorgt een gelimiteerde lijst waarschijnlijk voor een efficiënte en spoedige afwikkeling. Uiteindelijk is de vraag wat zwaarder weegt. Een middenweg is ook mogelijk:

38 Verheij 2005, p. 208-209.

39 Hierover Schoubroeck 2004, p. 102-107; Boone en Wylleman 2010, p. 263-264.

40 Akkermans et al 2008, p. 68, zie ook p. 64-66.

41 Zie hoofdstuk 5, paragraaf 3.2.2.

42 Zie hoofdstuk 7, paragraaf 2.4.

43 Vgl. Linderbergh 2002a, p. 1468.

de regeling van het Wetsvoorstel affectieschade bestond bijvoorbeeld uit zowel een limitatieve opsomming als een hardheidsclausule. Een andere oplossing waaraan gedacht kan worden is een 'opsomming' van gerechtigden in de rechtspraak, zoals die is geformuleerd in het *Taxibus*-arrest.⁴⁴ Hier doet zich dus wederom de vraag voor wat de voorkeur verdient: een wettelijke regeling of ontwikkeling door middel van rechtspraak.

3.5 Ongelijke begrenzing

De werking van het huidige systeem heeft een leemte doen ontstaan in vergelijking met andere schadezaken. Zoals in de hoofdstukken 3 en 7 aan de orde kwam, bestaat er een leemte wat betreft de positie van naasten en nabestaanden in het licht van uitspraken gedaan in vergelijkbare situaties. Die leemte doet zich in de kern op twee manieren voor.

Ten eerste in het licht van het bijzondere systeem zelf. Een nabestaande kan shock-schadeslachtoffer zijn en tot de kring van gerechtigden uit artikel 6:108 BW behoren. Die twee posities kunnen samenlopen, maar het is ook mogelijk dat hij tot een van de kringen behoort. Het is moeilijk uitlegbaar vanuit het perspectief van de nabestaande, waarom in het ene geval zijn belang beschermwaardiger is dan in het andere geval, terwijl hetgeen hem is aangedaan hetzelfde is: zijn gezinsleven is veranderd door een fout van een ander. Zoals in hoofdstuk 6 aan de orde kwam, is de huidige begrenzing van de shockschadevordering arbitrair. Een nabestaande zou niet door een toevallige omstandigheid, waar hij overigens niet altijd invloed op heeft, een vorderingsrecht moeten worden toebedeeld of afgenomen. Gelijkschakeling is gewenst, hoewel daarvoor wel een grondslag moet bestaan (zie hoofdstuk 9).

De tweede leemte betreft de vergelijking die is gemaakt met andersoortige schadezaken. Verwezen kan worden naar hetgeen over de *wrongful birth- en life-zaken* is opgemerkt.⁴⁵ Hoewel het een ander vraagstuk betreft, moet benadrukt worden dat de ontwikkeling van het onrechtmatige daadsrecht daar wel heeft kunnen doorgaan. Die ruimte bestaat in personenschadezaken niet door de exclusieve werking van het bijzondere systeem. Die leemte is vanuit historisch perspectief verklaarbaar, maar dat is geen rechtvaardiging voor het tegenhouden van de ontwikkeling van het onrechtmatige daadsrecht. Er zijn wel nieuwe grenzen gevonden door de rechter wat betreft de positie van naasten en nabestaanden in personenschadezaken, maar die – zeker die van de shockschadevordering – vallen te bediscussiëren in het licht van het argument dat die zorgen voor ongelijke uitkomsten in gelijke situaties, terwijl dat zo veel mogelijk moet worden voorkomen. Mijns inziens zouden ongelijkheden tussen de positie van dezelfde type derden binnen het aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht zo veel als mogelijk moeten worden voorkomen. De wijze waarop

44 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*).

45 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 2.3.

die ongelijkheid kan worden tegengegaan is minder doorslaggevende betekenis toe te kennen aan de feitelijke oorzaak van iemands schade.

3.6 De doorwerking van EVRM-rechten

Engelhard noemt een ander argument tegen de huidige exclusiviteit van het systeem: er kan ‘serieus worden betwijfeld of deze uitleg van de Hoge Raad wel verenigbaar is met onze verplichtingen onder Europese mensenrechtenverdragen.’⁴⁶ Er wordt door haar ook gewezen op de inhoud van artikel 6 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol EVRM.⁴⁷ In het licht van de jurisprudentie zoals besproken in hoofdstuk 7, paragraaf 4, kan het argument worden opgeworpen dat het huidige systeem niet ‘Europa-proof’ is, indien sprake is van een schending van artikel 2 EVRM.⁴⁸

De vraag kan echter worden gesteld of *een* stelsel kan voldoen aan die eisen. Het civiele recht concentreert zich namelijk op de te beschermen belangen, waardoor het logisch is dat sommige derden geen vorderingsrecht hebben, terwijl het EHRM bij een mensenrechtenschending een effectieve sanctie verlangt. Die twee perspectieven kunnen botsen.⁴⁹

3.7 Tussenconclusie: drie argumenten als ‘de paraplu’ waaronder een systeem moet werken

In het bovenstaande zijn argumenten aan de orde gekomen die belangrijk zijn voor de inrichting van het huidige systeem, maar die ook van belang zijn in het kader van de heroverweging van dat systeem.

Ten eerste het argument van *rechtszekerheid*. Een limitatief systeem met afgeleide vorderingsrechten brengt rechtszekerheid, niet alleen ten gunste van de ‘betalende kant’, maar ook ten gunste van de kant van de schadelijder, omdat het discussies over diens positie voorkomt. Als hij tot de kring van gerechtigden behoort en zijn schade is vergoedbaar, dan komt hem een vorderingsrecht toe. Naasten beschouwen het voorkomen van discussie over de intensiteit van de affectieve band die zij onderhouden met de direct gekwetste als prettig, zo blijkt uit onderzoek. Als wordt besloten tot hervorming van het bijzondere systeem moet daarmee rekening worden gehouden; een duidelijke afbakening door middel van een wettelijk systeem of door middel van een bewijsvoordeel voor een bepaalde categorie derden is gewenst.

Het rechtszekerheidsargument hoeft niet doorslaggevend te zijn voor de keuze voor een limitatief systeem, omdat duidelijke en gemotiveerde keuzes in de rechtspraak ook voor rechtszekerheid kunnen zorgen. Voorts zegt het rechtszekerheidsargument niets over de inhoudelijk gewenste regel. Met andere woorden, een duidelijke regel

46 Engelhard 2010, p. 334.

47 Engelhard 2010, p. 334.

48 Zie Wijnakker 2010; Pronk 2011.

49 Zie Hoofdstuk 7, paragraaf 4.2.

zorgt voor rechtszekerheid, maar daarmee is nog niet gezegd of de inhoud van de regel gewenst is.

In het licht daarvan is een ander argument belangrijk: de onwenselijkheid van de (arbitrair) gekozen ongelijke grenzen. Op de ongelijkheden die zijn ontstaan door de bijzondere regeling (en de exclusieve werking die daarvan uitgaat) is veel kritiek. Een onderscheid tussen een ouder die geestelijk ziek wordt door het zien van het ongeval van zijn zoon, respectievelijk een ouder die geestelijk ziek wordt door het lange ziektebed van zijn kind, dient niet te worden gemaakt en kan bovendien niet worden uitgelegd. Wat dat betreft is gelijkheid gewenst. Het bovenstaande heeft als gevolg dat als wordt nagedacht over een nieuw systeem, hoewel keuzes moeten worden gemaakt, de begrenzing *zo min mogelijk ongelijk* moet zijn. Hoewel echte 'gelijkheid' lastig te bereiken is, ligt het voor de hand om vergelijkbare gevallen gelijk te behandelen. De rechter heeft op dit punt een belangrijke rol: hij is degene die in individuele gevallen tot een gelijk oordeel kan komen. Daarvoor is mijns inziens wel nodig dat hij de bewegingsruimte krijgt om tot die gelijkheid te komen. Het gebruik van een open norm is nodig voor die bewegingsruimte.

In het bovenstaande kwam echter aan de orde dat het ook aanbeveling verdient om duidelijkheid te geven bij voorbaat over de positie van naasten en nabestaanden. Er moet daarom mijns inziens een balans gevonden worden tussen duidelijkheid bij voorbaat en bewegingsruimte voor de rechter om recht te doen in individuele zaken. Om die balans te bereiken, bestaan mijns inziens twee mogelijkheden: de uitbreiding van het gelimiteerde systeem met (in ieder geval) een hardheidsclausule, of de toepassing van de open norm van het onrechtmatige daadsrecht met een bewijsvoordeel voor bepaalde categorieën derden. Zie nader hoofdstuk 9, paragraaf 3.4.

In het bovenstaande werd ook aandacht besteed aan argumenten met betrekking tot het domino-effect, de claimcultuur en de verzekerbaarheid. Vooral dat laatste argument is mijns inziens belangrijk. Als het bijzondere systeem heroverweging verdient, dan is voor mij de grens van die verandering dat het aansprakelijkheidsrecht *verzekeraar* blijft. Ik doel dan niet op 'lastiger voorspelbaar of calculeerbaar', maar op het daadwerkelijk niet kunnen verzekeren van een risico, omdat het systeem te veel vraagtekens of uitbreidingen oplevert. Maar zoals in paragraaf 3.3 aan de orde kwam, ben ik van mening dat het toelaten van autonome vorderingen van derden (door een recht op schadevergoeding toe te kennen op grond van het onrechtmatige daadsrecht) niet per definitie zal leiden tot onverzekerbaarheid. De open norm zal dan voor begrenzing zorgen, net zoals dat het doet naar Nederlands recht in zaak-schadezaken en in zuivere vermogensschadezaken en zoals dat het doet naar Frans recht in personenschadezaken.

De bovenstaande drie argumenten (rechtszekerheid, zo min mogelijk ongelijke grenzen en verzekerbaarheid) zijn argumenten waaraan thans waarde wordt gehecht en

deze vormen voor mij de kernargumenten, of maatstaven, waaraan een (eventueel) nieuw systeem moet voldoen.

Mijns inziens moet de vergoedbaarheid van schade van derden meer worden benaderd vanuit de werking van het aansprakelijkheidsrecht (privaatrechtelijke handhaving van normen). Daarover gaat de volgende paragraaf.

4. Tweede thema: privaatrechtelijke handhaving van normen

Zoals verdedigd in paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk, zou een vordering van een derde op grond van het algemeen onrechtmatige daadsrecht niet reeds moeten worden afgewezen *omdat* de schadelijder feitelijk derde is. Maar daarmee is nog niet de vraag beantwoord wanneer zijn vordering *wel* moet worden toegekend. Een eerste stap ter beantwoording van die vraag is het schetsen van het kader van het aansprakelijkheidsrecht. In het onderstaande zal ik betogen dat ik onrechtmatige daadsrecht beschouw als een privaatrechtelijk handhavingsmechanisme. Gezien de veelkleurigheid van dit begrip, zal worden uitgelegd wat daarmee hier precies wordt bedoeld. Ten slotte wordt deze uiteenzetting in verband gebracht met de schade van derden.

Er wordt in het bovenstaande niet gesproken over het 'doel' van het aansprakelijkheidsrecht. Dat is een bewuste keuze. De bedoeling van deze paragraaf is namelijk niet om een discussie te starten over wat *het* doel is van het aansprakelijkheidsrecht, of wat het doel *zou moeten zijn*. De reden daarvoor is dat die discussie de reikwijdte van dit onderzoek overstijgt. Als voorbeeld noem ik slechts de discussie over de preventieve werking van het onrechtmatige daadsrecht in relatie tot de vergoeding van schade van derden. Als preventie van gedrag wordt beoogd, dan kan dat een argument zijn om de aansprakelijkheidslast uit te breiden naar de vergoedingsplicht tegenover derden. De nadruk ligt dan echter op het ongewenste gedrag van de schadeveroorzaker. Wat dat ongewenste gedrag is, zal in diverse zaken over schade van derden verschillen; en dus zal wellicht gedifferentieerd moeten worden en wat betreft de beschermwaardigheid van belangen van derden. In de ene zaak zal het belang van de derde moeten worden beschermd in het licht van wenselijkheid van preventie en in de andere zaak niet. Om te bepalen in welke zaken die preventieve werking gewenst is, moet onderzoek worden gedaan naar de preventieve werking van het onrechtmatige daadsrecht in brede zin (niet alleen in de context van de vergoedingsplicht tegenover derden), op welke manier die preventieve werking moet worden vormgegeven en op welk ongewenst gedrag die preventieve werking moet zien. In dit onderzoek staat echter een omgekeerd perspectief centraal. Vertrokken is niet vanuit het 'gedrag', maar vanuit het idee dat belangen van derden onder bepaalde omstandigheden moeten worden beschermd. De focus ligt op de beschermwaardigheid van de belangen van derden en niet louter op 'sturing' van het gedrag van de schadeveroorzaker.

Het onrechtmatige daadsrecht, als onderdeel van het aansprakelijkheidsrecht, richt zich, net zoals vele andere rechtsgebieden, op ongewenste situaties. Het verschil met het strafrecht is dat het onrechtmatige daadsrecht een privaatrechtelijk mechanisme

is dat toekomt aan individuen ter bescherming van hun status-quo.⁵⁰ Niet de overheid treedt op als klager, maar het individu zelf moet actie ondernemen tegenover de schadeveroorzaker, zodat deze verantwoordelijk wordt gehouden voor de consequenties van zijn onrechtmatige gedrag. Het beoordelingskader voor wat als onwenselijk of verkeerd wordt beschouwd, wordt geboden, als startpunt, in artikel 6:162 BW. Dat systeem wordt gekenmerkt door openheid.

Met dat in het achterhoofd, is het niet vreemd dat Hartlief, in navolging van Bloembergen en Verheij, het aansprakelijkheidsrecht 'in uitgangspunt' een handhavingssysteem noemt: 'door een claim binnen het aansprakelijkheidsrecht kan men zijn rechten handhaven, geldend maken.'⁵¹ Lindenbergh stelt ook buiten kijf dat het hoofddoel van het aansprakelijkheidsrecht is om 'aanspraken rechtens' te handhaven. Daarbij gaat het volgens hem niet alleen over de handhaving van de status-quo, maar ook over 'verwezenlijking van een nieuwe toestand waarop het recht aanspraak geeft.'⁵² Volgens Engelhard en Van Maanen berust het aansprakelijkheidsrecht op 'specifieke tot gedragsregels verheven normen die tot doel hebben bepaalde geïndividualiseerde belangen te beschermen.' Het doel daarvan is dus om de mogelijkheid van herstel te bieden, zodat 'aanspraken worden *gewaarborgd (gehandhaafd)* en eigenrichting kan worden voorkomen.'⁵³ In het bovenstaande wordt over 'privaatrechtelijke handhaving' gesproken in de zin van vestiging van aansprakelijkheid aan de hand van de klassieke meetlat van het onrechtmatige daadsrecht (in ruime zin, waaronder ik ook versta de risicoaansprakelijkheden en bijzondere aansprakelijkheidsregels).

Daarvan moet onderscheiden worden de discussie over 'rechtshandhaving.' Van Boom is expliciet. '*Efficacious Enforcement*' wordt in verband gebracht met vier aspecten: het gebruik *kunnen* maken van een privaatrechtelijke norm; de preventieve werking van een actie; de inrichting van het proces ex ante om een normschending te voorkomen; en de inrichting van het proces ex post als reactie op een normschending.⁵⁴ Of die verandering gewenst is, blijft in dit onderzoek buiten beschouwing. Het doel van deze paragraaf is slechts om duidelijk te maken dat de vraag of schade van derden in personenschadezaken vergoedbaar zou moeten zijn, 'verbijzonderd' is ten opzichte van de normale werking van het onrechtmatige daadsrecht. Het laten zien van die 'verbijzondering' is nog een 'stap' voorafgaand aan de vraag of uitzonderingen moeten worden toegelaten op de 'normale werking' van het aansprakelijkheidsrecht.

Daarbij moet wel eerst nog opgemerkt worden dat financiële compensatie geen doel is van het onrechtmatige daadsrecht.⁵⁵ Volgens Hartlief geeft het aansprakelijkheidsrecht – en het onrechtmatige daadsrecht als species daarvan – aan 'wanneer de vrijheid van

50 Mon. BW A15 (Engelhard/Van Maanen), p. 16.

51 Hartlief 2004, p. 1833.

52 Mon. BW B34 (Lindenbergh), p. 7.

53 Mon. BW A15 (Engelhard/Van Maanen), p. 12.

54 Van Boom 2006, p. 50 (p. 35-49). Zie ook Giesen 2001, p. 449 e.v. als hij spreekt over 'structurele be-wijsnood'; Verheij 2002.

55 Zie ook Verheij 2005, p. 16; Nieuwenhuis 1997, p. 18 (hij plaatst compensatie naast preventie).

de een, in dienst van de bescherming van de rechten van de ander, wordt beperkt.⁵⁶ Met andere woorden, het aansprakelijkheidsrecht *vestigt* aansprakelijkheid en kan daarom niet compensatie als doel hebben. Ook Verheij is kritisch. Het aansprakelijkheidsrecht heeft een selecterende functie: het beoogt te bepalen in welke gevallen *wel* en in welke gevallen *geen* recht op compensatie bestaat.⁵⁷ Engelhard en Van Maanen zijn een gelijke mening toegedaan, maar zij noemen een ander argument: 'op institutioneel niveau kan (...) moeilijk worden volgehouden dat het *doel* van het aansprakelijkheidsrecht gelegen is in het vergoeden van schade.'⁵⁸ Het aansprakelijkheidsrecht als systeem kent daarvoor te veel onvolkomenheden, aldus Engelhard en Van Maanen.⁵⁹ Het enkel lijden van schade kan dus geen aansprakelijkheid opleveren, er moet meer aan de hand zijn: er moet een reden voor vestiging van aansprakelijkheid bestaan.

Is privaatrechtelijke handhaving de bedoeling van het onrechtmatige daadsrecht? Mijns inziens wel, in ieder geval (als startpunt) in de betekenis zoals in het bovenstaande aan de orde is gekomen. Het onrechtmatige daadsrecht is een mechanisme dat toekomt aan de individuele burger om zelfstandig op te treden jegens de schadeveroorzaker. Artikel 6:162 BW vormt voor die handhaving het *beginpunt*. De bedoeling van dit mechanisme is mijns inziens dat normen (wetten, rechten en ongeschreven regels) worden gehandhaafd op initiatief van de burger zelf en dus dat rechtsschendingen worden gesanctioneerd. Daar heeft het schadevergoedingsrecht een grote *vervolgrol*.

Lindenbergh noemt het schadevergoedingsrecht 'in zekere zin' onmisbaar in het licht van de handhaving: is kwaad geschied, terwijl een schadevergoedingsverplichting uitblijft, dan schiet de handhaving tekort.⁶⁰ Het schadevergoedingsrecht is dus een vorm van, zoals Lindenbergh het noemt, 'subsidiare handhaving'.⁶¹ Het schadevergoedingsrecht 'geeft' de sanctie op iemands onrechtmatig gedrag. Ik volg Lindenbergh in deze opvatting. Het onrechtmatige daadsrecht en het schadevergoedingsrecht zijn geen aparte of geïsoleerde rechtsgebieden. Het schadevergoedingsrecht moet voor de sanctie zorgen als er volgens het onrechtmatige daadsrecht een reden bestaat om de verantwoordelijkheid voor iemands schade bij de schadeveroorzaker te leggen. Met andere woorden, het schadevergoedingsrecht maakt handhaving 'concreet' door vorm te geven aan een sanctie.⁶²

56 Hartlief 1997, p. 23.

57 Verheij 2005, p. 16. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, nr. 18.

58 Mon. BW A15 (Engelhard/Van Maanen), p. 11-12.

59 Mon. BW A15 (Engelhard/Van Maanen), p. 12. Vgl. de Duitse literatuur hierover Larenz 1987, p. 424; Stoll 1993, p. 147; Deutsch 1996, p. 14; Brüggemeier 1999, p. 39; Lange en Schiemann 2003, p. 9-11; Soergel/Spickhoff 2005, p. 16-17; Möller 2006, p. 24, 31-32 en 247-248; MünchKommBGB/Oetker §249, RgNr 8, p. 291; Kötz en Wagner 2010, p. 29.

60 Mon. BW B34 (Lindenbergh), p. 9.

61 Lindenbergh 2010a, p. 901.

62 Onderkend moet worden dat andere remedies ook kunnen zorgen voor het 'concreet' maken van iemands rechtspositie, zoals de verbodsactie of de verklaring voor recht. Of die remedies concreet genoeg zijn voor een benadeelde is een vraag met betrekking tot iemands behoefte. De vraag onder welke omstandigheden welke remedie zou moeten worden toegelaten komt hier echter niet aan de orde.

Als een stap wordt teruggenomen naar de huidige werking van het bijzondere systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW, moeten twee onderwerpen worden uitgelicht: de exclusieve werking van het systeem en de sanctionering van de onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste (subsidiare handhaving).

Zoals in de hoofdstukken 4 en 5 duidelijk is geworden, worden de artikelen 6:107 en 6:108 BW vooral beschouwd als 'sanctie' op de onrechtmatige gedraging tegenover de direct gekwetste. De schade van derden wordt vergoedbaar geacht, omdat de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste gesanctioneerd moet worden. De exclusieve werking die uitgaat van het systeem voorkomt dat een derde een beroep kan doen op het onrechtmatige daadsrecht. De vergoedingsplicht die tegenover hem bestaat, wordt vastgesteld in het schadevergoedingsrecht (als sanctie op de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste) en niet als startpunt door de werking van het onrechtmatige daadsrecht. Dat heeft als gevolg dat de schade van een derde nooit volledig vergoed zal worden als die schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van de direct gekwetste. De exclusieve werking van het systeem is een rechtersregel: de Hoge Raad heeft de wet op deze wijze geïnterpreteerd. De wetgever is meegegaan in dit idee door alsnog over te gaan tot de introductie van artikel 6:107 BW.⁶³ Dat is verklaarbaar in het licht van de ontwikkeling van de vorderingsrechten van de artikelen 1406 en 1407 Oud BW, maar die interpretatie zou ook anders hebben kunnen zijn. Daarvoor kan worden verwezen naar de interpretatie die het BGH geeft aan de bijzondere regeling in het Duitse Burgerlijk Wetboek; de bijzondere vorderingsrechten voor naasten werken niet exclusief.

Daar waar ik eerder aangaf dat de exclusieve werking leidt tot een verkeerde interpretatie van wie 'derde' is, wordt nu ook geconcludeerd dat het mijns inziens onterecht is om iemand een privaatrechtelijk handhavingsmechanisme te ontnemen, omdat hij feitelijk derde is. Anders gezegd: dat zou niet *het uitgangspunt* moeten zijn, omdat in eerste instantie beoordeeld zou moeten kunnen worden of iemand een vergoedingsplicht zou kunnen ontlennen aan het onrechtmatige daadsrecht. De exclusieve werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW moet worden verlaten. Dat betekent echter niet dat ook afstand moet worden gedaan van het limitatieve systeem, maar daarover meer in hoofdstuk 9.

Ten tweede is hetgeen in het bovenstaande aan de orde kwam over 'subsidiare handhaving', het schadevergoedingsrecht, ook van belang in het kader van de discussie over schadevergoeding voor derden. Als alleen geconcentreerd wordt op de concrete schade van de direct gekwetste, betekent dat ofwel dat de aansprakelijke profiteert van de betalingen of inspanningen van derden, ofwel dat er geen sanctie staat op zijn gedrag, omdat de direct gekwetste is overleden. De schade van derden zou daarom vergoedbaar moeten kunnen zijn. Dat is thans tot op zekere hoogte ook de situatie. Gewezen kan worden op de artikelen 6:107, 6:107a, 6:108 BW en de regresvorde-

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

ringen. Wat dat betreft vervult het limitatieve systeem een belangrijke rol: het zorgt voor subsidiaire handhaving ten opzichte van de normschending jegens de direct gekwetste indien niet de direct gekwetste de concrete schadelijder is, maar (in plaats van hem) een derde.

5. Derde thema: twee vragen als het gaat over vergoeding van schade van derden

5.1 Inleiding: een vertroebeld beeld

In het bovenstaande werd een onderscheid gemaakt tussen de vergoeding van schade van derden als ‘sanctie’ op het onrechtmatige gedrag van de schadeveroorzaker jegens de direct gekwetste (subsidiaire handhaving), en de eigen (autonome) onrechtmatige daadsvordering van een derde. Door de exclusieve werking van het bijzondere systeem wordt het zicht op dit onderscheid vertroebeld. Van oudsher wordt de vergoeding van schade van derden in personenschadezaken naar Nederlands recht vooral benaderd vanuit de gedachte dat een derde louter een afgeleid vorderingsrecht heeft, ontleend aan de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste (zie hoofdstuk 4 en 5). In het kader van de onrechtmatigheid tegenover de direct gekwetste wordt thans echter ‘gezocht’ naar een grondslag voor de vergoeding van schade van derden. De afgeleide vorderingsrechten van de artikelen 6:107 en 6:108 BW zijn daarvan een voorbeeld. Maar geprobeerd is ook om die vorderingsrechten uit te breiden naar een vergoeding voor immateriële schade van naasten. Daar zit een vreemd omslagpunt. Er wordt afgestapt van de onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste door de schade van derden vergoedbaar te maken die in beginsel niets meer te maken hoeft te hebben met het herstel van de direct gekwetste. Het gaat niet meer alleen over de ‘sanctie’ op het onrechtmatige gedrag jegens de direct gekwetste, maar over de volledige(re) vergoeding van de schade van derden.

Dit troebele beeld verdient verheldering. Er moet mijns inziens een duidelijker onderscheid worden gemaakt tussen de sanctie die zou moeten staan op de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste en de vraag of autonome aansprakelijkheid zou moeten kunnen bestaan tegenover een derde. Vertrekkend vanuit die gedachte moeten er twee vragen worden onderscheiden. Enerzijds de vraag met betrekking tot de omvang van de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste, anderzijds de vraag over de autonome (tweede) vordering op grond van het onrechtmatige daadsrecht van de derde en de daarbij horende sanctie.⁶⁴

64 Deze categorisering is geïnspireerd door hetgeen Traugott opmerkt over het onderscheid tussen *Drittschadensliquidation* en *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, Traugott 1997, p. 73. Vgl. Brüggemeier 1999, p. 168-169. Zie ook Boone 2009, p. 425-426. Met aanspraak bedoel ik die krachtens het onrechtmatige daadsrecht en dus niet het beroep op de afgeleide vorderingsrechten uit de artikelen 6:107-108 BW.

5.2 *Vraag 1: welke schade van derden zou vergoedbaar moeten zijn als de grondslag van de vordering de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste is?*

Als onrechtmatig wordt gehandeld jegens de direct gekwetste ontstaat een rechtsverhouding tussen hem en de schadeveroorzaker. Daarop staat een sanctie: volledige compensatie van schade (subsidiare handhaving).⁶⁵ Een derde kan er voor zorgen dat concrete schade niet intreedt aan de zijde van de direct gekwetste, of hij kan, zoals in de overlijdenssituatie, 'gepromoveerd' worden tot eerste schadelijder juist omdat de direct gekwetste wegvalt en er tóch gesanctioneerd moet worden. Het probleem zit dus in de staart: er is een rechtsverhouding ontstaan tussen twee partijen, maar een derde is daarbij betrokken. Moet die schade van derden toch worden vergoed en, zo ja, welke schade? De kernvraag wordt dan: welke schade van derden zou vergoedbaar moeten zijn als de vordering van derden wordt afgeleid van aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste?

5.3 *Vraag 2: bestaat er een grondslag voor aansprakelijkheid tegenover de derde?*

Vanwege de exclusieve werking van de artikelen 6:107-108 BW is een aanspraak op volledige vergoeding krachtens het onrechtmatige daadsrecht uitgesloten indien derden schade lijden wegens het letsel of overlijden van de direct gekwetste. Dat is de hoofdregel. In geval van een shockschadevordering en bij het oogmerk tot het toebrengen van leed aan een derde zijn uitzonderingen gecreëerd, maar een brede visie op deze problematiek ontbreekt. De kernvraag wordt dan: onder welke omstandigheden zou er een autonome aansprakelijkheid moeten bestaan tegenover een derde en heeft deze dus recht op volledige vergoeding van zijn schade?

6. Conclusie

In paragraaf 2 van dit hoofdstuk kwam een aantal argumenten voor en tegen de huidige werking en inhoud van het bijzondere systeem aan de orde. In het licht van die analyse, zijn er drie argumenten genoemd die belangrijk zijn om in ogenschouw te nemen bij de (eventuele) heroverweging van het systeem. De reden voor de introductie van een bijzonder systeem was de behoefte aan *rechtszekerheid*. Die zekerheid is gunstig voor zowel de 'betalende' kant, als voor de positie van naasten, omdat vervelende discussies over de affectieve banden worden voorkomen en dat wordt als positief ervaren. Een kritiek op het huidige systeem is echter dat de bescherming die het systeem biedt, als onvoldoende wordt ervaren. Het is wenselijk om sommige schade van derden vergoedbaar te maken (en te laten). Uitbreiding is gewenst, maar als wordt uitgebreid, moeten de *grenzen zo min mogelijk ongelijk* worden getrokken.

⁶⁵ Bydliniski 1996, p. 197.

In het kader van de vergoedbaarheid van schade van derden moet bovendien rekening worden gehouden met het risico dat grenzen te onduidelijk worden of zo ruim worden getrokken dat het aansprakelijkheidsrecht niet meer *verzekeraar* is. Deze drie argumenten (rechtszekerheid, zo min mogelijk ongelijk getrokken grenzen en verzekeraarbaarheid) vormen op een meer abstract niveau de maatstaven waaraan een eventueel nieuw systeem moet voldoen.

Of zo'n nieuw systeem nodig is, kan pas worden beoordeeld als de kernvraag is beantwoord: welke belangen van derden moeten beschermd worden? Die kernvraag kan thans niet ten volle worden beantwoord en dat komt vooral door de interpretatie die de Hoge Raad geeft aan het bijzondere systeem wat betreft de exclusieve werking daarvan. Die exclusieve werking levert twee moeilijkheden op.

Ten eerste wordt aan de feitelijke vaststelling dat iemands schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander direct normatieve betekenis gegeven, namelijk dat iemand geen aanspraak maakt op volledige schadevergoeding krachtens het onrechtmatige daadsrecht. De huidige stand van het recht is namelijk zo dat als jegens een feitelijk derde autonome aansprakelijkheid bestaat, hij toch geen aanspraak kan maken op schadevergoeding, met uitzondering van hetgeen bepaald is in (onder andere) de afgeleide vorderingsrechten van de artikelen 6:107 en 6:108 BW. Dit oordeel is verklaarbaar in het licht van de exclusieve werking die de Hoge Raad toedicht aan het bijzondere systeem, maar is mijns inziens een verkeerd uitgangspunt. De nadruk zou in eerste instantie moeten liggen op het belang dat iemand vertegenwoordigt en niet op de feitelijke oorzaak van iemands schade.

Ten tweede conflicteert de exclusieve werking van het bijzondere systeem met het idee dat het onrechtmatige daadsrecht is bedoeld om een (privaatrechtelijk) mechanisme te bieden aan schadelijders, zodat zij aanspraak kunnen maken op volledige vergoeding van hun schade. Als iemand feitelijk derde is, kan hij geen aanspraak maken op schadevergoeding krachtens artikel 6:162 BW, omdat die bijzondere regeling bestaat. Dat is mijns inziens een verkeerd uitgangspunt. Als wordt geoordeeld dat er een onrechtmatige daad is gepleegd jegens iemand moet het schadevergoedingsrecht zorgen voor subsidiaire handhaving. Het schadevergoedingsrecht zou de werking van het onrechtmatige daadsrecht niet bij voorbaat moeten kunnen blokkeren.

Zoals gezegd, kan de vraag welke belangen van derden beschermd zouden moeten worden nog niet ten volle worden beantwoord. Dat komt mijns inziens vooral doordat er onvoldoende onderscheid wordt gemaakt tussen twee vragen. Enerzijds een vraag van subsidiaire handhaving: welke schade van derden zou vergoedbaar moeten zijn als de vordering van derden wordt afgeleid van aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste? Anderzijds een 'eigen vordering-volledige vergoeding'-vraag: onder welke omstandigheden dient een derde een eigen beroep op het onrechtmatige daadsrecht toe te komen? Als die twee vragen zijn beantwoord, kan een conclusie worden getrokken wat betreft de vraag of het systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW heroverweging verdient. Daarover gaat het volgende hoofdstuk.

9 DE DERDE ZOU TWEE POSITIES MOETEN KUNNEN BEKLEDEN BINNEN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT EN SCHADEVERGOEDINGSRECHT

1. Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is naar voren gekomen dat er een spanningsveld bestaat: enerzijds wordt terughoudend gereageerd op de vergoedbaarheid van schade van derden, anderzijds moet vergoedbaarheid onder bepaalde omstandigheden toch mogelijk zijn.¹ Dat spanningsveld wordt thans ‘opgelost’ door middel van (de werking van) het bijzondere systeem van (onder andere) de artikelen 6:107 en 6:108 BW. Dit hoofdstuk gaat over de vraag of dat systeem heroverweging verdient.

Ter beantwoording van die vraag zijn in het vorige hoofdstuk twee vragen geformuleerd en drie maatstaven genoemd die mijns inziens in ogenschouw moeten worden genomen in het kader van de gedachtevorming over een alternatief systeem. De twee vragen zijn: welke schade van derden zou moeten kunnen worden vergoed als er een beroep wordt gedaan op de normschending jegens de direct gekwetste? En: onder welke omstandigheden zou er autonome aansprakelijkheid moeten bestaan ten opzichte van een derde en heeft hij – in beginsel – recht op volledige vergoeding van zijn schade? Bij beantwoording van die twee vragen komt ook de vraag aan de orde of het bijzondere systeem heroverweging verdient. Drie kernargumenten zijn daarvoor van belang: er moet (zo veel mogelijk) *rechtszekerheid* bestaan, de grenzen moeten *zo min mogelijk ongelijk* worden getrokken en het aansprakelijkheidsrecht moet *verzekerbaar* blijven.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Gestart wordt met de eerste vraag: welke schade van derden zou moeten worden vergoed als er een beroep wordt gedaan op de normschending jegens de direct gekwetste (paragraaf 2)? Daarna wordt aandacht besteed aan de tweede vraag: onder welke omstandigheden zou de derde zelf, door een beroep te doen op het onrechtmatige daadsrecht, autonoom een aanspraak moeten kunnen maken op schadevergoeding (paragraaf 3)? Afgesloten wordt met de conclusie van dit onderzoek: verdient het bijzondere systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 heroverweging en, zo ja, hoe verdient het stelsel aanpassing (paragraaf 4)?

1 Vgl. Engelhard 2010, p. 328-329.

2. Welke schade van derden zou vergoedbaar moeten zijn met een beroep op de normschending jegens de direct gekwetste?

2.1 Inleiding

Zodra aansprakelijkheid is gevestigd, moet schade – in beginsel – volledig worden vergoed, mits die schade valt binnen de beschermingsreikwijdte van de geschonden norm. De hoofdregel in het schadevergoedingsrecht is concrete vaststelling van schade. Als aan dat uitgangspunt strikt wordt vastgehouden, is het mogelijk dat er geen (passende) ‘sanctie’ staat op een normschending jegens de direct gekwetste als een derde de schade draagt in plaats van de aansprakelijke partij, of als de direct gekwetste overlijdt (en dus zijn rechtssubjectiviteit eindigt). Het ontbreken van een sanctie wordt als onwenselijk beschouwd. De eerste vraag die in deze paragraaf aan de orde komt, is welke argumenten bestaan voor het toekennen van een afgeleid vorderingsrecht aan een derde gebaseerd op de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste. Maar er wordt ook een ander onderwerp aan de orde gesteld. De ideeën over uitbreiding van het vorderingsrecht van naasten hebben thans vooral betrekking op de uitbreiding van de werking van de afgeleide vorderingsrechten van de artikelen 6:107 en 6:108 BW. Denk hierbij aan de vergoeding voor affectieschade of het idee om inkomensschade van naasten vergoedbaar te maken. De grondslag voor die vergoeding wordt gevonden in de aansprakelijkheid jegens de gekwetste. Mijns inziens moet men zich echter afvragen – in het licht van de rechtvaardiging van die afgeleide vorderingsrechten – hoeveel ruimte die normschending biedt om de schade van derden vergoedbaar te maken. Daarover zijn in de literatuur verschillende opvattingen verdedigd en die komen in paragraaf 2.3 aan de orde. In paragraaf 2.4 wordt een eigen visie gegeven.

2.2 Redenen voor een afgeleid vorderingsrecht

2.2.1 Inleiding

Deze paragraaf gaat over de redenen die zijn genoemd om de schade van derden vergoedbaar te maken door middel van een afgeleid vorderingsrecht, dus met als grondslag de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste.

2.2.2 Aansprakelijkheidslast wordt niet verhoogd bij verplaatsting van schade

Als de schade van derden de verplaatste schade van de direct gekwetste betreft, moet die schade worden vergoed, aldus Bloembergen, omdat de ‘schade van’ de direct gekwetste wordt vergoed en de aansprakelijkheidslast dus niet omvangrijker wordt als schade verplaatst wordt van de een naar de ander.² Zoals Larenz en Canaris opmerken, biedt de aard van de schade een rechtvaardiging voor vergoeding. Verplaatste

2 Bloembergen 1965, p. 248-249. Vgl. Hartlief 2006, p. 101; Hartlief 2009, p. 302.

schade is geen louter toevallige schade.³ Een relativiteitsverweer of causaliteitsverweer dat verder gaat dan jegens de gekwetste had kunnen worden gevoerd, kan dan niet worden tegengeworpen, aldus Bloembergen. De omvang van de aansprakelijkheid wordt niet groter, uitsluitend de persoon van de concrete schadelijder is een andere.⁴ Met andere woorden, de grondslag is er, maar de schade valt in het vermogen van een ander. Dit is de reden dat ook wel wordt gesproken over kosten die zijn bespaard door de hulp van derden. De wetgever heeft dit mede genoemd als rechtvaardiging voor de introductie van artikel 6:107 BW.

Vrijwel altijd worden aanvullende argumenten genoemd en dat is terecht. Het argument dat de aansprakelijkheidslast niet wordt verhoogd, kan namelijk niet op zichzelf staan. De vergoeding van verplaatste schade zorgt immers *wel* voor een verhoging van de aansprakelijkheidslast ten opzichte van het uitgangspunt van concrete schadevaststelling, omdat ook de schade van de derde wordt betrokken in de begroting van de schade. Als voorbeeld kan het verschil tussen de regeling van artikel 1407 Oud BW en artikel 6:107 BW worden genoemd. Onder het regime van het Oud BW hoefde – strikt genomen – geen vergoeding te worden geboden voor verplaatste schade van de direct gekwetste. De concrete schade van de direct gekwetste moest worden vergoed en niet ook de schade van derden. Derden konden in beginsel – bij afwezigheid van een bijzonder verhaalsrecht – geen aanspraak maken op vergoeding. Daarin is verandering gekomen met de introductie van artikel 6:107 BW. Niet de concrete schade van de direct gekwetste moet worden vergoed, maar diens hypothetische schade. Als zijn schade ‘verplaatst’ is naar een ander moet die schade worden vergoed; en wel aan de concrete schadelijdende derde. De aansprakelijkheidslast is dus uitgebreid met de introductie van artikel 6:107 BW en daarvoor zijn ook andere argumenten genoemd.

Zo betoogt Bloembergen dat een lawine van aanspraken zal uitblijven en dat de aansprakelijke niet onevenredig zal worden belast.⁵ Voorts is het niet redelijk als de aansprakelijke profiteert van een min of meer toevallige schadeverplaatsing. Specifieker voor het toekennen van een vorderingsrecht aan de derde zelf, noemt Bloembergen het argument dat het niet redelijk zou zijn dat de direct gekwetste in een gunstigere positie zou kunnen verkeren (als hij de concrete schade zou lijden) dan de derde, terwijl het over dezelfde schade gaat. Ten slotte zou de schadeafwikkeling eenvoudiger worden: de derde hoeft geen verhaal te nemen op de direct gekwetste.⁶ Als aanvullend argument noemt de wetgever het voordeel dat derden meer bereid zullen zijn

3 Larenz en Canaris 1994, p. 586. Zij verwijzen naar de gedachte van schadeverlaging die ten grondslag ligt aan de ‘*Drittschadensliquidation*’.

4 Bloembergen 1965, p. 249-250 en 286. In de Duitse literatuur wordt dit ook wel ‘*transitorische Interesse*’ genoemd, Wilburg 1932, p. 97.

5 Bloembergen 1965, p. 249.

6 Bloembergen 1965, p. 248-249.

om deze kosten te dragen, omdat zij een eigen vorderingsrecht hebben.⁷ Deze argumenten komen in het onderstaande nader aan de orde.

2.2.3 Derden mogen niet worden ontmoedigd door het ontbreken van een vorderingsrecht

De wetgever noemt onder andere als reden voor introductie van artikel 6:107 BW dat derden niet ontmoedigd mogen worden bij het verstrekken van hulp vanwege het ontbreken van een *eigen* vorderingsrecht. Deze redenering dient meer om een eigen verhaalsrecht aan derden toe te kennen, dan om de schade van derden vergoedbaar te maken. Vergoeding is namelijk ook mogelijk via de vordering van de direct gekwetste, zoals het geval is naar Engels en Duits recht. Bovendien zegt het argument dat de derde niet ontmoedigd mag raken nog niet zoveel over de *omvang* van het verhaalsrecht. Derden kunnen namelijk ook meer kosten maken ten gunste van de direct gekwetste (en die tevens gewent zijn) dan de schade die is verplaatst van de gekwetste naar die derden en het is nog maar de vraag of die vergoed zouden moeten worden omwille van deze reden.

Terug naar het argument dat de derde niet ontmoedigd zou mogen worden. Ook Dagome-Labbe noemt dit argument en voegt daaraan toe dat het juist wenselijk is dat naasten als verzorger worden ingezet in plaats van externe hulp.⁸ Het argument wordt dan in de zin van 'bemoedigen' gebruikt, vooral omdat bekend is dat in Frankrijk veelal aansluiting wordt gezocht bij het werkelijke inkomensverlies van de naaste als hij de direct gekwetste is gaan verzorgen (zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.2.4).

Het argument dat de derde niet ontmoedigd zou mogen worden door het ontbreken van een eigen verhaalsrecht, moet echter worden genuanceerd. Ontmoediging speelt namelijk vooral een rol als overnemen van schade of betaling van een schadepost (in zekere zin) vrijwillig geschiedt, dus niet als er een wettelijke of contractuele plicht daartoe bestaat zoals bij de werkgever of verzekeraar.

Maar ook als het gaat om betalingen die minder verplicht van aard zijn, zoals verzorging door naasten die de 'normale' ouderlijke zorg overstijgt, moet mijns inziens niet te veel gewicht worden gehecht aan het argument dat naasten niet ontmoedigd mogen worden door het ontbreken van een verhaalsrecht. In ieder geval niet in de eerste periode na het ongeval van de gekwetste. Ik meen dat een naaste dan niet nadenkt over het feit of er een recht op schadevergoeding bestaat en dat deze zich dan al naar gelang het antwoord geremd zal voelen om verzorgingstaken te gaan verrichten, of om kosten te maken. Toegegeven, dit is een veronderstelling, maar het komt mij natuurlijk voor dat ouders, kinderen of andere naasten in de directe nasleep van een ongeval primair vanuit andere overwegingen keuzes maken over hoe zij 'het allemaal voorlopig gaan oplossen' zonder het aansprakelijkheidsrecht daarbij te betrek-

⁷ Parl. Gesch. Boek 6 (inv.), p. 1288.

⁸ Dagorne-Labbe 2001, p. 552.

ken. Het gezin moet tijdelijk draaiende worden gehouden. Pas in latere instantie zal een (meer) definitieve keuze worden gemaakt over hoe zal worden omgegaan met de nieuwe situatie en welke taakverdeling daarbij past. Dan komt het moment waarop het recht de keuze van naasten daadwerkelijk *kan gaan* beïnvloeden. Immers, op lange termijn kan een gezin niet zonder inkomen.

In het licht van deze nuancering is het argument dat een naaste niet ontmoedigd mag worden door het ontbreken van een eigen vorderingsrecht in zekere zin de wereld op zijn kop. De keuze voor een schadevergoedingsverplichting jegens derden (en dus in zekere zin voor een uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht) moet afhankelijk worden gemaakt van hoe het recht zou moeten omgaan met bepaalde keuzes van gezinsleden en of die keuze (al dan niet tijdelijk) gefaciliteerd zou moeten worden door middel van een financiële vergoeding.

2.2.4 Profijtgedachte

Als schade wordt gedragen door een derde in plaats van door de schadeveroorzaker, 'profiteert' de aansprakelijke van 'hulp' van derden. Zijn verplichting wordt ingevuld door een ander. Dit profiteren wordt als rechtvaardiging genoemd voor vergoeding van schade van derden. De aansprakelijke mag de spreekwoordelijke dans niet ontspringen. Bloembergen spreekt over een 'buitenkansje'.⁹

De profijtgedachte wordt in de literatuur in verband gebracht met de uitkomst in *Nationale Nederlanden/Woudsend I*.¹⁰ Een particuliere verzekeraar doet een onverplichte uitkering. Ter verhaal van deze kosten wordt een beroep gedaan op het verhaalsrecht van artikel 284 Wetboek van Koophandel (WvK). Anders dan in eerdere rechtspraak oordeelt de Hoge Raad dat een beroep kan worden gedaan op dit artikel als de uitkering onverplicht is geweest. Interessant is de argumentatie die de Hoge Raad geeft ter rechtvaardiging van deze uitkomst:

'Zou de verzekeraar niet worden gesubrogeerd indien en voor zover hij schade aan de verzekerde vergoedt zonder daartoe verplicht te zijn, dan zou in dit geval een situatie blijven bestaan die art. 284 beoogt te voorkomen: de aansprakelijke zou in feite van zijn verplichting tot vergoeding van de schade tot het door de verzekeraar vergoede bedrag worden ontslagen.'¹¹

9 Bloembergen 1965, p. 249. Dit lijkt de rechtvaardiging te zijn voor regresacties door schadeverzekeraars, aldus Engelhard 2003, p. 207. Engelhard is hierover kritisch en ziet regres veeleer als een reactie van de rechtsorde, p. 222-224, waarover later meer. Zie ook Hartlief 2006, p. 101.

10 HR 7 januari 2000, NJ 2000, 212, m.nt. M.M. Mendel (*Nationale Nederlanden/Woudsend I*).

11 HR 7 januari 2000, NJ 2000, 212, m.nt. M.M. Mendel (*Nationale Nederlanden/Woudsend I*), r.o. 3.3. De Hoge Raad heeft nog een aanvullende rechtvaardiging gegeven. Het is niet de bedoeling dat de verzekeraar van de gekwetste terughoudender wordt in het doen van uitkeringen als onzekerheid bestaat over de verplichte aard van de betaling.

Hier lijkt de Hoge Raad de profijtgedachte te hanteren als argument: het is aan de aansprakelijke om schade te dragen en niet aan de verzekeraar van de gekwetste. Zoals Van Boom stelt: de aansprakelijke is er in ieder geval niet slechter aan toe.¹² In dat verband wordt ook aansluiting gezocht bij de draagplicht van de aansprakelijke.

Ook in de Duitse literatuur wordt in het kader van personenschade een beroep gedaan op de profijtgedachte. De vergoeding van de schade van naasten wordt tot op zekere hoogte toegelaten met een beroep op het idee van § 843 IV BGB: '*Wer sich unrecht verhält, soll sich später nicht zu seinem Vorteil darauf berufen dürfen.*'¹³ Ook de uitkomst in het Engelse precedent *Hunt v. Severs* wordt gerechtvaardigd door het argument dat de aansprakelijke niet mag profiteren van de goede wil en liefdadigheid van derden.¹⁴

Engelhard is kritisch over de profijtgedachte in het kader van regresacties: onduidelijk is waaruit het profijt bestaat indien het vertrekpunt is dat de schade van derden *niet* wordt vergoed. Bovendien is het vooral de private verzekeraar die vermogensrechtelijk profijt ondervindt: hij ontvangt premies en wordt door middel van het regres min of meer schadeloos gesteld.¹⁵ Deze argumenten zijn moeilijker vertaalbaar als iemand zonder voorafgaande verzekeringsovereenkomst, de aansprakelijkheidslast draagt. Toch is het belangrijk om na te denken over de profijtgedachte. De kernvraag is *waarom* mag niet worden geprofiteerd?¹⁶ In het kader van de voordeelstoerekening wijst Bolt er op dat het onredelijk zou zijn om rekening te houden met verstrekkingen die in de persoonlijke sfeer liggen.¹⁷ Zij doet niet zozeer een beroep op de profijtgedachte, als wel op de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad rechtvaardigt zijn keuze in *Johanna Kruidhof* ook met een beroep op de redelijkheid: de verplichting tot herstel ligt primair bij de aansprakelijke partij en niet bij naasten.¹⁸

2.2.5 Redelijkheid en billijkheid

Op verschillende plaatsen worden de redelijkheid en de billijkheid genoemd als ratio voor de vergoeding van verplaatste schade van de direct gekwetste en voor de vergoeding voor verlies van tijd door naasten vanwege ofwel verzorging en verpleging,

12 Van Boom 2000, p. 64.

13 Schiemann 1981, p. 34. BGH 1 oktober 1985, *VersR* 1986, 173, 174, BGH 8 juni 1999, *NJW* 1999, 2819, *VersR* 1999, 1157, OLG Zweibrücken 13 november 2007, *NJW-RR* 2008, 620. Zie ook Stoll 1993, p. 459, Markesinis et al. 2005, p. 155.

14 *Hunt v. Severs* [1994] 2 A.C. 350. Hierover Matthews en Lunney 1995, p. 397.

15 Engelhard 2003, p. 208.

16 Vgl. Engelhard 2003, p. 208 waar zij stelt dat de profijttheorie eerder een verklaring biedt voor de grondslag van aansprakelijkheid, 'dan voor de eraan te verbinden gevolgen.'

17 Bolt 1989, p. 204. Volgens Bolt is de rechtvaardiging van voordeelstoerekening dat '(...) het onbillijk is de aansprakelijke persoon te belasten met de nadelige gevolgen van het schadegebeuren, terwijl de benadeelde de voordelige gevolgen mag behouden.' Deze redenering vloeit volgens haar voort uit de redelijkheid en billijkheid. Bolt 1989, p. 188 -189.

18 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen.

ofwel de uitoefening van huishoudelijke werkzaamheden. Zo ook door Bloembergen: in het licht van de redelijkheid en billijkheid moet bij verplaatsing van schade die schade worden vergoed. Als voorbeeld wordt genoemd de situatie dat een ouder de herstellkosten van een verwond kind betaalt: artikel 1407 Oud BW stelde een onredelijke beperking.¹⁹

De redelijkheid en billijkheid wordt ook genoemd als rechtvaardiging voor een abstracte schadevaststelling in *Johanna Kruidhof* en *Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*. Deze houdt verband met het idee dat de aansprakelijke primair de verplichting heeft tot vergoeding van schade. Het label dat daarop geplakt wordt, is de redelijkheid en billijkheid, maar houdt direct verband met wat mijns inziens de ‘echte’ rechtvaardiging is voor de vergoeding van schade van derden bij een verplaatste schadelast: degene die de normschending heeft begaan, zou de daardoor ontstane schade moeten dragen. De normschending weegt met andere woorden zwaarder dan bijvoorbeeld de onderhoudsplicht van ouders als het gaat om de vraag wie de schade moet dragen.²⁰ Engelhard verwoordt deze schadevergoedingsplicht als de reactie van ‘de rechtsorde op rechtens verwijtbaar gedrag.’²¹ Uit die gedachte vloeit voort dat de aansprakelijke niet mag profiteren van betalingen van derden en daarover gaat de volgende paragraaf.

2.2.6 De aansprakelijke partij moet de schade dragen

In het *Johanna Kruidhof*-arrest wordt overwogen dat ‘de aansprakelijke van de aanvang af verplicht [is] de gekwetste in staat te stellen zich van die noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien.’²² Het is primair de verplichting van de aansprakelijke om de middelen ten gunste van het herstel te verstrekken – en te dragen – en er kan geen beroep worden gedaan op (bijvoorbeeld) de onderhoudsplicht die ouders ten opzichte van kinderen hebben. In wezen gaat de aansprakelijkheid voor op de onderhoudsplicht uit het familierecht. Dit is vergelijkbaar met de uitkomst in het Franse, Duitse en Engelse recht.

Op een iets andere wijze, maar in de kern gelijk, wordt het vorderingsrecht bij overlijden gerechtvaardigd. De aansprakelijke is draagplichtig wat betreft de schade ontstaan door iemands overlijden en artikel 6:108 BW vormt de sanctie die staat op onrechtmatige doodslag, terwijl de vergoeding wordt toegekend aan derden, omdat dat niet anders kan. Moeilijker is echter wat de omvang van die aansprakelijkheidslast zou moeten zijn, omdat de persoon jegens wie de onrechtmatige daad is gepleegd is overleden (hoofdstuk 5, paragraaf 7).

19 Bloembergen 1965, p. 291. Vgl. over de positie van de werkgever Bloembergen 1965, p. 294-296.

20 Een vergelijkbare redenering wordt o.a. – zij het ieder vanuit een eigen context of onderwerp – gegeven door Giesen 2001, p. 449 (bewijs en aansprakelijkheid); Verheij 2002, p. 445-485, m.n. 479-485 (rechtsinbreuken en persoonsaantastingen); Van Boom 2006 (in brede context); Hartlief 2008, p. 237-247 (schending fundamentele rechten); Lindenbergh 2011, p. 89-96 (schending fundamentele rechten).

21 Engelhard 2003, p. 223.

22 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*), r.o. 3.3.2.

2.2.7 'Sachlichen Rechtswidrigkeitzusammenhang'

Het idee dat de aansprakelijke partij de schade moet dragen kan in verband gebracht worden met het betoog van Wilburg (in navolging van Neuner) dat betrekking heeft op de handhavende functie (*Rechtsverfolgung*) van het schadevergoedingsrecht ten opzichte van het onrechtmatige daadsrecht. Wilburg poneerde in de jaren dertig van de vorige eeuw het idee om aansluiting te zoeken bij de 'sachlichen Rechtswidrigkeit-zusammenhang' als derden schade lijden. Om duidelijk te maken wat dit idee inhoudt, wordt eerst aandacht besteed aan het betoog van de Oostenrijker Neuner over de (rechts)handhavingsfunctie.

Het doel van het schadevergoedingsrecht is volgens Neuner om een sanctie te bieden in geval van de schending van een 'absolutes Rechts' en voor de daardoor ontstane toestand. In essentie gaat het volgens Neuner om de 'Wiedergutmachung einer Rechtsverletzung'.²³ In het kader daarvan heeft het schadevergoedingsrecht een belangrijke functie, namelijk het verschaffen van een *sanctie die past* bij de *Rechtsverletzung*.²⁴ De schadeomvang moet ten minste worden gesteld op de objectieve waarde van het aangetaste recht, waarmee Neuner bedoelde de waarde die iets heeft in het 'verkeer'.²⁵ De Oostenrijker Wilburg sloot zich bij de theorie van Neuner aan en werkte deze onder andere uit voor de *schade van derden*. Gesproken wordt over *das Prinzip des sachlichen Rechtswidrigkeitzusammenhanges*:

*'Gehört der Schade des Dritten zu jenen Folgen, welche die durch die unerlaubte Handlung verletzte Norm verhüten sollte, so ist der Ersatzanspruch unbedenklich anzuerkennen.'*²⁶

Betalingen van derden die vallen binnen de zakelijke relativiteit van de geschonden norm, mogen niet ten gunste van de schadeveroorzaker werken, aldus Wilburg.²⁷ De personele beperking van de onrechtmatige daad wordt doorbroken. De eerste vraag betreft niet jegens wie onrechtmatig is gehandeld, maar wat de aard en omvang van het beschermde belang is.²⁸ Het doorkruiste belang heeft een waarde, los van de concrete schade die is ingetreden aan de zijde van de direct gekwetste.

Het moeilijke aan letsel en overlijden is echter dat, anders dan bij eigendom, het 'recht op leven' en 'persoonlijke veiligheid' niet overdraagbaar zijn. Vaststellen wat de waarde is van het geschonden belang, is daarom moeilijk, aldus Wilburg. Het vorderingsrecht van derden in geval van iemands overlijden, heeft zich daarom waar-

23 Neuner 1931, p. 305.

24 Neuner 1931, p. 305.

25 Neuner 1931, p. 306.

26 Wilburg 1932, p. 113, zie ook p. 125: 'Die erste Frage geht nicht nach dem Ersatzberechtigten, sondern nach Art und Umfang der geschützten Interesse.'

27 Wilburg 1932, p. 112.

28 Wilburg 1932, p. 125.

schijnlijk langzaam en tot een begrensde mogelijkheid ontwikkeld.²⁹ Ook wordt gewezen op de verhaalsmogelijkheden bij letsel. De reden dat de aansprakelijke niet mag profiteren van de vrijwillige betalingen van naasten is, dat die schade naar zijn aard eigenlijk door de direct gekwetste zou zijn geleden. Wilburg betoogt dat als het gaat over ‘typische gevolgen’ die schade moet worden vergoed, ongeacht wie de concrete schadelijder is.³⁰

De vraag blijft echter in hoeverre het idee van Wilburg mag worden doorgetrokken. Het blijft namelijk onduidelijk op welke manier de schadeberekening er uit moet zien: moet die vergoeding beperkt blijven tot de waarde van de ‘typische gevolgen’, of mag aansluiting worden gezocht bij de concrete schade van derden als een naaste zelf invulling geeft aan die typische gevolgen?

Hoewel het lijkt alsof Neuner, en later Wilburg, een nieuw pad is ingeslagen, betoogt Schiemann dat het idee kan worden afgeleid uit hetgeen werd gesteld door Degenkolb ten tijde van de behandeling van het Oud Duitse BW in het parlement.³¹ Degenkolb legt een verbinding tussen de functie van het onrechtmatige daadsrecht en het schadevergoedingsrecht:

‘Der ganze Gedanke der Naturalherstellung ist kein spezifisch schadensrechtlicher Gedanke: er ist vielmehr ein aus der Rechtsdurchsetzung stammender Gedanke: die Grenzverschiebung zwischen Naturalherstellung und Geldersatz ist im wesentlichen eine Grenzverschiebung – nicht innerhalb der Schadensverfolgung, sondern zwischen Schadens- und rechtsdurchsetzender Rechts-Verfolgung.’³²

Naturalherstellung stamt volgens Degenkolb niet zozeer van een schadevergoedingsrechtelijke gedachte, maar heeft veel meer betrekking op rechtshandhaving.³³

Het idee over *Rechtsverfolgung* moet wel in de juiste context worden geplaatst, omdat dit niet als ‘de’ functie van het Duitse schadevergoedingsrecht wordt beschouwd. Vaker wordt preventie naast compensatie of als ‘tweede’ als functie genoemd.³⁴

Hagen is kritisch over de opvatting van Wilburg. Ten eerste dwingt de wet tot vergoeding van de schade van degene die de aanspraak heeft, de *Gläubiger*. Daarnaast worden de bepalingen die schadevergoeding aan derden toelaten – §§ 844, 845, 618

29 Wiburg 1932, p. 120.

30 Wilburg 1932, p. 121.

31 Schiemann 1981, p. 206. Kritisch hierover Gebauer 2007, p. 280.

32 Dit citaat is afkomstig uit Schiemann 1981, p. 206. Schiemann concludeert uit dit citaat dat de rechtshandavingsgedachte niet afkomstig is van Neuner (1931), maar verder terug gaat naar 1890 (het jaar waarin Degenkolb deze uitspraak deed).

33 Hierover Schiemann 1981, p. 207. Zie echter ook p. 207 en 208 over de moeilijkheid die Schiemann heeft om een verband te leggen tussen het *Naturalersatzprinzip* en *Interesse*. Larenz en Stoll reageren instemmend op het idee van Degenkolb, Larenz 1987, p. 425; Stoll 1993, p. 191.

34 Stoll 1993, p. 151; Brüggemeier 1999, p. 31; Möller 2006, p. 73-74; Wagner en Kötz 2010, p. 30.

III BGB – als uitzondering beschouwd.³⁵ Voorts zou de theorie van Wilburg ‘niets anders’ inhouden dan een begrenzing van het idee dat alle schade ten gevolge van verkeerd gedrag vergoedbaar zou zijn, maar als aansprakelijkheidsbeperkend mechanisme ongeschikt is.³⁶

Lange en Schiemann merken op dat moeilijk grenzen gevonden kunnen worden en dat daarom niet voldaan kan worden aan de eisen van rechtszekerheid.³⁷ Het is niet verwonderlijk, aldus Hagen, dat de theorie van Wilburg vanuit rechtspolitiek oogpunt weinig bijval heeft gekregen: als wordt betoogd dat een schadevergoedingsverplichting niet meer beperkt is tot de persoon die de aanspraak heeft, kan dat ‘het hek van de dam’ van het aansprakelijkheidsrecht betekenen.³⁸ Tot slot betoogt Hagen dat het idee van Wilburg niet in overeenstemming is met het geldende recht.³⁹

Niet ontkend kan worden dat het idee van Wilburg nadere concretisering behoeft en dat het wellicht niet in overeenstemming is met het Duitse recht, maar dat punt hoeft niet doorslaggevend te zijn. Wilburg beoogt een oplossing te bieden voor een juridisch probleem veroorzaakt door het systeem van de wet zelf. Het is dan vreemd als datzelfde systeem weer als argument tegen verandering wordt genoemd.

Het andere argument dat Hagen noemt, is dat het tot een niet te rechtvaardigen uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht zal leiden. Lange en Schiemann brengen dit in verband met de vereisten van rechtszekerheid waaraan niet kan worden voldaan. Dat wordt gesproken in termen van ‘het hek van de dam’ en rechtsonzekerheid wordt mijns inziens vooral veroorzaakt doordat Wilburg een juridisch criterium (*sachlichen Rechtswidrigkeitzusammenhang*) gebruikt ter begrenzing van het vorderingsrecht, terwijl aan die term nog allerlei onzekerheden kleven. Wat betekent dit criterium precies voor een individuele actie? Dat hangt af van de betekenis die wordt gegeven aan de term en de argumenten die doorslaggevend zijn voor de wijze waarop invulling is gegeven aan dat criterium.

Er bestaat mijns inziens een gelijkenis tussen het idee dat de aansprakelijke partij de schade moet dragen en de theorie van Neuner en Wilburg over *Rechtsverfolgung*. Beide argumenten (of ideeën) hebben met elkaar gemeen dat het schadevergoedingsrecht een functie heeft in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht, namelijk het bieden van een ‘passende sanctie’ die betrekking moet hebben op de ‘typische gevolgen’ van de onrechtmatige daad. Er bestaat op dit punt gelijkenis met de Nederlandse bepaling van artikel 6:107 BW. De aansprakelijkheidslast mag niet worden vermindert in geval van verplaatsing van schade, omdat de aansprakelijke primair verantwoordelijk is. Het schadevergoedingsrecht dient de privaatrechtelijke handhaving wanneer aansprakelijkheid wordt gevestigd (subsidiare handhaving). Dit geldt op een iets andere manier ook voor artikel 6:108 BW. Het onrechtmatig veroorzaken

35 Hagen 1971, p. 96-97.

36 Hagen 1971, p. 99.

37 Lange en Schiemann 2003, p. 458.

38 Hagen 1971, p. 99-100. Vgl. Lange en Schiemann 2003, p. 458.

39 Hagen 1971, p. 99-100. Vgl. Lange en Schiemann 2003, p. 458.

van iemands overlijden moet worden gesanctioneerd ondanks dat de overledene niet meer bestaat als rechtssubject. Het wegvallen van die rechtssubjectiviteit rechtvaardigt het bestaan van een afgeleid vorderingsrecht. De omvang van dat vorderingsrecht is echter moeilijker te bepalen door het wegvallen van die rechtssubjectiviteit (hoofdstuk 5, paragraaf 7).

2.2.8 Tussenconclusie

Met uitzondering van de reden dat de derde niet ontmoedigd mag worden hulp te verstrekken, gaan de bovenstaande argumenten voor een afgeleid vorderingsrecht in de kern over het idee dat de aansprakelijke primair verplicht is om de schade volledig te vergoeden; ook als die schade in het concrete geval niet wordt geleden door de direct gekwetste, maar door een derde. De aansprakelijke partij mag niet verwijzen naar een verminderde schadelast van de direct gekwetste als derden die schadelast in werkelijkheid dragen, of de enige schadelijders zijn, omdat de direct gekwetste is overleden.⁴⁰ Of dat nu gebeurt onder de noemer ‘aansprakelijkheid wordt niet verhoogd’, ‘niet profiteren’, ‘redelijkheid en billijkheid’, of ‘de rechtshandhavende functie van het schadevergoedingsrecht’,⁴¹ de gedachte is dat de normschending tegenover de direct gekwetste moet worden gehandhaafd, oftewel gesanctioneerd, door middel van een passende sanctie.⁴² Het schadevergoedingsrecht speelt in het kader van die handhaving een concrete rol: de financiële sanctie moet worden vastgesteld (subsidiäre handhaving). De primaire verplichting van de aansprakelijke om schade te vergoeden prevaleert.⁴³

2.3 Aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste: hoe anders te begrenzen?

2.3.1 Inleiding

Discussie bestaat in de literatuur en op wetgevingsniveau over de vergoeding van concrete inkomensschade van naasten bij letsel of overlijden, voor immateriële schade van naasten en nabestaanden, voor de bedrijfsschade van werkgevers, voor geestelijk letsel en cetera. De huidige begrenzing lijkt niet houdbaar; over uitbreiding werd (en wordt) thans – op wetgevingsniveau – gediscussieerd in het kader van de uitbreiding van het afgeleide vorderingsrecht. Zoals in de vorige paragraaf is uiteengezet, houdt het argument ter rechtvaardiging van een afgeleid vorderingsrecht verband

40 Vgl. Engelhard 2007, p. 91.

41 De beantwoording van de vraag of het schadevergoedingsrecht een rechtshandhavende functie heeft of zou moeten hebben, is ook in andere contexten van belang. Verwezen kan worden naar Verheij 2002 p. 445-485; Van Boom 2006; Hartlief 2008, p. 237-247; Giesen 2009, p. 268-269; Lindenbergh 2011, p. 89-96.

42 Vgl. Diederichsen 1967, p. 119 en p. 156.

43 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*). Vgl. bijv. S.D. Lindenbergh in zijn noot bij HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, NTBR 1999, p. 229 (*Johanna Kruidhof*); Dagorne-Labbe 2001, p. 552; Engelhard 2003, p. 222-224; noot Vranken onder HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385 (*Bakkum/Achmea*), nr. 11.

met het idee dat het normschendend handelen van de aansprakelijke partij ‘passend’ moet worden gesanctioneerd, zowel bij verplaatsing van schade als bij het wegvallen van de rechtssubjectiviteit van de direct gekwetste. De kernvraag is dan welke schade van derden vergoed zou moeten worden indien er een beroep wordt gedaan op de normschending jegens de direct gekwetste. In deze paragraaf wordt uiteengezet welke alternatieven zijn geopperd in de literatuur.

2.3.2 Ruime interpretatie van het begrip ‘verplaatste schade’

Thans wordt ‘verplaatste schade’ eng gedefinieerd: het draait om verplaatsing van schade van de direct gekwetste naar een derde. Bloembergen, die deze term centraal stelt wat betreft de schade van derden, gaf een ruimere uitleg aan dit begrip. Hij start zijn betoog door te verwijzen naar de meer klassieke opvatting van ‘verplaatste schade’, zoals verwoord door Langemeijer.⁴⁴ Een onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de kosten van de ziekenauto en de loondoorbetaling en anderzijds de bedrijfsschade van een werkgever. De eerste kosten zouden wel voor rekening kunnen komen van de direct gekwetste, maar de bedrijfsschade niet.⁴⁵ Volgens Bloembergen kan echter wel in die richting worden gedacht, waarbij hij geen aansluiting zoekt bij de verplaatsing van geld, maar (in wezen) bij de ‘verplaatsing’ van de vordering (of positie) van de direct gekwetste. Deze gedachte past hij toe op het werkgeversverhaal en het verhaal van de vennoten waarmee de direct gekwetste in een vennootschap zit. Eerst zal zijn gedachtegang nader worden uiteengezet en vervolgens zijn weging van argumenten.

Over de positie van de werkgever die vergoeding vordert voor bedrijfsschade bij wegvallen van een werknemer, stelt Bloembergen het volgende:

‘Waarom moet de ondernemer, wiens auto beschadigd en tijdelijk onbruikbaar is wel vergoeding van bedrijfsschade krijgen, maar de ondernemer, wiens arbeider gewond en tijdelijk werkonbekwaam is, niet? En voorts: waarom kan de gewonde schilder of arts, die voor de duur van zijn eigen verwonding een vervanger engageert, wel vergoeding van de daaraan verbonden extra-kosten vorderen en de werkgever van de schilder of de arts, die hetzelfde doet niet? Moet men ook dan niet zeggen, dat de schade in plaats van bij de gewonde zelf bij een ander is terecht gekomen?’⁴⁶

In het licht van deze redenering is Bloembergen geneigd om de vordering tot vergoeding van bedrijfsschade toe te laten.⁴⁷ Tot eenzelfde conclusie komt hij wat betreft de vordering van de vennootschap. De direct gekwetste kan vergoeding vorderen van

44 P-G Langemeijer voor HR 10 januari 1958, NJ 1958, 79, m.nt. L.E.H.R., VR 1958, 16, m.nt. P (*Van Hoof/Van der Plas*).

45 P-G Langemeijer voor HR 10 januari 1958, NJ 1958, 79, m.nt. L.E.H.R., VR 1958, 16, m.nt. P (*Van Hoof/Van der Plas*). Zie hierover Bloembergen 1965, p. 297 en voetnoot 3.

46 Bloembergen 1965, p. 297. Zie ook Van Boom 2004, p. 37.

47 Bloembergen 1965, p. 297.

de bedrijfsschade als hij zelf vennoot is. Waarom zouden andere vennoten dat niet mogen doen als de direct gekwetste vennoot uitvalt?⁴⁸ Maar alvorens hij tot deze conclusies komt, wordt een weging van argumenten gemaakt.

Bij die weging wijst Bloembergen op de bezwaren verbonden aan uitbreiding van aansprakelijkheid: is de aansprakelijke liquide genoeg om ook de schade van de direct gekwetste te vergoeden en is er sprake van onevenredige belasting van de aansprakelijke? In beginsel zou dat niet het geval zijn als de twee genoemde situaties zich voordoen, maar als er onwenselijke zaken worden aangebracht bij de rechter, zal dat met een beroep op de relativiteit of causaliteit kunnen worden afgedaan en zal dat niet als bezwaarlijk worden ervaren, aldus Bloembergen.⁴⁹ In een aantal gevallen zal het zonder meer duidelijk zijn dat vergoeding moet worden toegekend, waarbij gewezen wordt op de vergoeding van herstelkosten, doorbetaald loon, schade van de vennootschap en van echtgenoten. In andere situaties is duidelijk dat geen vergoeding moet worden gegeven, waarbij Bloembergen noemt de schade van 'afnemers van de werkgever en van het stamcafé'.⁵⁰

De opvatting van Bloembergen komt aantrekkelijk voor, omdat gekozen wordt voor een vrij duidelijke begrenzing. Bovendien zijn er aanknopingspunten te vinden in gelijke situaties. Maar zoals reeds opgemerkt in hoofdstuk 8, paragraaf 2.2, kunnen analogieën wel een aanwijzing vormen dat er iets wringt, maar bieden zij op zichzelf geen doorslaggevende reden voor een verandering. Het is veeleer één van de argumenten om te overwegen om over te gaan tot vergoeding.

Doorslaggevend om de redenering van Bloembergen niet te volgen, is voor mij dat de ene schadelijder niet de andere schadelijder is. Er bestaat een verschil tussen de direct gekwetste en de derde: tegenover de direct gekwetste bestaat aansprakelijkheid, tegenover de derde daarmee (nog) niet. Er bestaat dus in beginsel geen grondslag voor vergoeding van zijn schade. De schade van de derde hoeft daarom niet te worden vergoed als hij in de situatie verkeert dat, *als* hij de direct gekwetste zou zijn geweest, hij wel vergoeding had kunnen vorderen voor die schade. Feit is namelijk dat hij niet de direct gekwetste is. De werkgever uit het voorbeeld van Bloembergen is niet dezelfde persoon als de direct gekwetste en dus wordt zijn belang niet ook automatisch beschermd als er een normschending heeft plaatsgevonden tegenover de direct gekwetste. Daarom kies ik niet voor de oplossing van Bloembergen.

2.3.3 *Serieuze redelijkheidstoets in geval van letsel*

De vergoeding voor verzorging en hulp door naasten als de direct gekwetste letsel heeft opgelopen, wordt begrensd door het criterium dat het normaal en gebruikelijk moet zijn om professionele hulp in te schakelen. Dat criterium is bekritiseerd.⁵¹ In

48 Bloembergen 1965, p. 298.

49 Bloembergen 1965, p. 305.

50 Bloembergen 1965, p. 305.

51 Zie hoofdstuk 4, paragraaf 3.2.1 en 3.2.2 en daar vermelde rechtspraak en literatuur.

de literatuur is gesuggereerd aansluiting te zoeken bij een serieuze redelijkheidstoets. Die toets heeft betrekking op twee zaken: de beoordeling van de keuze om zelf te gaan verzorgen en de redelijkheid van de vergoeding van de concrete inkomensschade van de naaste. Op dat laatste aspect wordt hier ingegaan, omdat het de omvang van de vordering betreft.

Du Perron zoekt aansluiting bij het belang van het familieleven en de keuzevrijheid die daaromtrent bestaat: 'Behoort het niet tot de kern van het *family life* dat men het recht heeft zijn familieleden (ouder, kind, echtgenoot of partner) zo nodig zelf te verzorgen?'⁵² Er wordt een serieuze redelijkheidstoets gesuggereerd, ook als het gaat over vergoeding van bezoeken. Als de keuze om te voorzien in de behoefte van de direct gekwetste redelijk is, is de vervolgvraag of aansluiting moet worden gezocht bij het concrete inkomensverlies van de naaste (voor zover dat bestaat). Volgens Du Perron en Klaassen wel: de bespaarde kosten van de professionele hulpverlening moeten het minimum vormen en bij inkomensschade moet het meerdere worden vergoed, mits het inschakelen van *deze* hulpverlener redelijk is.⁵³ Beiden verwijzen naar *Wrongful birth I*.⁵⁴

Deze aanpak lijkt aan te sluiten bij het criterium dat, naar het zich laat aanzien, is opgenomen in het Voorontwerp inkomensschade naasten. Dat voorstel zou gaan over de uitbreiding van het afgeleide vorderingsrecht. De reële zorgbehoefte van de direct gekwetste staat centraal en het moet redelijk zijn om een beroep te doen op een derde.⁵⁵

Lindenbergh wijst op moeilijkheden die gepaard zullen gaan met dit idee, aangezien de hulpbehoefte van de direct gekwetste wordt gezien als schade van de naaste.⁵⁶ Als die stap wordt genomen, dan moeten direct vervolgvragen worden gesteld: welke schade van naasten moet dan ook worden vergoed? Ik volg Lindenbergh op dit punt. Door op grond van de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste de eigen schade van naasten vergoedbaar te maken, ontstaan direct begrenzingsmoeilijkheden. Afgezien van de vraag welke andere schade van naasten vergoedbaar zou moeten zijn, bestaat ook de vraag welke andere derden een vergoeding van hun schade zouden moeten ontvangen.⁵⁷

52 Du Perron 2003, p. 136. Vgl. Mon. BW B35 (Klaassen), p. 12; Noot Vranken onder HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504 (*Krüter*), 5c-5f en noot onder HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*), nr. 17; Hartlief 2004, p. 1835-1836.

53 Mon. BW B35 (Klaassen), p. 12.

54 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner.

55 Hierover Lindenbergh 2006a, p. 107; Engelhard 2008, p. 1-5; noot J.B.M. Vranken na HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385 (*Bakkum/Achmea*), nr. 22.

56 Lindenbergh 2006b, p. 114-115. Zie ook Hagen 1971, p. 36-27.

57 Dat betekent echter niet dat het onder bepaalde omstandigheden toch verplicht zou moeten zijn om het concrete inkomensverlies van de naaste te vergoeden (zie nader paragraaf 3 van dit hoofdstuk).

2.3.4 'Herstel' en 'hulp' als sleutelwoorden

Kohler zoekt de oplossing voor de vergoeding van schade van derden in de herstelgedachte die ten grondslag ligt aan het Duitse schadevergoedingsrecht (*Naturalrestitution*).⁵⁸ Betoogd wordt dat na de doorkruising van iemands recht de vorige toestand zo goed mogelijk moet worden hersteld. Dat moet ook het geval zijn in personenschadezaken. Anders dan in gevallen van zaakschade, waar vermogen tegenover vermogen staat, staat in personenschade de 'Personeninteresse' tegenover het vermogen. Vermogen kan bijdragen aan een verbetering van de 'Personeninteresse'.⁵⁹ Bij zaakschade worden aldus de herstelkosten vergoed, terwijl bij letsel zo goed mogelijk herstel van iemands gezondheid wordt nagestreefd.⁶⁰ In dat kader wordt een koppeling gemaakt met de schade van derden (hoewel niet specifiek derden in personenschadezaken): *'hat der Schaden den Träger fremder Interesse getroffen, so sind diese fremden Interesse für die Entschädigungshöhe maßgebend.'*⁶¹

Ook in de Nederlandse literatuur is vanuit de herstelgedachte betoogd dat vergoeding moet worden toegelaten. Zo maakt Engelhard een onderscheid tussen schade die samenhangt met de hulpbehoefte van de direct gekwetste en schade die daarmee niet samenhangt.⁶²

Als voorbeelden van schade die niet samenhangt met de hulpbehoefte van de gekwetste noemt Engelhard: immateriële schade van derden, maar ook vermogensschade die samenhangt met moeilijkheden voor naasten om zich op hun werk of studie te concentreren waardoor carrièrekansen worden misgelopen, of kosten van psychiatrische hulp nodig geworden door het verlies van een naaste of een sterk veranderde gezinssituatie.⁶³

De schade die samenhangt met het herstel van de direct gekwetste is niet beperkt tot zuivere vermogensschade die naasten zelf lijden veroorzaakt door verzorging, verpleging of huishoudelijke hulp die zij verschaffen, maar gedacht kan ook worden aan naasten die een orgaan afstaan ten gunste van het herstel van de gekwetste en daardoor (vervolg)schade lijden.⁶⁴ In het voorontwerp inkomensschade naasten wordt – naar het zich laat aanzien – ook genoemd het halen van een rijbewijs door naasten, of kosten van een duurdere vakantie.⁶⁵ Engelhard noemt voorts kosten van bedrijfsmatige aard ten gunste van de direct gekwetste, zoals re-integratiekosten en het inhuren van de arbodienst.⁶⁶

58 Kohler 1906, p. 122 e.v.

59 Kohler 1906, p. 124.

60 Kohler 1906, p. 126.

61 Kohler 1906, p. 126-127.

62 Engelhard 2008, p. 2.

63 Engelhard 2008, p. 2.

64 Zie het voorbeeld uit de Duitse rechtspraak, hoofdstuk 6, paragraaf 3.3.2.

65 Zie hierover Engelhard 2008, p. 5.

66 Engelhard 2008, p. 2. Wat betreft de laatste twee schadeposten concludeert Engelhard dat – nu die schadeposten op grond van artikel 6:107a lid 3 BW vergoedbaar zijn geworden ongeacht de samen-

Engelhard stelt voor te kiezen voor een helder criterium voor vergoeding, zodat het risico van willekeur – waarbij zij duidt op de ongelijkheid van vergoeding tussen verschillende ‘typen’ derden – wordt voorkomen. Zij zoekt de rechtvaardiging voor begrenzing in de relatie tussen aansprakelijke en gekwetste en stelt het doel van het schadevergoedingsrecht voorop: ‘het bevorderen van het herstel van de situatie van de gekwetste zoals die zonder schadeval zou zijn geweest en van schadebeperking.’⁶⁷ De kern van haar betoog ligt in de term ‘herstel’: ‘Alleen de kosten van derden die redelijkerwijs gemaakt zijn tot beperking van schade van de gekwetste, en waarvan de aansprakelijke dus in essentie profijt heeft, komen dan voor vergoeding in aanmerking.’⁶⁸ Met dit criterium wordt een einde gemaakt aan het idee dat het normaal en gebruikelijk moet zijn om professionele hulp in te schakelen voor de verzorging en het verrichten van huishoudelijke hulp door naasten, aldus Engelhard. Zij stelt voor om te zoeken naar een algemene regeling, in plaats van een limitatieve opsomming van vergoedbare schadeposten, waarin bijvoorbeeld wordt vastgelegd, dat ‘niet-professionele derden die in het belang van de gekwetste onbezoldigd redelijke kosten maken of inspanningen leveren, recht hebben op schadevergoeding.’⁶⁹

Engelhard zoekt de oplossing dus in de doelstelling van het schadevergoedingsrecht: kosten die het herstel hebben bevorderd en (dus) de schade van de gekwetste hebben beperkt. Ook kan hier het betoog van Wagner worden genoemd: zorg door naasten is meestal goedkoper dan ingehuurde hulp en het weerspiegelt bovendien de wens van de direct gekwetste en dat zal waarschijnlijk tot een beter resultaat leiden.⁷⁰

Vanuit de gedachte dat de aansprakelijke de schade van de direct gekwetste moet dragen (en niet een derde), is het logisch om aansluiting te zoeken bij het idee van ‘herstel’, omdat dat de achterliggende gedachte van het schadevergoedingsrecht is. De vraag is echter in hoeverre ook kosten die ‘indirect’ of ‘eventueel’ hebben gezorgd voor feitelijk herstel, zoals bezoekkosten van naasten, onder deze noemer vergoed moeten worden. De moeilijkheid is namelijk dat niet vastgesteld kan worden in hoeverre het bezoek heeft bijgedragen aan het herstel. Voorts vraag ik mij af of geconcentreerd kan worden op de concrete kosten van naasten die de verplaatste schade van de direct gekwetste overstijgen, omdat dan van perspectief wordt gewisseld; en wat zorgt er voor dat er een verandering van perspectief mag plaatsvinden van de hypothetische schade van de direct gekwetste naar de concrete schade van een derde als het gaat over de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste? Het gaat in eerste

hang daarvan met het herstel van de gekwetste (de redelijkheidstoets in het kader van schadebeperkende maatregelen) – het jammer is dat ‘de aansprakelijke is overgeleverd aan de criteria die in het sociale recht gelden voor het maken van die kosten, terwijl dit niet dezelfde doeleinden dient als het schadevergoedingsrecht.’

67 Engelhard 2008, p. 5.

68 Engelhard 2008, p. 5. Vgl. Engelhard 2007, p. 91. Zie ook – in het kader van het werkgeversverhaal – Lindenbergh 2006c.

69 Engelhard 2008, p. 5.

70 MünchKommBGB/Wagner § 842, 843, RdNr 68.

instantie om het herstel van de gezondheid van de direct gekwetste, omdat tegenover hem een norm is geschonden en niet over volledige vergoeding van de schade van derden. Een derde heeft pas recht op volledige schadevergoeding als zijn belang autonoom beschermd wordt door het algemene onrechtmatige daadsrecht.

2.3.5 De keuze en de aard van de hulp

In zijn annotatie onder *Philip Morris/Bolink* legt Vranken de vinger op de pijnlijke plek: wat zou moeten maken dat inkomensschade bij overlijden moet worden vergoed?

Vranken maakt een onderscheid tussen drie categorieën naasten: ouders (i), partners zonder kinderen (ii), en andere familieleden en vrienden (iii). Het concrete inkomensverlies van ouders (i) moet worden vergoed, zowel bij letsel als bij overlijden. Vranken stelt dat terughoudendheid moet worden betracht bij de beslissing tot schadebeperking. Na verloop van tijd kan het echter redelijker worden dat aan de omvang en duur van de ‘werkvermindering grenzen worden gesteld’, aldus Vranken.⁷¹

Bij de tweede categorie, de partner zonder kinderen, wordt een onderscheid gemaakt tussen letsel en overlijden. Als het een nabestaande betreft, moet de keuze voor werkvermindering ‘kritischer (en rekenkundiger)’ worden bejegend dan in geval van letsel. Het verschil in zorg in vergelijking met professionele hulp is te gering in een overlijdenssituatie.⁷² Als de direct gekwetste letsel heeft en de partner neemt zijn huishoudelijke taken over of gaat hem verzorgen, dan zou de keuze voor werkvermindering eerder gerechtvaardigd kunnen zijn, aldus Vranken.⁷³ Dit verschil wordt waarschijnlijk ingegeven door de gedachte dat bij letsel persoonlijke verzorging anders van aard is dan invulling geven aan een opengevallen deel van het huishouden bij overlijden.

Andere familieleden en vrienden vormen de derde categorie. Ook hier wordt een onderscheid gemaakt tussen overlijden en letsel. In geval van overlijden, zou ‘onder zeer bijzondere omstandigheden aanspraak bestaan op volledige vergoeding van de verminderde arbeidsinkomsten.’⁷⁴ De reden is dat het verschil met een professional ‘in de regel te gering [zou] zijn om volledige vergoeding te rechtvaardigen.’⁷⁵ Bij letsel is dat anders, daar zou vergoeding van de concrete inkomensachteruitgang eerder gerechtvaardigd zijn.⁷⁶

De aard van de zorg is doorslaggevend voor Vranken: de zorg van een naaste is niet te vergelijken met de zorg van een professionele derde en dus zouden beide niet gelijk

71 Noot J.B.M. Vranken onder HR 10 april 2009, NJ 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*), nr. 10-11.

72 Noot J.B.M. Vranken onder HR 10 april 2009, NJ 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*), nr. 13-14.

73 Noot J.B.M. Vranken onder HR 10 april 2009, NJ 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*), nr. 13.

74 Noot J.B.M. Vranken onder HR 10 april 2009, NJ 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*), nr. 14.

75 Noot J.B.M. Vranken onder HR 10 april 2009, NJ 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*), nr. 14.

76 Noot J.B.M. Vranken onder HR 10 april 2009, NJ 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*), nr. 10-11.

moeten worden gewaardeerd. Anders is dat als het gaat over het louter invullen van een opgevallen gat in geval van overlijden. Vranken zoekt aansluiting bij hetgeen is overwogen door de Hoge Raad in het *Wrongful birth I*-arrest. De grondslag van de vordering is de keuzevrijheid:

‘In mijn benadering heb ik dit bereikt [vergoeding van concreet inkomensverlies, RR] door centraal te stellen (a) de keuzevrijheid van de vrouw om zelf de taken van haar overleden man op zich te nemen in plaats van deze te moeten uitbesteden aan derden, en (b) door haar daadwerkelijke keuze om dit te doen in beginsel te respecteren en te honoreren. Het gaat immers niet om inkomensschade *sec*, maar om inkomensschade als gevolg van een door de aansprakelijke partij veroorzaakte noodzaak haar leven opnieuw in te richten, waaronder een nieuwe balans van werk en privé, en de zorg voor haar kind en het huishouden.’⁷⁷

Er zou mijns inziens geen doorslaggevende betekenis moeten worden toegedicht aan het verschil tussen de situatie waarin een gehandicapt kind wordt geboren, en de situatie waarin een naaste ernstig letsel oploopt of overlijdt. In beide situaties verandert het gezinsleven dat iemand voor ogen stond drastisch door het (onrechtmatige) gedrag van een ander.

Bedacht moet echter worden dat deze analogie niet doorslaggevend kan zijn, omdat het in de kern gaat over twee, vanuit juridisch perspectief, verschillende normen. De ene betreft het keuzerecht in de zin van gezinsplanning en de andere betreft de doorkruising van het gezinsleven waarvoor is gekozen. De kernvraag is dan of die tweede norm een juridische norm is (of zou moeten zijn) die bij schending daarvan aansprakelijkheid oplevert. Maar dat is mijns inziens een andere vraag dan de vraag die hier centraal staat, over de reikwijdte van *de normschending tegenover de direct gekwetste*, en betreft de vraag of en, zo ja, onder welke omstandigheden er *autonome normschending bestaat tegenover de derde*. Daarvan was sprake in het *Wrongful birth I*-arrest en de vraag is of dat ook het geval is ten opzichte van gezinsleden in persoonschadezaken. Daarover gaat paragraaf 3 van dit hoofdstuk.

Vranken merkt op dat in letselschadezaken reeds aansluiting kan worden gezocht bij het concrete inkomensverlies van ouders als de keuze om te stoppen met werken en de direct gekwetste gaan verplegen en verzorgen op redelijke gronden is gemaakt.⁷⁸ Verwezen wordt naar hetgeen overwogen is in het *Wrongful birth I*-arrest. Deze conclusie is echter onzeker wat betreft de vergoeding van het concrete inkomensverlies bij lichamelijk letsel bij de direct gekwetste. Afgezien van het feit dat lichamelijk letsel moeilijk gelijk te stellen is aan een kind geboren uit een zwangerschap, wordt vooralsnog vastgehouden aan de beperking tot verplaatste schade: de bespaarde kosten van de professionele hulp. Hoewel de Hoge Raad dit heeft overwogen wat betreft tijdsverlies, ga ik ervan uit dat dit niet anders wordt als concreet inkomen wordt verloren en in ieder geval niet als het concrete

⁷⁷ Noot J.B.M. Vranken onder HR 10 april 2009, NJ 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*), nr. 17.

⁷⁸ Noot J.B.M. Vranken onder HR 10 april 2009, NJ 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*), nr. 10 en 7.

verlies hoger is dan de bespaarde kosten. Deze gedachte is ingegeven door de nadruk die de Hoge Raad legt op ‘de bespaarde kosten van de professionele hulp’.

Een ander verschil tussen de feiten van de *Wrongful birth I*-zaak en van de situaties waarover hier wordt gesproken, is dat in die zaak een contractuele verhouding bestaat tussen de aansprakelijke en de schadelijde moeder. Dat is niet het geval in een ‘normale’ buitencontractuele rechtsverhouding. Dogmatisch gezien is dit verschil groot, maar zou dat ook doorslaggevend moeten zijn? Gezien de oplossing die Vranken suggereert, zou dit niet zo moeten zijn.

2.3.6 *Het genot bij een geschonden belang*

Reinhardt zoekt aansluiting bij een andere omstandigheid die richtinggevend zou moeten zijn voor de vergoeding van schade van derden: het genot bij het geschonden belang. Afstand wordt genomen van het idee dat de direct gekwetste degene is die schadevergoeding mag vorderen. Dit is belangrijk: hij stapt af van het idee dat aansprakelijkheid in beginsel gaat over bilaterale verhoudingen en dat de vergoeding van schade van derden de uitzondering betreft. Betoogd wordt dat het verkeer is om met een verwijzing naar ‘regel’/‘uitzondering’ de bestudering van het schadevergoedingsrecht uit de weg te gaan.⁷⁹ Moeilijkheden worden niet voorkomen, aldus Reinhardt, omdat schade van derden nu eenmaal wordt vergoed, ondanks het idee dat uitsluitend de direct gekwetste vergoeding kan vorderen, terwijl onbekend is wat de begrenzing daarvoor zou moeten zijn.⁸⁰

Reinhardt heeft mijns inziens gelijk. Ook naar Nederlands recht wordt de vergoeding van schade van derden in personenschadezaken als uitzondering gezien, hoewel een aantal schadeposten wel gewoon wordt vergoed, terwijl een eenduidige begrenzing ontbreekt. Bovendien wordt in het kader van die ‘uitzonderingspositie’ gezocht naar uitbreiding, bijvoorbeeld in de vorm van vergoeding van concrete inkomensschade van naasten en affectieschade, terwijl onduidelijk is wat daarvoor de rechtvaardiging is en hoe die nieuwe begrenzing zich verhoudt tot vorderingen van andere derden. Mijn idee voor een oplossing wijkt echter af van die van Reinhardt (zie nader paragraaf 2.4 van dit hoofdstuk). Desondanks behandel ik het idee van Reinhardt, omdat dit een vollediger beeld oplevert van mogelijke wijzen van uitbreiding. Zijn idee is nog niet in de Nederlandse literatuur genoemd.

Er wordt door Reinhardt van perspectief gewisseld: niet de persoon jegens wie een onrechtmatige daad is gepleegd staat centraal, maar het aangetaste rechtsbelang. De *Gläubiger* is ‘slechts’ drager van het aangetaste belang, terwijl dat belang juist datgene is dat recht geeft op schadevergoeding.⁸¹ De onrechtmatige daad (in enge zin) moet het fundament bieden voor de discussie over de vergoeding van schade van derden:

79 Reinhardt 1933, p. 67.

80 Reinhardt 1933, p. 68.

81 Reinhardt 1933, p. 72.

‘bestimmend für den Inhalt der Ersatzpflicht muß dann vielmehr der Inhalt der verletzten Rechtspflicht sein. Aus dem Inhalt dieser Rechtspflicht ergibt sich notwendig der materielle Gehalt des jeweiligen Unrechts und daraus wieder der materielle Gehalt des Ersatzes. Das ist die erste wesentliche Erkenntnis, wenn man nach der Bedeutung der Rechtsverletzung im haftungsbegründenden Tatbestand fragt.’⁸²

Praktisch betekent dit dat schade van derden kan worden vergoed als er een verband bestaat tussen het beschermde belang (*geschützten Gut*), dat door het verkeerde gedrag (*verletzte Rechtspflicht*) wordt doorkruist, en de genotsmogelijkheid (*Genußmöglichkeiten*) die de derde had bij dat beschermde belang. Dat belang kan worden vertaald in een bepaald vermogensbelang:

‘Interesseersatz auf Grund einer Rechtsverletzung erscheint dann deshalb und insoweit sinnvoll, als durch die jeweilige Rechtspflicht mit dem durch sie geschützten Gut bestimmte Genußmöglichkeiten ein bestimmtes Vermögensinteresse substantieren lässt!’⁸³

Deze redenering vereist een kritisch oog. In personenschadezaken betekent dit dat doorslaggevend is of sprake is van een specifiek belang bij iemands welbevinden. Reinhardt spreekt ook wel over een ‘verplaatsing van belangen’:

‘Man wird danach grundsätzlich verlangen müssen, dass im Augenblick der Erfüllung des haftungsbegründenden Tatbestandes eine Herausgabepflicht oder sonstige Rechtspflicht zu Gunsten Dritten und zu Lasten des Gläubigers bestand, die die Verlagerung des Interesses auf den Dritten mit sich brachte.’⁸⁴

Dit idee kan concreet gemaakt worden door middel van voorbeelden die Reinhardt geeft. Een tenor heeft letsel door onrechtmatig handelen van een ander. Hij kan daardoor niet optreden tijdens een *door hem* georganiseerd concert en loopt inkomen mis. Die schade moet worden vergoed: dat is de genotsmogelijkheid die samenhangt met zijn recht op gezondheid. Maar door zijn letsel, lijdt ook zijn muzikaal begeleider schade in de vorm van inkomensverlies. De positie van deze persoon is vergelijkbaar met die van anderen, zoals die van de ingehuurde ondersteuning. Deze schade is voorzienbaar (adequaat veroorzaakt) als gevolg van het onrechtmatige gedrag, maar is die ook vergoedbaar? Hangt de schade van de derde samen met het lichamelijk welbevinden van de tenor? Op het eerste gezicht lijkt dit wel het geval, maar Reinhardt concludeert anders. De schade van deze derde hangt samen met het belang bij optreden (in het algemeen) en niet zozeer met het belang van een goede gezondheid van de tenor.⁸⁵

82 Reinhardt 1933, p. 75.

83 Reinhardt 1933, p. 77, vgl. p. 83.

84 Reinhardt 1933, p. 102.

85 Reinhardt 1933, p. 97.

Op die redenering valt mijns inziens wel wat af te dingen, omdat het doorgang vinden van het concert klaarblijkelijk afhankelijk is gemaakt van de gezondheidstoestand van de tenor, tenzij een willekeurige andere tenor zijn plaats kan overnemen.⁸⁶ Terug naar het voorbeeld van Reinhardt. Volgens hem wordt het anders als niet de tenor zelf, maar een *theaterdirecteur* het optreden heeft georganiseerd. De specifieke arbeidskracht van de tenor wordt ter beschikking gesteld aan de directeur en hij heeft een groot belang bij het gezond blijven van de tenor. Dat heeft als gevolg dat de schade die bij deze is veroorzaakt door het niet-optreden, moet worden vergoed. Die schade hangt direct samen met de genotsmogelijkheid bij het lichamelijk welbevinden van de gekwetste. Dat hoeft niet alleen de kostprijs van het concert te betreffen, maar ook de misgelopen winst. In de oplossing van Reinhardt zou dus de bedrijfschade van de werkgever moeten worden vergoed. Een idee dat naar Nederlands recht ook is geopperd, met dien verstande dat de argumenten die daarvoor zijn genoemd andere zijn (zie paragraaf 2.3.2 van dit hoofdstuk).

Een ander voorbeeld betreft een arts die een medische fout maakt in het kader van de uitvoering van de behandelingsovereenkomst waardoor de patiënt schade lijdt. De contractuele verplichting van de arts ziet niet alleen op de persoon die is behandeld, maar ook op personen die naar de aard van de behandeling van de patiënt door de arts van dichtbij in contact komen met hem, zoals familieleden en dienstmeiden (thans waarschijnlijk *au pairs*).⁸⁷ Die personen hebben namelijk direct belang bij het lichamelijk welbevinden van de direct gekwetste.

Ook herstelkosten gemaakt door onderhoudsplichtigen ten gunste van de direct gekwetste moeten worden vergoed. Als er een samenloop bestaat tussen de plicht van de aansprakelijke en die van onderhoudsplichtige, dan wordt het vermogensrisico dat is verbonden aan de aantasting van iemands gezondheid verplaatst van de direct gekwetste naar een derde en moet die schade dus worden vergoed.⁸⁸

Een vergelijkbare redenering volgt Reinhardt wat betreft de positie van de verzekeraar en de werkgever die loon doorbetaalt. Als door de onrechtmatige daad een betalingsverplichting ontstaat die samenloopt met de te vergoeden schade door de aansprakelijke, moet laatstgenoemde de schade dragen: *'der gegenständlich fixierte Schaden wird, wie man bildhaft sagen könnte, auf die Person des Dritten projiziert.'*⁸⁹

Over de schadebegroting merkt Reinhardt op dat als het idee moet worden losgelaten dat de direct gekwetste de enige met een vorderingsrecht is, ook het idee moet worden losgelaten dat het om zijn schade draait. Gekunstelde redeneringen, zoals een vergoeding conform de objectieve waarde van de normschending, beperking tot verplaatste schade, of voorzienbare schade moeten worden verlaten. In beginsel

86 Vgl. Diederichsen 1967, p. 149, Hagen 1971, p. 106.

87 Reinhardt 1933, p. 101.

88 Reinhardt 1933, p. 136.

89 Reinhardt 1933, p. 105.

moet aansluiting worden gezocht bij de concrete schade van de derde. Daarbij wordt opgemerkt dat dit niet hoeft te betekenen dat daardoor de schade ook hoger zou zijn: de schadevergoeding kan zeer wel lager uitvallen als de derde als schadelijder wordt beschouwd. Bovendien, zo argumenteert Reinhardt, moet de aansprakelijke ook onvoorzienbare schade vergoeden als het de direct gekwetste betreft. Waarom zou dat dan niet mogen als de concrete schadelijder een toevallige derde betreft?⁹⁰

Reinhardt past zijn idee toe op het geldende Duitse recht. Hetgeen is bepaald in § 845 BGB past volgens Reinhardt in zijn idee: door de vermindering van de gezondheid is de gekwetste minder, of niet meer, in staat om zijn arbeidskracht in te brengen in het gezin en dus kan de onderhoudsgerechtigde vergoeding vorderen van de schade die daardoor is ontstaan. Het aangetaste rechtsbelang houdt direct verband met de onderhoudsprestaties waarop een derde 'recht' had op het moment van de onrechtmatige daad.

Moeilijker vindt Reinhardt het om zijn idee te verenigen met hetgeen bepaald is in § 844 I BGB: de vergoeding van de kosten van de lijkbezorging. Een vergelijking wordt gemaakt tussen de verplichting tot vergoeding van de begrafenis kosten en de betaling van de herstelkosten bij letsel: beide schadeposten vloeien voort uit de aantasting van het rechtsbelang: *'Beide Male handelt es sich um Auslagen, die zur Beseitigung des durch die körperliche Verletzung herbeigeführten Zustandes notwendig wurden.'*⁹¹ Het is jammer dat Reinhardt niet verder gaat met zijn redenering. Immers, de kosten van de afwikkeling van de erfenis zijn niet vergoedbaar, maar die vergoedbaarheid is wel te verdedigen in het licht van zijn redenering: ook dat zijn kosten die noodzakelijk zijn door het toebrengen van iemands overlijden. De vergoeding van de kosten wegens verlies van levensonderhoud (§ 844 II BGB) is volgens Reinhardt op het eerste gezicht moeilijk in te passen in zijn idee. Hij vraagt zich af of een wettelijke onderhoudsaanspraak voldoende in relatie staat tot het geschonden rechtsgoed, te weten de bescherming van iemands lichaam.⁹² Hij maakt een vergelijking met een 'normale' schuldeiser: niet louter vanwege niet betalen door iemands letsel of overlijden heeft een derde recht op vergoeding van zijn schade daardoor ontstaan. Reinhardt concludeert echter dat niet ontkend kan worden dat de familierechtelijke onderhoudsverplichting een bijzondere positie inneemt: *'Der Unterhaltsberechtigten steht der Person des Unterhaltspflichtigen und dessen Erwerb erheblich näher als ein Gläubiger, der von ihm lediglich eine Geldsumme oder irgendeinen sonstigen Vermögensgegenstand fordern kann.'*⁹³

Lange en Schiemann zijn kritisch over de theorie van Reinhardt.⁹⁴ In de kern komt hun kritiek erop neer dat de gekozen begrenzing tot onzekerheid zal leiden. Ook Hagen is kritisch. Zijn kritiek is dat de *Dogma von Gläubigerinteresse* (een ander dan de direct gekwetste kan geen vergoeding vorderen van zijn schade) is neergelegd in de wet. De door Hagen genoemde argumenten zijn gelijk aan die welke zijn tegen-

90 Reinhardt 1933, p. 86-87.

91 Reinhardt 1933, p. 134.

92 Reinhardt 1933, p. 134.

93 Reinhardt 1933, p. 135.

94 Lange en Schiemann 2003, p. 457-458.

geworpen aan Wilburg (zie paragraaf 2.2.7 van dit hoofdstuk).⁹⁵ Herhaald kan dus worden dat de kritiek van Hagen voor mij niet overtuigend is: het doel van Reinhardt is om een correctie aan te brengen op het wettelijk systeem, juist vanwege het probleem met betrekking tot schade van derden. En zeker aan Reinhardt kan niet worden tegengeworpen dat hij gekunsteld te werk is gegaan door zijn theorie in de wet in te passen; hij is er heel duidelijk over dat zijn idee anders is dan een interpretatie van de wet.

Ook noemt Hagen de theorie van Reinhardt vanuit rechtspolitiek oogpunt aanvechtbaar, omdat als iemand baat heeft bij iemand anders zijn 'beschermd belang', een schadevergoeding wordt 'gegarandeerd'. Dit zou tot een aan het aansprakelijkheidsrecht vreemde uitbreiding leiden.⁹⁶ Aan de andere kant, waarom zou dat niet mogen als er in de praktijk behoefte aan uitbreiding bestaat en die ook wordt gezocht? De kernvraag is dan: is de oplossing van Reinhardt aantrekkelijk genoeg om te aanvaarden? Mijns inziens niet. In de Duitstalige literatuur zijn een aantal argumenten genoemd tegen de opvatting van Reinhardt waarbij ik aansluiting zoek.

Het eerste argument is afkomstig van Diederichsen: het feit dat tot vestiging van aansprakelijkheid heeft geleid, zou niet maatgevend mogen zijn voor de omvang van de aansprakelijkheid jegens anderen.⁹⁷ Zoals Diederichsen verwoordt: de genotsmogelijkheid van een belang is een gevolg van het wezen daarvan. Nu Reinhardt aansluiting zoekt bij die genotsmogelijkheid, wordt de verhouding tussen grondslag en gevolg omgekeerd.⁹⁸

Het tweede argument is ook genoemd door Diederichsen en heeft betrekking op het begrip '*Interesse*'.⁹⁹ Het belang wordt als iets statisch gezien, terwijl de genotsmogelijkheden variabel zijn.¹⁰⁰ Zoals Diederichsen terecht opmerkt: het begrip '*Interesse*' doet niet veronderstellen dat er een eenheid bestaat van degene die in zijn rechtsbelang is aangetast en andere schadelijders.¹⁰¹ Het gaat om het belang van degene die is gekwetst.

Hagen noemt een derde argument, te weten de moeilijkheden die zich voordoen bij de voorbeelden van Reinhardt. Diederichsen sluit zich hierbij aan en concludeert uit het voorbeeld van de gezondheidsschade van de tenor dat Reinhardt niet zozeer kan worden tegengeworpen dat met zijn theorie een uitbreiding van aansprakelijkheid wordt bewerkstelligd, maar wel dat een begrenzing bestaande uit de beschermde genotsmogelijkheid van een belang praktisch niet realiseerbaar is.¹⁰² De mogelijkheid waarvoor arbeidskracht kan worden ingezet, verschilt per individu zo verregaand dat

95 Hagen 1971, p. 102-103.

96 Hagen 1971, p. 105-106.

97 Hagen 1971, p. 104.

98 Diederichsen 1967, p. 147. Vgl. Hagen 1971, p. 105.

99 Hagen 1971, p. 106.

100 Hagen 1971, p. 107.

101 Diederichsen 1967, p. 138.

102 Diederichsen 1967, p. 149.

het feit van een loutere aantasting van een rechtsbelang daarover op zich niets zegt.¹⁰³ Dat leidt noodzakelijkerwijs tot begrenzingproblemen.¹⁰⁴

Mijns inziens zou geen aansluiting moeten worden gezocht bij het idee van Reinhardt dat in de kern inhoudt dat het beschermde belang geïsoleerd moet worden beschouwd, los van de persoon die bij dat belang 'hoort'. Een belang, bijvoorbeeld 'gezondheid', is een statisch gegeven dat hoort bij een persoon en die persoon kiest hoe dat belang te gebruiken voor zijn eigen welzijn (of welvaart). Door anderen een bescherming te bieden, omdat ook zij een voordeel ontleen aan iemands beschermde belang omdat diegene er voor heeft gekozen dat belang op een bepaalde manier te 'gebruiken', wordt het idee van grondslag en gevolg omgedraaid. Dat een derde na deel ondervindt (gevolg) doordat de direct gekwetste een minder goede gezondheid heeft, betekent nog niet dat er een grondslag bestaat voor vergoeding van zijn schade. Louter schade lijden is immers onvoldoende voor vestiging van aansprakelijkheid.

2.3.7 De nutwaarde van het vermogen: subjectief functioneel schadebegrip

Hagen wijst het *Differenzschadensbegriff* af en hij stelt dat verschillende schadeproblemen verschillende waarderingsvragen opwerpen, waarbij gewezen wordt op de *Drittschadensliquidation*, *hypothetischen Kausalität* en *Vorteilsausgleichung*. Om die vragen op te lossen, kunnen twee 'paden' worden gekozen: of aansluiting wordt gezocht bij de functie van het rechtsgebied, of bij de natuurlijke betekenis van het schadebegrip.¹⁰⁵ Hagen kiest voor het eerste.

Het gaat niet om het 'hebben' van vermogensschade, maar om het niet meer 'kunnen' gebruiken van het object of een lichaam, zodat 'op zich' geen vermogen meer bestaat, of kan worden verworven door middel van het object of het lichaam (in een ruime interpretatie als 'vermogenswaarde').¹⁰⁶ Dat 'kunnen' moet vervolgens losgemaakt worden van de persoon.¹⁰⁷ Gesproken wordt over een functionele benaderingswijze van de vaststelling van schade: er wordt niet gekeken naar de vermogenswaarde, maar naar de (nog) aan te wenden gebruikswaarde van het rechtsbelang.¹⁰⁸

Als onderbouwing van zijn theorie noemt Hagen het wezen van de rechtsstaat, hetgeen volgens hem de garantie van persoonlijke vrijheid is. Het privaatrecht regelt in dat kader de relaties tussen individuen die aan elkaar gelijk zijn. De begrippen 'vrijheid' en 'eigen verantwoordelijkheid' vormen als '*Ordnungsprinzipien*' centrale begrippen binnen het privaatrecht. Voorts wijst Hagen op de centrale rol van het persoonlijkheidsrecht 'zelfbeschikking', dat is geconcretiseerd in de contractsvrijheid, de

103 Diederichsen 1967, p. 149-150.

104 Diederichsen 1967, p. 151.

105 Hagen 1971, p. 155.

106 Hagen 1971, p. 164-166.

107 Hagen 1971, p. 179.

108 Hagen 1971, p. 168, 172-173.

vrije beschikking over eigendom, de vrijheid om vorm te geven aan een testament, de vrijheid van beroep en bedrijf en concurrentievrijheid.¹⁰⁹ Het vermogen heeft in dat kader een belangrijke rol:

‘Das Vermögen vergrößert die Handlungsfreiheit des einzelnen und ermöglicht es ihm, seine Freiheit sinnvoll zu gebrauchen, insbesondere sich Zwecke zu setzen, die über die Befriedigung seiner elementaren Bedürfnisse weit hinausgehen.’¹¹⁰

Het privaatrecht dient bij de ontplooiing van het leven een bepaalde mate van zelfbeschikking te garanderen. Zodra echter de autonomie van een persoon, of diens handelen, de grens bereikt, moet het recht dat omslagpunt regelen en bescherming bieden aan degene wiens autonomie is doorkruist.¹¹¹ Het schadevergoedingsrecht speelt in dat kader een belangrijke rol. Het regelt tot welke omvang de getroffen compensatie ontvangt als zijn persoonlijke en zakelijke middelen (als onderdeel van zijn zelfbeschikking) verminderd zijn.¹¹² Daarvan wordt het subjectief functioneel schadebegrip afgeleid: de *Nutzungswert* van het vermogen. Als volgt wordt geredeneerd:

‘Begrift man das Vermögen von seiner Funktion für das Subjekt her als dessen gegenständliches Potential zur Verfolgung aller erlaubten Lebensziele, als gegenständliches Substrat eines freien sozialen Wirkungsraums, so eröffnet sich ein neuer Zugang auch zur schadensrechtlichen Beurteilung der von der herrschenden Meinung verneinten Frage, ob die Arbeitskraft – allgemein oder unter bestimmten Voraussetzungen – ein Vermögensgut ist und ihre Beeinträchtigung mithin einen Vermögensschaden darstellt.’¹¹³

Iemands arbeidskracht zou kunnen worden beschouwd als een bron van vermogen en als die arbeidskracht wordt verminderd door de fout van een ander, dan kan dat vermogensschade opleveren. De waarde van de arbeidskracht van een persoon komt tot uiting in de *Nutzungswert* die weer tot uiting komt in een arbeidscontract op een andere rechtsverhouding.¹¹⁴ Met andere woorden, arbeidskracht is een waardevol goed waarmee op de markt wordt gehandeld.¹¹⁵ Als naar arbeidskracht wordt gekeken in de zin van *Nutzungswert* dan kan het vermogensgoed worden losgekoppeld van de persoon die de arbeidskracht verliest.¹¹⁶ Terugkoppelend naar het huidige systeem: deze redenering verklaart, aldus Hagen, het verhaalsrecht van de werkgever bij een door een onrechtmatige daad ontstane loondoorbetalingsverplichting. Hagen maakt niet inzichtelijk welke andere schade van derden vergoedbaar zou moeten zijn.

109 Hagen 1971, p. 177.

110 Hagen 1971, p. 178.

111 Hagen 1971, p. 178.

112 Hagen 1971, p. 178.

113 Hagen 1971, p. 194.

114 Hagen 1971, p. 194.

115 Hagen 1971, p. 194.

116 Hagen 1971, p. 194.

De theorie van Hagen houdt in elk geval in dat de belangen van derden verbonden kunnen zijn met die van de direct gekwetste, maar dat zegt mijns inziens nog niets over de reikwijdte van de vergoedingsverplichting. Waarom zou iemand een vergoedingsverplichting hebben als een derde een voordeel misloopt door het wegvalen van iemands arbeidskracht? Wat is het beschermde belang dat daarmee gepaard gaat? De verhaalbaarheid van het doorbetaalde loon van de werkgever zou ik zoeken in het idee dat de aansprakelijke partij de schadedrager zou moeten zijn en niet een derde, omdat dat veel meer te verenigen is met het idee dat er aansprakelijkheid bestaat tegenover de direct gekwetste. Ik zou de oplossing niet willen zoeken in een nieuw schadebegrip, omdat die keuze niet beperkt kan worden tot een onderzoek naar vergoeding van schade van derden in personenschadezaken. Het kiezen voor een nieuw schadebegrip kan consequenties hebben voor het bredere kader van het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht en moet ook in dat kader worden gezien.

Wat wel helder wordt, is dat gezocht wordt naar andere vormen van begrenzing voor de vergoeding voor schade van derden te komen. De beperking tot vergoeding van de concrete schade van de direct gekwetste wordt als te beperkt ervaren.

2.3.8 Tussenconclusie

De voorgaande theorieën, modellen, ideeën en suggesties kunnen worden samengevat onder één noemer: er wordt gezocht naar een manier om te komen tot uitbreiding. Bloembergen interpreteerde het begrip ‘verplaatste schade’ ruim, met als gevolg dat schade van de werkgever en vennoten vergoedbaar wordt. Voorts kan de redelijkheidstoets worden genoemd, of de herstelgedachte. Reinhardt zocht aansluiting bij het genot van een beschermd belang, terwijl Hagen meer focust op het mogelijke nut van iemands arbeidsvermogen.

Al deze oplossingen zijn verdedigbaar, maar zijn ook weerlegbaar. De reden daarvoor is dat het steeds gaat over hetzelfde probleem. Er wordt afgestapt van het idee dat op de onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste een sanctie moet staan die daarbij past. Met andere woorden, afstand wordt gedaan van het idee van verplaatste schade. De aansprakelijke partij moet *meer* gaan vergoeden dan waarop zijn aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste in eerste instantie ziet, maar de grondslag voor die grotere vergoeding wordt wel nog steeds gezocht in de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste of diens beschermde belang.

De moeilijkheid van deze oplossingen is dat zodoende twee vragen worden verward. De eerste vraag is tegenover wie aansprakelijkheid bestaat. En de tweede betreft welke omvang de sanctie zou moeten hebben. Bij deze tweede vraag gaat het om de omvang van de aansprakelijkheidslast. In de meeste oplossingen wordt een verandering van perspectief voorgesteld: de schade van de derde die de verplaatste schade van de

direct gekwetste overstijgt, zou kunnen worden vergoed, terwijl de grondslag voor die grotere vergoeding wordt gevonden in de aansprakelijkheid jegens een ander, de direct gekwetste. De sanctie, de subsidiaire handhaving, past dus niet bij de grondslag voor die sanctie. Dat hoeft geen probleem te zijn, omdat dit een keuze is die gemaakt kan worden. Maar het wordt wel een probleem als daardoor de discussie vertroebelt: het draait mijns inziens niet (meer) alleen om de relatie tussen de direct gekwetste en de aansprakelijke, maar ook om de autonome relatie tussen de aansprakelijke en de derde. Dit kwam al naar voren in het betoog van Vranken. Door de derde te promoveren naar 'eerste' kunnen moeilijkheden die thans worden ervaren met het huidige systeem worden opgelost, zo ook die in verband met de shockschadevordering (waar wel is gezocht naar een wijze om tot autonome aansprakelijkheid jegens een derde te komen), zonder te veel te tornen aan de aansprakelijkheidsrelatie tussen de direct gekwetste en de aansprakelijke. Dit komt in de volgende paragraaf aan de orde.

2.4 Mijn keuze: een sanctie ter hoogte van verplaatste van schade

2.4.1 Inleiding

Zoals in hoofdstuk 8, paragraaf 4 aan de orde kwam, beschouw ik het schadevergoedingsrecht als een bijproduct van het onrechtmatige daadsrecht: het zorgt voor vormgeving van de sanctie bij aansprakelijkheidsstelling (subsidiaire handhaving). In paragraaf 2.2.8 van dit hoofdstuk is gesproken over een sanctie die moet staan op het normschendend handelen tegenover de *direct gekwetste*. Dat is volledige vergoeding van zijn schade, ook als die schade is verplaatst.

Als de vraag wordt gesteld, zoals in deze paragraaf centraal staat, welke schade moet worden vergoed als er een beroep wordt gedaan op de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste, dan moet mijns inziens aansluiting gezocht worden bij het idee van 'verplaatste schade'. Er mag niet afgestapt worden van *de schade waarvoor de gekwetste vergoeding zelf zou hebben kunnen vorderen*. Door af te stappen van het idee van verplaatste schade, kan het trekken van grenzen leiden tot ongelijkheid. Waarom wel uitbreiding ten gunste van de ene derde en niet van de andere derde? Waarom wordt er wellicht (zelfs) een onderscheid gemaakt tussen vergoedbaarheid van materiële schade van naasten en niet-vergoedbaarheid van hun immateriële schade?

Door de keuze om aan te sluiten bij het idee van verplaatste schade komen de *verzekerbareid* van het systeem en de *rechtszekerheid* bovendien niet in gevaar, omdat het over schade gaat waarvoor de direct gekwetste vergoeding had kunnen vorderen als hij de betreffende schade zelf had geleden.¹¹⁷ Dit past in het idee van vestiging van aansprakelijkheid en de vaststelling van de daarbij passende sanctie. Maar welke consequenties heeft deze keuze voor het vorderingsrecht van naasten en nabestaanden?

117 Naar Bloembergen 1965, p. 248-249.

2.4.2 Naasten

Schade kan verplaatsen van de direct gekwetste naar de naaste, zowel in financiële zin als in natura. Die schade moet vergoedbaar blijven. Artikel 6:107 BW moet daarom gehandhaafd blijven, maar daarover lijkt ook geen twijfel te bestaan.

Meer discussie bestaat over de criteria die gelden voor de vergoeding voor hulp voor naasten. Denk hierbij aan verpleging, verzorging, huishoudelijke hulp, hulp in en om het huis, kosten om zich te verplaatsen van de ene locatie naar de andere (dus niet beperkt tot ziekenhuisbezoeken en dergelijke) en kosten die worden gemaakt om het leven weer op de levensstandaard te brengen die zou hebben bestaan zonder ongeval. In de literatuur is betoogd aansluiting te zoeken bij een redelijkheidstoets. Volgens Hartlief zou doorslaggevend moeten zijn 'of inschakelen van een betaalde kracht een redelijke beslissing is.'¹¹⁸ Ook volgens Lindenbergh is er ruimte voor abstrahering indien de zorg redelijkerwijs nodig is: 'Het gaat er om of het letsel een reële behoefte aan verzorging of een reële uitval van de eigen bijdrage aan huishoudelijke activiteiten heeft meegebracht, die van zodanige aard is dat het redelijk is dat een beroep op een derde wordt gedaan.'¹¹⁹

Ik sluit mij bij dit uitgangspunt aan. Het hoeft niet normaal en gebruikelijk te zijn om professionele hulp in te huren, maar de zorg of hulp moet vallen binnen de redelijke behoefte aan zorg of hulp aan de zijde van de direct gekwetste. Dit criterium is het uitgangspunt voor de 'normale' vordering van de direct gekwetste: zijn redelijke zorgbehoefte staat centraal. In het licht van het idee van verplaatste schade, moet dan ook aansluiting worden gezocht bij dit criterium als een naaste de schade in natura draagt.

Andere vergoedbare kosten waaraan moet worden gedacht, zijn kosten van naasten in verband met het halen van een rijbewijs als voorheen de direct gekwetste voor het vervoer zou hebben gezorgd. Immers, de direct gekwetste moet geplaatst worden in de omstandigheid die zou hebben bestaan zonder ongeval. Dat betekent dat hij zich moet kunnen blijven verplaatsen, ook als hij daarvoor afhankelijk is geworden van naasten. De hogere kosten van vakanties van de direct gekwetste moeten ook worden vergoed.

Benadrukt moet worden dat mijn focus ligt op middelen die redelijkerwijs ter beschikking moeten worden gesteld aan de direct gekwetste. Andersoortige inspanningen die zorgen voor feitelijk herstel, zoals bezoek van naasten, vallen hier niet onder. De redenen daarvoor zijn praktisch van aard. Er kan nooit vastgesteld worden of en in welke mate het bezoek een helend effect heeft gehad op de gezondheidstoestand van de direct gekwetste. Als wordt gekozen voor deze vergoeding op grond van een

¹¹⁸ Hartlief 2004, p. 1835.

¹¹⁹ Lindenbergh 2006a, p. 107-108. Volgens Lindenbergh moet dit worden beoordeeld in het licht van de aard van het letsel en de concrete behoeften en beperkingen van de direct gekwetste. Volgens Lindenbergh is het niet relevant wie de taken op zich neemt (p. 108). In deze zin ook Mon. BW B35 (Klaassen), p. 12; Vranken in zijn noot onder HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504, m.nt. JBMV (Krüter).

afgeleid vorderingsrecht vertroebelt mijns inziens het werkelijke discussiepunt. Wat men eigenlijk wil, is vergoeding van schade van naasten mogelijk maken. Dat zou mijns inziens ook zo moeten zijn, maar niet louter omdat er een helend effect uit gaat van het bezoek. Het leven dat de naasten voor ogen stond, is verstoord en daaraan moet opnieuw vorm worden gegeven. Onderdeel van die vormgeving is om hun de mogelijkheid te geven om de gekwetste te bezoeken. Het gaat hier dan echter niet meer om de schade van de gekwetste en de aansprakelijkheid die daarvoor bestaat, het gaat over de autonome bescherming van de positie van de naaste (zie paragraaf 3 van dit hoofdstuk). Hetzelfde geldt voor de concrete inkomensschade van naasten. Die schade zou niet moeten worden vergoed op grond van de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste, maar omdat de positie van de naaste autonoom bescherming verdient. Daarmee is een start gemaakt door middel van de shockschadevordering en de vraag is in hoeverre die autonome bescherming zou moeten worden doorgetrokken als afstand wordt gedaan van het idee dat het bijzondere systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW exclusief werkt.

Als er een beroep wordt gedaan op de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste leidt dit tot de gevolgtrekking dat de verzorging door naasten moet worden begroot op de bespaarde kosten van de professionele hulp.

2.4.3 Nabestaanden

In geval van overlijden is het moeilijker vast te stellen welke schadeposten moeten worden vergoed, omdat de direct gekwetste als rechtssubject is weggevallen (hoofdstuk 5, paragraaf 7). De direct gekwetste lijdt geen schade en daarom is onduidelijk wat de sanctie zou moeten zijn die staat op de normschending die *tegenover de direct gekwetste* is gepleegd. Toch kan in zekere zin worden gesproken over verplaatsing van schade. Er moet dan aansluiting worden gezocht bij de schade ontstaan door het wegvallen van de direct gekwetste als ‘werkend’ persoon. Denk hierbij aan het levensonderhoud dat wordt misgelopen door de nabestaanden vanwege het wegvallen van het inkomen van de direct gekwetste, of het gemis van zijn hulp in en om het huis. Als een derde dat verlies opvangt door middel van alternatief inkomen of extra hulp, moet de waarde (het inkomensverlies dat samenhangt met het levensonderhoud verschaft door de direct gekwetste, of de bespaarde kosten van de professionele hulp) daarvan worden vergoed. Immers, de aansprakelijke partij zou de schadedrager moeten zijn en niet naasten.

Als naasten (zelfverdienend) inkomen mislopen door te voorzien in de weggevallen hulp vanwege het overlijden van de gekwetste, dan moet de vraag ten aanzien van de vergoedbaarheid van deze schade echter niet worden gezien in het kader van de normschending tegenover de direct gekwetste, maar, net zoals in de situatie van letsel, in het licht van de normschending tegenover naasten. De achterliggende gedachte van deze opmerking is dat mijns inziens twee vragen moeten worden onderscheiden. Enerzijds die over de aansprakelijkheidslast in het kader van de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste en anderzijds de vraag onder welke omstandigheden er

autonoom bescherming moet worden geboden voor de grotere schade van naasten of nabestaanden.

De vergoeding van de kosten van lijkbezorging is moeilijker te rechtvaardigen, omdat de vraag gesteld kan worden of dit kosten zijn die te kwalificeren vallen als verplaatste schade. Eén ding moet worden vooropgesteld: de direct gekwetste *kan* deze kosten voor zijn overlijden maken, maar het zijn geen *typische kosten* die een direct gekwetste maakt. De direct gekwetste zal deze kosten immers waarschijnlijk alleen maar zelf maken als zijn overlijden in het vooruitzicht lag. Als zijn overlijden echter onverwachts komt, zijn het veelal naasten die de kosten van lijkbezorging feitelijk zullen maken. Het is onwenselijk om een onderscheid te maken tussen beide situaties wat betreft de vergoedbaarheid van deze kosten. De keuze is dus: wel of niet vergoeden met een beroep op de normschending jegens de direct gekwetste? Als een naaste de kosten feitelijk maakt, zouden deze mijns inziens moeten worden vergoed. Het leven van de direct gekwetste, het onrechtmatig veroorzaken van zijn overlijden en de kosten van lijkbezorging zijn nauw verweven met elkaar. De aansprakelijke heeft diens overlijden veroorzaakt (tussenschakel) en dus zou hij mijns inziens moeten zorg dragen voor een behoorlijke begrafenis. Dit is ook de situatie naar Duits, Engels en Frans recht en in zoverre is de huidige stand van het Nederlandse recht niet opvallend.

Deze keuze leidt echter tot de vervolgvraag of ook de kosten van de afwikkeling van de erfenis moeten worden vergoed. Dat zijn namelijk ook kosten die de direct gekwetste zelf niet zal maken, terwijl zeker is dat deze kosten zullen worden gemaakt als iemand overlijdt. Gezien de stand van het recht in andere landen (hoofdstuk 5, paragraaf 5), hoewel met andere argumenten onderbouwd, lijkt dit niet het geval te moeten zijn. Hier wordt helder dat de keuze voor een uitbreiding die niet onder de noemer 'verplaatste schade' (vergoeding kosten van lijkbezorging) kan worden gebracht direct nieuwe begrenzingsvragen oplevert. Maar tegelijkertijd moet mijns inziens hier dan ook de grens worden getrokken. De kosten van de afwikkeling van de erfenis zouden niet vergoedbaar moeten zijn op grond van een afgeleid vorderingsrecht (dus als sanctie bij aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste). Hier wordt naar Duits, Engels en Frans recht ook de grens getrokken en die grens lijkt dus als 'natuurlijk' te worden beschouwd.

2.4.4 Aan wie moet het vorderingsrecht toekomen?

De volgende vraag die opkomt, is aan wie het vorderingsrecht moet toekomen. Ofwel: wie moet in de 'interne verhouding' tussen de direct gekwetste en de derde de ontvanger zijn van de vergoeding?¹²⁰ Twee discussies moeten worden onderscheiden.

120 De term 'interne verhouding' is afkomstig van Bloembergen 1965, p. 147.

Die over het vorderingsrecht voor reeds gemaakte kosten (al dan niet in natura gedragen) en die over toekomstige schade.

De discussie over de toekenning van een vorderingsrecht aan derden als het over verplaatste schade gaat, lijkt naar Nederlands recht een gelopen race: dat vorderingsrecht komt toe aan de derde zelf.¹²¹ Toekenning van het vorderingsrecht voor deze schade aan de direct gekwetste leidt tot een vergoeding van schade die hij niet in concreto heeft geleden, terwijl de hulp al is ontvangen. Dat geldt ook voor verplaatsing van schade in natura.¹²² Bovendien zorgt deze procedure voor een vereenvoudiging van de afwikkeling. Zoals Bloembergen reeds opmerkte: ‘Want als men die vordering niet erkent, dan zal degene naar wie de schade zich verplaatst heeft, veelal verhaal trachten te zoeken op degene die de schade in eerste instantie leed, terwijl deze dan weer verhaal zal zoeken op de dader.’¹²³

De direct gekwetste moet echter wellicht worden beschermd tegen de vorderende derde.¹²⁴ De direct gekwetste is degene die behoefte heeft aan hulp en zorg; de derde is ‘slechts’ degene die daarin in financiële zin of in natura voorziet. ‘Bescherming’ is nodig, omdat de situatie zich kan voordoen dat de derde – om welke reden dan ook – niet meer voorziet in de zorgbehoefte van de direct gekwetste, terwijl die behoefte nog wel bestaat. Onzeker is dan of de direct gekwetste de middelen heeft om zelf te voorzien in zijn zorgbehoefte. Dit argument is van belang voor de toekomstige schade van de direct gekwetste. Volgens Van Dam is het interessant dat in Engeland is voorgesteld om een persoonlijke verplichting aan te nemen van de direct gekwetste ten opzichte van de naaste tot betaling voor de zorg, als daarin in natura wordt voorzien.¹²⁵ Het vorderingsrecht wordt toegekend aan de direct gekwetste, maar er bestaat een verplichting tot uitbetaling als een derde later de concrete schadelijder blijkt te zijn.

Als het over toekomstige schade gaat, moet mijns inziens een onderscheid worden gemaakt tussen derden die verplicht zijn om die schade te gaan dragen (en te blijven dragen) en derden die dat niet zijn. Over de eerste situatie kan mijns inziens geen discussie bestaan: de derde zou een vorderingsrecht moeten hebben, omdat hij van meet af aan verplicht is tot het dragen van de schade. Is de derde daartoe niet verplicht, of kan die verplichting ten einde komen (bijvoorbeeld door een echtscheiding), dan moet de persoon jegens wie aansprakelijkheid bestaat in beginsel kunnen beschikken over de schadevergoeding. Het betreft de aansprakelijkheid jegens *hem* en hij blijft

121 Dit laat onverlet dat de direct gekwetste wel vergoeding mag vorderen van schade als de naaste dat na-laait. Dat ligt aan de grote vervlochtenheid van belangen. Vergelijk de uitkomst in *Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*, HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken.

122 Bloembergen 1965, p. 291.

123 Bloembergen 1965, p. 249.

124 Van Dam, in: Van Dam, Engelhard en Giesen 2007, p. 81.

125 Van Dam, in: Van Dam, Engelhard en Giesen 2007, p. 81. De Law Commission deed deze aanbeveling wat betreft de vergoeding voor reeds verschafte zorg en niet voor toekomstige zorg, Law Commission 1999, p. 49.

de toekomstige schadelijder, tenzij die schade later alsnog gedragen wordt door een derde. In dat geval moet een persoonlijke verplichting bestaan om een vergoeding te betalen aan de derde.

2.5 Tussenconclusie

In deze paragraaf stond de vraag centraal welke schade van naasten vergoedbaar zou kunnen en moeten zijn op grond van de normschending tegenover de direct gekwetste. De rechtvaardiging voor het afgeleide vorderingsrecht (de artikelen 6:107 en 6:108 BW) is dat de aansprakelijke partij primair draagplichtig is voor de ontstane schade en niet de naasten van de direct gekwetste. Het schadevergoedingsrecht heeft daar een belangrijke taak ten opzichte van het onrechtmatige daadsrecht: het bieden van een sanctie.

Er is gediscussieerd op wetgevingsniveau over vergoeding voor affectieschade en thans wordt in de literatuur nagedacht over de vergoeding van inkomensschade van naasten. De vorderingsrechten van de artikelen 6:107 en 6:108 BW zouden moeten worden uitgebreid. Afgestapt wordt van het idee dat deze artikelen in de kern de sanctie vormen op de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste; bewogen wordt richting het idee dat schade van naasten ‘vollediger’ vergoedbaar moet zijn.

Een aantal ideeën, suggesties en modellen zijn genoemd die deze ‘beweging’ illustreren. Vrijwel alle ideeën hebben één gemene deler: er wordt een uitbreiding gezocht voor de vergoeding van eigen schade van derden in het kader van de normschending tegenover de direct gekwetste. Door bepaalde (eigen) schadeposten vergoedbaar te achten op grond van de normschending tegenover de direct gekwetste, wordt het trekken van grenzen echter te moeilijk, bijna arbitrair: waarom zou wel een uitbreiding ten gunste van deze derde moeten worden toegelaten en niet ten gunste van een andere derde? Ik heb daarom bepleit om vast te houden aan het idee van verplaatste schade in deze context.

Daarmee worden echter de moeilijkheden die thans worden ervaren met het huidige systeem nog niet opgelost. Maar dat probleem is *fundamenteler*: het gaat veelal niet over de sanctie die moet staan op de onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste, maar over het idee dat sommige derden autonoom beschermd zouden moeten worden op grond van het onrechtmatige daadsrecht. In de doctrine is reeds gewezen op het beschermwaardige belang van het shockschadeslachtoffer en van het gezin.¹²⁶ Die beschermwaardigheid gaat dus verder dan louter denken in termen van verpleging. Door de vraag over de vergoedbaarheid van schade van naasten (of derden) louter te beschouwen als een vraag die gaat over de sanctie die moet staan op de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste, wordt het grotere geheel uit het oog verloren. Van oudsher is dit wel de wijze waarop de vorderingsmogelijkheden van derden in

¹²⁶ Zie bijv. Storm 1999, p. 14; Vranken 2001, p. 838; Giesen 2003, p. 27; Du Perron 2003, p. 136. Zie ook Verheij 2002, p. 503 in het kader van affectieschade.

personenschadezaken worden beschouwd. Daarin lijkt verandering te zijn gekomen met de shockschadevordering en het idee om een vergoeding te geven voor affectieschade en de inkomensschade van naasten. In de volgende paragraaf wordt daarom aandacht besteed aan de vraag onder welke omstandigheden een derde autonoom zou moeten worden beschermd indien er een beroep wordt gedaan op het onrechtmatige daadsrecht.

3. Onder welke omstandigheden zou autonome aansprakelijkheid moeten bestaan tegenover een derde?

3.1 Inleiding

De exclusieve werking die uitgaat van de artikelen 6:107 en 6:108 BW is bekritiseerd in hoofdstuk 8. Mijns inziens moet afstand worden gedaan van het idee dat de artikelen 6:107 en 6:108 BW derogeren aan het onrechtmatige daadsrecht. Maar die keuze levert direct een nieuwe vraag op: welke derden zouden dan beschermd moeten worden door de open norm van artikel 6:162 BW en onder welke omstandigheden? Het mogen stellen van die vraag levert (in ieder geval tijdelijke) rechtsonzekerheid op. Bovendien zal het verzekeraarheidsargument een rol gaan spelen. Ongelijke grenzen, zoals die thans bestaan, kunnen echter verdwijnen, zoals in het onderstaande duidelijk zal worden.

Het feit dat een derde schade lijdt, is echter onvoldoende om tot autonome aansprakelijkheid te concluderen. Dat is ook naar voren gekomen bij de bestudering van het Franse recht. Hoewel daar de open norm van het onrechtmatige daadsrecht wordt toegepast, wordt er ook begrensd. Niet alle derden maken aanspraak op volledige vergoeding krachtens het onrechtmatige daadsrecht.

Dat laat echter onverlet dat (tijdelijk) rechtsonzekerheid zal bestaan, indien in Nederland de keuze wordt gemaakt om derden de mogelijkheid te bieden om via de weg van het onrechtmatige daadsrecht een schadevergoeding te ontvangen. Het is namelijk nog niet inzichtelijk onder welke omstandigheden of in welke situatie autonome aansprakelijkheid zou moeten kunnen bestaan. Dat is een nieuwe vraag van aansprakelijkheid. Hierbij moet nogmaals worden benadrukt dat deze paragraaf gaat over *wenselijke recht*. Maar hoe is vast te stellen wat *wenselijk* is? Daarvoor is het nodig een belangenafweging te maken. Enerzijds is er het belang van de derde om beschermd te worden, anderzijds het belang van de schadeveroorzaker om niet voor alle nadelige gevolgen van eenieder verantwoordelijk te worden gehouden. Die belangenafweging vindt hier niet plaats door de interpretatie van dogmatische begrippen zoals 'schade' of 'persoonlijkheidsrechten', maar door aansluiting te zoeken bij verschillende argumenten.¹²⁷ Vranken beschrijft het als volgt:

¹²⁷ Zie ook Bloembergen 1965, p. 279; Verheij 2002a, p. 287; Boone 2009, p. 466 en 471.

‘Het minst bevredigend, m.i. zelfs ronduit onjuist, is wanneer men de oplossing zou willen zoeken op het niveau van de dogmatiek, bijvoorbeeld in het begrip schade of de gezinsplanning als persoonlijkheidsrecht. Dogmatiek is niet meer dan de inkadering van de initiële keuze in het bestaande systeem. De rechtvaardiging van de initiële keuze ligt elders. Op dat niveau moet zich dan ook de argumentatie bewegen.’¹²⁸

Er zullen echter vele argumenten aangevoerd kunnen worden, waardoor niet direct helder is wat de uitkomst zou moeten zijn. Immers, één argument moet doorslaggevend zijn en hoe moet dat argument worden gekozen? Ik sluit mij hiervoor aan bij wat Giesen en Vranken eerder hebben betoogd (zoals in hoofdstuk 8, paragraaf 2.1 al aan de orde kwam): een uitkomst wordt bepaald door iemands basale notie van wat juist is. Ik zal daarom in het onderstaande expliciet maken *waarom* een bepaald belang van een derde zelfstandig zou moeten worden beschermd door het onrechtmatige daadsrecht.

De opbouw van deze paragraaf is als volgt. In het onderstaande zullen eerst vier situaties worden besproken waarin mijns inziens *in ieder geval* tot autonome aansprakelijkheid jegens derden zou moeten worden beslist (paragraaf 3.2). Daarna geef ik twee voorbeelden van situaties waarin derden schade lijden waarin dit niet het geval zou moeten zijn (paragraaf 3.3). Paragraaf 3.4 gaat over de vraag of er in het licht van het rechtszekerheidsargument alsnog gekozen zou moeten worden voor specifieke onrechtmatige daadsvorderingsrechten, of dat het onrechtmatige daadsrecht (artikel 6:162 BW) van toepassing zou moeten zijn. In paragraaf 4 wordt de onderzoeksvraag beantwoord.

3.2 Vier situaties waarin in ieder geval autonome aansprakelijkheid zou moeten bestaan

3.2.1 Inleiding

Mijns inziens moet *in ieder geval* in vier situaties autonome aansprakelijkheid bestaan jegens derden; hetgeen hun in beginsel een recht op volledige schadevergoeding oplevert. Ten eerste zijn dit de gezinsleden van de direct gekwetste. Ten tweede de derde die is benadeeld door de schadeveroorzaker, in het geval dat die schadeveroorzaker de intentie had om die derde te benadelen. Ten derde zou aansprakelijkheid mijns inziens moeten bestaan jegens hulpverleners. Ten slotte zou mijns inziens de uitkomst van het *Rockwool/Poly*-arrest niet meer mogen worden herhaald: als er een norm bestaat die de strekking heeft om de derde en diens schade te beschermen, dan moet aansprakelijkheid jegens hem kunnen worden gevestigd en schade worden vergoed. In het onderstaande volgt een uitleg over deze keuzes.

¹²⁸ A-G Vranken voor HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*), nr. 23.

3.2.2 *Het gezin zou moeten worden beschermd*

Een gezin dat wordt ontwricht doordat de direct gekwetste ernstig letsel heeft of overlijdt terwijl een ander daarvoor aansprakelijk is, zou mijns inziens moeten worden beschermd door het onrechtmatige daadsrecht, met artikel 6:162 BW als startpunt. De doorslaggevende reden voor die keuze is dat het gezin voor mij, na eigen lijf en leven, het meest beschermwaardige aspect vormt van iemands leven. Het aansprakelijkheidsrecht zou een rol moeten spelen bij het opnieuw vormgeven van dat gezinsleven. De materiële schade die daarmee gepaard gaat, moet worden vergoed, indien redelijk. Daarnaast zou een smartengeldbedrag moeten worden toegekend. In het onderstaande volgt hiervoor een uitleg. Ik zal starten met de aanleiding voor deze keuze: het probleem waarmee de praktijk en doctrine thans worden geconfronteerd. Vervolgens worden twee argumenten genoemd, afkomstig uit de doctrine, die dit probleem beogen op te lossen. Ook zal aandacht worden besteed aan één argument tégen autonome aansprakelijkheid jegens gezinsleden; en daar komt het knelpunt naar voren: de vraag of het aansprakelijkheidsrecht hier een rol zou moeten hebben. Ik zal daarna het argument noemen dat voor mij de doorslag heeft gegeven om te concluderen dat autonome aansprakelijkheid zou moeten bestaan jegens gezinsleden.

Allereerst de schets van het probleem waarvoor de praktijk en doctrine thans staan. Ofwel, ten gunste van wie in de praktijk of in de doctrine een uitzondering wordt bepleit of toegelaten. Dat zijn vooral gezinsleden. Er wordt gediscussieerd over de vergoeding van de inkomensschade van naasten, de toekenning van een smartengeldbedrag en de vergoedingsplicht in geval van geestelijk letsel. Dat is niet alleen het geval naar Nederlands recht, maar ook naar Duits, Engels en Frans recht. Uit het voorgaande blijkt dat een meer volledige vergoeding van de schade van gezinsleden gewenst is; gewezen kan worden op de vergoeding voor tijdsverlies, de ontwikkeling van de shockschadevordering, alsook het beroep dat in de literatuur wordt gedaan op fundamentele rechten (het zelfbeschikkingsrecht).

De huidige aanpak van hun vorderingsrecht begint bovendien op een lappendeken te lijken. Als voorbeeld kan de positie van de moeder worden genoemd die de verzorging voor haar verwonde kind op zich neemt en geestelijk ziek wordt door het meebeleven van dat leed. Zij krijgt hoogstwaarschijnlijk een vergoeding voor de bespaarde kosten van de professionele hulpverlening, maar haar concrete verlies kan veel hoger liggen. In de literatuur is bepleit om ook dat hogere verlies vergoedbaar te maken. Een andere mogelijkheid om vergoeding toe te kennen voor haar volledige verlies bestaat indien zij direct is geconfronteerd met de gevolgen van het ongeval waardoor haar kind gekwetst is. Voorwaarde is dan dat het ongeval is veroorzaakt door de schending van een verkeers- en veiligheidsnorm en dat de moeder geestelijk letsel heeft. Die grenzen zijn ongelijk. En dat terwijl het verlies helder is: het gezinsleven waarvoor zij heeft gekozen is voor korte of lange tijd of misschien wel voorgoed

veranderd. Het zou niet nodig moeten zijn om haar vorderingsrecht in juridische categorieën te persen, zoals thans gebeurt.

Maar niet alleen die juridische categorisering wordt als moeilijkheid ervaren. Er is in de doctrine betoogd dat er een niet te rechtvaardigen ongelijkheid bestaat tussen de situatie dat een kind overlijdt of ernstig letsel heeft en die waarin een gehandicapt kind is geboren door een medische fout; in die laatste situatie kan namelijk wel autonome aansprakelijkheid bestaan tegenover derden – een ouder – en is vergoeding van zowel materiële als immateriële schade mogelijk. Dat kan dus niet als het kind is overleden, omdat de bijzondere artikelen 6:107 en 6:107 BW exclusief werken ten opzichte van het onrechtmatige daadsrecht.

Het ontstane verschil tussen de situatie dat een gehandicapt kind is geboren en die waarin een kind overlijdt of ernstig letsel heeft, wordt in de doctrine als argument genoemd ten gunste van de uitbreiding van het vorderingsrecht van gezinsleden. Er moet echter mijns inziens worden benadrukt dat deze situaties niet gelijk zijn: de juridische grondslag van beide vorderingen is immers geheel anders. In de zaken over de geboorte van een gehandicapt kind staat het keuzerecht van zowel de moeder (de contractspartij) als de vader met betrekking tot *gezinsplanning* centraal, terwijl letselschadezaken of overlijdensschadezaken niet hierover gaan. Het gaat in die zaken veeleer over het reeds *gekozen gezinsleven*: het gaat over het wegvallen van iemand uit een gezin en niet over de *gezinsplanning* voordat het kind wordt geboren. Ik onderken echter dat het uiteindelijke resultaat lastig te rijmen valt: bij een geboorte wel aansprakelijkheid en bij iemands overlijden niet.¹²⁹ Maar dat is voor mij nog niet doorslaggevend om te concluderen dat daarom bij het onrechtmatig veroorzaken van iemands letsel of overlijden autonoom aansprakelijkheid zou moeten bestaan tegenover gezinsleden en dat dus hun schade volledig zou moeten worden vergoed.

Een ander argument dat in de doctrine is genoemd (en als oplossing), is het herstel van de direct gekwetste. De vergoeding van inkomensschade van naasten en de kosten van het bezoek zouden moeten worden vergoed, omdat de inspanningen die daarmee gepaard gaan het herstel van de direct gekwetste hebben bevorderd. Dit argument ligt op het snijvlak tussen de vordering van de naaste zelf en die van de direct gekwetste. Het mogelijk verbeterde herstel van de direct gekwetste is zeker een belangrijk argument om de schade van derden te vergoeden op grond van de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste, maar is mijns inziens niet sterk genoeg om te betogen dat daarom ook autonome aansprakelijkheid bestaat tegenover een naaste. In potentie bestaan er verschillende derden die zorgen voor het herstel van de direct gekwetste, zoals de naaste, de buurvrouw, de kennis, de vrijwillig handelende wijkverpleger, de verzekeraar et cetera; en het lijkt niet logisch om al die vorderingen te laten slagen. Er moet dus meer aan de hand zijn om tot de conclusie te komen dat

129 Verheij noemt dit verschil elkaars spiegelbeeld, Verheij 2002, p. 508, vnt. 95.

aansprakelijkheid bestaat jegens gezinsleden, behalve dat zij het herstel van de direct gekwetste bevorderen.¹³⁰

Er is in de doctrine ook een argument genoemd tégen de vestiging van aansprakelijkheid tegenover een gezinslid: de geleden inkomensschade vanwege het verschaffen van zorg in plaats van het inhuren van een professionele hulpverlener komt voort uit een *eigen keuze*. Daarbij moet echter bedacht worden dat die keuze noodgedwongen moet worden gemaakt omdat een ander door diens gedrag of nalaten de situatie heeft veroorzaakt waarin iemand wegvalt uit een gezin of gewond terugkeert in een gezin. Bovendien zal niet altijd sprake zijn van een echte keuze, omdat het gezinsbudget niet altijd toereikend zal zijn om professionele hulp in te huren.¹³¹ Ik kan mij ook voorstellen dat een gezinslid het niet ervaart alsof hij een 'keuze' heeft, als de direct gekwetste wegvalt of ernstig gewond raakt. De ontstane situatie moet gewoon worden opgevangen.

Er kan worden betoogd dat het gebruikelijk is dat gezinsleden elkaar opvangen als een van hen gewond raakt. In die lijn kan ook beargumenteerd worden dat geen vergoeding voor verdriet of verlies hoeft te worden gegeven omdat dit een risico is dat bij het leven hoort en dat gezinsleden met elkaar moeten verwerken.¹³² Het recht zou hier geen rol hoeven te spelen. En daar dient een belangrijke vraag zich aan: *zou het aansprakelijkheidsrecht een rol moeten hebben* als het gaat over verlies van een gezinslid of een sterke verandering van iemands gezinsleven als die nieuwe situatie is veroorzaakt door de schadeveroorzaker? Dit is een principiële keuze en de uitkomst daarvan wordt – voor mij – bepaald door de waarde die ik hecht aan het gezinsleven en de rol die ik zie voor het aansprakelijkheidsrecht om aan dat gezinsleven opnieuw vorm te (kunnen) geven.

Doorslaggevend om te concluderen dat autonome aansprakelijkheid zou moeten bestaan tegenover gezinsleden is dat ik het gezin beschouw als het meest beschermwaardige aspect van iemands bestaan na 'eigen lijf en leven'. Het gezin is een eenheid, die in de meeste gevallen behoort tot de kern van iemands persoonlijkheid.¹³³ Door iemand uit die eenheid weg te nemen of ernstig te verwonden, wordt de derde direct gedwongen om zijn leven anders in te richten; het gezin is ontwricht. Een gezinslid is binnen deze eenheid in feite *geen derde*, maar staat net zoals in de *wrongful birth-* en *life-*situatie direct *naast* de gekwetste. Het gaat het niet over louter verdriet, maar over het opnieuw vorm kunnen geven aan iemands gezinsleven. Daar ligt mijns inziens een rol voor het aansprakelijkheidsrecht.

130 In de praktijk levert de vergoeding voor de bezoekkosten, afgezien van de situatie waarin vrije tijd wordt verloren, geen moeilijkheden op, zie hoofdstuk 4, paragraaf 4.2.

131 HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken (*Bakkum/Achmea*), nr. 3.4.3.

132 Hoofdstuk 7, paragraaf 2.2.

133 Vgl. Verheij 2002, p. 508 en vnt. 95; Giesen 2003, p. 27.

Benadrukt moet worden dat deze volledige schadevergoedingsverplichting *naast* die van de direct gekwetste staat. Een vergelijkbare constructie wordt onder andere reeds gehanteerd in het kader van shockschadevorderingen en in *wrongful birth*- en *life*-situaties: de onrechtmatige daden jegens verschillende personen staan naast elkaar, maar zijn met elkaar verweven vanwege het feitencomplex. Bij schokschade betekent dit dat de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste ook een onrechtmatige daad tegenover een derde oplevert als aan een aantal vereisten is voldaan. Een *wrongful life*-vordering gaat over 'gelijke' rechten van beide ouders en vindt niet alleen grondslag in een overeenkomst; er is sprake van een onrechtmatige daad jegens een benadeelde die geen partij is bij de overeenkomst. In de situatie waarover hier wordt gesproken – de vordering van gezinsleden – betekent dit dat er naast de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste, ook sprake is van een onrechtmatige daad tegenover een gezinslid indien voldaan is aan het vereiste van doorkruising van iemands gezinsleven.

Door het maken van deze keuze ontstaan echter een aantal moeilijkheden. De eerste moeilijkheid betreft die van de cirkel van personen die tot 'het gezin' behoren. Ten tweede bestaat de moeilijkheid dat onduidelijk is onder welke omstandigheden sprake is van een onwrichting van een gezin. Ten derde is de vraag welke schade vergoed zou moeten worden.

Benadrukt moet worden dat het hier niet meer gaat over de vergoeding van schade die is verplaatst van de direct gekwetste naar een derde, maar over de vergoeding van de schade van gezinsleden op grond van een autonome aansprakelijkheid die jegens hen bestaat.

Het gezin

De nadruk lag in het bovenstaande op de gezinsleden en de sterke verandering van het leven waarvoor zij aanvankelijk hebben gekozen. Aansprakelijkheid zou mijns inziens alleen gevestigd moeten kunnen worden tegenover *gezinsleden*. Wat een gezin is en wie tot een gezin behoort, is niet eenvoudig vast te stellen. Afgezien van het feit dat de interpretatie van het begrip 'gezin' verschillend kan zijn al naar gelang de tijd of maatschappij waarin iemand leeft, is het mijns inziens daarnaast vooral een 'feitelijke' waardering van de band die personen met elkaar hebben. Daarmee wordt bedoeld dat iemand tot een gezin kan behoren zonder dat daaraan een juridische kwalificatie, zoals een echtgenoot of kind, kan worden gegeven. Door de keuze om iemand als een gezinslid te kwalificeren als een feitelijke te maken, wordt echter wel ruimte gegeven om in individuele gevallen tot een gewenste uitkomst te komen, waarover later meer.

Door de keuze om de beslissing wie tot een gezin behoort een feitelijke beslissing te maken, wordt onduidelijkheid gecreëerd: wie hoort wel tot de kring van gerechtigden en wie niet? En die onduidelijkheid lijkt onwenselijk. Een duidelijke omlijning van de (mogelijke) kring van gerechtigden is namelijk niet alleen in het belang van de aansprakelijke (en diens verzekeraar), maar ook in het belang van de gezinsleden zelf omdat daardoor vervelende discussies over de intensiteit van de affectieve band met de direct gekwetste worden voorkomen. Daarom ben ik voorstander van een

bewijsvoordeel, zoals ook bestaat in Frankrijk in het kader van de vergoeding voor affectieschade (hoofdstuk 7, paragraaf 2.5): een aantal soorten gezinsleden zouden in ieder geval tot de kring van gerechtigden moeten behoren. Mijns inziens zijn dit de volgende personen: partners (getrouwd, samenwonend (gemeenschappelijke huishouding)), ouders, kinderen, broers en zussen. Maar, zoals gezegd, deze personen hebben een bewijsvoordeel. Dat betekent dat ook anderen kunnen betogen dat zij tot de kring van gerechtigden behoren. Ik zoek daarvoor weer aansluiting bij de rechtvaardiging van de vordering: doorslaggevend zou moeten zijn of iemand een sterke verandering in zijn gezinsleven heeft zien plaatsvinden. Ik denk dan niet aan de situatie dat een grootvader één dag in de week voor zijn kleinkinderen zorgt, maar wel aan de situatie dat de kleinkinderen tot het moment van de onrechtmatige daad door de grootouders worden opgevoed.

De personen genoemd in bovenstaande hebben een bewijsvoordeel en ik beoog niet om de kring van gerechtigden limitatief te begrenzen. De reden daarvoor is dat het vooral een feitelijke beslissing zou moeten zijn wie tot het gezin behoort. Deze keuze kan als consequentie hebben dat er discussies gevoerd moeten gaan worden over iemands relatie met de direct gekwetste als die derde niet behoort tot de kring van personen die een bewijsvoordeel heeft. Deze discussies kunnen wellicht 'onsmakelijk' of vervelend zijn. Dit is echter voor mij niet doorslaggevend om te kiezen voor een limitatief systeem. De opvatting wat een gezin is, kan variëren naar tijd en wordt ingegeven door de feitelijke situatie waarin iemand verkeert. Door iemand een bewijsvoordeel te geven zonder daar de consequentie van limitativiteit aan te verbinden, kan de rechter in individuele zaken tot een gerechtvaardigde uitkomst komen. Deze keuze wordt ingegeven door het argument dat de huidige limitatieve regeling als te beperkend wordt ervaren; de rechter mist juist die bewegingsruimte waarover in het bovenstaande wordt gesproken. Die zou hem mijns inziens wel moeten worden gegeven. Een open systeem met een bewijsvoordeel geeft die bewegingsruimte en zorgt er bovendien voor dat vervelende discussies *zoveel als mogelijk* worden voorkomen.

Als voorbeeld kan worden genoemd iemand die een latrelatie onderhield met de direct gekwetste. In beginsel moet sprake zijn van een 'gezin', wat mijns inziens betekent dat de personen voor de schadetoebrengende gebeurtenis samenleefden. Ik kan mij echter voorstellen, in het licht van veranderende opvattingen over de invulling van het begrip 'gezin' dat personen tot een gezin behoren terwijl zij niet samenwonen. Dit geldt vooral voor een latrelatie tussen twee personen die een duurzame relatie hebben in de amoureuze sfeer en die elkaar onderhouden of samen een kind opvoeden, terwijl zij er bewust voor hebben gekozen om niet samen te leven in één woning. Ook deze personen zou ik niet bij voorbaat willen uitsluiten. Zij hebben een gezinsleven, maar dat leven concreetiseert zich niet in samenwonen. De Law Commission koos bij de begrenzing van deze groep voor een twee-jaren-grens.¹³⁴ Die grens zou kunnen worden gekozen als 'bewijsvoordeel'.

134 Law Commission 1999a, p. 96-97.

Door de nadruk op ‘het gezin’ te leggen, hebben veel andere naasten *geen* recht op vergoeding. In overlijdenszaken wordt duidelijk wat de consequenties zijn van deze keuze. Als een vader zijn baan opzegt om voortaan voor zijn kinderen te gaan zorgen, is dat een keuze die redelijkerwijs gefaciliteerd zou moeten worden. Dat is anders als personen van buiten het gezin die feitelijk niet te kwalificeren zijn als ‘gezinsleden’ die verzorging op zich nemen. In die situatie is geen sprake van een onrechtmatige daad tegenover hen omdat, zoals in het bovenstaande aan de orde kwam, ik de onrechtmatigheid zie in de ontwrichting van iemands gezinsleven. Als zij – anderen dan gezinsleden – toch inkomen of tijd verliezen, omdat zij voor een gezinslid van de overledene (of gekwetste) gaan zorgen, moet de eventuele vergoedbaarheid van hun schade in de context van hetgeen is opgemerkt in paragraaf 2.4.3 van dit hoofdstuk worden beoordeeld (vergoeding van ‘verplaatste schade’ via 6:108 BW). Immers, zij zijn derden die een beroep doen op de onrechtmatige daad tegenover een ander – de direct gekwetste of het gezinslid.

De ontwrichting van een gezin

Niet iedere doorkruising van iemands gezinsleven is echter mijns inziens ernstig genoeg om te kunnen gelden als een ontwrichting van iemands gezinsleven. Hiervan zal in ieder geval sprake zijn als een gezinslid overlijdt. Bij letsel zal er echter niet altijd sprake zijn van een ontwrichting van het gezinsleven. Mijns inziens moet het letsel van de direct gekwetste voldoende ernstig zijn. Deze keuze (beperking tot ernstig letsel) zal direct de vraag oproepen onder welke omstandigheden iemands letsel ernstig genoeg is om te kunnen spreken van een ontwrichting van het gezinsleven. En dat is precies een van de moeilijkste vragen om te beantwoorden: het gevaar bestaat namelijk dat waar voor een duidelijke begrenzing wordt gekozen sommige situaties onterecht buiten het systeem blijven, waardoor ongelijke grenzen ontstaan. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de wettelijke regeling die bestaat naar Duits en Engels recht in een overlijdenszaak: de limitatieve oplossing bindt de rechter met handen en voeten en een wetswijziging laat op zich wachten.

Vanwege het belang van duidelijkheid doe ik toch een poging tot afbakening. Maar wel een die een zekere flexibiliteit geeft zodat bewegingsruimte bestaat voor oordeelsvorming in een individueel geval. Het is van belang dat het gezinsleven daadwerkelijk is veranderd door het letsel of overlijden van de direct gekwetste; daarbij kan men denken aan de situatie dat de gekwetste sterk hulpbehoevend is geworden, een normale omgang met de gekwetste niet meer mogelijk is, het seksleven onmogelijk is geworden, het gezinslid zelf geestelijk letsel oploopt vanwege de ontstane situatie et cetera. Met andere woorden, niet alleen het leven van de direct gekwetste is sterk veranderd, maar ook dat van de gezinsleden. De duur van de periode waarin het gezinsleven is veranderd is voor mij van ondergeschikt belang: een korte periode van intensieve verpleging is net zo goed een ontwrichting van het gezinsleven als een lange periode van verpleging. Denk hierbij aan de verzorging van een zwaargewonde partner in de laatst weken van zijn leven of 24-uurs-verzorging die wordt geboden

aan een kind door zijn ouders vanwege een ziekenhuisinfectie (waarvoor aansprakelijkheid bestaat). Door de diversiteit van feitelijke situaties zou de oordeelsvorming omtrent de ‘ontwrichting van het gezinsleven’ in iedere zaak op zijn eigen merites moeten worden beoordeeld. Maar leidt dit tot te veel rechtsonzekerheid? Mijns inziens is dit niet zo: er is slechts sprake van een nieuw criterium dat moet worden toegepast in plaats van het huidig geldende criterium dat het normaal en gebruikelijk moet zijn om professionele hulp in te huren. Ook de analyse van het Franse recht maakt inzichtelijk dat de toepassing van een open norm niet leidt tot onoverkomelijke rechtsonzekerheid (hoofdstuk 4, paragraaf 3.2.4).

Vergoedbare schadeposten

Als sprake is van een ontwrichting van iemands gezinsleven, en aansprakelijkheid is gevestigd, rijst de vraag voor welke schade een vergoeding moeten worden geboden. In het onderstaande wordt een onderscheid gemaakt tussen de vergoeding voor materiële en immateriële schade en gestart wordt met de laatstgenoemde schadepost.

Het wetsvoorstel dat de vergoeding voor immateriële schade van naasten in Nederland mogelijk zou hebben moeten maken, is verworpen in de Eerste Kamer.¹³⁵ Zoals reeds in hoofdstuk 7 paragraaf 2.2 is betoogd, vind ik dat een ongewenste uitkomst. Het verlies van een gezinslid is mijns inziens een van de ergste verliezen die een mens kan meemaken in zijn leven. Het gaat daarbij niet alleen om verdriet, maar ook om de grote verandering in het dagelijks leven. Naar mijn mening zou een vergoeding voor immateriële schade voor de hand liggen als reactie op dit verlies. Ik wil die vergoeding niet kwalificeren als vergoeding voor verdriet, maar als de aantasting van een persoon op andere wijze (art. 6:106 lid 1 aanhef onder b BW).¹³⁶

Als voor die grondslag wordt gekozen, bestaat er nog wel één belangrijke vraag. Moet sprake zijn van geestelijk letsel als ‘instapeis’ voor de toekenning van deze vergoeding? Aansprakelijkheid zou immers zijn gevestigd, maar dat betekent niet dat er ook sprake is van immateriële schade waarvoor vergoeding moet worden geboden. Mijns inziens zou geestelijk letsel niet als vereiste moeten gelden voor de toekenning van een smartengeldbedrag (of voor het honoreren van een vordering op grond van het onrechtmatige daadsrecht), omdat, zoals in het bovenstaande is betoogd, het gezin voor mij, na eigen lijf en leven, het meest beschermwaardige aspect is van iemands bestaan. Mijns inziens is dat zo’n beschermwaardig belang dat de doorkruising daarvan reeds een aantasting in de persoon (op andere wijze) oplevert, net zoals dat het geval is bij de geboorte van een gehandicapt kind.¹³⁷ Het feit dat iemand geestelijk letsel heeft, zou er echter wel voor kunnen zorgen dat het smartengeldbedrag wordt verhoogd.

135 *Kamerstukken I 2009/10*, 28 781, nr. 23-1014 (stemmingen).

136 Verheij brengen het smartengeldbedrag voor naasten en nabestaanden in verband met het recht op zelfbeschikking, *Verheij 2002*, p. 503

137 Vgl. *Verheij 2002*, p. 503.

In de discussie over het Wetsvoorstel affectieschade is een leeftijdsgrens bepleit wat betreft de toekenning van het smartengeldbedrag. Ik zou daarentegen geen leeftijdsgrens willen hanteren als het gaat over de ouder-kindrelatie. De achterliggende gedachte daarvan is meer dan treffend verwoord door het *House of Commons* in 2010:

‘The death of a child at any age is a tragedy for the parents.’

Daarnaast stellen zij als volgt:

‘Close ties of love and affection do not cease or weaken when a child reaches 18 (...). The parent-child relationship is unique and is usually characterised by lifelong support, love and guidance.’¹³⁸

Mijns inziens zou aangesloten moeten worden bij het begrip ‘gezinsleven’ zoals in het bovenstaande ook werd gehanteerd voor de begrenzing van de kring van gerechtigden. De vraag of een kind minder- of meerderjarig is zou irrelevant moeten zijn. Ook zou het feit dat iemand niet meer thuiswoont niet doorslaggevend hoeven te zijn. Zo hoeft het feit dat een kind op kamers woont en in het weekend thuiskomt niet te betekenen dat diegene niet meer tot het gezin, en tot het gezinsleven van zijn ouders en broers en zussen, behoort. Dit is een feitelijke beslissing die de rechter zou moeten maken.

Benadrukt moet worden dat ik hier alleen spreek over de situatie waarin iemands gezinsleven is ontwricht. Daarmee is nog niet gezegd dat het vereiste van letsel in zijn algemeenheid zou moeten worden verlaten als het gaat over de vraag of een smartengeldbedrag moet worden toegekend. Dat is een andere discussie die gevoerd zou moeten worden, maar die buiten het bestek van dit onderzoek valt.

De tweede schadepost die wordt besproken is de vergoeding van materiële schade veroorzaakt door de ontwrichting door iemands gezinsleven. Mijns inziens moet ook daarvoor een vergoeding worden gegeven. Die schade kan echter bestaan uit diverse schadeposten. Denk hierbij aan het verlies van inkomen doordat een vader (gedeeltelijk) zijn baan opzegt om voor zijn gewonde kind te gaan zorgen, of de kosten voor bijvoorbeeld psychotherapie omdat een zoon geestelijk ziek is geworden door verdriet om zijn moeder, of bezoekkosten. Mijns inziens geldt voor de beoordeling van de vergoedbaarheid van deze schadeposten één gemene deler: er moet een verband bestaan tussen de schade en de onrechtmatige daad.¹³⁹ De rechtvaardiging voor de schadevergoedingsverplichting is de ontwrichting van iemands gezinsleven en die ontwrichting moet zo goed als mogelijk worden opgeheven. Meestal zal van concreet herstel geen sprake kunnen zijn, waardoor meer gedacht moet worden in termen van het opnieuw vormgeven aan het gezinsleven. Dat heeft dus betrekking op de schade ten gevolge van iemands keuze om voortaan thuis te blijven voor de kinderen, om in therapie te gaan om beter te worden zodat het gezinsleven weer tot bloei kan komen,

¹³⁸ House of Commons Justice Committee 2009, p. 31-32.

¹³⁹ Zie hierover hoofdstuk 6, paragraaf 2.2 over de vordering van de hulpverlener.

of om de direct gekwetste te bezoeken als hij elders verblijft, bijvoorbeeld in een revalidatiecentrum. De inkomensverliezen, andere kosten en andere (toekomstige) schade zoals verlies van carrièreperspectieven die gepaard kunnen gaan met deze keuzes, zouden mijns inziens moeten worden vergoed.

Bij de begroting van de materiële schade van de gezinsleden moet overigens, net zoals in de *wrongful birth*- en *life*-situatie, wel één corrigerende factor worden aangebracht: de redelijkheid. De vergoeding van het inkomensverlies van het gezinslid moet redelijk zijn in het licht van de ontstane situatie. Benadrukt moet worden dat ik hier niet spreek over vergoeding bij verplaatsing van schade, maar over de vergoeding voor de eigen inkomensschade van gezinsleden omdat hun gezinsleven is ontwricht. Ik doel dus op een andere redelijkheidstoets dan de dubbele redelijkheidsstoets die in dat kader zou moeten gelden.

Mijns inziens moet er veel waarde moet worden gehecht aan de keuze van het gezinslid om al dan niet te stoppen met werken om te gaan zorgen voor de direct gekwetste of de achtergebleven kinderen. Die keuze moet echter redelijk zijn. Ik doel dan in beginsel *niet* op de hoogte van de schade, omdat er dan een niet uit te leggen moeilijkheid zou ontstaan als beide ouders goed verdienen; zij zouden er dan niet voor 'mogen' kiezen om voor hun kinderen te gaan zorgen omdat hun inkomensverlies 'te groot' is. Ik doel op de redelijkheid van de keuze in het licht van de ontstane situatie. Vranken noemde het voorbeeld van een partner zonder kinderen die na het overlijden alleen zorg moet dragen voor het huishouden; in die situatie zou vergoeding voor inkomensverlies niet voor de hand liggen.¹⁴⁰ Mijns inziens is dat een terechte keuze, zeker langere tijd na iemands overlijden. In de eerste periode kan ik mij voorstellen dat iemand tijd nodig heeft om de draad weer op te pakken, maar op de lange termijn moet een nieuwe situatie worden gecreëerd. Dat betekent niet dat de partner er van mag uitgaan dat de aansprakelijke een deel van zijn inkomensverlies zal gaan compenseren omdat hij alleen voor het huishouden moet gaan zorgen. Dat is anders als ervoor wordt gekozen om thuis te blijven om (al dan niet tijdelijk) voor achterblijvende kinderen te gaan zorgen.

Er kan overlap bestaan met de vordering van de direct gekwetste. Denk hierbij aan de situatie dat de direct gekwetste een hulpbehoefte heeft en schadevergoeding vordert om hierin te voorzien, en de keuze van een ouder om zijn baan op te zeggen om voor de direct gekwetste te gaan zorgen. Dubbele vergoeding moet niet mogelijk zijn. Dat die overlap kan bestaan, laat voor mij onverlet dat gezinsleden een aanspraak zouden moeten kunnen ontlenen aan het onrechtmatige daadsrecht met artikel 6:162 BW als startpunt. Het gezinsleven is beschermwaardig, omdat het mijns inziens, na eigen lijf en leven, het meest beschermwaardig aspect is van iemands bestaan.

140 Noot Vranken onder HR 10 april 2009, NJ 2009, 386 (*Philip Morris/Bolink*).

3.2.3 *De schadeveroorzaker heeft de intentie om de derde te benadelen*

De tweede situatie waarin mijns inziens aansprakelijkheid zou moeten bestaan tegenover een derde is die waarin de aantasting van de integriteit (hier: gezondheid) van de direct gekwetste wordt 'gebruikt' als middel om een derde te benadelen.¹⁴¹ Reeds in het *Oogmerk*-arrest is ruimte gegeven om in de situatie waarin een kind om het leven wordt gebracht met als doel de andere ouder te treffen, tot een autonome onrechtmatige daad te concluderen. Ik zie geen reden om in deze meer dan afkeurenswaardige situaties tot een andere conclusie te komen. Doorslaggevend is voor mij de combinatie van twee omstandigheden. Ten eerste dat de intentie bestaat om een derde direct te benadelen (de direct gekwetste is louter 'het middel'). Ten tweede dat iemands leven of gezondheid wordt 'gebruikt' als middel om dat nadeel te veroorzaken.

In het licht van deze twee redenen moeten mijns inziens twee uitbreidingen worden gemaakt ten opzichte van de feiten en de uitkomst van het *Oogmerk*-arrest. Dezelfde regel moet ook gelden als de direct gekwetste *letsel* wordt toegebracht met als doel om een derde te benadelen. Daarnaast zou deze uitbreiding niet alleen moeten zien op 'affectieve' relaties, maar ook op economische relaties zoals die tussen de direct gekwetste en een werkgever. Als een persoon ernstig wordt gekwetst of wordt gedood met als doel de werkgever of een vergelijkbare persoon financieel nadeel toe te brengen, dan zou die werkgever autonoom een vergoedingsplicht moeten kunnen ontleen aan het onrechtmatige daadsrecht.¹⁴²

De vraag dient zich aan of ook tot aansprakelijkheid zou moeten worden geconcludeerd als niet iemands integriteit wordt gebruikt als middel om een derde te benadelen, maar iemands zaak of vermogen. Benadrukt moet worden dat dit vragen zijn die zich voordoen in een andere context dan hier onderzocht en waarmee andere belangen gepaard gaan. Het hoeft dus niet zo te zijn dat vanwege een gelijkenis tot dezelfde uitkomst moet worden geconcludeerd. Andere argumenten zullen gewogen moeten worden. Die weging hoeft hier niet te worden gemaakt.

3.2.4 *De hulpverlener zou moeten worden beschermd*

De hulpverlener die tijdens of door een reddingsactie (in de brede zin des woords) letsel oploopt, zou mijns inziens een vergoedingsrecht moeten kunnen ontleen aan

¹⁴¹ Benadrukt moet worden dat ik hier niet over gevallen van voorwaardelijke opzet spreek. De reden daarvoor is dat er daardoor begrenzingsmoeilijkheden ontstaan. Dat heeft direct te maken met voorzienbaarheid. Met het veroorzaken van iemands overlijden, is vrijwel zeker dat ook derden worden getroffen en dat hun schade redelijkerwijs voorzienbaar is. Met het opzettelijk veroorzaken van iemands letsel wordt daarom meestal de aanmerkelijke kans aanvaard dat een derde wordt getroffen. Maar dat zijn tal van derden, terwijl die derde niet altijd een beschermwaardig belang heeft. Die beschermwaardigheid kan bestaan als de derde zelf geestelijk letsel oploopt, zie daarover paragraaf 3.3.3 van dit hoofdstuk.

¹⁴² Vgl. Polak 1949, p. 10.

het onrechtmatige daadsrecht. Deze regel lijkt al geldend recht voor zover sprake is van een shockschadevordering (hoofdstuk 6, paragraaf 3.2.3). Die regel zou mijns inziens een breder toepassingsbereik moeten krijgen.

Zoals in hoofdstuk 6 paragraaf 2 aan de orde kwam, bestaan er twee evidenties. ‘*Danger invites rescue*’, zo wordt gesteld in *common law*-rechtspraak. Enerzijds is voorzienbaar voor degene die iemands letsel veroorzaakt dat er mensen hulp gaan verlenen, waardoor zij (wellicht) ook worden blootgesteld aan het risico van geestelijk en lichamelijk letsel. Anderzijds kan het ook voorzienbaar zijn voor personen die deze hulp verlenen dat zij geestelijk of lichamelijk letsel zouden kunnen oplopen, maar kiezen zij er desondanks voor om die hulp te gaan verlenen.¹⁴³ Naar Duits en Engels recht slaat de balans door ten gunste van hulpverleners. Tot vestiging van aansprakelijkheid tegenover de hulpverlener wordt echter minder snel geoordeeld indien geestelijk letsel wordt opgelopen. In Nederland lijkt dit anders in het licht van de criteria die de Hoge Raad heeft gegeven in het *Taxibus*-arrest; hulpverleners worden niet uitgesloten van de kring van gerechtigden. Maar zou die aansprakelijkheid ook moeten bestaan als sprake is van lichamelijk letsel?

Laat ik vooropstellen dat mijns inziens geen goede reden bestaat om een onderscheid te maken tussen lichamelijk of geestelijk letsel; beide vormen van letsel kunnen de kwaliteit van iemands leven sterk veranderen. Zoals Engelhard en Engelhard hebben laten zien, is bekend uit de cognitieve psychologie dat ook onbekenden van de direct gekwetste geestelijk ziek kunnen worden door de blootstelling aan ernstige situaties.¹⁴⁴ Het enkele feit dat iemand letsel heeft, maakt echter nog niet dat daarom tot aansprakelijkheid moet worden geconcludeerd.

In het bovenstaande heb ik aangegeven dat er aansprakelijkheid zou moeten kunnen bestaan tegenover een hulpverlener, maar waarom? Een hulpverlener neemt de maatschappelijke taak op zich om een ander te redden of om hem de laatste eer te bewijzen door op zoek te gaan naar zijn lichaam. Met andere woorden, een hulpverlener handelt in het belang van degene die direct is gekwetst door het onrechtmatige handelen van een ander. Er bestaat in zoverre nog een vloeiende overgang van onrechtmatig handelen naar letsel en de schade van een derde. Bovendien handelt de hulpverlener niet alleen in het belang van de direct gekwetste en de maatschappij, maar ook in het belang van de schadeveroorzaker door de ernst van het ongeval of de schade te verminderen. De aard van de handeling is dus belangrijk. Maar ook als die vermindering niet meer kan plaatsvinden, omdat bijvoorbeeld de direct gekwetste is overleden, handelt de hulpverlener in het belang van de schadeveroorzaker. Wellicht handelt de hulpverlener niet in het financiële belang van de schadeveroorzaker, maar

143 Anders dan in de situatie van een gezinslid, aanvaardt de derde dus de kans dat hij schade lijdt door zijn handelen. Zijn eventuele schade is ook voor hem voorafgaand aan de onrechtmatige situatie voorzienbaar.

144 Engelhard en Engelhard 2008, p. 237.

wel in zijn morele of strafrechtelijke belang. De combinatie van deze factoren: het belang van de gekwetste, het maatschappelijke belang en het belang van de schadeveroorzaker zelf, is voor mij doorslaggevend om te concluderen dat de hulpverlener beschermd zou moeten worden door het onrechtmatige daadsrecht (artikel 6:162 BW). Het argument dat de hulpverlener ervoor heeft gekozen om dit werk te gaan uitoefenen, is naar mijn mening in het licht van het bovenstaande van ondergeschikt belang.

Er zijn een aantal omstandigheden die ik bij de oordeelsvorming door de rechter omtrent de vordering van de hulpverlener van ondergeschikt belang vind. Ten eerste is voor mij irrelevant of de hulpverlener een spontaan handelend persoon is of een professional. Betoogd kan worden dat een spontaan handelend persoon niet *de taak heeft* om een ander te helpen, maar dat betekent niet dat hij deze taak niet *uitoefent* op het moment dat hij besluit om hulp te gaan bieden.

De eventuele uitzichtloosheid van een reddingsactie is mijns inziens ook van ondergeschikt belang, omdat artsen en brandweerlieden het veelal als hun plicht zullen beschouwen om – wellicht tegen beter weten in – te gaan zoeken naar overlevenden. Die reddingsacties zouden mijns inziens niet anders gewaardeerd moeten worden in het onrechtmatige daadsrecht dan reddingsacties waarvan evident is dat er (nog) mensen gered gaan worden.

Door de keuze om de hulpverlener binnen het beschermingsbereik van artikel 6:162 BW te brengen, dient zich echter direct de vraag aan welke andere personen met een maatschappelijke taak binnen dat bereik zouden moeten vallen. Ik noem als voorbeeld de journalist. Deze persoon is gelijk te stellen met een hulpverlener wat betreft het feit dat hij later arriveert op de plaats van het ongeval en er bovendien zelf voor heeft gekozen om ter plaatse te komen. Voorts heeft de journalist de maatschappelijke taak op zich genomen om verslag te doen van (onder meer) ongevallen. Bij de uitoefening van die taak kan hij geconfronteerd worden met het letsel of overlijden van personen en daardoor kan letsel ontstaan. Moet een journalist daarom autonoom worden beschermd door artikel 6:162 BW?

Mijns inziens niet, omdat de aard van de dienstverlening een andere is. De hulpverlener probeert een persoon te redden of hem de laatste eer te bewijzen, terwijl een journalist vooral het belang van informatievoorziening dient. In beginsel handelt de journalist dus niet in het belang van de direct gekwetste. Daarnaast handelt de journalist ook niet in het belang van de schadeveroorzaker: hij zorgt niet voor een beperking van het letsel of de schade van de direct gekwetste en mijns inziens is het lastig om te betogen dat de journalist handelt in het morele belang van de schadeveroorzaker. Ik concludeer daarom dat het belang van de journalist te ver weg staat van het schadeveroorzakend handelen – en dat daar in wezen geen verband mee bestaat – om de keuze te rechtvaardigen dat deze persoon binnen het beschermingsbereik van het onrechtmatige daadsrecht zou moeten vallen.

Er zijn echter ook andere personen die weliswaar geen maatschappelijke taak uitoefenen, maar wel ter plaatse van het ongeval zijn of komen en daardoor geestelijk letsel hebben: de toeschouwers. Er kunnen drie type toeschouwers worden onderscheiden: personen die aanwezig zijn bij het ongeval en toeschouwers die later ter plaatse komen of via tv- of internetbeelden kennis nemen van het ongeval.

Ten eerste toeschouwers die het ongeval ter plaatse hebben zien gebeuren. Afgezien van het feit dat zij geen maatschappelijke taak uitoefenen, en in zoverre een andere positie dan de hulpverlener en de journalist (in het bovenstaande) innemen, verschillen zij ook van deze maatschappelijke actoren in die zin dat hun geestelijk letsel heeft kunnen ontstaan op precies hetzelfde moment als het ongeval van de direct gekwetste zelf. Weliswaar kan het geestelijk letsel later tot uiting komen, maar het moment van het ongeval kan als oorzaak daarvoor worden aangewezen. In zekere zin is geen sprake van een 'derde' in de zin van: letsel ontstaan *nadat* de direct gekwetste een ongeval heeft gehad; de toeschouwer is deelnemer van het ongeval en hij heeft er niet voor gekozen om ter plaatse te komen.

Wat betreft het vorderingsrecht van deze toeschouwer zou er mijns inziens geen onderscheid gemaakt moeten worden tussen het feit dat iemand lichamelijk letsel of geestelijk letsel heeft. Geestelijk letsel kan dezelfde impact hebben op iemands leven als lichamelijk letsel. De – op het eerste gezicht – strengere relativiteitstoets uit het *Taxibus*-arrest lijkt echter wel een onderscheid te impliceren tussen iemand die lichamelijk of geestelijk letsel heeft (schending van een verkeers- en veiligheidsnorm). Waarom is dat zo? Dat heeft waarschijnlijk te maken met de wens de aansprakelijkheidslast binnen de perken te houden. Aangezien het hier een uitbreiding van aansprakelijkheid betreft, kan ik instemmen met deze beperkende voorwaarden. De schending van een verkeers- en veiligheidsnorm betreft ernstige normschendingen waardoor een ruimere aansprakelijkheid kan worden gerechtvaardigd, mede in het licht van het feit dat de toeschouwer eigenlijk een direct gekwetste met geestelijk letsel is.

Het tweede type toeschouwer is een persoon die live via internet of televisie het ongeval ziet gebeuren. Deze toeschouwer verschilt in zoverre van de toeschouwer die lijfelijk aanwezig is bij het ongeval dat hij door middel van een communicatiemiddel geconfronteerd wordt met een ongeval. Zoals in het bovenstaande aan de orde kwam, is er waarschijnlijk voor een strengere relativiteitstoets gekozen omdat de aansprakelijkheidslast binnen de perken moet worden gehouden. In het licht van dit argument ligt het voor de hand om personen die niet lijfelijk aanwezig zijn geweest bij het ongeval geen recht op schadevergoeding te geven via het onrechtmatige daadsrecht. Die groep van personen is immers in potentie erg groot, aanzienlijk groter dan de groep van toeschouwers die het ongeval ter plaatse hebben zien gebeuren. Aangezien ik in het bovenstaande instemde met de strenge relativiteitstoets die door de Hoge Raad is geïntroduceerd, vind ik dat in het licht van het argument dat aan die toets ten grondslag is gelegd, niet zou moeten worden gekozen voor uitbreiding van aansprakelijkheid ten gunste van personen die via live-beelden het ongeval zien plaatsvinden.

Het derde type toeschouwer is een persoon die later ter plaatste van het ongeval komt. Ervan uitgaande dat hij dit ongeval niet heeft gezien en hij geen gezinslid is van de direct gekwetste, zou deze persoon mijns inziens niet binnen het beschermingsbereik van het onrechtmatige daadsrecht moeten vallen. Letsel of schade hebben, is mijns inziens onvoldoende om tot aansprakelijkheid te concluderen; er moet meer aan de hand zijn. Dat ‘meer’ vond ik in het bovenstaande in de taakuitoefening van de hulpverlener en het belang dat de schadeveroorzaker heeft bij zijn handelen, en de nabijheid van de toeschouwer ten opzichte van het ongevalsgebeuren. Een toeschouwer die later ter plaatse is gekomen, heeft er echter zelf voor gekozen om daar te zijn. En, als dat niet het geval is, kan in ieder geval niet betoogd worden dat er nog nabijheid bestaat ten opzichte van het ongevalsgebeuren. Er bestaat wellicht weliswaar een causaal verband tussen de schade van de toeschouwer en het ongeval, maar er bestaat mijns inziens daartussen geen nauw genoeg verband, geen nabijheid in plaats en tijd. Die nabijheid is voor mij belangrijk om hier tot een beperking te komen in het licht van het belang van de schadeveroorzaker om niet voor alle schade aansprakelijkheid te worden gehouden.

3.2.5 Rockwool/Poly

Deze paragraaf gaat over de vraag in welke situaties de open norm van het onrechtmatige daadsrecht bescherming zou moeten bieden aan derden. Die vraag kan thans niet worden gesteld vanwege de exclusieve werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW. Het effect hiervan is dat ook als er in strijd is gehandeld met een geschreven of ongeschreven norm jegens een derde, er toch geen schadevergoeding wordt toegerekend als sprake is van een onrechtmatige daad jegens derden. De uitkomst van *Rockwool/Poly* vormt daarvan een voorbeeld.¹⁴⁵ De kern van dit arrest is bekend. De lucht boven het bedrijf van Poly is vervuild door ‘buurman’ Rockwool en hierdoor ontstaat een bovenmatig ziekteverzuim onder de werknemers van Poly, met bedrijfschade als gevolg. Het staat vast dat Rockwool de voorwaarden uit de Hinderwetvergunning en de Wet inzake de luchtverontreiniging heeft overtreden. Volgens het hof heeft Rockwool hiermee onrechtmatig gehandeld jegens Poly. De Hoge Raad oordeelt in cassatie dat er onrechtmatig is gehandeld jegens Poly, maar overweegt dat artikel 1407 Oud BW aan een schadevergoeding voor Poly als werkgever van de direct gekwetsten in de weg staat.¹⁴⁶ Een vergoeding krachtens artikel 1401 Oud BW door een derde is onmogelijk, indien zijn schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander.

Het bijzondere wettelijke systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW zou mijns inziens niet aan het succes van de vordering van iemand zoals Poly in de weg mogen staan. Ik wil niet betogen dat de vergoedbaarheid van de schade van derden per defi-

¹⁴⁵ HR 12 december 1986, NJ 1987, 958, m.nt. CJHB (*Rockwool/Poly*).

¹⁴⁶ HR 12 december 1986, NJ 1987, 958, m.nt. CJHB (*Rockwool/Poly*), r.o. 3.1-3.2.

nitie als een relativiteitsvraag benaderd zou moeten worden, maar wel waar de strekking van de geschonden norm zo duidelijk betrekking heeft op de belangen van de feitelijk derde, dat dit noopt tot bescherming van deze derde. De achterliggende gedachte van deze conclusie is dat het oordeel over de vergoedbaarheid van de schade doorslaggevend zou moeten zijn, en niet het zijn van ‘feitelijk derde’.

De vraag kan worden gesteld of deze conclusie alleen opgaat voor wettelijke normen die beogen de belangen van de derde te beschermen. Of kan er ook worden geconcludeerd tot autonome aansprakelijkheid jegens bijvoorbeeld de werkgever bij de schending van een ongeschreven norm, waardoor zijn werknemers worden aangetast in hun lichamelijke of geestelijke integriteit? Deze vraag is ingegeven door het gegeven dat wettelijke normen bestaan (of gelden ten tijde van het onrechtmatig handelen), terwijl ongeschreven normen ontwikkeld kunnen worden naar aanleiding van een ontstane (onwenselijke) situatie. Dit betekent dat op dit punt in potentie een forse onvoorzienbare uitbreiding van aansprakelijkheid kan worden bewerkstelligd, waardoor de verzekeraarbaarheid van dit rechtsgebied in gevaar zou kunnen komen.

Laat ik beginnen met te betogen dat in hoofdstuk 8, paragraaf 3.7 drie – voor mij – kernargumenten zijn genoemd die doorslaggevend zouden moeten zijn bij de vormgeving van een nieuw systeem: rechtszekerheid, weinig ongelijke grenzen en verzekeraarbaarheid. In het licht van de wens om de grenzen zo weinig mogelijk ongelijk te trekken, zou het irrelevant moeten zijn of er een ongeschreven of geschreven norm is geschonden. Daarentegen zou in het licht van de verzekeraarbaarheid en rechtszekerheid wellicht tot een andere conclusie moeten worden gekomen. Hier bestaat dus een spanningsveld.

Zoals ik in hoofdstuk 8, paragraaf 3.3 heb betoogd, beschouw ik het aansprakelijkheidsrecht als een beweeglijk leerstuk: nieuwe aansprakelijkheden moeten kunnen ontstaan, aangezien de maatschappij en de maatschappelijke opvattingen veranderen. Vanuit die gedachte zou beweeglijkheid in de situatie dat een derde schade lijdt door de (eventuele) schending van een ongeschreven norm jegens hem, niet bij voorbaat moeten worden uitgesloten. Benadrukt moet ook worden dat het hier gaat over autonome aansprakelijkheid tegenover een derde. In beginsel zal daarvan geen sprake zijn, omdat het enkel hebben van schade mijns inziens onvoldoende is om hiertoe te concluderen.

Terug naar de casus van *Rockwool* en *Poly*: deze uitkomst is mijns inziens onwenselijk. Als een norm specifiek strekt tot de bescherming van de belangen van derden, mag de oorzaak van hun schade niet aan de vestiging van aansprakelijkheid in de weg staan. De oorzaak van iemands schade mag niet werken ten gunste van de schadeveroorzaker als hij in het licht van het onrechtmatige daadsrecht voor die schade aansprakelijk zou moeten worden gehouden.

3.3 Belangen van derden die niet beschermd zouden moeten worden

Hier wordt – meer in het algemeen – nog aandacht besteed aan twee soorten derden die vaak in de discussie over vergoeding van schade van derden in personenschade-zaken kunnen worden betrokken, maar die mijns inziens in beginsel geen autonome bescherming verdienen: de verzekeraar en de werkgever van de direct gekwetste. Benadrukt wordt dat deze twee soorten derden slechts voorbeelden zijn. Gestart wordt met de positie van de verzekeraar.

De verzekeraar keert een bedrag uit omdat hij daartoe verplicht is bij wet of bij overeenkomst. Zou hem autonoom een succesvol beroep moeten toekomen op het algemeen onrechtmatige daadsrecht? Mijns inziens niet. Ten eerste is de essentie van de rechtsverhouding tussen de verzekeraar en de direct gekwetste dat de private of sociale verzekeraar moet uitkeren bij het intreden van een risico. Zoals Boone terecht stelt, wordt bij het intreden van dat risico de normale uitvoering van de verzekering niet verstoord.¹⁴⁷ De essentie van een verzekering is dat wordt uitgekeerd bij schade; het zou vreemd zijn als de schadeveroorzaker wordt geconfronteerd met eigen kosten van een verzekeraar, zoals zijn bedrijfsschade, terwijl het de essentie van zo'n verzekering is om op die manier te werken. Ook lijkt het niet te rechtvaardigen dat de schadevergoedingsplicht van de schadeveroorzaker varieert al naar gelang de direct gekwetste een verzekering heeft of niet.¹⁴⁸ Het startpunt zou daarom mijns inziens moeten zijn: geen bescherming via het onrechtmatige daadsrecht, tenzij er in strijd is gehandeld met een (on)geschreven zorgvuldigheidsnorm die specifiek ziet op de bescherming van een verzekeraar. Denk hierbij aan de opzet-situatie die in paragraaf 3.2.3 van dit hoofdstuk aan de orde kwam. Subrogatie is daarom het uitgangspunt.

De tweede soort derde die hier aan de orde komt is de werkgever. De werkgever heeft een ander belang bij het lichamelijke en geestelijke welzijn van zijn werknemers: de continuïteit en het vermogen van zijn bedrijf. Met andere woorden, een zuiver financieel belang. Moet de werkgever om die reden autonoom worden beschermd door het onrechtmatige daadsrecht? Ofwel: moeten andere kosten dan die voor het doorbetaald nettoloon en de re-integratie als bedrijfsschade vergoed worden?

Een argument vóór vestiging van aansprakelijkheid is dat als de eigendommen van de werkgever op een onrechtmatige wijze worden beschadigd dit tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan leiden. Waarom zou dat anders zijn als niet een eigendom maar een werknemer van de werkgever wordt gekwetst? Voor de weerlegging van dit argument moet verwezen worden naar het bovenstaande: er bestaat een verschil in feiten waardoor andere argumenten gaan meewegen. Het eerste argument is dat de werkgever niet kan beschikken over zijn personeel, terwijl hij wel kan beschikken over zijn zaken. Een werkgever heeft geen eigendoms-achtige claim ten opzichte van zijn werknemer.

147 Boone 2009, p. 468.

148 Boone 2009, p. 472.

Een argument vóór aansprakelijkheid jegens een werkgever is echter dat door de doorbetalingsverplichting het uitgangspunt van ‘geen arbeid, geen loon’ wordt doorkruist door het gedrag van de schadeveroorzaker en dat hij daarom genooddaakt wordt tot het maken van extra kosten.¹⁴⁹ Boone noemt twee argumenten die dit argument nuanceren. Het eerste is dat het stelsel van aansprakelijkheidsrecht nog complexer en ondoorzichtiger wordt gemaakt als naast het zelfstandig verhaalsrecht (artikel 6:107 BW) een autonoom beroep op het onrechtmatige daadsrecht wordt toegelaten. Nu zie ik daar een minder groot probleem, maar dat komt waarschijnlijk doordat bij mij juist de wens bestaat om een beroep op het onrechtmatige daadsrecht toe te laten voor derden, en dus om de exclusieve werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW te verlaten. Ons vertrekpunt is anders: in Nederland bestaat geen mogelijkheid om een beroep te doen op het onrechtmatige daadsrecht, terwijl in België dat wel mogelijk is en gezocht wordt naar begrenzing van die vorderingsmogelijkheden. Het tweede, meer fundamentele bezwaar dat Boone noemt, is dat er geen goede redenen lijken te bestaan om het idee van het ‘subrogatoir’ verhaal op te offeren ten gunste van de werkgever.¹⁵⁰ De vraag die dan voorligt is waarom de ene regresnemer geen beroep zou moeten toekomen op het onrechtmatige daadsrecht en de andere regresnemer wel. Dit is een belangrijk punt, maar zoals in hoofdstuk 2, paragraaf 3.7.3 naar voren is gebracht, hoeft de werkgever niet als louter regresnemer te worden beschouwd. Hij kan ook worden ondergebracht in de categorie ‘personen die schade lijden in het kader van uitoefening van hun beroep’. Binnen deze categorie vallen ook onder andere de schuldeiser, de fiscus, de (stam)caféhouder en de onderwijsinstelling. Doorslaggevend hoeft het argument dat een werkgever een regresnemer is dus niet te zijn.

Toch zou ik niet willen concluderen dat tegenover de werkgever van de direct gekwetste altijd aansprakelijkheid zou moeten kunnen worden gevestigd. Ik heb als uitgangspunt genomen dat schade veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander op zich onvoldoende is voor vestiging van aansprakelijkheid tegenover een derde. De werkgever heeft een louter financieel belang bij de gezondheid van zijn werknemers; hij vermindert niet de schade van de schadeveroorzaker – voor zover het niet gaat over het doorbetaald nettoloon en de kosten van de re-integratie – en vervult ook geen maatschappelijke functie, zoals een hulpverlener wel vervult.

Anders is dat dus als er een norm bestaat die specifiek beoogt de belangen van de werkgever te beschermen, zoals het geval was in *Rockwool/Poly*. Het startpunt is dus anders dan de situatie die in paragraaf 3.2.5 van dit hoofdstuk aan de orde kwam: er bestaat geen autonome bescherming van de belangen van de werkgever van de direct gekwetste tenzij er een norm is geschonden die specifiek ziet op de bescherming van zijn belangen. Dat is niet reeds het geval als iemand wegvalt uit het arbeidsproces omdat de werknemer betrokken is geweest bij (bijvoorbeeld) een verkeersongeval en daardoor arbeidsongeschikt is geraakt.

149 Zie hierover Boone 2009, p. 469-470 en 473-474.

150 Boone 2009, p. 474.

3.4 Via het onrechtmatige daadsrecht en niet via een bijzonder vorderingsrecht

Er ligt een laatste keuze voor. Moet in het licht van de rechtszekerheid worden gekozen voor een beroep op het onrechtmatige daadsrecht met artikel 6:162 BW als startpunt, of moeten er toch specifieke gecodificeerde aansprakelijkheidsregels worden gecreëerd die zien op de positie van derden. Belangrijk om te herhalen is dat ik de *rechtszekerheid*, de behoefte aan *zo weinig mogelijk ongelijke grenzen* en de *verzekeraarbaarheid* van het aansprakelijkheidsrecht als kernargumenten heb genoemd voor de wijze waarop een eventueel nieuw systeem zou moeten werken.

Het voordeel van het onrechtmatige daadsrecht is dat het flexibel inzetbaar is zodat op nieuwe situaties kan worden ingespeeld. Ongelijke begrenzing in gelijke situaties kan op die manier worden voorkomen. Daarnaast beperkt de vestigingsvraag zich niet tot één situatie zoals de ontwrichting van iemands gezinsleven. Het zou dan vreemd zijn als – voor zover dit al mogelijk zou zijn – voor al die categorieën een bijzonder vorderingsrecht wordt gecreëerd.

Een nadeel van de toepassing van het onrechtmatige daadsrecht is wellicht toch de (tijdelijke) rechtsonzekerheid. In het bovenstaande heb ik mijn keuze gemaakt, maar dat betekent niet dat daardoor ook direct duidelijkheid bestaat in de praktijk. Het verkrijgen van rechtszekerheid zal bij de keuze voor een vordering via het onrechtmatige daadsrecht enige tijd nodig hebben. Rechtspraak zal tot ontwikkeling moeten komen, zoals dat het geval is geweest in Frankrijk. Gewezen kan echter ook worden op de ontwikkeling van de shockschadevordering naar Duits, Engels en (ook) Nederlands recht. Dat betekent echter niet dat het onrechtmatige daadsrecht op termijn geen rechtszekerheid zou kunnen bieden. Dat is ook in andere leerstukken gebeurd. Een nadeel is wel dat rechtspraak tot ontwikkeling moet komen ‘over de rug’ van personen die zich vaak in een kwetsbare positie bevinden, zoals gezinsleden of personen met geestelijk letsel. Een voordeel van een bijzondere regeling zou kunnen zijn dat het een ‘bewijsvoordeel’ geeft aan degenen die tot de kring van gerechtigden behoren, hoewel dat bewijsvoordeel ook kan ontstaan door middel van rechtspraak.¹⁵¹

Er kan zeker anders gedacht worden over deze keuze, maar ik kies voor een vordering via het onrechtmatige daadsrecht (artikel 6:162 BW e.v.). In andere schadezaken is nog niet gebleken dat de open norm van het onrechtmatige daadsrecht tot onoverkomelijke problemen leidt, noch als het gaat over rechtszekerheid, noch wat betreft een te grote uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht.¹⁵² De rechter heeft ook daar nieuwe leerstukken vormgegeven en dat zou de rechter ook in personenschadezaken moeten kunnen doen. Het argument dat de vereisten van relativiteit en causaliteit te vaag zouden kunnen zijn, zoals de wetgever stelde als argument voor de introductie van de bijzondere wettelijke regeling bestaande uit de artikelen 6:107 en 6:108 BW, gaat niet alleen op voor personenschadezaken. Het zijn (tot op zekere hoogte)

¹⁵¹ Vgl. Linderbergh 2002a, p. 1468.

¹⁵² Vgl. Linderbergh 2002a, p. 1468.

‘vage criteria’ voor alle nieuwe situaties of rechtsvragen die worden voorgelegd aan de rechter. In de loop van dit onderzoek is vaker de vraag opgekomen wat personen-schadezaken zo bijzonder maakt in vergelijking met andere schadezaken dat de criteria van causaliteit en relativiteit hier ‘te’ vaag zouden zijn om dienst te doen. Eerlijk gezegd, heb ik die redenen niet gevonden. Het feit dat, zoals Hartlief betoogde, ‘derden’ standaard aanwezig zijn, is voor mij minder belangrijk. Ieder handelen levert risico’s voor anderen op en dat kunnen vele direct gekwetsten zijn of weinig direct gekwetsten en vele derden; de vraag wie aanspraak heeft op volledige vergoeding krachtens het onrechtmatige daadsrecht hoeft daarvan niet afhankelijk te zijn.

Het moet irrelevant zijn in hoeverre iemand feitelijk derde is. Door te veel waarde te hechten aan de oorzaak van iemands schade, hetgeen thans gebeurt door de categorische uitsluiting van bepaalde personen in het onrechtmatige daadsrecht, ontstaan ongelijke grenzen en wordt rechtsontwikkeling tegengehouden. Derden zijn geen anderen dan direct gekwetsten: het zijn beide schadelijders ten aanzien van wie van geval tot geval beoordeeld zou moeten worden of het aansprakelijkheidsrecht bescherming zou moeten bieden voor hun schade. Maar het hebben van letsel of schade is onvoldoende om die bescherming te geven. Er moet meer aan de hand zijn en mijns inziens is het de taak van de rechter, in het licht van de open norm van het onrechtmatige daadsrecht die de wetgever heeft geïntroduceerd en waarvan de invulling is overgelaten aan de rechter, om aan te geven onder welke omstandigheden van dat ‘meer’ sprake is.

Gezien die keuze is het de vraag of de civiele rechter thans de ruimte heeft om zelf over te gaan tot het openstellen van het aansprakelijkheidsrecht voor vorderingen van derden. Of moet de wetgever dit alsnog regelen vanwege het feit dat de bijzondere regeling in de vorm van de artikelen 6:107 en 6:108 BW bestaat? Het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht heeft zich als een flexibel mechanisme ontwikkeld. In moeilijke zaken zijn eerder ingrijpende beslissingen genomen. Denk hierbij aan het *Taxibus*-arrest, de vergoeding in geval van schending van een fundamenteel recht (*Baby Kelly*), maar ook aan de erkenning van de proportionele aansprakelijkheid en de doorbreking van de verjaringstermijn van artikel 3:310 BW. In andere arresten is besloten niet te ‘bewegen’, waarbij men kan denken aan de gebrekkige sanctionering van een gebrek aan *informed consent*.¹⁵³ Toch kan niet ontkend worden dat, zoals Hartlief stelt, het aansprakelijkheidsrecht voorwaarts gaat.¹⁵⁴ Dat heeft te maken met het feit dat er nieuwe risico’s of opvattingen ontstaan en nieuwe typen vorderingen worden ingediend waarop door middel van rechtspraak wordt gereageerd. De maatschappij beweegt en dus zal het aansprakelijkheidsrecht bewegen.¹⁵⁵ Dat is onver-

153 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386; HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, m.nt. J.B.M. Vranken.

154 Hartlief 2006b, p. 2521. Interessant is de vraag waarom de Hoge Raad soms wel vooruit beweegt en soms niet. Zo wordt wel een smartengeldbedrag toegekend voor de schending van het zelfbeschikkingsrecht in de zin van de doorkruising van iemands keuzerecht met betrekking tot gezinsplanning, maar niet bij de schending van het zelfbeschikkingsrecht als geen sprake is van *informed consent* (en dus van een gebrekkige keuze).

155 Zie ook Asser-Vranken, Vervolg, nr. 91.

mijdelijk. Die beweging kan ook hier plaatsvinden en dat mag de Hoge Raad mijns inziens ook bewerkstelligen door invulling te geven aan de open norm van artikel 6:162 BW. Zou de Hoge Raad deze – van oorsprong rechtersregel – honderd jaar vaste rechtspraak moeten heroverwegen?

4. Conclusie: heroverweging is nodig

Ja, de Hoge Raad zou mijns inziens zijn vaste rechtspraak met betrekking tot de exclusieve werking van het bijzondere wettelijke systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW moeten heroverwegen. Dit gezegd hebbende, moet hier nogmaals vooropgesteld worden dat de artikelen 6:107 en 6:108 BW de Nederlandse rechter, de praktijk, de wetgever en de wetenschapper voor uitdagingen stellen. Dat heeft met een aantal factoren te maken. Begrenzing van de vergoedingsplicht aan derden wordt al snel als arbitrair beschouwd: waarom de ene derde wel en de andere niet? En waarom de ene schadepost wel en de andere niet? Ook wordt gevreesd voor te grote uitbreidingen.

In hoofdstuk 8 is een denkkader gegeven voor de positie van derden. Er is betoogd dat expliciet onderscheid gemaakt moet worden enerzijds de aansprakelijkheid tegenover de direct gekwetste en anderzijds de autonome aansprakelijkheid tegenover de derde. De vraag is gesteld hoeveel ruimte de normschending jegens de direct gekwetste kan bieden voor de vergoeding van schade van derden. Gepleit is voor een beperkte opvatting: vergoeding in geval van verplaatsing van schade van de direct gekwetste naar een derde en vergoeding van het ontstane verlies van levensonderhoud veroorzaakt door het overlijden van de direct gekwetste (het inkomensverlies van de direct gekwetste ‘verplaatst’ zich – ten dele – naar zijn nabestaanden). Deze schadeposten zijn reeds vergoedbaar op grond van artikel 6:107 BW en artikel 6:108 BW, dus wat dat betreft behoeft het huidige systeem geen aanpassing.

Het onderzoek naar de eigen autonome vordering van derden op grond van het onrechtmatige daadsrecht levert echter een andere conclusie op. Het startpunt is dat derden niet buiten het onrechtmatige daadsrecht gehouden moeten worden omdat zij feitelijk derden zijn. Dit gaat de schadeveroorzaker niets aan. Denkend vanuit dat startpunt is betoogd dat de exclusieve werking die van de artikelen 6:107 en 108 BW uitgaat niet te rechtvaardigen valt in het licht van de werking van het onrechtmatige daadsrecht. Er is beoogd individuen een mechanisme te geven om op te komen tegen een schadeveroorzaker en onder omstandigheden kan dat mechanisme een geslaagde vordering opleveren. Het belang van die bescherming prevaleert mijns inziens ten opzichte van de rechtszekerheid die het huidige systeem biedt.

Bovendien is het niet zo dat er door afstand te doen van deze interpretatie dusdanige rechtsonzekerheid ontstaat dat het onrechtmatige daadsrecht niet meer voorspelbaar zal zijn. Het belang van de derde moet immers wel beschermwaardig zijn. Daarvan is mijns inziens *in ieder geval* in vier situaties sprake. Ten eerste als iemands gezin wordt ontwricht door het letsel of overlijden van de direct gekwetste. Ten tweede

moet gedacht worden aan de situatie waarin de schadeveroorzaker de intentie had om door middel van de kwetsing van de direct gekwetste bij een derde schade toe te brengen. De derde situatie betreft die waarin een hulpverlener geestelijk of lichamelijk ziek wordt. De vierde en laatste situatie is die waarin een wettelijke norm duidelijk strekt tot de bescherming van de belangen van de feitelijk derde en diens schade. De kern van deze conclusie is dat het huidige bijzondere systeem kan blijven bestaan, maar dat de exclusieve werking die daarvan uitgaat heroverweging verdient: de derde zou geen recht op volledige vergoeding op grond van de open norm van het onrechtmatige daadsrecht moeten worden ontzegd *omdat* hij feitelijk derde is.

10 SAMENVATTING EN BELANGRIJKSTE CONCLUSIES

‘Het is op de grenzen dat het recht het meest wordt uitgedaagd. Het gaat dan om de vraag of het recht net wel of net niet de ingeroepen bescherming biedt of zou moeten bieden. Hier voeren de spinsels en verzinsels van het nieuwlichtende hoofd hun steekspel met de dempende werking van het conservatieve hart, of, zo men wil, bevecht het warme hart het koele hoofd. Nu eens wint de een en dan de ander, maar het mooie is dat het altijd nieuw recht oplevert, hoewel soms de echo’s van de bitterzoete slag nog lang naklinken, door de verongelijke roep van hen die menen dat het nieuwe recht niet goed is.’

C.E. Drion¹

1. Inleiding

Dit boek gaat over de vergoeding van schade van derden in personenschadezaken en heeft als doel om te bezien of het systeem van de artikelen 6:107 BW (letselschadezaken) en 6:108 BW (overlijdensschadezaken) aan heroverweging toe is. In dit hoofdstuk wordt een samenvatting gegeven van de belangrijkste aspecten van het onderzoek en worden de belangrijkste conclusies weergegeven.

2. Hoofdstuk 1 en 2: het vertrekpunt

2.1 Het onderwerp: 6:107 en 6:108 BW

In de artikelen 6:107 en 6:108 BW staan vorderingsrechten die toekomen aan derden ter verhaal van hun schade die is ontstaan vanwege het letsel of overlijden van een ander. Aan deze artikelen worden drie kenmerken toegedicht. In de eerste plaats zijn het afgeleide vorderingsrechten, wat betekent dat de grondslag van de vordering de onrechtmatige daad is tegenover een ander, namelijk de direct gekwetste. De artikelen zijn daarnaast limitatief van aard: zowel de kring van gerechtigden, als de vergoedbare schadeposten zijn limitatief omschreven. Tot slot moet de werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW worden bezien in het licht van hun ‘voorlopers’, de artikelen 1406 en 1407 Oud BW. Het was vaste rechtspraak van de Hoge Raad, en dat is hiermee het derde kenmerk, dat van deze bepalingen een exclusieve werking uitging. Door die exclusieve werking deroegerden de artikelen 1406 en 1407 Oud BW aan de werking van het onrechtmatige daadsrecht. Die lijn is in de rechtspraak herhaald voor de artikelen 6:107 en 6:108 BW.

¹ Drion 2007, p. 1395.

Het doel van de introductie van de artikelen 1406 en 1407 Oud BW in 1838 en die van de artikelen 6:107 en 6:108 BW in 1992 was het stellen van duidelijke grenzen en het tegengaan van willekeur in de rechtspraak (rechtszekerheid). De vereisten van causaliteit en relativiteit zouden te vaag zijn.

2.2 Definities en afbakening van het onderzoeksterrein

2.2.1 Werkdefinitie 'derden'

Ten behoeve van dit onderzoek is de volgende werkdefinitie van 'derde' geformuleerd:

'Derde' is de persoon die materieel of immaterieel nadeel ondervindt doordat en nadat de direct gekwetste is gekwetst, in de vorm van letsel of overlijden, veroorzaakt door het gedrag van de schadeveroorzaker.

2.2.2 Beperking: onderzoek naar argumenten

Na een voorstudie is besloten het onderzoek niet de nadruk te leggen op de dogmatiek, dus op (een van) de criteria van onrechtmatige daad, zoals relativiteit of (juridische) causaliteit. De reden daarvoor is dat in ieder rechtssysteem gelijke begrenzingsvraagstukken bestaan ongeacht de materiële vereisten die worden gesteld aan de onrechtmatige daad. Getracht werd meer zicht te krijgen op de achtergrond van de verschillende rechtssystemen en de argumenten die worden genoemd voor en tegen vorderingsrechten van derden in personenschadezaken.

2.2.3 Wat 'schade' is

In hoofdstuk 2 is kort aandacht besteed aan het schadebegrip. In de kern is het volgende geconcludeerd. Schade is een juridisch begrip. Dat wordt thans niet geïnterpreteerd als de beschadiging van iets of de kwetsing van iemand (het letsel of het overlijden), maar als de materiële en immateriële gevolgen daarvan. Welk gevolg, welke schade vergoedbaar is, is een keuze. Een voorbeeld daarvan is dat geen vergoeding wordt gegeven voor affectieschade naar Nederlands recht, terwijl dat in het overgrote deel van de Europese landen wel een vergoedbare schadepost is.

2.2.4 Beperking: schadevergoeding voor naasten en nabestaanden

De tijd voor dit onderzoek was beperkt. Er zijn veel derden die schade kunnen hebben en dus moesten er keuzes worden gemaakt ten aanzien van de afbakening van het onderzoeksterrein. Er is gekozen voor de focus op naasten en nabestaanden, omdat daar thans de grootste moeilijkheden worden ervaren. Daarnaast is aandacht besteed aan de positie van hulpverleners.

3. Hoofdstuk 3: een achtergrondschets van Nederlands, Duits, Engels en Frans recht

De kenmerken van het Nederlandse systeem zijn in het bovenstaande al gegeven. Het Duitse recht is vergelijkbaar met het Nederlandse wat betreft de aanwezigheid van bijzondere schadevergoedingsbepalingen ten gunste van naasten, maar die bepalingen werken niet exclusief. In tegenstelling tot het Nederlandse recht is in Duitsland, door het ontbreken van die exclusiviteit, het onrechtmatige daadsrecht in beginsel richtinggevend voor de positie van derden. Wordt een juridisch beschermd belang, bijvoorbeeld 'gezondheid', van een derde doorkruist, dan heeft hij (onder omstandigheden) recht op volledige vergoeding van zijn schade, ongeacht de oorzaak van zijn schade. Vaker zal zijn belang zuiver economisch van aard zijn en dat belang wordt in beginsel niet beschermd door § 823 I BGB. Belangrijk voor het vorderingsrecht van naasten en nabestaanden zijn daarom de afgeleide vorderingsrechten van § 844 (overlijdensschade) en § 845 BGB (overlijdensschade en letselschade). Van die rechtsregels gaat echter geen exclusieve werking uit. Zoals Kötz en Wagner betogen: de wetgever heeft een gelimiteerde groep willen beschermen door middel van een afgeleid vorderingsrecht, maar dat betekent niet dat hij daarom andere derden, wier beschermd belang is doorkruist, een beroep op het onrechtmatige daadsrecht heeft willen ontnemen als hun schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander.²

De *common law* 'tort of negligence' geeft in beginsel geen bescherming voor zuiver economische schade, waardoor een derde meestal geen *cause of action* heeft. Er ontbreekt bovendien een bijzonder vorderingsrecht naar *common law* ten gunste van naasten, zoals wel bestaat naar Nederlands recht in de vorm van artikel 6:107 BW. In overlijdensschadezaken wordt het belang van de nabestaanden ook niet beschermd. Dat heeft niet zozeer te maken met het feit dat zuiver economische schade niet wordt beschermd, als wel met een oud precedent uit 1806 waarin is geoordeeld dat een vorderingsrecht eindigt op het moment van iemands overlijden (hoofdstuk 5, paragraaf 2.4). Dat uitgangspunt is bekritiseerd en de uitleg die daaraan is gegeven is in twijfel getrokken. Desondanks heeft het *House of Lords* (thans: het *Supreme Court*) dit precedent bevestigd in het begin van de 20ste eeuw. Naar Engels recht is echter door de wetgever een uitzondering gecreëerd voor een gelimiteerde kring van naasten in de *Fatal Accidents Act 1976* (FAA 1976).

Naar Frans recht wordt de positie van de derde bepaald door het onrechtmatige daadsrecht (artikel 1382 CC). Begrenzing vindt ook daar plaats, maar dan aan de hand van het schadebegrip en het causaliteitsvereiste. Er geldt geen beperking bij voorbaat van de kring van gerechtigden.

2 Kötz en Wagner 2010, p. 63. Vgl. Bischoff 2004, p. 559; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 15.

4. De vergoeding van schade van derden als sanctie op de onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste

4.1 Hoofdstuk 4: artikel 6:107 BW en de positie van naasten in geval van letsel

4.1.1 Concreet verplaatste schade

Artikel 6:107 BW geeft de derde een vorderingsrecht voor de schade die is verplaatst van de direct gekwetste naar die derde (anders dan een verzekeraar). Volgens de wetgever vindt deze begrenzing tot verplaatste schade haar rechtvaardiging in het gegeven dat de aansprakelijkheid niet uitbreidt en dat derden op die manier niet ontmoedigd worden om betalingen te doen ten gunste van de direct gekwetste. Men kan zich echter afvragen in hoeverre naasten zich in eerste instantie laten leiden door de aanwezigheid van een eigen vorderingsrecht. Direct na een ongeval moet de situatie gewoon 'geregeld worden'.

Naar Duits en Engels recht is er geen bijzonder vorderingsrecht voor naasten in geval van verplaatsing van schade, maar als schade is verplaatst van de direct gekwetste naar een naaste, wordt in de regel die schade vergoed aan de direct gekwetste. Die keuze wordt gerechtvaardigd door het idee dat de aansprakelijke niet mag profiteren van de vrijwillige inzet van naasten. De direct gekwetste heeft naar Duits recht geen verplichting om het schadevergoedingsbedrag uit te betalen aan de derde. Dat is anders naar Engels recht in het licht van de uitkomst van *Hunt v. Severs*: de direct gekwetste moet de vergoeding in *trust* houden voor de betalende naaste.

Naar Frans recht worden de kosten die de derde maakt en die nodig zijn voor het herstel van de direct gekwetste, vergoed aan naasten.

4.1.2 Vergoeding voor extra inspanningen door naasten

Een naaste die de direct gekwetste verpleegt en verzorgt, of huishoudelijke taken gaat verrichten en daardoor tijd verliest, ontvangt in alle onderzochte rechtssystemen een vergoeding voor dat tijdsverlies. De rechtvaardiging die door de Hoge Raad wordt genoemd, is dat de aansprakelijke primair verplicht is om de direct gekwetste in staat te stellen de noodzakelijke verpleging in te huren. In de literatuur is dit uitgangspunt positief ontvangen. Professionele hulp is vaak duurder en hulp door naasten is doorgaans beter voor het herstel van de direct gekwetste. De inspanning van de naaste beperkt de schadelast van de aansprakelijke. In Duitsland en Engeland wordt een gelijk argument genoemd: de aansprakelijke partij mag niet profiteren van de inzet van naasten. Betoogd is ook dat de verzorging door naasten de wens van de direct gekwetste beter weerspiegelt en vaak tot betere gevolgen leidt. Naar Frans recht wordt een beroep gedaan op het uitgangspunt van volledige vergoeding (*réparation intégrale*). Ook is betoogd dat deze vergoeding gerechtvaardigd is, omdat het noodzakelijk is om de aansprakelijkheid jegens de direct gekwetste te sanctioneren door middel van een verplichting tot volledige schadevergoeding. Hier zien we dus dat de

vergoeding aan derden benut wordt of kan worden als sanctie op de onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste.

Het criterium voor vergoeding naar Nederlands recht, in geval van verlies van tijd, is dat het normaal en gebruikelijk moet zijn om professionele hulp in te huren. Dit criterium wijkt af van de dubbele redelijkheidstoets die normaal richtinggevend is voor de vergoeding voor zorg als er een professionele hulp wordt ingehuurd. Er is kritiek geuit op dit criterium. Dat komt vooral omdat de verzorgende naaste uit het betreffende arrest³ hoogstwaarschijnlijk voor die zorg (publieke) professionele hulp had kunnen inhuren. Het criterium ‘normaal en gebruikelijk’ wordt daardoor onduidelijk. In de literatuur is gepleit voor een serieuze redelijkheidstoets. Is het redelijk dat deze zorg wordt gegeven en is het redelijk dat deze derde die zorg op zich neemt?⁴ Naar Duits, Engels en Frans recht gelden andere vereisten voor vergoeding voor hulp door naasten. Naar Duits en Engels recht ligt de nadruk meer op de verzorgende naaste. Afgezien van het vereiste dat de verzorging een geldwaarde moet vertegenwoordigen, moet de verzorging de gewone zorg die zonder ongeval zou zijn verschaft door die naaste overstijgen. Naar Engels recht wordt gesproken over ‘*beyond the call of duty*’. Opgemerkt moet worden dat uit Engelse rechtspraak blijkt dat de naaste altijd een keuze heeft, ook wat betreft het nog langer verschaffen van die ‘normale’ verzorging. Dit uitgangspunt kan worden verklaard door het feit dat de aard van de normale verzorging is veranderd door de onrechtmatige daad.

Naar Frans recht is vereist dat de hulp nodig is voor het herstel van de gekwetste. Als al wordt voorzien in die hulp door professionals en de naaste besluit toch om minder te gaan werken, dan wordt er geen vergoeding toegekend. Dat inkomensverlies is uit liefde en niet nodig voor het herstel van de direct gekwetste.

Bij de schadebegroting moeten twee situaties worden onderscheiden: die waarin de naaste louter tijd verliest, respectievelijk die waarin de naaste concreet inkomen misloopt of winst misloopt. Naar Nederlands recht wordt de vergoeding voor het tijdsverlies begroot op de bespaarde kosten van professionele hulp. Dat is ook het geval naar Engels, Duits en Frans recht (nettoloan).

Over de tweede situatie heeft de Hoge Raad nog geen arrest gewezen. Maar toekenning van een hogere vergoeding dan de bespaarde kosten van professionele hulp lijkt onwaarschijnlijk in het licht van de beperking van artikel 6:107 BW: vergoeding van de verplaatste schade van de direct gekwetste. Ook naar Duits en Engels recht is de maximale vergoeding het nettoloan van een professionele hulpverlener. Naar Frans recht is het vaste rechtspraak dat het concrete inkomensverlies van de naaste wordt vergoed.

In de Nederlandse literatuur is het idee geopperd om de concrete inkomensschade van naasten vergoedbaar te maken. Er ontstaat dan in het licht van het huidige

3 HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504, m.nt. J.B.M. Vranken.

4 Hoofdstuk 4, paragrafen 3.2.1 en 3.3.1.

systeem een spanningsveld. Er wordt afgestapt van het idee dat het in artikel 6:107 BW (het afgeleide vorderingsrecht) gaat over de verplaatste schade van de direct gekwetste. Er wordt bewogen richting volledige vergoeding van de schade van naasten.

4.1.3 Bezoek

Concrete kosten van bezoek aan de direct gekwetste hoeven strikt genomen, naar Nederlands recht, niet te worden vergoed, omdat dit niet als verplaatste schade van de direct gekwetste te kwalificeren valt. In de praktijk worden die kosten als regel toch vergoed. Dat kan worden verklaard uit het idee dat gezinsleden de mogelijkheid moet worden geboden om contact te houden met de direct gekwetste en het feit dat het doorgaans niet om substantiële bedragen gaat.

Naar Engels, Duits en Frans recht worden de kosten van het bezoek door naasten in de regel vergoed. De achterliggende gedachte is dat bezoek kan bijdragen aan iemands herstel. Er gelden wel een aantal voorwaarden, zoals een nauwe affectieve relatie, en dat de kosten nodig (en naar Duits recht bovendien niet vermijdbaar) moeten zijn en, naar Frans recht, voortvloeien uit de toestand waarin de direct gekwetste zich bevindt.

Het Franse recht is een open(er) systeem door het ontbreken van een relativiteitseis en op het eerste gezicht lijken daarom meer schadeposten van naasten vergoedbaar dan in de andere rechtssystemen. De nadruk ligt echter, net zoals naar Nederlands, Duits en Engels recht op de concrete kosten ten gunste van het herstel van de direct gekwetste (kosten, hulp en bezoek).

4.2 Hoofdstuk 5: artikel 6:108 BW en overlijden

4.2.1 De rechtvaardiging van het vorderingsrecht

In hoofdstuk 5 wordt stilgestaan bij de rechtvaardiging van het vorderingsrecht van nabestaanden bij overlijden (artikel 6:108 BW). Naar voren is gekomen dat in alle vier de rechtssystemen de grondslag of rechtvaardiging van de vordering wordt gevonden in het feit dat onrechtmatige doodslag van een ander. De concrete vergoedingsplicht die wordt opgelegd, gaat echter over de schade van de nabestaande en niet over de schade van de overledene. Dat is dus een ander uitgangspunt dan bij artikel 6:107 BW, maar dat is onvermijdelijk, omdat de overledene geen schade lijdt. Op het moment van overlijden eindigt immers de rechtssubjectiviteit. Het meer praktische argument is dat het in deze situaties eenvoudigweg altijd gaat over de schade van derden.

Maar er worden meer rechtvaardigingen genoemd voor de toekenning van een vorderingsrecht aan nabestaanden. In de Duitse literatuur is gewezen op het recht op familieleven (in artikel 6 van de Duitse Grondwet) en in de Nederlandse literatuur op het recht op zelfbeschikking en de doorkruising van het keuzerecht (van de oorspronkelijk gemaakte keuzes) van de derde. Ook wordt in Nederlandse, Duitse en Engelse

literatuur naar voren gebracht dat vergoeding voor nabestaanden ervoor zorgt dat het onrechtmatig veroorzaken van iemands overlijden gesanctioneerd wordt.

Naar Nederlands, Duits, Engels en Frans recht bestaat een vergoedingsplicht tegenover nabestaanden. Hoewel nabestaanden diverse schadeposten kunnen hebben, bestaat in alle vier de rechtssystemen in beginsel uitsluitend een vergoedingsplicht voor de kosten van het verlies van levensonderhoud en van die voor de lijkbezorging. In Frankrijk, waar de open norm van het onrechtmatige daadsrecht wordt toegepast, wordt dus een gelijke grens gevonden in overlijdensschadezaken wat betreft de materiële schadeposten van nabestaanden.

4.2.2 Kosten van het verlies van levensonderhoud

Het verlies van levensonderhoud gaat over zowel het verlies van financieel onderhoud (financiële bijdragen) als het verlies van onderhoud in natura (verrichten van huishoudelijke taken, opvoeden en verzorgen).

Ten eerste het financiële verlies. Naar Nederlands recht is in artikel 6:108 BW de kring van gerechtigden omschreven. De kring is breed geformuleerd en in de kern gebaseerd op het idee dat sprake moet zijn van feitelijk verlies van levensonderhoud. Als de nabestaande een echtgenoot, geregistreerd partner of kind is, dan wordt de juridische verplichting tot onderhoud van de overledene als minimum beschouwd van de vergoedingsplicht. Naar Duits recht staat niet het feitelijk onderhoud centraal, maar moet de overledene onderhoudsplichtig zijn geweest ten opzichte van de nabestaande. Op dat uitgangspunt is kritiek geuit, vooral omdat het niet meer in overeenstemming zou zijn met maatschappelijke opvattingen over nieuwe samenlevingsvormen. Toch wordt gewaarschuwd voor de opvatting zoals die bestaat naar Nederlands of Frans recht om aansluiting te zoeken bij het feitelijk onderhoud. Dat komt door bewijsproblemen die daarmee gepaard kunnen gaan. Het Engelse recht is vergelijkbaar met het Nederlandse. In de FAA 1976 is een mogelijkheid gecreëerd voor een ruime kring van gerechtigden om vergoeding te vorderen voor het verlies van levensonderhoud. Er moet sprake zijn van onderhoud *in law* en *in fact*, wat betekent dat, anders dan naar Nederlands recht, de feitelijk schadelijgende nabestaande wel tot de kring van gerechtigden moet behoren. De Law Commission heeft gesuggereerd om een hardheidsclausule te introduceren, in het kader waarvan aansluiting wordt gezocht bij het feitelijk onderhoud.

In geval van verlies van onderhoud in natura wordt in alle rechtssystemen een vergoeding toegekend. Dat is ook het geval als geen professionele hulp wordt ingehuurd, maar nabestaanden of andere naasten zich extra inspannen. Verschillende rechtvaardigingen zijn genoemd, zoals het feit dat het gezinsbudget op het moment van overlijden lang niet altijd toereikend zal zijn om professionele hulp in te huren. Ook gaat het over een werkelijke schadelast en de aard van de schadepost dwingt tot een spoedige afwikkeling. Extra inzet door nabestaanden of naasten zou ook in het belang

zijn van het welzijn van de nabestaanden en juist daarom mogen zij niet worden ontmoedigd. Bovendien mag de aansprakelijke niet profiteren van de extra inzet van nabestaanden en andere naasten.

De voorwaarde voor vergoeding naar Nederlands recht wordt 'gekleurd' door de behoeftegevoelens. Gelet wordt op de redelijke behoefte aan hulp, afgezien van de extra inzet die redelijkerwijs van, bijvoorbeeld, een vader ten opzichte van zijn kinderen mag worden verwacht. Verder wordt gelet op de leeftijd van de kinderen, de gezinsamenstelling, de aard van de (te verrichten) werkzaamheden en de financiële positie van het achterblijvend gezin.

Vranken noemt de opvatting van de Hoge Raad om rekening te houden met diverse factoren realistisch, omdat de levenskeuze van de achterblijvende gezinsleden zo veel mogelijk moet worden gerespecteerd.⁵ Er moet gezocht worden naar een nieuwe inrichting van het leven, daarvoor is tijd nodig, en dat moet zo veel mogelijk gefaciliteerd worden. Maar niet alle keuzes hoeven te worden 'beloond'. Hij noemt als voorbeeld een achterblijvende partner zonder kinderen. Als hij beslist om zelf zorg te dragen voor alle huishoudelijke taken, is het niet vanzelfsprekend om het concrete inkomensverlies te vergoeden.

4.2.3 Kosten van lijkbezorging

De kosten van lijkbezorging worden ook in alle onderzochte rechtssystemen vergoed, maar de rechtvaardigingsgrond voor deze schadepost zorgt voor meer moeilijkheden. Immers, voor iedereen geldt dat deze kosten ooit gemaakt moeten worden, ongeacht of er sprake is van onrechtmatige doodslag of van een natuurlijke dood. Er is betoogd dat deze kosten als 'hulp' aan de direct gekwetste kunnen worden gezien. Ook zouden de tragische omstandigheden waaronder iemand overlijdt een rechtvaardiging bieden en niet vergoeden wordt als *penny-pinching* beschouwd.

4.2.4 En verder wordt in beginsel niet gegaan, tenzij sprake is van geestelijk letsel...

In de Engelse literatuur is de vraag opgekomen of ook vergoeding moet worden gegeven voor andere kostenposten ontstaan door iemands overlijden. Denk hierbij aan de kosten van de afwikkeling van de erfenis. Er bestaat echter terughoudendheid. De vergoeding van de kosten van lijkbezorging lijkt lastig te rechtvaardigen en daarom moet terughoudendheid betracht worden met vergoeding van daarop lijkende schadeposten. Ook in de voorstellen voor vernieuwing van het Franse recht worden geen andere schadeposten genoemd dan het verlies van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging. Eén uitzondering bestaat hierop, en dat is de situatie waarin de nabestaande geestelijk letsel (schokschade) heeft. Daarover gaat de volgende paragraaf. Hierbij moet worden opgemerkt dat het in de situatie van schokschade niet meer gaat over de vergoeding van schade als sanctie op de onrechtmatige daad jegens de direct

5 Noot J.B.M. Vranken onder HR 11 juli 2008, NJ 2009, 385 (*Bakkum/Achmea*), nr. 15.

gekwetste, maar over de volledige vergoeding van schade van derden, omdat tegenover hen een onrechtmatige daad is gepleegd.

5. (Meer) volledige vergoeding van de schade van naasten en nabestaanden

5.1 Hoofdstuk 6: de gekwetste derde

Vergoeding voor schade veroorzaakt door geestelijk letsel bij derden ten gevolge van de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste is vergoedbaar naar Nederlands, Duits, Engels en Frans recht, maar die vorderingsmogelijkheid is meestal aan (strikte) voorwaarden verbonden. Het gaat niet over een afgeleid vorderingsrecht, maar over rechtstreekse vestiging van aansprakelijkheid op grond van het onrechtmatige daadsrecht jegens een derde. Een directe aansprakelijkheid die weliswaar niet zou hebben bestaan zonder een onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste en aan strikte voorwaarden is verbonden.

De Hoge Raad noemt zes voorwaarden. Er moet sprake zijn van de schending van een verkeers- en veiligheidsnorm tegenover de direct gekwetste. De derde moet direct met het ernstige ongeval of de nasleep daarvan zijn geconfronteerd. Door die confrontatie moet een hevige schok zijn ontstaan, welke resulteert in geestelijk letsel. Voor vergoeding voor immateriële schade is bovendien vereist dat het geestelijk letsel kan worden gekwalificeerd als een psychiatrisch erkend ziektebeeld. Uit latere rechtspraak blijkt dat de Hoge Raad strikt vasthoudt aan deze vereisten.

Een derde bij wie geestelijk letsel ontstaat door verdriet, kan echter in beginsel geen aanspraak maken op vergoeding krachtens het onrechtmatige daadsrecht, omdat de artikelen 6:107 en 6:108 BW deze vergoeding blokkeren. Die artikelen werken immers exclusief indien iemands schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. De oorzaak van het geestelijk letsel is dus in beginsel beslissend voor volledige of gedeeltelijke (bijvoorbeeld via artikel 6:107 of 6:108 BW) vergoeding van de schade. Door de exclusieve werking van deze artikelen wordt de rechter bij de interpretatie van de open norm van het onrechtmatige daadsrecht (artikel 6:162 BW) beperkt in zijn bewegingsruimte. Maar de ruimte die hij heeft genomen om het aansprakelijkheidsrecht uit te breiden in de vorm van de shockschadevordering is niet vrij gebleven van kritiek; niet de vordering op zich, maar vooral de vereisten die door de Hoge Raad zijn genoemd, zijn bekritiseerd in de literatuur.

In de literatuur is de confrontatie-eis sterk bekritiseerd.⁶ Deze zorgt voor ongelijke grenzen tussen naasten die niet aanwezig waren bij het ongeval of de nasleep daarvan hebben gezien, maar wel in dezelfde mate geestelijk ziek worden. Ook is de precieze oorzaak van geestelijk letsel niet te achterhalen, zo blijkt uit inzichten uit de klinische psychologie. De confrontatie-eis is mijns inziens niet houdbaar. Onduidelijk blijft echter ook waarom er sprake moet zijn van een schending van een verkeers- en

6 Hoofdstuk 6, paragraaf 3.2.4.

veiligheidsnorm. Het is even erg om een naaste te verliezen ten gevolge van bijvoorbeeld een medische fout, voor zover dat geen schending van een verkeers- en veiligheidsnorm betreft. Onduidelijk is waarom voor deze begrenzing van de shockschadevordering is gekozen.

Naar Duits recht bestaat een vorderingsrecht onder de noemer '*Schockschäden*'. Van '*Schockschäden*' is sprake als voldaan is aan de klassieke vereisten van het onrechtmatige daadsrecht en aan een aantal extra vereisten. Wat betreft de gezondheidsschade heeft het BGH beslist dat louter geestelijk letsel onvoldoende is. Er moet krachtens verkeersopvattingen sprake zijn van geestelijk letsel. De achterliggende gedachte is dat voor louter depressies veroorzaakt door verdriet geen vergoeding hoeft te worden gegeven. De shockschadevordering is ook beperkt tot situaties waarin de direct gekwetste is overleden of ernstig gewond is geraakt en de kring van gerechtigden is beperkt tot '*nahen Angehörigen*'.

De voorwaarden voor een shockschadevordering zijn naar Engels recht strikter. Het beoordelingskader voor *nervous shock*-vorderingen wordt gekenmerkt door een onderscheid tussen *primary* en *secondary victims*. Die vaststelling is belangrijk voor een derde, omdat deze bepalend is voor de vereisten die worden gesteld aan de *duty of care*. Is hij *primary victim*, dan moet het lichamelijk of geestelijk letsel voorzienbaar zijn. Is hij *secondary victim*, dan worden drie extra vereisten gesteld. De derde moet een naaste of nabestaande zijn. Dat is een feitelijk besluit, waarbij doorslaggevend is of er nauwe banden van liefde en genegenheid bestaan met de direct gekwetste. Daarnaast is de nabijheid ten opzichte van het ongeluk, zowel in tijd als in plaats belangrijk. Ten slotte moet de schok zijn ontstaan door het *horen of zien* van het ongeval of in de '*immediate aftermath*'.

Er zijn verschillende argumenten voor de extra vereisten genoemd in de Duitse en Engelse literatuur. Zo is betoogd dat sommige risico's bij het leven horen. Maar in beide landen wordt ook de moeilijkheid in verband met het diagnosticeren van geestelijk letsel genoemd en de 'angst' die daarmee gepaard gaat voor een te grote uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht. De verklaring daarvoor is mede dat sprake is van een 'nieuw' soort letsel waarvoor vergoeding wordt gevorderd. Uitbreiding van de vorderingsmogelijkheden zou bovendien leiden tot een disproportionele schadelast. De 'reflexgedachte' lijkt echter ook een rol te spelen: de oorsprong van de schade wordt gevonden in het letsel of overlijden van de ander en dus lijkt een beperking op zijn plaats. Ook kan het vooruitzicht op vergoeding een negatief effect hebben op de gezondheidstoestand van personen. Ten slotte zou aansprakelijkheid uitsluitend mogen worden uitgebreid door de wetgever na *careful research*.

In de literatuur wordt de keuze voor de extra vereisten sterk bekritiseerd en arbitrair genoemd. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat ook anderen dan naasten geestelijk ziek kunnen worden door het ongeval van een ander. De vereisten van tijd en plaats hebben geleid tot de meeste kritiek. Gesproken wordt over de

noodzaak tot een ‘race achter de ambulance’ en de wetenschap dat naasten net zo ziek kunnen worden door berichtgeving als door het zien van het ongeval. Een sterk argument is ook dat, hoewel sommigen direct ter plaatse willen komen, dit vaak praktisch niet mogelijk is door onderzoek op de plaats van het ongeval. Moeten daarom bepaalde naasten worden uitgesloten van vergoeding?

Naar Frans recht is onlangs in twee overlijdensschadezaken erkend dat in geval van geestelijk letsel van naasten een vergoeding moet worden gegeven voor zowel de materiële als de immateriële schade die daardoor is ontstaan. Onduidelijk is of deze regel ook geldt in letselschadezaken. Als dat zo is, wordt het leerstuk verder ontwikkeld. Eventueel inkomensverlies van de naaste hoeft dan niet meer samen te hangen met het herstel van de direct gekwetste, maar kan ook worden vergoed als dat wordt veroorzaakt door geestelijk letsel bij de naaste.

De Nederlandse wijze van begrenzing is, zoals gezegd, niet houdbaar. De shockschadevordering naar Nederlands recht is mijns inziens een weerspiegeling van de beperkte opvatting wat betreft de beschermwaardigheid van naasten en nabestaanden als de oorzaak van hun schade het overlijden of letsel van een ander is. Het kernprobleem is dat er zo een oordeel wordt gegeven over de positie van de derde in het aansprakelijkheidsrecht als zijn schade feitelijk is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. Die schade wordt bij voorbaat als ‘niet volledig vergoedbaar’ bestempeld. Dit komt doordat de vergoeding van schade via de artikelen 6:107 en 6:108 BW van oudsher wordt beschouwd als een sanctie op de onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste.

5.2 Hoofdstuk 7: immateriële schade en de schending van fundamentele rechten

5.2.1 Vergoeding voor leed

Het Wetsvoorstel affectieschade is verworpen. Vergoeding voor leed van naasten wordt niet erkend als vergoedbare schadepost. Nederland neemt daarmee, samen met Duitsland en Denemarken, in Europa een uitzonderingspositie in.

In Engeland (in overlijdensschadezaken) en Frankrijk (in zowel overlijdens- als letselschadezaken), wordt vergoeding gegeven voor de immateriële schade van naasten. De vormgeving van de regeling in Engeland is anders dan die in Frankrijk.

In Engeland is het afgeleide vorderingsrecht opgenomen in de FAA 1976. Er bestaat een gelimiteerde kring van gerechtigden. Dit levert een ‘bewijsvoordeel’ op voor degenen die tot de kring van gerechtigden behoren; zij hoeven niet te discussiëren over de feitelijke intensiteit van hun affectieve band met de direct gekwetste.

In Frankrijk vindt de oordeelsvorming plaats op grond van het algemene onrechtmatige daadsrecht. De begrenzing van de schadevergoedingsaanspraak van derden vindt vooral plaats aan de hand van het schadebegrip, door middel van het zekerheidsvereiste. Vereist is dat sprake is van een stabiele en affectieve relatie tussen de

direct gekwetste en de naaste. In de literatuur is betoogd dat hierdoor begrenzingvragen moeilijker worden. Feit is dat affectieve relaties zich niet snel in categorieën of hokjes laten plaatsen. Dat was ook de gedachte achter de hardheidsclausule die geïntroduceerd zou worden in het Nederlandse recht.

Er bestaat echter nog een belangrijke vraag: wat zou de grondslag van de vergoedingsplicht moeten zijn? Daarmee doel ik op het (beoogde) afgeleide karakter van het vorderingsrecht uit het Wetsvoorstel affectieschade. Vergoeding voor immateriële schade van naasten gaat over volledige schadevergoeding van hun eigen schade, terwijl dit gepresenteerd werd als sanctie op het onrechtmatig handelen tegenover de direct gekwetste doordat gekozen werd voor uitbreiding van de afgeleide vorderingsrechten, de artikelen 6:107 en 6:108 BW. Daar wrikt het, omdat de positie van naasten op die manier wordt gepresenteerd als de uitzondering op de hoofdregel dat uitsluitend de schade van degene jegens wie aansprakelijkheid bestaat moet worden vergoed.

Die moeilijkheid is in één geval opgelost door de Hoge Raad: het *Oogmerk*-arrest. Een vader vermoordt zijn zoon met de bedoeling zijn ex-echtgenote leed toe te brengen. Er wordt geoordeeld dat er autonoom onrechtmatig is gehandeld tegenover de moeder, de derde. Een vergoeding wordt gegeven voor haar eigen immateriële schade en geestelijk letsel wordt niet vereist. De uitkomst van dit arrest is positief ontvangen.

5.2.2 Vergoeding voor de schending van fundamentele rechten

De geboorte van een (gezond of ongezond) kind door een medische fout, levert een vordering op krachtens het onrechtmatige daadsrecht, voor de moeder, de vader en het kind (*wrongful birth* en *wrongful life*). Grondslag hiervoor is de doorkruising van het zelfbeschikkingsrecht van de ouders, meer specifiek hun keuzerecht in het kader van de gezinsplanning. Vorderingen ingediend door ouders die een kind hebben verloren bij een ongeval worden echter niet gehonoreerd; ook niet bij een beroep op doorkruising van hun fundamentele rechten. Er bestaat dus een leemte door het ontbreken van een vorderingsrecht voor naasten ter verhaal van hun eigen schade. Bovendien is er reden voor verandering: het EHRM staat niet negatief tegenover de vergoeding voor immateriële schade van naasten bij de schending van het recht op leven (artikel 2 EVRM).

Benadrukt moet worden dat de exclusieve werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW niet alleen zorgt voor praktische moeilijkheden in het kader van de shockschadevordering, maar bijvoorbeeld ook de vergoedingsplicht bij de schending van een fundamenteel recht blokkeert. En dat is het kernprobleem. De vergoeding van de schade van naasten en nabestaanden wordt als de uitzondering gepresenteerd en hun positie wordt beschouwd als een 'afgeleide' van die van de direct gekwetste en niet, zoals in *Baby Kelly*, als een positie naast die van de direct gekwetste.

6. Hoofdstuk 8: argumenten, privaatrechtelijke handhaving en twee te onderscheiden vragen

6.1 Er dreigt een lappendeken te ontstaan

De huidige aanpak van de incidentele uitbreidingen in wet en rechtspraak begint op een lappendeken te lijken. Een voorbeeld is de positie van de moeder die de verzorging voor haar verwonde kind op zich neemt en geestelijk ziek wordt door het zien van haar lijden. Zij krijgt hoogstwaarschijnlijk een vergoeding voor de bespaarde kosten van de professionele hulpverlening, terwijl haar concrete verlies veel hoger kan liggen. Voor vergoeding hiervan moet zij direct zijn geconfronteerd met de gevolgen van het ongeval van de direct gekwetste, dat is veroorzaakt door de schending van een verkeers- en veiligheidsnorm én daardoor moet geestelijk letsel ontstaan. En dat terwijl haar verlies heel helder is: het gezinsleven waarvoor zij heeft gekozen is voor lange of korte tijd of misschien voorgoed veranderd.

6.2 De ‘mate van directheid’ van het slachtofferschap is geen argument om bij voorbaat een vergoedingsplicht af te wijzen

Iemand is thans een ‘derde’ als zijn schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. Die indirectheid wordt feitelijk vastgesteld, maar aan die vaststelling wordt een normatieve betekenis gegeven, namelijk dat iemand geen aanspraak maakt op volledige vergoeding op grond van het onrechtmatige daadsrecht. Dat is mijns inziens een verkeerd uitgangspunt. De nadruk moet in eerste instantie liggen op het beschermde belang en op het handelen van de schadeveroorzaker, en niet op de feitelijke oorzaak van iemands schade. Benadrukt moet daarbij verder worden dat een onrechtmatige daad tegenover de een, nog niet betekent dat een onrechtmatige daad is gepleegd tegenover anderen die ook schade lijden.

6.3 Toch bestaat het bijzondere wettelijke systeem nog: wat zijn de argumenten?

Toch houdt het idee van een bijzondere regeling stand. Zomaar concluderen dat het bijzondere systeem moet worden afgeschaft, kan niet. Overzien moet worden wat de argumenten zijn die ten grondslag liggen aan de keuze daarvoor.

In hoofdstuk 8 zijn een aantal argumenten aan de orde gekomen voor en tegen het huidige systeem. Ten eerste: behoefte aan rechtszekerheid (bij voorbaat). Benadrukt moet worden dat het argument van rechtszekerheid niet dwingt tot een bijzonder systeem. Dat zou immers vreemd zijn in het licht van de normale werking van het onrechtmatige daadsrecht. Hoewel niet altijd voorspelbaar, kan niet gezegd worden dat het onrechtmatige daadsrecht geen zekerheid kan brengen. De geijkte weg is dat de rechter rechtszekerheid brengt in het licht van de open norm van artikel 6:162 BW. Er moet een aanvullende verklaring bestaan voor de keuze voor een bijzonder wettelijk systeem in personenschadezaken. Langemeijer verklaarde die keuze door

te wijzen op de aard van de kwetsing: iemands letsel of overlijden kan aanleiding geven voor een buitenproportionele aansprakelijkheid. Hartlief spreekt over de aanwezigheid van derden als ‘standaardsituatie’: in personenschadezaken is bij voorbaat zeker dat derden schade lijden. De rechtszekerheid die uitgaat van het bijzondere systeem is dan ook vooral gecreëerd ten gunste van de betalende kant. De behoefte aan rechtszekerheid bij voorbaat pakt echter ook ten voordele uit van degene die tot de kring van gerechtigden behoort, er ontstaat een ‘bewijsvoordeel’: de naasten hoeven in beginsel niet te discussiëren over de intensiteit van hun affectieve band met de direct gekwetste.

Dat brengt mij bij een belangrijk punt. De bijzondere regeling brengt rechtszekerheid, maar in het licht van de inmiddels gecreëerde uitzonderingen kan betwijfeld worden of er wel sprake is van inhoudelijk gewenste rechtszekerheid. Het argument rechtszekerheid zegt op zich niets over de inhoud van de materieelrechtelijke regeling.

De tweede ‘reeks’ van argumenten heeft betrekking op het domino-effect, de claimcultuur en de verzekeraarbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht. Om te beginnen met het domino-effect: dat is een belangrijk argument, met dien verstande dat het argument zonder verdere motivering miskent dat de onrechtmatige daad tegenover de een niet zomaar een onrechtmatige daad tegenover een ander hoeft te betekenen. Het claimcultuur-argument gaat over de (ongecontroleerde) uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht. De toename van het aantal vorderingen zegt echter niets over de wenselijkheid daarvan. Maatschappelijke opvattingen kunnen zijn veranderd, of nieuwe vraagstukken dienen zich aan. Daarop zou het aansprakelijkheidsrecht moeten kunnen reageren en dat doet het ook.

Een ander argument is de verzekeraarbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht. Mijns inziens is dat een belangrijk argument. Twee opmerkingen in verband met de schade van derden moeten worden gemaakt. Het huidige systeem leidt tot meer voorzienbaarheid ten aanzien van het aantal vorderingen en de hoogte daarvan en dus tot een eenvoudiger berekenbaarheid. Maar dat betekent niet dat als de exclusieve werking van dat systeem wordt afgehaald, er daarom geen voorspelbaarheid meer bestaat. De wetgever of rechter zal duidelijkheid geven over waar wordt begrensd en vooral ook waarom. Daarnaast moet worden opgemerkt dat een moeilijker berekenbaarheid nog niet alles zegt over verzekeraarbaarheid van een vordering.

In de literatuur is verder betoogd dat de oordeelsvorming over de affectiviteit van relaties onsmakelijk is en dus voorkomen moet worden. Uit onderzoek van het IGER blijkt dat een discussie over dit punt als negatief wordt ervaren.⁷ Een limitatief systeem kan daarvoor de oplossing bieden. Maar wat als iemand onterecht niet tot de gelimiteerde kring wordt gerekend? Prevaleert duidelijkheid boven gerechtigheid in het individuele geval? Mijns inziens zou de rechter in ieder geval de bewegingsruimte

7 Akkermans et al. 2008, p. 68, zie ook p. 64-66.

moeten krijgen om in een individueel geval tot rechtvaardige uitkomst te komen. Het Franse recht biedt daarvoor aanknopingspunten door geen aansluiting te zoeken bij de begrippen ‘stabiele’ en ‘affectieve’ relatie tussen de naaste en de direct gekwetste. Een ander argument tegen de werking van het huidige systeem is de ongelijkheid die is ontstaan. In het bovenstaande kwam dit al aan de orde toen gewezen werd op de begrenzing van de kring van gerechtigden van een shockschadevordering. Het laatste argument tegen de inhoudelijke keuzes van het huidige bijzondere systeem, is de jurisprudentie van het EHRM, waaraan ook al is gerefereerd.

In het licht van het bovenstaande heb ik drie argumenten genoemd die belangrijk zijn bij de heroverweging van het bijzondere systeem. Een (eventueel) nieuw systeem moet *rechtszekerheid* bieden en *ongelijke begrenzingen zo veel mogelijk voorkomen* en het aansprakelijkheidsrecht moet *verzekerbaar* blijven.

6.4 *Privaatrechtelijke handhaving*

Zoals betoogd in hoofdstuk 8, paragraaf 4 beoogt het onrechtmatige daadsrecht een privaatrechtelijk handhavingsmechanisme te bieden, (in beginsel) in deze betekenis dat: het onrechtmatige daadsrecht een (handhavings)mechanisme is dat toekomt aan de individuele burger om zelfstandig op te komen jegens de schadeveroorzaker. Als aansprakelijkheid is gevestigd, heeft het schadevergoedingsrecht een grote ‘vervolgrol’: een passende sanctie verschaffen.

6.5 *Twee vragen*

In het licht van het bovenstaande moeten twee vragen expliciet worden onderscheiden wat betreft de vergoeding van schade van derden. Ten eerste: welke schade van derden is vergoedbaar op grond van de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste? De tweede vraag is: onder welke omstandigheden kan *autonoom* een onrechtmatige daad zijn gepleegd tegenover een derde en heeft hij dus recht op volledige vergoeding van zijn schade?

7. Hoofdstuk 9: de derde kan twee posities innemen binnen het aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht

7.1 *Welke schade van derden zou vergoedbaar moeten zijn op grond van de onrechtmatige daad tegenover de direct gekwetste?*

Thans kan een derde een beroep doen op de normschending jegens de direct gekwetste door middel van (onder andere) de artikelen 6:107 en 6:108 BW. Die bepalingen moeten worden gezien in het licht van de wens dat de aansprakelijke primair degene moet zijn die schade moet vergoeden en niet de betreffende derde. De kernvraag is hoeveel ruimte de normschending tegenover de direct gekwetste biedt om

de schade van derden te vergoeden. Een aantal ideeën, theorieën en suggesties is genoemd en geanalyseerd in hoofdstuk 9, paragraaf 2.3.

Er bestaat een belangrijk argument tegen die theorieën, namelijk dat het feit dat tot vestiging van aansprakelijkheid heeft geleid, niet ook richtinggevend kan zijn voor de omvang van diverse andere vergoedingen die de verplaatste schade van de direct gekwetste overstijgen. De aansprakelijke partij is primair degene die de schade van de directe gekwetste zou moeten dragen. Door op bepaalde punten, zoals de inkomensschade van naasten, af te stappen van dat idee, ontstaan *moeilijk verklaarbare grenzen* (waarom vergoeding van deze schade van derden? En waarom worden andere derden dan niet ook beschermd?), terwijl een andere oplossing meer voor de hand ligt. Daarom is door mij verdedigd om in het kader van de vordering van de direct gekwetste vast te houden aan het idee van verplaatste schade. Benadrukt moet daarbij worden dat de vergoeding passend moet zijn in het licht van de normschending, hetgeen inhoudt dat geen extra voorwaarden mogen worden gesteld aan de vergoedbaarheid van de verplaatste schade van de direct gekwetste. Ook niet als een naaste louter tijd verliest door de verzorging van de direct gekwetste. Het moet wel redelijk zijn dat die hulp of zorg wordt verschaft (in het licht van zijn letsel) en het schadevergoedingsbedrag moet redelijk zijn (ter hoogte van de bespaarde kosten van de professionele hulpverlener).

In het licht van het bovenstaande behoeft het huidige systeem geen aanpassing. Maar daarmee worden de huidige moeilijkheden die worden ervaren met het bijzondere systeem (onder andere de arbitraire begrenzing van de shockschadevordering) niet volledig opgelost. Gelijk aan de uitkomst in het *Wrongful birth I*-arrest moet de positie van gezinsleden autonoom worden beschermd door het onrechtmatige daadsrecht.

7.2 Onder welke omstandigheden zou autonome aansprakelijkheid moeten bestaan tegenover een derde?

7.2.1 Uitgangspunt: de onrechtmatige daad tegenover de een betekent nog niet dat er een onrechtmatige daad tegenover een derde is gepleegd als deze derde schade lijdt

Dat er een onrechtmatige daad (of wanprestatie) is gepleegd tegenover de direct gekwetste, betekent niet dat *daarom* ook aansprakelijkheid bestaat voor de schade van derden. Letsel of schade hebben is onvoldoende voor de vestiging van aansprakelijkheid. Met andere woorden, sommige risico's horen bij het leven, ook het lijden van schade. Er moet een reden bestaan voor afwenteling van die schade op de schadeveroorzaker. Die reden vloeit voort uit een weging van argumenten. Daarom zal in het onderstaande zo duidelijk mogelijk worden aangegeven welk argument voor mij doorslaggevend is voor de conclusie of de derde autonoom beschermd zou moeten worden door het onrechtmatige daadsrecht.

7.2.2 Vier situaties waarin in ieder geval tot aansprakelijkheid zou moeten worden geconcludeerd

1. Het gezin zou moeten worden beschermd

De vraag is waar de grenzen ten aanzien van het huidige schadevergoedingsrecht als te beklemmend worden ervaren. Dat is vooral zo ten aanzien van gezinsleden. Dit blijkt ook hieruit dat de huidige aanpak van hun vorderingsrecht op een lappendeken begint te lijken. Naasten maken aanspraak op gedeeltelijke vergoeding indien hun schade is veroorzaakt door het letsel of overlijden van een ander. De grondslag voor die vorderingen bieden de artikelen 6:107 en 6:108 BW. Die artikelen derogeren echter aan de werking van het onrechtmatige daadsrecht. In beginsel maken derden dus geen aanspraak op volledige vergoeding van hun schade; ook niet indien er wel een onrechtmatige daad jegens hen is gepleegd. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat indien derden geestelijk letsel oplopen door de directe confrontatie met een ernstig ongeval (of de nasleep daarvan), er wel een aanspraak op volledige vergoeding van schade kan bestaan. Indien het geestelijke letsel echter is ontstaan door verdriet wegens het letsel of overlijden van een ander, bestaat die aanspraak niet. Dat is echter weer anders indien sprake is van een schending van artikel 2 EVRM (recht op leven) door de staat. In die situatie maken naasten wel aanspraak op een vergoeding voor hun immateriële schade. De vergoedingsplicht jegens derden is dus afhankelijk van de oorzaak van hun schade en de persoon die het schadeveroorzakende handelen heeft begaan. Dat deze lappendeken bestaat, is voor mij nog niet doorslaggevend om te concluderen dat autonome aansprakelijkheid jegens gezinsleden zou moeten bestaan.

Doorslaggevend om te concluderen dat autonome aansprakelijkheid zou moeten kunnen bestaan tegenover gezinsleden is dat ik 'het gezin' beschouw als het meest beschermwaardige aspect in iemands bestaan na diens 'eigen lijf en leven'. Het gezin is een eenheid, die in de meeste gevallen behoort tot de kern van iemands persoonlijkheid. Door iemand uit die eenheid weg te nemen of ernstig te verwonden, wordt de derde direct gedwongen om zijn leven anders in te richten. Een gezinslid is binnen deze eenheid *geen derde*, maar staat, net zoals in de *wrongful birth*- en *life*-situatie, direct *naast* de gekwetste. Het recht zou daarom de nieuw te maken keuzes moeten faciliteren. Het gaat dan niet over louter verdriet, maar over het opnieuw vorm kunnen geven aan iemands gezinsleven.

Mijns inziens zou de kring van gerechtigden niet gelimiteerd moeten zijn, maar moet een aantal gezinsleden een bewijsvoordeel krijgen: de partner (gehuwd of samenwonend), de ouders, de kinderen en broers en zussen. Andere naasten die feitelijk te kwalificeren zijn als gezinsleden zouden echter tot deze kring kunnen behoren. De individuele rechtvaardigheid moet dus mijns inziens prevaleren ten opzichte van de voorzienbaarheid (of: rechtszekerheid).

Ook is doorslaggevend dat het gezinsleven is ontworcht door het ernstige letsel of overlijden van de direct gekwetste. De duur van de periode waarin het gezinsleven

is verstoord, is voor mij van ondergeschikt belang: een korte periode van intensieve verpleging is net zo goed een ontwrichting van het gezinsleven als een lange periode van verpleging.

Er moet een vergoeding worden geboden voor zowel de immateriële als de materiële schade van de gezinsleden. Over de vergoeding voor immateriële schade is opgemerkt dat geestelijk letsel niet als vereiste moet gelden, omdat, zoals in het bovenstaande is betoogd, het gezin voor mij, na eigen lijf en leven, het meest beschermwaardige instituut is van iemands bestaan. Net zoals het krijgen van een gehandicapt kind door een medische fout, zou het verliezen van of geconfronteerd worden met een ernstig verwond gezinslid gekwalificeerd moeten worden als een persoonsaantasting op andere wijze, waarvoor geestelijk letsel niet als vereiste zou moeten gelden (artikel 6:106 lid 1 aanhef onder b BW).

De materiële schade van het gezinslid kan divers zijn, maar zou moeten worden vergoed voor zover de schade betrekking heeft op het opnieuw (kunnen) vormgeven aan het gezinsleven. Dit betekent dat de materiële schade voortvloeiend uit geestelijk letsel vanwege iemands overlijden moet worden vergoed, evenals de inkomensschade veroorzaakt door de (nieuwe) keuze om voortaan de direct gekwetste te gaan verzorgen. De redelijkheid kan hier fungeren als maatstaf voor correctie van de hoogte van de schadevergoeding.

2. De intentie van de schadeveroorzaker was om schade bij de derde te veroorzaken

Als de kwetsing van een persoon als middel wordt gebruikt om materieel of immaterieel nadeel toe te brengen aan een derde, dan is er direct onrechtmatig tegenover de derde gehandeld. Argument daarvoor is dat de gezondheid van een persoon niet als middel mag worden ingezet; bovendien was het doel van de schadeveroorzaker om de derde te benadelen.

Deze opvatting is ten dele erkend in het *Oogmerk*-arrest, maar de regel moet vanwege voornoemde redenen worden uitgebreid naar derden die een louter financieel belang hebben bij het leven van de direct gekwetste.

3. De hulpverlener met letsel zou moeten worden beschermd

De hulpverlener die tijdens of door een reddingsactie (in de brede zin des woords) letsel oploopt, zou mijns inziens een schadevergoeding moeten toekomen op grond van het onrechtmatige daadsrecht. Daarbij moet worden benadrukt dat het oplopen van letsel nog niet maakt dat er aansprakelijkheid bestaat tegenover een persoon. Sommige risico's horen bij het leven en een daarvan is dat iemand letsel kan oplopen. Toch moet tot aansprakelijkheid tegenover de hulpverlener kunnen worden geconcludeerd. Doorslaggevend voor mij is dat deze persoon de maatschappelijke taak op zich neemt om een ander te redden of om diegene de laatste eer te bewijzen door op zoek te gaan naar zijn lichaam. Als iemand bij de uitoefening van die taak letsel oploopt, zou daarvoor een schadevergoedingsverplichting moeten bestaan. Dat deze personen hebben gekozen voor dit werk, doet daaraan voor mij niet af.

4. *Rockwool/Poly mag niet worden herhaald*

Met het afwijzen van de exclusieve werking van het systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW zal een uitkomst zoals in *Rockwool/Poly* zich in beginsel niet meer voordoen. In dit arrest is geoordeeld dat er een *autonome onrechtmatige daad* is gepleegd jegens een werkgever vanwege een overtreding van de Hinderwet, waardoor zijn werknemers ziek zijn geworden. Zijn vordering is echter *afgewezen* vanwege de exclusieve werking van de artikelen 1406 en 1407 Oud BW; zijn schade werd veroorzaakt door het letsel van zijn werknemers.

Als een norm duidelijk beoogt de belangen van de feitelijke derde (en diens schade) te beschermen, dan zou tot aansprakelijkheid moeten worden geconcludeerd. De achterliggende gedachte van deze keuze is dat het oordeel over de vergoedbaarheid van de schade doorslaggevend zou moeten zijn, en niet het zijn van ‘feitelijk derde’.

8. Conclusie: heroverweging is nodig

Op grond van het bovenstaande kan de onderzoeksvraag worden beantwoord: verdient het bijzondere systeem van de artikelen 6:107 en 6:108 BW heroverweging? Ja en nee. In beginsel kunnen beide artikelen blijven bestaan en een afgeleid en limitatief vorderingsrecht bieden. De werking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW moet echter veranderen wat betreft de exclusieve werking die daarvan uitgaat; wat dat betreft zijn die artikelen niet toereikend. Daarom moet het systeem ‘open’ worden. Er bestaan twee mogelijke oplossingen om dat te bereiken. De eerste betreft een verandering in de rechtspraak door het onrechtmatige daadsrecht toepasselijk te maken. Hoewel dat voor tijdelijke rechtsonzekerheid zorgt, zal op termijn duidelijkheid worden geschapen. Dit vergt wel dat afstand wordt genomen van een heersende leer die al meer dan honderd jaar standhoudt. Dat is een heersende leer die weliswaar verklaarbaar is, maar die in beginsel ook maar een interpretatie is die de Hoge Raad heeft gegeven aan het bijzondere systeem. De wettekst dwingt hiertoe niet.

De andere oplossing is een wettelijke regeling die voorziet in bijzondere bepalingen met betrekking tot onrechtmatig handelen, bijvoorbeeld over de aansprakelijkheid tegenover gezinsleden. Dit heeft als voordeel dat het gezinslid niet hoeft te discussiëren over de bescherming door het onrechtmatige daadsrecht. Door deze ‘verbijzondering’ kunnen echter weer ongelijke grenzen ontstaan, omdat een wettelijke regeling achterhaald kan worden door maatschappelijke ontwikkelingen en ontwikkelingen van het aansprakelijkheidsrecht. Verandering van wetgeving kan op zich laten wachten, zo is gebleken uit de bestudering van het Engelse recht met betrekking tot de toekenning van *bereavement damages* en de introductie van de vergoeding voor affectieschade in Nederland (zie hoofdstuk 7, paragraaf 2).

Hoewel zeker anders gedacht kan worden over deze keuze, kies ik er voor een beroep op het onrechtmatige daadsrecht mogelijk te maken. Dat biedt onder meer een flexibel mechanisme in de vorm van de open norm van artikel 6:162 BW. Daarmee kunnen *ongelijke grenzen* (in de vorm van de lappendeken zoals thans is ontstaan)

worden voorkomen en in andere zaken is ook niet gebleken dat het open systeem van het aansprakelijkheidsrecht tot onoverkomelijke problemen in verband met de *rechtszekerheid* heeft geleid. De toepassing van de open norm van het onrechtmatige daadsrecht biedt met andere woorden meer bewegingsruimte om te anciperen op veranderende maatschappelijke opvattingen en kan in individuele gevallen zorgen voor een rechtvaardige uitkomst. Het argument dat de vereisten van relativiteit en causaliteit te vaag zouden zijn, kan bovendien niet alleen opgevoerd worden als het de schade van derden betreft in een personenschadezaak. Het zijn (tot op zekere hoogte) 'vage criteria' voor alle nieuwe situaties of rechtsvragen die worden voorgelegd aan de rechter. Maar voorheen heeft de rechter in dergelijke situaties steeds een keuze gemaakt en hij zal in de toekomst ook keuzes blijven maken. De rechter mag rechtsvormend optreden en dat zou niet anders moeten zijn als het gaat over schade van derden in personenschadezaken.

De kern van mijn conclusie is dat het huidige bijzondere systeem kan blijven bestaan, maar dat de exclusieve werking die daarvan uitgaat, heroverweging verdient en dat onrechtmatigheid zou moeten worden aangenomen in de volgende typen gevallen: in geval van ontwrichting van iemands gezinsleven, indien de schadeveroorzaker het oogmerk had om een derde te benadelen, indien een hulpverlener door een reddingsactie letsel oploopt en indien de strekking van de geschonden norm duidelijk de belangen van een feitelijk derde beoogt te beschermen. De derde zou geen recht op volledige vergoeding op grond van de open norm van het onrechtmatige daadsrecht moeten worden ontzegd *omdat* hij feitelijk derde is.

SUMMARY AND MOST IMPORTANT CONCLUSIONS

1. Introduction

The topic of this book is the compensation of third-party damage in personal injury cases. The main aim of this research is to consider whether articles 6:107 (injury) and 6:108 (death) of the Dutch Civil Code (BW) should be reconsidered. A summary and the main conclusions of this research will be presented in this chapter.

2. Chapters 1 and 2: the starting point

2.1 Articles 6:107 and 6:108 BW

Articles 6:107 and 6:108 BW grant third parties an action to bring a claim against the tortfeasor in personal injury cases, *i.e.* when these parties suffer damage because of the injury or death of the direct victim (the personal injury victim). The articles provide a legal basis for an independent but limited (tort law) action by third parties. The characteristics of these articles are threefold. First, these claims are derived from the liability towards the direct victim; the third party is not obliged to prove that the tortfeasor is directly liable towards him. Second, the actions derived from these articles are of a limited nature, which means that no other third persons than those mentioned in these articles can claim on the basis of these articles and only the damages mentioned in these articles can be awarded. Finally, when the damage suffered by the third party is a consequence of the injury or death of the direct victim, articles 6:107 and 6:108 BW apply on an exclusive basis, *i.e.* a right to full compensation cannot be allowed on the basis of the general rules of tort law, not even when full compensation should be awarded under the rules of general tort law. This final characteristic should be considered in connection with the characteristic of articles 1406 and 1407 of the former Dutch Civil Code, which were specified by the Dutch Supreme Court and applied to the current articles.

Why did the Dutch legislator make the choice in 1838 to codify articles 1406 and 1407 in the old Dutch Civil Code? And why did the legislator repeat that choice in 1992 with the introduction of articles 6:107 and 6:108 BW? The main aim of these articles (was and) is to set clear boundaries for liability in personal injury cases and to prevent arbitrary judgements. In the opinion of the legislator the general conditions of Dutch tort law are too vague to limit liability in personal injury cases.

2.2 Definitions and limitations of the subject of research

2.2.1 Working definition of 'third parties'

The following working definition of 'third parties' is formulated:

A 'third party' is a person who suffers a pecuniary or non-pecuniary loss both because of as well as after the direct victim is injured or is killed, and this event is caused by the wrongful behaviour (a breach of contract or tort) of the tortfeasor.

2.2.2 Limitation: argumentative analyses of the law

After a preliminary study I decided not to focus on (one of the) conditions of tort law, such as the legal causality of relativity, because in the legal systems analysed – Dutch, German, English and French law – the same questions relating to the limitation of liability arose whilst the conditions are different or are differently interpreted. Therefore I tried to clarify how claims by third parties in personal injury cases are limited and why, besides the conditions of tort law, this limitation is chosen.

2.2.3 The concept of damage

The Dutch concept of damage is analysed in chapter 2. In essence the following is concluded. Damage is a legal concept which is currently not interpreted as the harm which is caused to someone or something, but rather as the negative consequences (pecuniary or non-pecuniary) which derive from harming someone or something. For which negative consequences damages should be awarded is a choice which has to be made. For example, bereavement damages can be awarded on the basis of English law, but cannot be granted according to Dutch law.

2.2.4 Limitation: damages for the next of kin

The period of research was limited. Concerning the fact that a potential exists for third parties in personal injury cases, the sphere of the research should be limited. I chose to focus on the next of kin, because their position within tort law is the most debated. Apart from the position of the next of kin, the possibility of full compensation for damage suffered by rescuers was analysed.

3. Chapter 3: an introduction to Dutch, German, English and French law

The characteristics of the Dutch system as regards claims for third-party damages are, as stated, derived rights to claim, which are limited by law and operate exclusively (full compensation cannot be granted on the basis of general tort or contract law). The German system is comparable with Dutch law concerning the fact that specific articles are codified in the Civil Code on the subject-matter of third-party damage in

cases which concern both injury to as well as the death of the direct victim (§§ 844, 845 BGB). However, those articles do not limit the working sphere of general tort law, *i.e.* a factual third party can claim damages on the basis of general tort even when his damage has been caused by the injury or death of the direct victim. When the protected interest of a factual third party is breached, for example the protected interest of (mental) 'health', full compensation can be granted under certain conditions. However, most often the damage suffered by third parties will be purely economic loss and that interest is not, as a starting point, a protected interest under German tort law. Therefore §§ 844 and 845 BGB, which grant a limited (by law) category of next of kin a derived right of compensation in personal injury cases, are of importance. As stated, these claim possibilities do not limit the scope of general tort law. As Kötz and Wagner stated: the legislator meant to protect a limited category of next of kin by granting them a derived right to damages; however, that does not mean that, because of that choice, it intended to deprive (other) third parties of their possibility to claim full compensation on the basis of tort law when their protected interest is breached.¹

As a starting point the common law 'tort of negligence' does not protect pure economic loss, and therefore third parties in personal injury cases mostly do not have a cause of action. Additionally, the common law lacks specific possibilities, comparable to articles 6:107 and 6:108 BW, for third parties to claim compensation. In fatal accident cases a claim by a third party is also denied; however, the justification for that denial is different from injury cases: in a leading case, which was decided in 1806, it was judged that a person's right to claim ends at the moment of death. This starting point is criticized and the interpretation given to this outcome is doubted, nevertheless the House of Lords followed this precedent at the beginning of the twentieth century. However, English law has made an amendment to this starting point in favour of the next of kin in fatal accident cases by introducing the Fatal Accidents Act.

The position of third parties in personal injury cases under French law is decided upon according to the general rules of tort law (article 1382 of the French Civil Code). Liability is limited by the interpretation of the concepts of damage and causality.

1 Kötz and Wagner 2010, p. 63. Vgl. Bischoff 2004, p. 559; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rn 15.

4. To compensate third-party damage to sanction the wrongful act towards the direct victim

4.1 Chapter 4: article 6:107 BW and the position of the next of kin due to the injury of the direct victim

4.1.1 Transferred loss

Article 6:107 BW grants third parties (not being insurance companies) an action with regard to the transferred loss: if loss is 'transferred' from the injured direct victim to the third party, that third party can claim compensation. The damages are maximized by the term 'transferred loss'. The legislator has justified this limitation by arguing that liability does not increase; the person claiming is just a party other than the person who has suffered the injury. Next, by granting an independent action to a third party, that third party will not be discouraged because of the fact that he/she will have an action him/herself. In my opinion, when considering the position of the next of kin, one could doubt whether this party will indeed be (more) encouraged to help the direct victim because of the presence of an independent right to claim. Directly after the accident the situation should be directly dealt with.

German and English law lack an independent action for the next of kin when damage is transferred from the direct victim to them. Instead, the direct victim can recover that loss from the tortfeasor. Therefore, despite the direct victim not suffering that concrete financial loss, compensation can nevertheless be granted. The justification given in the case law and the literature is that the tortfeasor should not profit from the next of kin volunteering to help the direct victim. German and English law differ, however, with regard to the obligation of the direct victim to reimburse the next of kin. According to German law that obligation does not exist, while according to English law the direct victim should (most probably) keep the damages in trust for the next of kin (future payments).

French law differs from the Dutch, German and English law: the next of kin who voluntarily help the direct victim financially can claim damages which are necessary for the victim's recovery. The basis of the claim is not liability towards the direct victim, or an independent, (but) derived action for the next of kin, but, however, an autonomous (direct) liability towards the next of kin.

4.1.2 Compensation for extra attendance by the next of kin

The next of kin who care for or who take over the household chores of the direct victim, and therefore lose valuable time, can claim damages in order to recover that 'loss'; again, according to Dutch and French law the next of kin can claim those damages themselves, while according to German and English law the direct victim should claim those damages on their behalf. The justification mentioned by the Dutch Supreme

Court for compensating this specific loss of time is that the tortfeasor is primarily responsible for the (necessary) care expenses due to wrongfully inflicted injury. The literature is positive concerning this basic assumption. Other arguments mentioned are that professional care is most often more expensive and extra attendance by his/her next of kin is most probably better for the direct victim's recovery. Next, this extra attendance reduces the liability of the tortfeasor. In German and English case law and literature equivalent arguments are mentioned: the tortfeasor should not profit from the extra attendance of the next of kin. It is then argued that the assistance of his/her next kin better reflects the wishes of the direct victim and that that attendance will lead to better results with regard to his/her actual recovery. In French law reference is also made to the basic principle of full compensation (*réparation intégrale*). It is also argued that this compensation is justified because of the necessity to sanction the wrong done by the tortfeasor to the direct victim.

The criterion for compensating attendance by the next of kin is, according to Dutch law, that it should be normal and usual to employ professional assistance. This criterion differs from the double reasonable test (is employing this professional assistance reasonable and are the costs for that assistance reasonable?) which guides the amount of damages to be awarded to the direct victim when this is the person who suffers the concrete loss. The criterion of 'normal and usual' has been strongly criticized in the Dutch literature. The main reason for this criticism is that a caring wife, in the case in which this criterion was first mentioned by the Supreme Court,² could most likely have resorted to professional care for the work she had done. Because of this contradiction the criterion is obscure. The literature therefore argues for a serious reasonableness test: is it reasonable that this care is provided by this next of kin?³

Different criteria are used to compensate attendance by the next of kin according to German, English and French law. German and English law focus on the caring next of kin: next to the fact that the care should represent a monetary value, that care should be an extension of the care which was normally provided by the next of kin before the wrongful act took place. In English law the term '*beyond the call of duty*' is used. The criterion used in French law differs: decisive is whether the care was or is needed for the direct victim's recovery. When both professional care is employed on and the next of kin decide to work less to be with the direct victim, the latter loss cannot be recovered. That care, which leads to a loss of income, is strictly speaking not necessary for the recovery of the direct victim.

The question whether compensation should be granted for the attendance of the next of kin should be distinguished from the question of the assessment of

2 HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504, comm. J.B.M. Vranken.

3 Chapter 4, sections 3.2.1 and 3.3.1.

damages. If compensation should be granted, two situations can arise. First, the situation in which the next of kin suffer lost time, and, second, that in which they suffer a concrete loss of income. When the next of kin suffer purely lost time, the compensation for that loss is assessed on the basis of the costs saved when no professional assistance is employed (net wages). German, English and French law have a comparable starting point. However, that starting point differs when the next of kin suffer a concrete loss of income due to attending the victim. The Dutch Supreme Court has not (yet) ruled on such a decision; however, considering the maximisation of the compensation for a pure loss of time and the maximum compensation which is laid down in the derived action for the next of kin according to article 6:107 BW (transferred loss), the Court will most probably, as I see it, assess the damages according to the costs saved when no professional attendance has been employed. Concerning this particular subject, English and German law are comparable, while French law differs. In the case law it has been determined that a concrete loss of income suffered by the next of kin should be compensated. In the Dutch literature it is suggested to assess the damages according to the concrete loss of income. In my opinion, however, an area of tension between the idea of article 6:107 BW (derived action) and the full compensation of third-party damage will arise. What is the justification for this full compensation for this specific damage and this specific third party. Why not (also) compensate other damage and the damage suffered by third parties other than the next of kin?

4.1.3 Costs due to visiting the direct victim

A concrete loss due to visiting the direct victim does not have to be, strictly speaking, compensated according to Dutch law, because those costs cannot be qualified as the 'transferred loss' of the direct victim. In practice, however, this compensation will be granted, which can be explained by the idea that family members should be offered the possibility to keep in touch with the direct victim, and because of the fact that this will not concern considerable amounts of damages. According to English, German and French law this loss will also be recovered. The underlying notion is that visits by the next of kin can contribute to someone's (actual) recovery. The compensation of this damage is however limited and certain conditions should be fulfilled, *e.g.* close ties of love and affection, the costs should be necessary (according to German law, avoidable), and, according to French law, the visits should result from the situation in which the direct victim finds him/herself.

4.2 Chapter 5: article 6:108 BW and damages for next of kin in wrongful death cases

4.2.1 The justification

In chapter 5 the justification for the action by the next of kin in wrongful death cases (pecuniary damage) is dealt with (Dutch law: article 6:108 BW). In all four legal systems the justification for an action by the next of kin can be found in the fact that the death of the direct victim has been caused by a wrongful act. The damages that must be paid concern, however, not compensation for the damage of the direct victim, but, instead, the damage suffered by the next of kin. The starting point is therefore different from that of article 6:107 BW. This starting point can be explained by the fact that the direct victim no longer exists. The next of kin are the persons who suffer the damage *per se*.

Further justifications are mentioned in the literature. In the German literature the protection of the right to family life is mentioned as a justification for the action by the next of kin (article 6 of the German Constitution) and in the Dutch literature also the infringement of the right to self-determination and the right of third parties to choose are mentioned. In the Dutch, German and English literature it is also pointed out that by compensating the damage suffered by the next of kin in wrongful death cases the wrongful death of the direct victim will be sanctioned by a private law mechanism.

In all four legal systems the next of kin can sue for damages. And although a wide range of concrete damages for these persons can exist, the main focus in tort law and the law of damages is on compensation for the loss of maintenance and funeral expenses. Even in France, where the open norm of general tort law is used to limit these claims, a comparable limitation is found when it concerns the pecuniary damage of the next of kin in wrongful death cases.

4.2.2 Loss of maintenance

The loss of maintenance concerns both the loss of financial maintenance as well as the loss of concrete maintenance, *e.g.* when the direct victim used to (partly) take care of the household chores for the next of kin.

First, the loss of financial maintenance will be dealt with. The foundation for an action by the next of kin in the Netherlands is article 6:108 BW, in which the persons who can claim damages are summed up in a limited fashion. The circle of persons who can claim is, however, rather wide. In essence the right to claim is conditional on the actual loss of financial maintenance. In contract, the actual loss of maintenance is not the first condition according to German law. The main requirement is that the direct victim had a legal obligation to maintain the next of kin who claim damages

(§ 844 BGB). This condition has been criticized in the German literature, mainly because it is discordant with more modern societal views on what should be regarded as a family. The solution found in Dutch law, and also in French law, is however not generally accepted, because of, as stated in the literature, the problems with regard to proving future (continued) maintenance. English law is comparable to Dutch law, but with one major difference. The next of kin should be maintained by the direct victim both in fact as well as in law. In the FAA 1976 an action is granted to a wide range of next of kin. This list is however limited, which means that if the next of kin were actually maintained by the direct victim, but they are not included on that list, their damage will not be compensated. The Law Commission has suggested changing this condition and introducing a hardship clause for which the starting point is maintenance in fact. English law has not yet been amended yet in accordance with this proposal.

When financial maintenance is not lost, but instead only actual maintenance, compensation is also awarded to the next of kin under all the legal systems. This compensation is also provided when no professional care is employed to replace the care which the direct victim would have provided if he or she had not died. Several justifications for this are mentioned, *e.g.* the fact that the family budget will most often be insufficient to hire professional care. Next, the nature of the loss and the fact that this loss gives rise to a concrete financial burden compel both the next of kin as well as the (insurance company of the) tortfeasor to find a swift solution. Furthermore, extra attendance by the next of kin can be important for the well-being of the direct family members of the direct victim, and those next of kin should not be discouraged from assisting these family members. Lastly, and above all, the tortfeasor may not profit from gratuitous care by the next of kin. He/she is primarily responsible for the damage caused by his/her wrongful act and not third parties.

The conditions for compensating gratuitous care by the next of kin in wrongful death cases reflect, according to Dutch law, the family law requirement of 'need' (alimentation). The reasonable need for assistance, alongside what can be expected from, for instance, the widower due to the loss of his wife, will be evaluated. In other words, the actual loss of maintenance is not fully compensated, only full compensation for the loss of maintenance as far as this is required considering the actual family situation. Vranken argues that this idea represented by the Dutch Supreme Court is realistic because the life choices made by the next of kin should be respected as much as possible. A new pattern of living is emerging. The time which is needed to find and form this new pattern has to be facilitated.⁴ However, several but not all choices have to be financed by the tortfeasor. As an example Vranken mentions the situation in which a partner has no children: if he decides to take care of the household chores, instead of dividing them between himself and the direct victim who has died, it is

4 Comm. J.B.M. Vranken, HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385 (*Bakkum/Achmea*), nr. 15.

not always obvious to compensate his concrete loss of income due to having to do these chores.

4.2.3 *Funeral expenses*

Funeral expenses are compensated in all four legal systems, but the justifications provided for this compensation are different. It is argued that this loss should be considered as a form of 'assistance' to the direct victim. Next, the tragic circumstances under which someone passes away offer a justification for this kind of compensation. Finally, no compensation is considered to be a form of penny-pinching.

4.2.4 *No further compensation, unless the third party himself has been (mentally) injured*

In the English literature the question has been raised whether further compensation, next to the compensation for loss of maintenance and funeral expenses, should be granted to the next of kin. One can envisage such a loss due to the winding up an estate and because of having to deal with a great human loss and the loss of income which can be a consequence of this (mental) process. However, the basic view is one of reluctance. Compensation for funeral expenses is difficult to justify because of the fact that death is finally inevitable for everyone, not only those who are the victims of a wrongful act and, therefore, one should be reluctant to widen the damage which should be compensated. Also in the French proposals for the improvement of tort law and the law of damages the right to claim damages is limited to the loss of maintenance and funeral expenses. One exception seems however to exist in all the legal systems studied, and that is the situation in which the next of kin suffer from a psychiatric illness due to the loss of the direct victim (nervous shock cases). An important difference exists between this action and the Dutch action which derives from articles 6:107 and 6:108 BW: the nervous shock claim is an independent and autonomous action which is based on the general rules of tort law (and which could give rise to full compensation).

5. Full(er) compensation of the damage suffered by the next of kin

5.1. Chapter 6: the injured third party

The compensation of third-party damage caused by his/her psychiatric illness due to the wrongful act towards the direct victim is possible according to Dutch, German, English and French law. This action is only possible when strict requirements are fulfilled. However, different from articles 6:107 and 6:108 BW, this action is not derived from the liability towards the direct victim, but instead finds an autonomous basis in general tort law. A duty towards the third party is breached which causes

damage, and that damage should be compensated. But, as stated, that duty only exists under express conditions.

The Dutch Supreme Court mentions six conditions. First, a safety standard should have been infringed by the tortfeasor towards the direct victim. Second and third, the third party should have been confronted with a *severe* accident or its direct aftermath. Because of that confrontation the third party should have suffered severe shock, which has resulted in a mental injury. Lastly, compensation for non-pecuniary injury can only be granted when that mental injury can be qualified as a psychiatric illness. The (conditions for) Dutch nervous shock claims should be considered against the background of the Dutch legislation regarding the compensation of third-party damage. Due to the exclusivity of articles 6:107 and 6:108 BW judges are limited in their judgement as regards direct wrongfulness towards a third party. Next, compensation for bereavement is not possible according to Dutch law. When looking at the conditions determined by the Dutch Supreme Court, it should be noted that the court found a possibility to find a way around the exclusive system of articles 6:107 and 6:108 BW: the third-party damage is not caused by the injury or death of the direct victim, but instead by the direct confrontation with a severe accident or its direct aftermath. The Supreme Court thereby broadened tort law, which was welcomed in the literature; however, the conditions chosen by the court were criticised.

The condition of a confrontation has been strongly criticised.⁵ By demanding a 'confrontation' incongruous boundaries are put in place. One can think of the difference in the outcome between the situation in which a family member becomes mentally ill because of witnessing the accident and because of hearing about the accident from a police officer. In the former situation full compensation could be granted, whilst in latter it cannot. Next, from the perspectives derived from clinical psychology, the cause of the psychiatric injury cannot be qualified.⁶ In my opinion the condition of a confrontation should be abandoned. Additionally, in my opinion, it is also unclear why there should be an infringement of a safety standard towards the direct victim. Again, boundaries are incongruous when one makes a comparison between losing a child due to a car accident and losing that child due to a medical mistake (presupposing that this wrongfulness cannot be qualified as a breach of a safety standard). It is unclear why the Dutch Supreme Court chose to sum up these conditions.

According to German law a nervous shock claim exists when the normal conditions of tort liability are met. However, additional requirements exist. First, the third party should have suffered a psychiatric injury which is not only a recognized psychiatric

5 Chapter 6, section 3.2.4.

6 See for example Van Tilburg 2004; Engelhard & Engelhard 2008.

illness, but, additionally, should also be a psychiatric injury according to societal views. The idea behind this extra condition is that compensation for depression or bereavement should not be allowed. Next, the German nervous shock claim is limited to situations in which the direct victim has been severely injured or killed. Lastly, the category of claimants is limited to ‘*nahen Angehörigen*’ (next of kin).

The conditions which should be met under English law are more restricted. A difference is made between primary and secondary victims. Being either a primary or a secondary victim is of importance for the requirement of the duty of care in a nervous shock claim. As to whether the third party can be qualified as a primary victim, the main requirement is whether the physical injury is foreseeable. However, when the third party is a secondary victim, three additional requirements, next to those of the tort of negligence, should be met. First, the third party should be a next of kin. Next, there should be proximity in time and in place. Lastly, the shock should be caused by seeing or hearing the accident or its immediate aftermath.

Several arguments are mentioned in the English and German literature in favour of these additional requirements. It is argued that certain risks are part of human life. Next, the difficulties with regard to diagnosing psychiatric illnesses are mentioned. It is also feared that tort law will increasingly be expanded when compensation for pure psychiatric injury, as a contrast to physical injury, will be recognized. Extending tort law in this way will also lead to a disproportionate burden on the tortfeasor. Furthermore, the idea of the reflection of damage (damage *par ricochet*), third-party damage, is also mentioned as an argument to limit liability. Next, the prospects of damages could also have a negative effect on someone’s physical and mental state. Lastly, expanding tort law should only be possible after careful research by the legislator.

The additional requirements, next to those for negligence, are however also strongly criticized. First, scientific research shows that also persons other than the next of kin can become mentally ill due to witnessing a severe accident. The conditions concerning proximity in time and place have led to the most severe criticism. The undesirability of demanding a ‘trace behind the ambulance’ and the knowledge that the next of kin can just as easily become mentally ill by witnessing as well as by hearing about the accident are arguments which are often used in the literature to criticise the current English conditions. A strong argument is also that in many cases it will not be possible to approach the scene of an accident due to a police investigation. Why should certain next of kin be excluded from full compensation?

Recently the French Supreme Court has recognized a nervous shock action in wrongful death cases. Compensation should be granted for both the pecuniary as well as the non-pecuniary loss of the next of kin caused by a psychiatric injury. In is unclear whether this rule can also be applied in the situation in which the direct

victim has been injured. This gap is however overcome by the fact that bereavement damages are widely granted according to French law.

The limitation chosen by the Dutch Supreme Court can be explained against the background of the Dutch legal system and the fact that this enhances compensation for pure psychiatric injury; however, in my opinion it leads to undesirable incongruous boundaries as regards the position of the next of kin. Dutch law should accordingly be amended. The essence of the problem, in my opinion, is that by stating that a person is a third party in fact, his position is predetermined within tort law. When his damage is caused by someone else's injury or death, his right to claim is limited by articles 6:107 and 6:108 BW. Full compensation will not be possible; his right to claim is merely considered as a sanction against the wrongful act towards the direct victim.

5.2 Chapter 7: non-pecuniary loss of the next of kin and the infringement of fundamental rights

5.2.1 Compensation for the suffering of the next of kin

The Dutch bill with regard to compensation for bereavement (affection damage) was rejected by the Upper Chamber in 2010. Compensation for the suffering of the next of kin is therefore not possible according to Dutch law; Dutch law thereby finds itself in an exceptional position in Europe, accompanied by German and Danish law.

In England (in wrongful death cases) and France (both wrongful death as well as injury cases) compensation is awarded for the non-pecuniary loss of the next of kin. The specification of the action differs, however. Under English law the action to claim bereavement damages is codified in the FAA 1976. The next of kin who can be awarded damages are limited by law, however they do not have to prove liability towards them; the action is derived from the liability towards the direct victim. An argument for the legislative limitation is that the next of kin who are listed do not have to prove their ties of love and affection with the direct victim. It is presupposed that these ties exist and that damages should be granted. French law lacks a specific codification and the claim for compensation for suffering by the next of kin should be considered according to the normal criteria of tort law. The concept of damage and causality are used to limit the category of the next of kin who should be awarded damages. It is required that the next of kin should prove that their relations with the direct victim are or were stable and affectionate. In the French literature it is argued that by using this method for limitation, questions relating to this limitation are difficult to answer. In my opinion, however, it is a mere fact that affectionate relations are difficult to categorize in certain boxes. It should be a matter of fact, not a matter of law. To choose for 'a matter of law' will lead to incongruous boundaries, which can be illustrated by English law. The strict limitation of the categories of the next of kin who can claim bereavement damages is strongly criticised in the literature. It is not

possible to do justice in individual cases and the legislation will not be changed in the near future.

One important question continues to exist. Comparing English and French law one sees a difference between a derived claim from the liability towards the direct victim, and an autonomous claim on the basis of general tort law. Strictly speaking, the non-pecuniary damage of the next of kin cannot be translated in terms of transferred loss; it is purely their own loss, while this was presented in the Dutch bill as a derived action. Tension exists: there is a movement towards full(er) compensation of the damage of the next of kin and it is presented as being an exception to the main rule that only the damage of the direct victim should be compensated, whilst it is excluded that autonomous liability exists towards the next of kin when their damage has been caused by the death or injury of another. Therefore it cannot (just) be qualified as an exception, but also as the only (according to Dutch law: not yet existing) possibility to claim damages, also if a duty is breached directly towards the next of kin.

One exception to the latter rule has been allowed by the Dutch Supreme Court. The facts of this case were that a father murdered his child so as to cause direct harm to his wife. The court ruled that autonomous liability existed directly towards the mother, whilst she is a third party. Compensation was awarded for non-pecuniary damage and it was not required that she suffered from a psychiatric illness.

5.2.2 *Remedying infringements of fundamental rights*

A tort action exists when a child (either healthy or unhealthy) has been born due to a medical mistake (*wrongful birth* and *wrongful life*). The justification for this claim is in essence the right to self-determination and the right of the parents and the child to choose. Claims by the parents of severely injured children or children who have died due to a wrongful act are however denied according to Dutch law. A gap here exists. Next to this argument, an amendment should be made against the background of the rulings of the European Court of Human Rights. When considering its judgements on the interpretation of article 2 of the European Convention on Human Rights (the right to life) with regard to non-pecuniary damages for the next of kin (as being an effective remedy for an infringement of article 2), Dutch law has failed in its duty to ensure that an effective remedy exists (in vertical relationships).

6. Chapter 8: arguments, private law enforcement and two questions which need to be distinguished

6.1 *A patchwork quilt*

The Dutch approach of extending tort law on a case by case basis by judgements of the Supreme Court leads to something of a patchwork quilt.⁷ To give an example, a mother takes care of her wrongfully injured child, instead of hiring professional care and becomes mentally ill because of seeing her daughter's suffering. It is probable that she will be awarded compensation for the costs of professional care saved, being the transferred loss of the direct victim, whereas her loss could be much higher. One can think of a loss of income or bereavement damages. Compensation for that damage is not possible, however. Full compensation for her damage is, in contrast, possible if she had been directly confronted with the severe accident (a breach of a safety standard) or its immediate aftermath, and if that confrontation has led to shock which results in a psychiatric injury. Compensation for non-pecuniary damage is also possible if her psychiatric injury could be qualified as a recognized psychiatric illness. For compensating non-pecuniary damage it could also be of importance whether the tortfeasor is a State official or an 'ordinary' civilian. Seeing this situation in which Dutch law finds itself, one has to raise the following question: how could the incongruous outcomes – boundaries – be explained to a mother while her loss is essentially the same: the person closest to her has been severely injured or has been killed by the wrongful act of another.

6.2 *The proximity of victimisation forms no argument to exclude someone from compensation per se*

According to Dutch law someone is currently a 'third party' when his damage is caused by the death or injury of the direct victim. That direct nature, the proximity, is determined in fact, but that factual determination is immediately followed by a normative conclusion: a factual third party cannot be awarded full compensation on the basis of general tort law. In my opinion this is a mistaken starting point. The focus should be, to start with, on the question whether a protected interest exists and whether the tortfeasor has infringed that protected interest, so the focus should not be on the question whether someone is a third party in fact. I do not want to argue that damage or injury should lead to liability *per se*; the focus should be on someone's interest and the arguments for and against protecting that interest. In addition, the wrongful act towards the direct victim does not lead to the conclusion that liability exists towards all third parties who suffer damage. A difference has to be made between the types of interest of different third parties; they do not represent the same interest.

7 Expression see Mulheron 2008.

6.3 *The special codification nevertheless exists, why?*

The special codification as regards the compensation of third-party damages in personal injury cases continues to exist. The conclusion cannot be drawn, without further analysis, that this codification has to be diminished. An analysis of the arguments for and against has to be made.

In chapter 8 the arguments for and against the current legal system are mentioned. The reason for a specific codification (articles 6:107 and 6:108 BW) is legal certainty. In my opinion, however, the argument of legal certainty cannot be decisive for choosing a specific, exclusive, codification. First, that would be a remarkable conclusion against the background of the choice for an open norm in general tort law. Although it is not always very predictable, it cannot be argued that general tort law cannot lead to legal certainty. The standard procedure is that a judge grants legal certainty according to the interpretation of the open norm of article 6:162 BW. Therefore there should be additional arguments for choosing a specific and exclusive codification in personal injury cases. Langemeijer has explained that choice by pointing to the nature of the loss: someone's personal injury could lead to disproportional liability considering the potential of third-party damage. Hartlief uses the following sentence: the presence of third parties as a 'standard situation'.⁸ From this perspective legal certainty is created for the benefit of the person who has to pay the damages. However, the choice for legal certainty is also beneficial for persons who suffer the damage, because they, in a certain way, have an advantage in proving their legal position: the next of kin who are part of the circle of claimants laid down by the law do not have to prove the stability and intensity of their relationship with the direct victim.

In my opinion this is important: the specific codification favours legal certainty; however, considering the exceptions which were made or put forward, one could ask the question whether the current legal system provides us, from a material point of view, with the legal certainty we wish to have. In other words, legal certainty does not answer the question whether the current system needs to be expanded. It is just an argument by which to state that tort law needs to be clear as to whom it intends to protect.

The second 'category' of arguments encapsulate the domino effect, the claim culture and an insurable tort law system. To start with the domino effect: this enhances an important argument; however, if this argument is used without justification it disowns the fact that a wrongful act towards one person does not mean that liability exists towards another. Equal to the statement that the interests of third parties are different; protecting the interest of one third party does not mean that another third party should therefore be protect. By the claim culture argument we mean that

8 Hartlief 2006.

liability is expanding in an uncontrolled fashion. The great increase in the number of claims does not, however, tell us something about the justification of the claim as such. Society and social views can change over time and tort law should, could and does react to these changes.

Another argument which has been mentioned is an insurable tort law. In my opinion this is an important argument. While insurability does not tell us anything about the justifiability of a claim from a legal perspective, insurances do ensure that damages are indeed paid and they therefore contribute to the effectiveness of tort law as a whole. However, two remarks have to be made as regards third-party damages in personal injury cases. The current legal system leads to predictability with regard to the type of claimants and the damage which has to be compensated in advance, and therefore benefits in being able to calculate the burden of liability from a broader perspective. But that does not mean that if general tort law could find its way as regards third-party claims, predictability will disappear. The legislator and/or the courts need to clarify their choices. Next, the fact that the calculation would, temporarily, be more difficult does not mean that an action or liability as such can no longer be insured.

Another argument for the current system is that the determination of the stability and intensity of human relations is unsavoury and therefore needs to be prevented. Research carried out by the IGER demonstrates that these discussions are indeed experienced as being negative.⁹ A limitative system can bring relief. But what if someone is kept out of the system, whilst his relationship is in fact comparable to a person who belongs to the circle of persons described by law? What should prevail: legal certainty or a just outcome in an individual case? In my opinion the courts should be given sufficient room to manoeuvre and thereby to determine on a case by case basis whether or not a relationship of love and affection in fact exists. French law here provides a solution for discussing the intensity of the relationship; it makes use of a benefit as regards evidence of this relationship for members of the direct family of the direct victim.

Next, an argument against the current system is that it leads to incongruous boundaries from the perspective of the next of kin. Finally, as already stated above, one could question whether the current Dutch legal system meets the requirement of being able to provide an effective remedy for an infringement of the right to life (article 2 European Convention on Human Rights).

Taking all these arguments into consideration, I have formulated three arguments or standards which are of importance in reconsidering the current system. A (new) system should provide legal certainty, as far as possible, and incongruous boundaries

⁹ Akkermans et al. 2008, p. 68, see also p. 64-66.

from the perspective of one type of third party should as far as possible be avoided and the system of tort law should remain insurable.

6.4 Private enforcement

As argued in chapter 8, paragraph 4, tort law provides a private law instrument for individuals to ensure that they, as individuals, can react to and act upon possible wrongful behaviour which causes damage. When liability exists, the law of damages has an important second role against the background of enforcement: to provide for an appropriate sanction against wrongful behaviour.

6.5 Two questions arise

From the perspective of private enforcement two questions as regards third-party damages should be distinguished. First, which third party damage should be compensated when the foundation of that compensation is found in the liability towards the direct victim? Second, under which circumstances should the interest of third parties autonomously be protected by tort law and when should they therefore have a right to full compensation?

7. Chapter 9: a third party should fulfil two positions within tort law and the law of damages

7.1 Which third party damage should be compensated when the foundation of that compensation is found in the liability towards the direct victim?

When the damage of the third party is caused by the injury or death of the direct victim, this party needs to claim on the basis of articles 6:107 and 6:108 BW. This action is derived from the liability towards the direct victim. An argument for this derived right to claim is that the tortfeasor is primarily responsible for the damage of the direct victim and not a third party. However, the Dutch government has tried and is trying to expand the scope of articles 6:107 and 6:108 BW. There is a movement towards the idea of the full(er) compensation of the damage suffered by the next of kin. Several ideas, theories and suggestions from the literature are mentioned in chapter 9, section 2.3 as a theoretical but fundamental basis for this extension.

In my opinion, however, there is one main argument against these solutions: the fact that liability is founded on one party cannot be directional for the assessment and compensation of third party damage which cannot be qualified as the transferred losses of the direct victim. The tortfeasor is first responsible for the damage caused by his wrongful act towards the person against who liability exists. By making exceptions for the benefit of one type of third party for one of its types of losses (pecuniary or non-pecuniary), the following question will always arise: why not benefit others

and why not compensate other types of losses? Boundaries are difficult to explain to individuals. In my opinion another solution is more appropriate.

7.2 Under which circumstances should the interest of third parties autonomously be protected by tort law?

7.2.1 The starting point: liability towards one person does not mean that liability exists towards another

The fact that liability exists towards the direct victim does not mean that liability exists towards a third person. The fact of suffering from an 'injury' or a 'loss' is enough to conclude that a wrongful act has been committed. In other words, some risks are part of human life, like suffering loss. There should be additional arguments to protect someone's interest through tort law. A balancing of the interests and a weighing of the arguments should be made. That is the reason why I will now make it explicit why I think certain interests of third parties should be protected (independently and autonomously) by general tort law.

7.2.2 Four situations in which tort law should protect the interests of third parties

1. The interest of direct family members should be protected

Up until now, the necessity of making exceptions to or broadening the limited and exclusive working systems is mostly advocated in favour of the interests of the next of kin. The current patchwork with regard to the legal position of the next of kin within tort law and the law of damages can serve as an example. The next of kin can claim damages when their damage has been caused by the injury or death of the direct victim, although that compensation will always be partial. The legal bases for those actions are articles 6:107 and 6:108 BW and are derived from liability towards the direct victim. Despite the derivative nature of these actions, these actions function instead of general tort law, which means that although a third party should have a claim according to tort law, full compensation will not be granted. The Dutch Supreme Court has decided, however that if a third party is directly confronted with a severe accident or its direct aftermath and suffers from a psychiatric injury as a result, full compensation can and, in certain circumstances, should be granted. However, when the next of kin suffer a psychiatric injury because of living with a severely injured direct victim or because he or she has died, tort law will not protect the interest of the next of kin by awarding full compensation. Additionally, compensation for bereavement is not possible according to Dutch law. However, that will be different when article 2 of the European Convention on Human Rights is breached by a State official. In that situation compensation for bereavement should exist, as far as an effective remedy for this breach is lacking. In essence, according to Dutch law, the right to compensation for third-party damage is dependent on the cause of the

damage. However, the fact that this patchwork exists is, for me, not yet decisive for arguing that tort law should protect the interest of family members autonomously.

Decisive in concluding that the interest of family members should autonomously be protected is the argument of the interest of 'direct family members' which I consider to be the most protectable interest next to someone's life and health. A family is a unit which forms the essence of someone's personality. By taking someone from that unit or seriously injuring that person, a family member is directly forced to reconsider the life choices which are made. Therefore, in my opinion, a direct family member is not a third party but a direct victim, comparable to the outcomes in *wrongful birth* and *life* cases. Tort law should facilitate the (new) choices which family members are forced to make. This compensation should not be granted because of 'mere' bereavement, but because of the fact that someone's family life has dramatically changed 'over night'.

I am of the opinion that the categories of next of kin should not be explicitly described on a limited basis. The question should be whether the next of kin can be qualified as being (in fact) direct family members. A few family members should be granted with a benefit as regards providing proof of this status quo: a partner (married or cohabiting with the direct victim), the parents, the children and the siblings of the direct victim. The interest of others, who can in fact be qualified as being part of the direct family, should also be protected. In my opinion justice in an individual case should prevail over foreseeability for the tortfeasor (and its insurance company) as to who must be compensated.

The category of direct family members who should be able to claim damages should also be limited by the seriousness of the disturbance to someone's family. In other words, in the case of wrongful death family life will be seriously infringed, whilst when the direct victim has (merely) been (seriously) injured this will not always be so. The period of an infringement or disturbance to family life is for me irrelevant: a period of short but intensive family care could just as well be qualified as an infringement of that family life as a long period of care.

Compensation should be granted for both pecuniary as well as non-pecuniary loss. As regards compensation for non-pecuniary loss, in my opinion this type of damage should not be made conditional upon the fact that there should be a recognized psychiatric injury. Again, in my opinion, belonging to a family is to be part of a unit and removing someone from that unit should be considered as a wrongful act in itself. In legal terms, comparable to the outcome in a *wrongful birth* and *life* situation, the loss of a direct family member or being confronted with their severe injury should be qualified as a infringement upon someone's personality (article 6:106 para. 1 under b BW).

The pecuniary losses of family members can be diverse, but they should be compensated as far as the loss is related, once again, to having to design a new way of living together, a new family life. As a consequence, pecuniary loss as a result of psychiatric injury, visiting expenses, or a loss of income due to caring for the direct victim should be compensated. The reasonableness of the expenses incurred can correct the amount of damages.

2. The intention of the tortfeasor to cause damage to third parties

When the integrity of the direct victim (his or her health) is used to directly create a loss to a third party, tort law should, in my opinion, autonomously protect the interests of this third party. Someone's health should not be used as 'a tool' to create a loss for third parties. This is highly repugnant. Another argument is that the intention of the tortfeasor is directly connected with the interest of a third party.

3. The physical and mental integrity of a rescuer should be protected

The interest of a rescuer who suffers injury during or after rescuing the direct victim should autonomously be protected by tort law. It should be repeated that injury or loss as such are not enough to conclude that liability exists; however, in my opinion such liability should exist towards rescuers. Decisive is the fact that this person takes on a task for the benefit of society and by performing that task he will expose himself to the risk that his physical and/or mental well-being might be harmed. When that risk materializes his damage should be compensated.

4. Rockwool/Poly should not be repeated

By rejecting the exclusive scope of articles 6:107 and 6:108 BW an outcome in a case comparable to that in *Rockwool/Poly* should not be repeated. In this case it was judged that autonomous liability exists towards a third party; however, the right to full compensation was precluded by the exclusivity of articles 1406 and 1407 of the old BW (now articles 6:107 and 6:108 BW). When a legal norm clearly protects the interest of a third party (in fact) and his damage, a right to full compensation should exist. In my opinion someone's protected interest should be decisive and not the cause of his damage.

8. Conclusion: a reconsideration of articles 6:107 and 6:108 BW is needed

Considering the conclusions summarized in the foregoing, the current system of articles 6:107 and 6:108 BW should be reconsidered. However, that reconsideration is partial. Both articles should in my opinion continue to exist; nevertheless, the exclusive scope of these articles should be reconsidered. General tort law and its open norm should, as a starting point, be decisive. Two possibilities to shape this conclusion exist.

The first possibility is to change the case law by making it possible to award full compensation to third parties. That will lead to (temporary) legal uncertainty, but, comparable to French law, the case law will find the right path to follow. However, this solution will set aside case law which has lasted for more than 100 years. This case law can be explained from the context and historical development of tort law and the law of damages; however, the text of articles 6:107 and 6:108 BW does not force one to adopt this strict interpretation.

Another solution is to create new codifications as regards, for instance, liability towards family members. An argument for this is that a family member is not obliged to provide evidence of the protective nature of his interest; however, by choosing this as a solution for special and specific legislation incongruous boundaries could once again arise and the chosen boundaries may not be sufficiently flexible to react to changes in society and tort law. Next, changing legislation, and thereby choosing for specific legislation, can have a paralyzing effect on tort law, not only because of the impossibility of reacting to new societal views or questions of law, but also because of the more practical reason that changing the law (once again) will take (too much) time.

Despite the fact that one can conclude differently, in my opinion the open norm of general tort law should be decisive instead of creating specific and special legislation. Dutch tort law gives a flexible mechanism to do justice in individual cases. Next, incongruous boundaries, comparable to the current patchwork of compensating the damage of the next of kin, can be prevented. Furthermore, in other cases, not being personal injury cases, tort law could itself develop and, more importantly, create (sufficient) legal certainty and limit its scope. Using the open norm of tort law provides the courts with enough room to do justice in individual cases and creates a possibility to react to new questions of law in a changing society. In my opinion that makes the open norm not a weakness but a strength of Dutch tort law. The compensation of third party damage should also be considered in the light of that open norm.

The essence of my conclusions is that the current system of articles 6:107 and 6:108 BW should be reconsidered as far as their exclusive scope is concerned. The open norm of general tort law should be decisive for its position in tort law and the law of damages, not the factual cause of someone's damage.

LITERATUUR

Akkermans et al. 2008

A.J. Akkermans et al., *Slachtoffers en aansprakelijkheid, Deel II, Affectieschade*, WODC 2008.

Akkermans en Van Wees 2007

A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadetraject in therapeutisch perspectief', *TVP* 2007, p. 103-118.

Albers 2007

C.L.G.F.H. Albers, 'Toezichhoudersaansprakelijkheid. Een blik vanuit het bestuursrecht op Vie d'Or', *AVeS* 2007, p. 94-104.

Anziani en Béteille 2009

A. Anziani en L. Béteille, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement d'administration générale (1) par le groupe de travail (2) relatif à la responsabilité civile. No. 558 Senat*, 2009.

Bailey en Nolan 2010

S. Bailey en D. Nolan, 'The Page v. Smith saga: a tale of inauspicious origins and unintended consequences', *C.L.J.* 2010, p. 495-528.

Von Bar et al. 2009

Ch. Von Bar et al. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition*, München: Sellier European law publishers 2009.

Barendrecht, Kars en Morée 1995

J.M. Barendrecht, E.J. Kars en E.J. Morée, 'Schade en schadeberekening in het algemeen', in: J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-63.

Barrot 1988

R. Barrot, *Le Dommage corporel et sa compensation*, Parijs: Litec 1988.

Beekhuis 1963

J.H. Beekhuis, 'Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek', *VR* 1963, p. 513-516.

Beever 2007

A. Beever, *Rediscovering the law of negligence*, Oxford en Portland, Oregon: Hart publishing 2007.

Di Bella 2007

L. Di Bella, 'De relativiteit van het recht op arbeid van vluchtelingen', *NJB* 2007, p. 1523-1524.

Bernfeld en Bibal 2011

C. Bernfeld en F. Bibal, 'Responsabilité civile. Présentation', *Gaz. Pal.* 2011, nr. 78, p. 5.

De Boer 1997

J. de Boer, 'Overlijdensschade van onwettige kinderen', *NJB* 1997, p. 586.

Bourrié-Quinillet 1998

M. Bourrié-Quinillet, 'Le préjudice moral des proches d'une victime blessée', *JCP* 1998.I.186.

Bisschoff 2004

G. Bischoff, 'Schmerzensgeld für Angehörigen von Verbrechensopfern', *MDR* 2004, p. 557-559.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965.

Bloembergen 1992

A.R. Bloembergen, 'Verplaatsing van schade', in: *Quod licet Kleijn-Bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 19-31.

Bolt 1989

A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening bij de begroting van de schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad en wanprestatie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989.

Bolt en Spier 1996

A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1996-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Bona, Mead en Lindenbergh 2005

M. Bona, P. Mead en S.D. Lindenbergh (red.), *Personal injury compensation in Europe: Fatal accidents & secondary victims*, St Albans: XPL Publishing 2005.

Van Boom 1999

W.H. van Boom, 'Van verplaatste schade en opgeofferde vrije tijd', *A&V* 1999, p. 85-93.

Van Boom 2000

W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Van Boom 2001

W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', *AV&S* 2001, p. 95-98.

Van Boom 2004

W.H. van Boom, 'Pure economic loss: a comparative perspective', in: W.H. van Boom et al., *Pure economic loss, Tort and insurance law Vol. 9*, Wenen: Springer-Verlag 2004, p. 1-40.

Boone 2009

I. Boone, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, Antwerpen, Oxford: Intersentia 2009.

Boone en Wylleman 2010

I. Boone en B. Wylleman, 'De vergoeding van schade van derden in het Belgische aansprakelijkheidsrecht', in: D. De Prins et al., *Preadviezen 2010, De staatsrechtelijke positie van 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 2010, p. 263-323.

Van Brakel 1948

D. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht*, Zwolle:

W.E.J. Tjeenk Willink 1948.

Brüggemeier 1986

G. Brüggemeier, *Deliktsrecht - ein Hand- und Lehrbuch*, Baden-Baden: Nomos Verlag 1986.

Brüggemeier 1999

G. Brüggemeier, *Prinzipien des Haftungsrechts, eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges 1999.

Brüggemeier 2006

G. Brüggemeier, *Haftungsrecht, Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, Berlin, Heidelberg en New York: Springer 2006.

Brunner 1975

C.J.H. Brunner, 'Verhaalbaarheid van letselschade', *VR* 1975, p. 209-215.

Brunner 1997

C.J.H. Brunner, 'Het fundament van het Nederlandse schadevergoedingsrecht', in: P. Abas en J.L.P. Cahen et al., *J.L.P. Cahen bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 63-70.

Burmann 2006

M. Burmann, 'Das Angehörigenschmerzensgeld und mittelbar Betroffene', *NJW-Spezial* 2006, p. 303-304.

Bydlinski 1996

F. Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wenen: Springer-Verlag/Wien 1996.

Cane 1997

P. Cane, *The anatomy of tort law*, Oxford: Hart 1997.

Cane 2008

P. Cane, *Atiyah's accidents, compensation and the law*, Cambridge: Cambridge University Press 2008.

Cane en Harris 1983

P. Cane en D. Harris, 'Administration of Justice Act 1982, Section 4 (2): A lesson in how not to reform the law', *MLR* 1983, p. 478-483.

Catala 2005

P. Catala, 'Présentation générale de l'avant-projet', *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Article 1101 à 1386 du Code Civil) et du droit de la*

- prescription (Articles 2234 à 2281 du Code Civil)*, 2005. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.
- Catala 2006
R. Catala, 'La genèse et le dessein du projet', *Revue des contrats* 2006, nr. 1.
- Chartier 1983
Y. Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Parijs: Dalloz 1983.
- Clerk en Lindsell 2006
A. Dugdale en M.A. Jones, *Clerk & Lindsell on torts*, Londen: Sweet & Maxwell 2006.
- Cooke 2004
J. Cooke, 'Primary victims; the end of the road?', *Liverpool Law Review* 2004, p. 29-48.
- Dagorne-Labbe 2001
Y. Dagorne-Labbe, 'Le montant d'une indemnité alloué au titre de l'assistance d'une tierce personne ne saurait être réduit en cas d'assistance par un membre de la famille', *JCP* 2001.II.10489.
- Van Dam 2001
C. van Dam, 'De ouders van Joost', *VR* 2001, p. 1-8.
- Van Dam 2002
C.C. van Dam, 'Het Taxibus-arrest', *VR* 2002, p. 205-209.
- Van Dam 2003
C.C. van Dam, 'Smartengeld voor affectieschade en shockschade', in: M. Jansen, *Smartengeld*, 2003, p. 6-16.
- Van Dam, Engelhard en Giesen 2007
C. van Dam, E. Engelhard en I. Giesen, 'Third party losses in a comparative perspective. Three short lectures in honour of W.H.V. Rogers', *Utrecht Law Review* 2007, nr. 2, p. 70-100.
- Danzl 2006
K.-H. Danzl, 'Internationale Länderübersicht. Zum Schockschaden- und Trauerschmerzensgeld', *ZVR* 2006, p. 140-145.
- Deakin, Johnston en Markesinis 2008
S.F. Deakin, A.C. Johnston en B.S. Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort law*, Oxford: Clarendon Press 2008.
- Degeling 2003
S. Degeling, *Restitutionary right to share in damages. Carer's claims*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.
- Delebecque 2004
P. Delebecque, 'Le préjudice par ricochet: quelle autonomie?', *D.* 2004, p. 233-236.
- Delebecque en Jourdain 2004
P. Delebecque en P. Jourdain, 'Responsabilité civile: panorama 2004', *D.* 2005, p. 185-194.

- Department for Constitutional Affairs 2007
Department for Constitutional Affairs, *The Law on damages. Consultation paper CP 9/07*, 2007.
- Deurvorst 1994
T.E. Deurvorst, *Schadevergoeding, voldoening van een redelijke gebruiksvergoeding en winstafdracht bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten: drie vormen van geldelijk redres bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten in Nederland, de Verenigde Staten van Amerika en Duitsland*, Deventer: Kluwer 1994.
- Deutsch 1995
E. Deutsch, *Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld*, Keulen, Berlijn, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG 1995.
- Deutsch 2001
H.C. Deutsch, 'Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung', *ZRP* 2001, p. 351-354.
- Deutsch en Ahrens 2002
E. Deutsch en H.-J. Ahrens, *Deliktsrecht unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld*, Keulen, Berlijn, Bonn, München: Heymann 2002.
- Diederichsen 1967
U. Diederichsen, *Die Haftung des Warenherstellers*, Berlijn en München: Beck 1967.
- Diephuis 1888
G. Diephuis, *Het Nederlands Burgerlijk Regt*, Groningen: J.B. Wolters 1888.
- Dijkshoorn 2011
W. Dijkshoorn, 'De leer van de redelijke toerekening: back to the eighties', *AV&S* 2011, p. 257-268.
- Dintilhac 2005
J.-P. Dintilhac (voorz.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des prejudices corporels*, 2005.
- Dirix 1984
E. Dirix, *Het begrip schade*, Antwerpen: Kluwer 1984.
- Dobbs 1993
D.B. Dobbs, *Law of remedies. Damages – equity – restitution*, St. Paul: West Publishing 1993.
- Drion 2007
C.E. Drion, 'Op de grenzen van het recht', *NJB* 2007, p. 1395.
- Drion en Wiersma 1971
H. Drion en K. Wiersma, *L.C. Hofmann, Het Nederlandse verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen, Tweede gedeelte (artt. 1388-1492 B.W.)*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1971.

Drion 1956

J. Drion, 'Schadevergoeding wegens het veroorzaken van eens anders dood', in: *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland* 1956, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956.

Du Perron 1999

C.E. Du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Du Perron 2003

C. E. Du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: A.C. Zijderveld et al., *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in het strafrecht en burgerlijk recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 133e Jaargang/2003-I), p. 105-161.

Van Dunné 2001

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht I Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Dupichot 1969

J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Parijs: Libraire Generale de droit et de la jurisprudence 1969.

Dupont 1985

W.J.H.T. Dupont, 'Smartegeld ter zake van geestelijk letsel', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1985, p. 99-102.

Van Eijk 2001

B. van Eijk, 'Vergoeding van de kosten van lijkbezorging', *TVP* 2001, p. 101-108.

Emaus (J.) 2011

J.M. Emaus, 'Geen actie, reactie? Over de handhaving van positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM', *L&S* 2011, nr. 1, p. 28-40.

Emaus 2011

P.B. Emaus, 'De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het Vilt-arrest', *AV&S* 2011, p. 63-71.

Endedijk 2005

G.C. Endedijk, 'Schadevergoeding bij overlijden', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer, 2005.

Engelhard 2003

E.F.D. Engelhard, *Regres* (diss. Maastricht), 2003.

Engelhard 2008

E.F.D. Engelhard, 'Naar een nieuw criterium voor de vergoeding van derden: het voorontwerp Inkomensschade en het wetsvoorstel Re-integratiekosten', *VR* 2008, p. 1-6.

Engelhard 2008a

E.F.D. Engelhard, 'Visie op (de rechtspraak over) de Taxibuscriteria conform recente klinische inzichten', *VRA* 2008, p. 20-46.

Engelhard 2010

E.F.D. Engelhard, 'Over het hek van de dam bij 'derdenschade', in: D. De Prins et al., *Preadviezen 2010, De staatsrechtelijke positie van 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 2010, p. 325-373.

Engelhard en Engelhard 2008

E.F.D. Engelhard en I.M. Engelhard, 'Schokschade', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Bju: Den Haag 2008, p. 227-244.

Mon. BW A15 (Engelhard/Van Maanen)

E.F.D. Engelhard en G.E van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Deventer: Kluwer 2008.

European Group on Tort Law 2005

European Group on Tort law, *Principles of European tort law. Text and commentary*, Wenen: Springer Verlag 2005.

Exall 2004

G. Exall, *Munkman on damages for personal injury and death*, Londen: Lexis Nexis UK 2004.

Faure en Hartlief 1999

M. Faure en T. Hartlief, 'Enkele opmerkingen naar aanleiding van de brief van het kabinet over de Claimcultuur', *AVe&S* 1999, p. 75-84.

Faure en Hartlief 2002

M. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002.

Fleming 1972

J.G. Fleming, 'Distant shock in Germany (and elsewhere)', *AJCL* 1972, p. 485-491.

Fleming 1998

J. Fleming, *The law of torts*, North Ryde: LBC Information Service 1998.

Frenk 2005

N. Frenk, 'Voortschrijdend inzicht', *NJB* 2005, p. 1295-1296.

Frenk 2011

N. Frenk, 'Kosten van huishoudelijke hulp bij overlijden en schadebeperking: een volledige vergoeding of toch niet?', *VR* 2011, p.77-78.

Gardiner en Browne 2002

B. Gardiner en B. Browne, 'Damages for care: judges really do care', *J.P.I. Law* 2002, p. 369-376.

Gebauer 2007

M. Gebauer, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

Giesen 2003

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. 15-30.

Giesen 2005

I. Giesen, *Handle with care. De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Bju 2005.

Giesen 2005a

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005.

Giesen 2009

I. Giesen, 'Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems', *THRHR* 2009, p. 257-273.

Goodhart 1953

A.L. Goodhart, 'The shock cases and area of risk', (1953) 16 *Modern Law Review*, p. 14-25.

Van Goudoever 1938

H. van Goudoever, 'De ontwikkeling van de verbintenis uit onrechtmatige daad van 1838 tot heden', in: P. Scholten en E.M. Meijers (red.), *Gedenkenboek Burgerlijk Wetboek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1938.

Hagen 1971

H. Hagen, *Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik*, Frankfurt a.M.: Athenäum 1971.

Hammerstein 1994

A. Hammerstein, 'Gerechtigden tot schadevergoeding', in: A. Hammerstein et al., *Begroting van schade, verandering en verzekering: inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van letselschade Advocaten*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 1 e.v.

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Hartlief 2000

T. Hartlief, 'Baby Joost en het verdriet van Nederland', noot bij HR 8 september 2000, *AA* 2000, p. 863-873.

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'Kroniek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht', *NTBR* 2003, p. 573-591.

Hartlief 2004

T. Hartlief, 'Keuzevrijheid in het personenschaderecht', *NJB* 2004, p. 1832-1939.

Hartlief 2004a

T. Hartlief, 'Affectieschade en 50 jaar Verkeersrecht', *VR* 2004, p. 1-7.

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, p. 830-834.

Hartlief 2006

T. Hartlief, 'Wie heeft recht op vergoeding van personenschade', *TVP* 2006, p. 98-104.

Hartlief 2006a

T. Hartlief, 'Stilstand en vooruitgang in het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2006, p. 2107.

Hartlief 2006b

T. Hartlief, 'Voorwaarts met het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2006, p. 2521.

Hartlief 2008

T. Hartlief, 'Actualiteiten aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2006-2007', *NTBR* 2008, p. 27-41.

Hartlief 2008a

T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AVeS* 2008, p. 237-247.

Hartlief 2009

T. Harlief, in: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009.

Hartlief 2009a

T. Hartlief, 'De schrik van het burgerlijk recht', *NJB* 2009, p. 2253.

Hartlief 2011

T. Hartlief, 'Een wisselwerking tussen aansprakelijkheid en verzekering?', *AVeS* 2011, p. 167-171.

Asser/Hartkamp 4-I (negende druk)

A.S. Hartkamp, C. Asser's handleiding tot de beoefening van *Nederlandse Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel I De Verbintenis in het algemeen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, C. Asser's handleiding tot de beoefening van *Nederlandse Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. II De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*

A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, C. Asser's handleiding tot de beoefening van *Nederlandse Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. IV De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011.

Heß en Burmann 2006

R. Heß en M. Burmann, 'Das Angehörigenschmerzensgeld und mittelbar Betroffene', *NJW-Spezial* 2006, p. 303-304.

Hofmann 1959

L.C. Hofmann, *Het Nederlands verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen*, Groningen: J.B. Wolters 1959.

Holdsworth 1916

W.S. Holdsworth, 'The origin of the rule in *Baker v. Bolton*', *LQR* 1916, p. 431-437.

Holzhauser 1986

R.W. Holzhauser, 'Psychische schade in het aansprakelijkheidsrecht', *RM Themis* 1986, p. 4-29.

Ten Hoop 1987

M.M. ten Hoopen, 'Art. 6.1.9.12 NBW en de rechtspositie van het niet-erkende onwettige kind', *WPNR* 1987, p. 339-346 (5833).

House of Commons Justice Committee 2010

House of Commons Justice Committee, *Draft Civil Law Reform Bill: pre-legislative scrutiny*, Londen: The Stationery Office 2010.

Huber 1998

C. Huber, 'Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzzeitigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben?', *NZV* 1998, p. 345-354.

Huber 1999

U. Huber, *Leistungsstörungen Band II Die Folgen des Schuldnerverzugs – Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1999.

Hulst, Van Wees, Uijttendaele en Akkermans 2008

J.E. Hulst, K.A.P.C. van Wees, E.M. Uijttendaele en A.J. Akkermans, 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 2008, p. 778-784.

Huveneer et al. 2007

R.M. E. Huveneer et al., *Slachtoffers en aansprakelijkheid, Deel I Terreinverkenning*, WODC 2007.

Janczuk en Gomes 2010

A. Janczuk en M.M.V. Gomes, 'Claims for non-pecuniary losses by "third persons" upon death and injury', in: G. Brüggemeier et al., *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Janssen 2003

A. Janssen, 'Das Angehörigenschmerzensgeld in Europa und dessen Entwicklung. Verpasst Deutschland den Anschluss?', *ZRP* 2003, p. 156-159.

Jonckers Nieboer 1935

J.H. Jonckers Nieboer, *De schadevergoeding bij onrechtmatig lichamelijk letsel: (artt. 1406, 1407 B.W.)*, Den Haag: Belinfante 1935.

Jones 2007

M. Jones, 'Liability for psychiatric damage: searching for a path between pragmatism and principle', in: J.W. Neyers et al. (red.), *Emerging issues in tort law*, Oxford: Hart Publishing 2007.

De Jong 1940

F.J. de Jong, 'Behoeft de wettelijke regeling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van dood of lichamelijk letsel wijziging?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereniging* 1940, p. 1-76.

- De Jong 1986
G.T. de Jong, 'Waardering van de huishoudelijke arbeid in het burgerlijke recht', *WPNR* 1986, p. 77-83 (5770).
- Jourdain 2007
P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Parijs: Dalloz 2007.
- Joustra 1999
C.A. Joustra, 'Letselschade: vergoeding van vakantiedagen en verpleging', *Bb* 1999, p. 198-201.
- Kadner 1996
T. Kadner, 'Schmerzensgeld für Angehörige – Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden?', *ZEup* 1996, p. 135-153.
- Keirse 2007
A.L.M. Keirse, 'Nieuwe risico's. Wie is er bang voor de magnetron?', *NJB* 2007, p. 2418-2425.
- Keirse 2011
A.L.M. Keirse, 'EVRMering van (letselschade)recht', *L&S* 2011-1, p. 5-8.
- Kern 1995
B.R. Kern, 'Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen?', in: H. Meinhard (red.), *Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag am 30. Mai 1995*, Wiesbaden: Chmielorz 1995, p. 447-460.
Mon. BW B35 (Klaassen)
C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007.
- Klaming en Bethlehem 2007
L. Klaming en B. Bethlehem, 'Procedurale rechtvaardigheid', *TVP* 2007, p. 119-124.
- Klinger 2005
R. Klinger, 'Schmerzensgeld für Hinterbliebene von Verkehrsoffern? Verfassungsrechtliche Überlegungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes', *NZV* 2005, p. 290-293.
- Kohler 1906
J. Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, erster Teil*, Berlin: Carl Heymanns Verlag 1906.
- Kortmann 1999
S.C.J.J. Kortmann, 'Johanna Kruidhof', *AA* 1999, p. 656-661.
- Köster 1963
H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid. De betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.
- Kottenhagen 1996
R.J.P. Kottenhagen, 'Shockschade: een rechtsgebied in beweging', *NTBR* 1996, p. 119-127.

Kottenhagen 2010

R.J.P. Kottenhagen, 'Shockschade en het vereiste van de directe confrontatie – enkele rechtsvergelijkende kanttekeningen', *NTBR* 2010, p. 341-351.

Kottenhagen 2011

R.J.P. Kottenhagen, 'Shockschade: Ontwikkelingen na het *VILT*-arrest', *L&S* 2011, p. 5-15.

Kötz en Wagner

H. Kötz en G. Wagner, *Deliktsrecht*, München: Verlag Franz Vahlen 2010.

Knol 1985

P.C. Knol, 'Artikel 6.1.9.11a Nieuw B.W. (Letselschade)', *VR* 1985, p. 264-268.

Knol 1986

P.C. Knol, *Vergoeding van letselschade volgens huidig en komend recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986.

Krans 1999

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden) 1999.

Küppersbusch 1996

G. Küppersbusch, *Ersatzansprüche bei Personenschaden. Eine praxisbezogener Anleitung*, München: C.H. Beck'sche Verlagshandlung 1996.

Lambert-Faivre 2003

Y. Lambert-Faivre et al., *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel* 2003.

Lambert-Faivre 1998

Y. Lambert-Faivre, 'L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques', *Les Cahiers de droit*, vol. 39, nr. 2-3, 1998, p. 537-569.

Lambert-Faivre en Porchy-Simon 2008

Y. Lambert-Faivre en S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Parijs: Dalloz 2008.

Lange en Hagen 1987

H. Lange en H. Hagen, *Wandlungen des Schadensersatzrecht*, Heidelberg: C.F. Müller Juridischer Verlag 1987.

Lange en Schiemann 2003

H. Lange en G. Schiemann, *Schadensersatz*, Tübingen: J.C.B. Mohr 2003.

Langemeijer 1929

G.E. Langemeijer, 'Schadeberekening bij dood of verwonding', *NJB* 1929, p. 341-347.

Larenz 1987

K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1987.

Larenz en Canaris 1994

K. Larenz en C.-W. Canaris, *Lehrbuch des schuldrechts. Zweiter band besonder teil 2. Halband*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994.

Laseur 2008

I. Laseur, 'Mantelzorg in het civiele aansprakelijkheidsrecht: wel of geen vergoeding?', *L&S* 2008, p. 5-12.

- Law Commission 1997
The Law Commission, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages (LC247)*, Londen 1997.
- Law Commission 1998
Law Commission, *Liability for psychiatric illness (LC249)*, Londen 1998.
- Law Commission 1999
The Law Commission, *Damages for personal injury: medical, nursing and other expenses; collateral benefits. Item 1 of the Seventh Programme of Law Reform: Damages (LAW COM No 262)*, Londen 1999.
- Law Commission 1999a
Law Commission, *Claims for wrongful death. Item 1 of the Seventh Programme of Law Reform: Damages (LAW COM No 263)*, Londen 1999.
- Lewis 1997
R. Lewis, 'Compensating benefits to be deducted from the costs of care', *J.P.I.L.* 1997, p. 177-183.
- Lewis 1999
Zie R. Lewis, 'Deducting which benefits from what heads of damages', *J.P.I.L.* 1999, p. 11-26.
- Lindenbergh 1997
S.D. Lindenbergh, 'Schrik, onrechtmatigheid en schade', *R.M. Themis* 1997, p. 178-193.
- Lindenbergh 1998
S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.
- Lindenbergh 2000
S.D. Lindenbergh, 'Geen smartengeld voor ouders van een ernstig gewond kind', *NbNW* 2000, p. 150-155.
- Lindenbergh 2001
S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten; tijd voor een wettelijke regeling', *NJB* 2001, p. 61-66.
- Lindenbergh 2002
S.D. Lindenbergh, 'Psychische schade door schrik', *Trema* 2002, p. 335-343.
- Lindenbergh 2002a
S.D. Lindenbergh, 'Schade van derden door verwonding of overlijden van een naaste(1)', *TPR* 2002, p. 1421-1473.
- Lindenbergh 2005
S.D. Lindenbergh, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel. HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37', *MvV* 2005, p. 86-89.
- Lindenbergh 2005a
S.D. Lindenbergh, 'Het wetsvoorstel affectieschade kan veel simpeler', *NJB* 2005, p. 841-843.
- Lindenbergh 2006
S.D. Lindenbergh, 'Derdenschade', *TVP* 2006, p. 97.

Lindenbergh 2006a

S.D. Lindenbergh, 'Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak', *TVP* 2006, p. 105-110.

Lindenbergh 2006b

S.D. Lindenbergh, 'Tijd en schade', in: J. Hulst et al., *Tijd is geld*, Den Haag: Stichting Personeschade Instituut van Verzekeraars 2006, p. 109-122.

Lindenbergh 2006c

S.D. Lindenbergh, 'Tweemaal werkgeversregres: civiel plafond of niet?', *AV&S* 2006, p. 177.

Lindenbergh 2007

S.D. Lindenbergh, 'Vaststelling van schade en de rol van de deskundige daarbij', *NTBR* 2007, p. 428-435.

Lindenbergh 2007a

S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk*, Den Haag: Bju 2007.

Mon. BW B34 (Lindenbergh)

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding, algemeen, deel 1*, Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten: de rechter heeft zijn werk afgemaakt en de wetgever moet de klus afmaken', *AV&S* 2008, p. 255-263.

Lindenbergh 2008a

S.D. Lindenbergh, 'PETL: Remedies, damages', *AV&S* 2008, p. 221-228.

Lindenbergh 2009

S.D. Lindenbergh, 'Vier kinderen en hun lotgevallen in het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenbergh, F.T.H. Kremer, J.M. Tromp, *Kind en schade: wat nu?*, Den Haag: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV) 2009, p. 13-36.

Lindenbergh 2010

S.D. Lindenbergh, 'Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood(?)', *NJB* 2010, p. 1530-1532.

Lindenbergh 2010a

S.D. Lindenbergh, 'Over wat schade is... en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat', *WPNR* 2010, p. 901-909 (6867).

Lindenbergh 2011

S.D. Lindenbergh, 'Deel 2 Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EHRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos? (Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Den Haag: Bju 2011, p. 71-122.

Lindenbergh 2011a

S.D. Lindenbergh, 'Legally relevant damage. Artikelen VI.-2:101-VI.-2:211 DCFR', *NTBR* 2011, p. 346-350.

Lindenbergh en Van der Zalm 2009

S.D. Lindenbergh, I. van der Zalm, 'Vergoeding ter zake van verzorging en huishoudelijke hulp bij letsel en overlijden', *MvV* 2009, p. 146-151.

- Lindenbergh en Van der Zalm 2010
S.D. Lindenbergh, 'Shockschade', *TVP* 2010, p. 17-22.
- Lindsay 2003
S. Lindsay, 'The costs of gratuitous care: who cares who pays', *J.P.I.L.* 2003, p. 124-126.
- Van Maanen 1986
G.E. Van Maanen, 'Doodslag en behoefteigheid. Artikel 6.1.9.12 Nieuw BW', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1986, p. 121-124.
- Van Maanen 1995
G. E. van Maanen, *De Zutphense juffrouw en de ontrouwe bediende van Lindenbaum*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.
- Van Maanen 2002
G.E. van Maanen, 'Het shockschade-arrest van 22 februari 2002', *NJB* 2002, p. 1102-1107.
- Van Maanen 2011
G.E. Van Maanen, 'Deel 1 De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bed-show', in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos? (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht)*, Den Haag: Bju 2011, p. 11-70.
- Markesinis et al. 2005
B. Markesinis et al., *Compensation for personal injury in English, German and Italian law. A comparative outline*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.
- Matthews en Lunney 1995
P. Matthews en M. Lunney, 'A tortfeasor's lot is not a happy one', *The Modern Law Review* 1995, p. 395-404.
- Matthews, Morgan en O'Conneide 2008
J. Morgan, M.H. Matthews en C. O'Conneide, *Hepple and Matthews' Tort: Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2008.
- Mazeaud, Mazeaud en Tunc 1965
H. Mazeaud, L. Mazeaud en A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, Paris: Montchrestien 1965.
- McGregor 1986
H. McGregor, 'Personal injury and death', Chapter 9 in: A. Tunc (red.), *International encyclopedia of comparative law, Volume XI Torts, Part 2*, Tübingen: J.C.B. Mohr, Dordrecht, Boston, Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers 1986.
- McGregor 2009
H. McGregor, *McGregor on damages*, Londen: Thomas Reuters (Legal) Limited 2009.
- McKechnie 2001
S. McKechnie, 'Care claims: back to basics', *J.P.I.L.* 2001, p. 257-263.

McQuarter 2007

J. McQuarter, 'Personal injury: clinical negligence – quantum – accomodation', *J.P.I.L.* 2007, 3, C126-131.

Medicus 2004

D. Medicus, *Schuldrecht II Besonderer Teil*, München: Verlag C.H. Beck 2004.

Ministry of Justice 2009

Ministry of Justice, *The Law on Damages, response to consultation*, 2009, CP(R) 9-07.

Ministry of Justice 2009a

Ministry of Justice, *Civil law reform, A draft Bill Cm7773*, Norwich: TSO 2009.

Ministry of Justice 2011

Ministry of Justice, *Civil Law Reform Bill. Response to Consultation*, 2011, CP(R) CO53/09.

Mok 1979

L. Mok, *Onrechtvaardige rechtspraak. De toepassing van art. 1406 BW met enkele opmerkingen over de schaderegeling bij letsel en overlijden* (oratie) Erasmus Universiteit te Rotterdam), Deventer: Kluwer 1979.

Möller 2006

R. Möller, *Das Präventionsprinzip des Schadensrecht*, Berlin: Duncker en Humblot 2005.

Mommsen 1855

F. Mommsen, *Beitrage zum Obligationenrecht, Zweite Abteilung, Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig 1855.

Mulder 2010

J. Mulder, 'Hoe schadevergoeding kan leiden tot gevoelens van erkenning en gerechtigheid', *NJB* 2010, p. 229-296.

Mulderije 1940

H. Mulderije, 'Behoeft de wettelijke regeling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van dood of lichamelijk letsel, wijziging?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging 1940-II*, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1940, p. 81-154.

Mulheron 2008

R. Mulheron, 'The "Primary Victim" in Psychiatric Illness Claims: Reworking the "Patchwork Quilt"', *19 King's College Law Journal* 2008, p. 81-112.

Mullany 1998

N.J. Mullany, 'Negligently Inflicted Psychiatric Injury and the Means of Communication of Trauma—Should It Matter?', in: N.J. Mullany (red.), *Torts tomorrow. A tribute to John Fleming*, Sydney: LBC Information Services 1998, p. 162-220.

Mullany en Handford 1993

P.R. Mullany en N.J. Handford, *Tort liability for psychiatric damage*, Sydney: Law Book Co. 1993.

Neuner 1931

R. Neuner, 'Interesse und Vermögensschaden', *AcP* 1931, p. 277-314.

Nguyen 2009

T.B.H. Nguyen, 'Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel', *NJB* 2009, p. 1812-1818.

Nolan 2004

D. Nolan, 'Psychiatric injury at the crossroad', *J.P.I.L.* 2004, p. 1-20.

Odekerk 1999

A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkende onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Odersky 1989

W. Odersky, *Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1989.

MünchKommBGB/Oetker

W. Krüger (red.), J. Basedow (bew.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Deel 2. Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432*, München: Beck 2007.

Van Opstall 1975

S.N. van Opstall, *Dr. L.C. Hofmann, Het Nederlandse verbintenissenrecht, De algemene leer van de verbintenissen*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.

Opzoomer 1879

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1879.

Van Orsouw 2004

E.M. van Orsouw, 'Wetsvoorstel affectieschade: algemene erkenning of individuele veronachtzaming van het leed van de nabestaande?', *AV&S* 2004, p. 108-112.

Van Orsouw 2010

E.M. van Orsouw, 'Vuurwerkcramp Enschede: de Staat gaat vrijuit', *MvV* 2010, p. 256-263.

Van Oven

J.C. van Oven, 'Schade veroorzaakt door dieren, gebouwen en andere zaken', *NJB* 1926, p. 109-117.

Pals 1983

L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag: van beperkte naar volledige schadevergoeding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983.

Pardey 1997

F. Pardey, 'Vereitelte fremdnützige Arbeitsleistung, individueller Vermögenswert und "sozialer" Vermögensschaden', *NJW* 1997, p. 2094-2096.

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben, J.W. Du Pon en M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

- Parl. Gesch. Boek 6 (inv.)
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.
- Pfeifer 2005
G. Pfeifer, 'Schadensfall Tod: Zur Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns bei Tötungsdelikten', *AcP* 2005, p. 795-820.
- Polak 1949
R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949.
- Pronk 2011
D.A. Pronk, 'Is het Nederlandse schadevergoedingsrecht bij overlijden door een fout van de overheid verenigbaar met het EVRM?', in: S.D. Lindenberg en I. Tillema (red.), *Fundamentele rechten en vermogensrecht*, Den Haag: Bju 2011, p. 29-47.
- Rapport van de Verbondscommissie schaderegelingsbeleid 1984
Rapport van de Verbondscommissie schaderegelingsbeleid (november 1983), *VR* 1984, p. 229-232.
- Reed 1994
A. Reed, 'Carer's compensation held on trust', *J.P.I.L.* 1994, p. 215-222.
- Reinhardt 1933
R. Reinhardt, *Der Ersatz des Drittschadens*, Mannheim, Berlin, Leipzig: Deutsches Druck- und Verlagshaus 1933.
- Rijnhout 2008
R. Rijnhout, 'Vergoeding voor naasten: bittere ironie en bittere waarheid', in: M.C. Bijl et al. (red.) *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag: Bju 2008, p. 155-171.
- Rijnhout 2010
R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Eerste Kamer', *TVP* 2010, p. 37-41.
- Rijnhout en Giesen 2011
R. Rijnhout en I. Giesen, 'Rechterlijke "ongehoorzaamheid" en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock- en affectieschade keren?', *WPNR* 2011, p. 35-37 (6870).
- Röckrath 2001
L. Röckrath, 'Die vertragliche Haftung für den Unterhaltsschaden Hinterbliebener', *VersR* 2001, p. 1197-1204.
- Rogers 2010
W.V.H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on tort*, Londen: Sweet & Maxwell 2010.
- Ronse 1956
J. Ronse, 'Aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van de dood van een ander naar Belgisch en Nederlands recht', *Preadviezen Vereniging voor de*

- vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1956, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1956, p. 1-33.
- Röthel 2001
A. Röthel, 'Ehe und Lebensgemeinschaft im Personenschadensrecht. Zum deliktischen Schutz von Unterhaltsbeziehungen de lege lata und de lege ferenda', *NZV* 2001, p. 329-335.
- Royal Commission on Civil Liability for Personal Injury Law 1978
C.H. Pearson, *Report [of the] Royal Commission on Civil liability and Compensation for Personal Injury*, Londen: Her Majesty's Stationery Office 1978.
- Staudinger/Röthel (2007)
J. von Staudinger (A. Röthel bew.), *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen §§ 840-853*, Berlin: Sellier – de Gruyter 2007.
- Le Roy 2007
M. le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel*, Paris: LexisNexis 2007.
- Rowley 2008
J. Rowley, 'Serious personal injury litigation – A quantum update', *J.P.I. L.* 2008, p. 109-145.
- Asser/Rutten 3-II
C. Asser (L.E.H. Rutten bew.), *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Dl. 3. Verbintenissenrecht. II. De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, Zwolle: Tjeenk Willink 1983.
- Savatier 1951
R. Savatier, *Tome II, Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administrative, professionnel, procédural*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1951.
- Scheffen 1990
E. Scheffen, 'Erwerbsausfallschaden bei verletzten und getöteten Personen (§§ 842 bis 844 BGB)', *VersR* 1990, p. 926-933.
- Van Schellen 1972
J. van Schellen, *Juridische causaliteit : een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1972.
- Schiemann 1981
G. Schiemann, *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1981.
- Van Schoubroeck 2004
C. van Schoubroeck, 'Affectieschade en shockschade: Belgische reglementering en praktijk', *VR* 2004, p. 102-107.
- Staudinger/Schiemann (2005)
J. von Staudinger (G. Schiemann bew.), *J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadensersatzrecht)*, Berlin: Sellier – de Gruyter 2005.

Schirmeister 1989

F.C. Schirmeister, 'Schadevergoeding aan minderjarigen', in: M. de Langen, J.H. de Graaf, F.B.M. Kunneman (red.), *Kinderen en recht. Opstellen over de positie van minderjarigen in het recht*, Deventer: Kluwer 1989, p. 337-352.

Asser-Scholten (algemeen deel) 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel**, Zwolle: Tjeenk Willink 1974.

Schramm 2010

A. Schramm, *Haftung für Tötung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2010.

Schut 1997

G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Sieburgh 2002

C.H. Sieburgh, 'Onrechtmatigheid wegens veroorzaken shockschade', *Bb* 2002, p. 99-105.

Sieburgh 2011

C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit en de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers en C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011, p. 187-242.

Slagter 1952

W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Den Haag: A. Jongbloed en zoon 1952.

Smits 2009

J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap: over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Bju 2009.

Snell 2002

J. Snell, 'Damages for digging and gardening', *J.P.I.L.* 2002, p. 385-391.

Söllner 1970

A. Söllner, 'Mietvertragliche Sachmängelhaftung des Grundstückserwerbers gegenüber Dritten – BGHZ 49, 350', *JuS* 1970, p. 159-164.

Soergel/Spickhoff

H.T. Soergel (A. Spickhoff bew.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Schuldrecht 10 (§§ 823-853 BGB ProdHG UmweltHG)*, Stuttgart: Kohlhammer Verlags 2005.

Spickhoff 2006

A. Spickhoff, 'Haftungsrechtliche Fragen der Biomedizin', *VersR* 2006, p. 1569-1581.

Spier 1998

J. Spier, *Schade en loss occurrence-verzekeringen*, Deventer: Kluwer 1998.

Spronck 1999

M.T. Spronck, 'Thuisverpleging en verlies van vakantiedagen' (Rechtspraak), *TVP* 1999, p. 68-70.

Stamm 2000

J. Stamm, *Regressfiguren im Zivilrecht: Eine Rückbesinnung auf die Gesamtschuld unter Neubewertung des Zessionsregresses gemäss § 255 BGB und der Drittschadensliquidation*, Berlijn: Duncker und Humblot 2000.

Stapleton 1994

J. Stapleton, 'In restraint of tort', in: P. Birks, *Restraint of Tort (Frontiers of Liability) Vol. 2*, Oxford: Oxford University Press 1994, p. 83-102.

Starck, Roland en Boyer 1996

B. Starck, H. Roland en L. Boyer, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, Parijs: Litec 1996.

Steffen 1996

E. Steffen, 'Die Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes', in: B. Reinhard (red.), *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, Berlijn: de Gruyter, p. 723-738.

Stoll 1993

H. Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 1993.

Storm 1996

H.M. Storm, 'Werkgeversregres', in: W.H. van Boom, T. Hartlief en J. Spier (red.), *Regresrechten afschaffen, handhaven of uitbreiden?*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 119-130.

Storm 1996a

H.M. Storm, 'Een zelfstandig verhaalsrecht voor de werkgever: de juiste keuze', *NTBR* 1996, p.91-95.

Storm 1999

H.M. Storm, 'Rechten van derden bij letselschade: nadere beschouwingen bij de zaak "baby Joost"', *TVP* 1999, p. 10-14.

Storm, Kamp en Schön 1995

H.M. Storm, H.P.A.J. Kamp en E.W. Schön, 'Personenschade', in: J.M. Barendrecht en H.M. Storm, *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 167-306.

Terré, Simpler en Lequette 2009

F. Terré, P. Simpler en Y. Lequette, *Droit civil Les obligations*, Parijs: Dalloz 2009.

Van Tilburg 2004

W. van Tilburg, 'Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater', *VR* 2004, p. 7-12.

Le Tourneau 2008

P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs: Dalloz 2008.

Tromp 2005

J.M. Tromp, 'Verplaatste schade', in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer 2005.

Traugott 1997

R. Traugott, *Das Verhältnis von Drittschadenliquidation und vertraglichen Drittschutz*, Berlin: Duncker & Humblot 1997.

Van 2002

A.J. Van, 'Het Kindertaxi-arrest: de visie van de belangenbehartiger', *TVP* 2002, p. 43-44.

Vegter 2005

M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Verheij 1998

A.J. Verheij, 'Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade', *RM Themis* 1998, p. 339-350.

Verheij 1998a

A.J. Verheij, 'Vergoeding van affectieschade', *NTBR* 1998, p. 324-332.

Verheij 1999

A.J. Verheij, 'Shockschade', *NJB* 1999, p. 1409-1416.

Verheij 2000

A.J. Verheij, 'Shockschade: recente jurisprudentie', *VR* 2000, p. 178-180.

Verheij 2001

A.J. Verheij, 'Contouren van het wetsvoorstel affectieschade. Enige (kritische) vragen en opmerkingen', *NJB* 2001, p. 1562-1569.

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Verheij 2002a

A.J. Verheij, 'Vergoedbaarheid van shockschade van professionele hulpverleners bij rampen', in: A.J. Akkermans en E.H.P. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen 2002, p. 281-303.

Verheij 2002b

A.J. Verheij, 'Vergoeding van shockschade sinds Hoge Raad 22 februari 2002', *L&S* 2002, p. 5-13.

Verheij 2005

A.J. Verheij, 'Onevenwichtig schadevergoedingsrecht m.b.t. de positie van derden', *VR* 2005, p. 205-211.

Vidal 1971

J. Vidal, 'L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable', *JCP* 1971.I.2390.

Staudinger/Vieweg (2007)

J. von Staudinger (K. Vieweg bew.), *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen §§ 840-853*, Berlin : Sellier – de Gruyter 2007.

- Viney 1974
G. Viney, 'L'autonomie du droit à réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale', *D.* 1974. chron., p. 3-6.
- Viney 1995
G. Viney, 'Chronique. Responsabilité civile', *JCP* 1995.I.3853.
- Viney 1999
G. Viney, 'Responsabilité civile, Chronique', *Sem. Jur. Éd. Gén.* 1999, p. 1183-1192.
- Viney en Jourdain 2001
G. Viney en P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, Paris: L.G.D.J. 2001.
- Viney en Jourdain 2006
G. Viney en P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, Parijs: L.G.D.J. 2006.
- Voorduyn 1838
J.C. Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen Nederlandsche Wetboeken, De beraadslagingen deswege gehouden Tweede Kamer der Staten-Generaal*, Utrecht: Robert Natan, Akademie-Boekhandelaar 1838.
- Vos en Dans 2006
H.Th. Vos en E. Dans, 'Vergoeding van shockschade na het Kindertaxi-arrest', *TVP* 2006, p. 111-116.
- Asser-Vranken, Vervolg
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht, Algemeen deel, een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.
- Vranken 1988
J.B.M. Vranken, 'Schadevergoeding en wettelijke onderhoudsplicht', in: R. Lubber et al., *Met het oog op het belang van het kind. Opstellen aangeboden aan Professor mr. Madzy Rood-de Boer ter gelegenheid van haar emiritaat*, Deventer: Kluwer 1988, p. 155-166.
- Vranken 2001
J.B.M. Vranken, 'Contractuele breekijzers of de Koninklijke weg?', *WPNR* 2001, p. 835-840 (6460).
- Waddams 1984
S.M. Waddams, 'Damages for wrongful death: has Lord Cambell's Act outlives its usefulness?', *M.L.R.* 1984, p. 437-453.
- Walton 2010 et al.
C. Walton et al., *Charlesworth & Percy on negligence*, Londen: Sweet & Maxwell 2010.
- Wagner 2006
G. Wagner, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden; Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag*, München: Verlag C.H. Beck 2006.

MünchKomm/Wagner

G. Wagner, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5. Schuldrecht, besonderer Teil III. § 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz*, München: Verlag C.H. Beck 2009.

Mon. BW B37 (Van Wassenaer)

G.M. van Wassenaer, *Schadevergoeding: personenschade*, Deventer: Kluwer 2008.

Wichelhaus 1978

P. Wichelhaus, *Die Ersatzansprüche der Angehörigen des Geschädigten im amerikanischen Deliktsrecht – Rechtsvergleichende Untersuchung zu den §§ 844-946 BGB* (Inaugural-Dissertation Münster), 1978.

Van der Wiel 2007

B.T.M. van der Wiel, 'Kroniek algemeen deel aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2007, p. 175-191.

Wijnakker 2010

C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding voor affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *VR* 2010, p. 313-315.

Wilburg 1932

W. Wilburg, 'Zur Lehre von der Volteilsausgleichung', *JherJb* 82, 1932, p. 51 e.v.

Williams 1999

R. Williams, 'Compensating third parties through the claimant's action', *L.Q.R.* 1999, p. 546-551.

Witting 2005

C. Witting, 'Duty of care: an analytical approach', *Oxford Journal of Legal Studies* 2005, p. 33-63.

Wolfsbergen 1948

A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946.

Van der Zalm 2011

I. van der Zalm, 'Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is', in: W.H. van Boom, J.H. Dam-Lely en S.D. Lindenbergh, '*Rake remedies*', Den Haag: Bju 2011, p. 47-67.

Van der Zalm en Lindenbergh 2008

I. van der Zalm en S.D. Lindenbergh, 'Abstractie bij overlijdensschade HR 11 juli 2008, RvdW 2008, 724 (Bakkum/Achmea)', *MvV* 2008, p. 235-239.

Van der Zalm en Lindenbergh 2009

I. van der Zalm en S.D. Lindenbergh, 'Vergoeding ter zake van verzorging en huishoudelijke hulp bij letsel en overlijden', *MvV* 2009, p. 146-151.

Zwitser 1980

R. Zwitser, 'Abstracte of concrete schadeberekening: een verwarrend onderscheid', *WPNR* 1980, p. 322-331 (5517).

Zwitser 1999

R. Zwitser, 'Een plus een is billijkheidshalve soms drie', *NJB* 1999, p. 2058-2063.

RECHTSPRAAK

Nederland

- HR 12 januari 1906, W. 1906, 8324 (*Hollandse IJzeren Spoorwegmaatschappij/Van de Ster*)
HR 6 december 1907, W. 1908, nr. 8630
HR 27 februari 1925, NJ 1925, 566 (*Spoorwegongeval te Weesp*)
HR 24 januari 1930, NJ 1930, 299, m.nt. EMM (*Brandstichting*)
HR 2 januari 1931, NJ 1931, 349, m.nt. E.M.M. (*Vollaard/Van der Jacht*)
HR 23 januari 1936, NJ 1936, 614
HR 27 juni 1941, NJ 1941, 188 (*Holland-Amerika Lijn/Delia*)
HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455
HR 22 december 1950, NJ 1951, 222, m.nt. A.N. Houwing (*Groninger Lemmer-Stoomboot/Visser*)
HR 27 maart 1953, NJ 1953, 617
HR 21 mei 1954, NJ 1954, 460
HR 10 januari 1958, NJ 1958, 79, m.nt. L.E.H.R. (*Van Hoof/Gebroeders Van der Plas*)
HR 10 februari 1961, NJ 1961, 184
HR 2 november 1962, NJ 1963, 61 (H.B.)
HR 15 februari 1963, NJ 1964, 423, m.nt. DJV (*Houtappel/Velthuyzen*)
HR 27 mei 1966, NJ 1966, 333
HR 19 juni 1970, NJ 1970, 380, m.nt. G.J. Scholten (*NBM/Eagle Star*)
HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372, m.nt. GJS
HR 19 december 1975, NJ 1976, 280 (*Rijksweg 12*)
HR 23 april 1976, NJ 451, m.nt. G.J. Scholten (*Franciscaner Monnik*)
HR 4 maart 1977, NJ 1978, 144
HR 5 juni 1981, NJ 1982, 221, m.nt. C.J.H. Brunner, VR 1981, p. 78 (*Tijsterman/Hony*)
HR 8 april 1983, NJ 1984, 717, m.nt. CJHB (*Van der Heijden/Holland*)
HR 4 november 1983, NJ 1984, 786, m.nt. E.A.A. Luijten (*Schipper/Baumans*)
HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536, m.nt. G (*Verstekeling*)
HR 20 september 1985, NJ 1986, 211 (*Meerstoel I*)
HR 13 december 1985, NJ 1986, 246, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*ABP/Wink*)
HR 28 februari 1986, NJ 1987, 100 (*Huiskes & Niks/Snippe*)
HR 18 april 1986, NJ 1986, 567, m.nt. W.C.L. van der Grinten
HR 12 december 1986, NJ 1987, 958, m.nt. CJHB (*Rockwool/Poly*)
HR 2 februari 1990, NJ 1991, 292, m.nt. CJHB
HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (*Speeckaert/Gradener*)
HR 21 februari 1992, NJ 1992, 339 (*Reinders/Delta Lloyd Schadeverzekering*)
HR 29 april 1994, NJ 1995, 609, m.nt. CJHB (*Nationale Nederlanden/ABP*)
HR 22 september 1994, NJ 1995, 127, m.nt. PAS (*Van P/S*)
HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-198, m.nt. C.J.H. Brunner (*bodemverontreiniging*)
HR 30 september 1994, NJ 1996, 199, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van den Brink/Staat*)
HR 23 december 1994, NJ 1996, 627-629, m.nt. W.M. Kleijn
HR 2 februari 1997, NJ 1997, 662, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Kip en Sloetjes*)
HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful birth I*)
HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (*Harmke Vehof-Vaster/Helvetia Schadeverzekering*)
HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. A.R. Bloembergen; NTBR 1999, p. 227, nt. S.D. Lindenbergh; AA 1999, p. 656, nt. S.C.J.J. Kortmann (*Johanna Kruidhof*)
HR 7 januari 2000, NJ 2000, 212, m.nt. M.M. Mendel (*Nationale Nederlanden/Woudsend I*)

HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 600, m.nt. M.M. Mendel; *NTBR* 2000, p. 179-180 en p. 254-259, noten E.F.D. Engelhard (*Kwidama/Raphael-Richardson*)
HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Joost*)
HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215, m.nt. A.R. Bloembergen
HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216, m.nt. J.B.M. Vranken; *NTBR* 2002, p. 77, nt. E.F.D. Engelhard (*Oogmerk*).
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, m.nt. J.B.M. Vranken
HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 168 (*Interplant/Arend Oldenburger*)
HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*)
HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 504, m.nt. J.B.M. Vranken; *NTBR* 2004, p. 47, nt. E.F.D. Engelhard (*Krüter*)
HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, m.nt. Jac. Hijma (*Duwbak Linda*)
HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 (*Oosterpark*)
HR 11 maart 2005, *NJ* 2010, 309, m.nt. T. Hartlief
HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, m.nt. JBMV (*Baby Kelly*)
HR 16 december 2005, *NJ* 2008, 168, m.nt. J.B.M. Vranken; *AA* 2006, p. 281, nt. T. Hartlief; *AV&S* 2006, p. 124, nt. A.J. Verheij; *JA* 2006, 21, m.nt. W.H. van Boom (*Pruisken/Organice*)
HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 (*Vie d'Or*)
HR 23 februari 2007, *NJ* 2008, 492 (*De Groot/lo Vivat*)
HR 10 april 2007, *NJ* 2007, 233
HR 13 april 2007, *NJ* 2008, 576, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vluchteling*)
HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 385, m.nt. J.B.M. Vranken; *AA* 2008, p. 896, nt. T. Hartlief (*Bakkum/Achmea*)
HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*)
HR 10 april 2009, *NJ* 2009, 386, m.nt. J.B.M. Vranken; *TVP* 2009, p. 118, nt. Peters (*Philip Morris/Bolink*)
HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*)
HR 26 maart 2010, *RvdW* 2010, 468

CRvB 29 maart 2001, *TAR* 2001, 74

Hof Amsterdam 7 januari 1982, *VR* 1982, 52
Hof Arnhem 9 december 1986, *NJ* 1988, 710
Hof Amsterdam 27 april 2000, *Njkort* 2000, 45
Rb. Amsterdam 19 juli 2000, LJN AA6551
Rb. Haarlem 23 juli 2002, LJN AE6438
Rb. Breda 20 augustus 2002, LJN AE6869
Hof Leeuwarden 19 juni 2002, LJN AE4420
Hof Leeuwarden 24 mei 2005, LJN AU1215
Hof 's-Hertogenbosch 3 oktober 2006, LJN AZ3875
Rb. Arnhem 17 januari 2007, LJN AZ9274
Rb. Rotterdam 21 november 2007, *NJF* 2008, 66
Rb. Utrecht 30 januari 2008, *JA* 2008, 47
Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2008, *JA* 2008, 44, m.nt. R. Rijnhout
Rb. 's-Hertogenbosch 19 maart 2008, LJN BC8656
Rb. Arnhem 16 april 2008, *JA* 2008, 76, m.nt. R. Rijnhout
Hof Arnhem 28 oktober 2008, LJN AN1463
Rb. Zutphen 13 oktober 2009, LJN BK0030
Rb. Zutphen 1 februari 2010, LJN BL1498

Rb. Arnhem 9 juni 2010, LJN BM7045, JA 2010, 100
 Rb. Breda sector Kanton 11 augustus 2010, LJN BN3783
 Rb. Rotterdam 1 december 2010, LJN BP1237
 Hof Arnhem 15 maart 2011, LJN BP8479
 Rb. Amsterdam 6 mei 2011, LJN BQ3601
 Rb. 's-Hertogenbosch 11 mei 2011, LJN BQ4001
 Rb. 's-Hertogenbosch 25 juli 2011, JA 2011, 159, m.nt. W.H. Bouman en S. Vervaat

Duitsland

BGH 25 september 1962, *NJW* 1962, 2248
 BGH 10 januari 1967, *NJW* 1967, 1513
 BGH 9 juli 1968, *NJW* 1968, 1823
 BGH 22 september 1970, *NJW* 1970, 2061
 BGH 15 december 1970, *VersR* 1971, 442
 BGH 11 mei 1971, *BGHZ* 56, 163; *NJW* 1971, 1883
 BGH 13 juli 1971, *NJW* 1971, 1980
 BGH 23 november 1971, *NJW* 251
 BGH 14 maart 1972, *NJW* 1972, 1130
 BGH 11 juli 1972, *NJW* 1972, 2217
 BGH 3 juli 1973, *VersR* 1973, 1063
 BGH 8 november 1977, *VersR* 1978, 149
 BGH 21 december 1978, *NJW* 1979, 598
 BGH 12 juni 1979, *NJW* 1979, 2155
 BGH 18 maart 1980, *BGHZ* 76, 259
 BGH 8 juni 1982, *NJW* 1982, 2864
 BGH 8 februari 1983, *NJW* 1983, 1425
 BGH 31 januari 1984, *NJW* 1984, 1405
 BGH 19 juni 1984, *NJW* 1984, 2520
 BGH 22 januari 1985, *NJW* 1985, 1460
 BGH 5 februari 1985, *NJW* 1985, 1390, nt. K.G. Deubner
 BGH 21 mei 1985, *NJW* 1985, 2757
 BGH 1 oktober 1985, *VersR* 1986, 173
 BGH 15 oktober 1985, *NJW* 1986, 715, nt. H. Eckelmann en J.N. Bielefeld
 BGH 17 december 1985, *NJW* 1986, 984
 BGH 30 juni 1987, *BGHZ* 101, 215
 BGH 22 november 1988, *BGHZ* 106; *NJW* 1989, 766; *VersR* 1989, 188; *JZ* 1989, 344, comm. Grunsky
 BGH 4 april 1989, *NJW* 1989, 2317; *VersR* 1990, 715, comm. E. Deutsch en S. Schramm
 BGH 10 oktober 1989, *VersR* 1989, 127
 BGH 24 oktober 1989, *NJW* 1990, 1037
 BGH 10 oktober 1989, *VersR* 1989, 1273
 BHG 19 februari 1991, *NJW* 1991, 2340
 BGH 6 oktober 1992, *NJW* 1993, 124
 BGH 13 oktober 1992, *NJW* 1993, 781, nt. H.C.E. Deutsch
 BGH 9 november 1993, *BGHZ* 124, 52
 BGH 4 juni 1996, *NJW* 1996, 2646
 BGH 2 december 1997, *DAR* 1998, 38
 BGH 10 november 1998, *NJW* 1999, 421, *VersR* 1999, 253
 BGH 8 juni 1999, *NJW* 1999, 2819, *VersR* 1999, 1157
 BGH 16 januari 2001, VI ZR 381/99

BGH 14 juni 2005, *NJW* 2005, 2614
BGH 18 juli 2006, *NJW* 2006, 3268, *VersR* 2006, 1653
BGH 21 november 2006, *NJW* 2007, 506
BGH 22 mei 2007, *NJW* 2007, 2764, nt. Elsner en Hagen; *VersR* 2007, 1093

OLG Hamm 26 april 1972, *NJW* 1972, 1521
OLG Celle 24 april 1980, *VersR* 1981, 357
OLG Düsseldorf 19 februari 1981, *VersR* 1982, 881
OLG Hamburg 23 december 1983, *VersR* 1985, 646
OLG Köln 2 augustus 1991, *VersR* 1992, 506
OLG Hamm 22 februari 2001, *NZV* 2002, 234
OLG Karlsruhe 22 december 2004, *VersR* 2006, p. 515
OLG Koblenz 3 maart 2005, *NJW-RR* 2005, 677
OLG Jena 31 maart 2005, *NJW-RR* 2005, 1566
OLG Nürnberg 24 mei 2005, 1 U 558/05
OLG Bamberg 28 juni 2005, *VersR* 2005, 1593
KG 17 oktober 2005, *VersR* 2006, 799
OLG Köln 18 december 2006, 16 U 40/06
OLG Celle 16 mei 2007, 14 U 166/06
OLG Celle 5 juni 2007, *Juris* 16 U 103/06
OLG Zweibrücken 13 november 2007, *NJW-RR* 2008, p. 620
OLG Oldenburg 6 februari 2008, *BeckRS* 2009, 17501
OLG 16 september 2010, 5 W 30/10

Engeland

Baker v. Bolton [1808] 170 E.R. 1033
Read v. The Great Eastern Railway Company [1868] Q.B. 555
Osborn v. Gillett (1872-73) L.R. 8 Ex. 88
Jackson v. Watson & Sons [1909] 2 K.B. 193 (CA)
Berry v. Humm [1915] 1 K.B. 627
Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika [1917] A.C. 38
Brandon v. Osborne Garrett and company [1924] 1 K.B. 548
Hambrook v. Stokes Brothers [1925] 1 K.B. 141
Haynes v. Harwood [1935] 1 K.B. 146
Roach v. Yates [1937] 3 All E.R. 442; [1938] 1 K.B. 256 (CA)
Hyvett v. Great Western Railway Company [1948] 1 K.B. 345
Best v. Samuel Fox & Co. Ltd 1952 WL 11800, [1952] A.C. 716; [1952] 2 All E.R. 394
Burgess v. Florence Nightingale Hospital for gentlewomen [1954] 1 Q.B. 349
Baker v. T.E. Hopkins & sons Ltd. [1959] 1 W.L.R. 966
Videan v. British Transport Commission [1963] 2 Q.B. 650
Maylon v. Plummer [1964] 1 Q.B. 349
Chadwick v. British Railways Board [1967] 1 W.L.R. 912
Haggart v. de Placido [1972] W.L.R. 716
Cunningham v. Harrison [1973] Q.B. 942; WL 39212 (CA (Civ Div)); [1973] 3 All E.R. 463; [1973] 3 W.L.R. 97
Donnelly v. Joyce 1973 WL 40409 (CA (Civ Div)); [1973] 3 All E.R. 475, [1973] 2 Lloyd's Rep. 130; [1973] 3 W.L.R. 514; [1974] Q.B. 454
Knightly v. Johns [1982] 1 W.L.R. 349
Adsett v. West [1983] 1 Q.B. 842 E
Daly v. General Steam Navigation [1981] 1 W.L.R. 120

Gammell v. Wilson [1982] A.C. 27
Mc Loughlin v. O'Brian [1983] 1 A.C. 410
Kralj v. Mc Grath and St Theresa's Hospital 1985 WL 311031
Housecroft v. Burnett [1986] 1 All E.R. 332 (CA)
Pritchard v. J.H. Cobden Ltd [1986] Fam. 22.
Smith v. Littlewoods Organisation Ltd [1987] A.C. 241
Roberts v. Johnstone [1988] 3 W.L.R. 1247; [1989] Q.B. 878; 1988 WL 623698 (CA (Civ Div))
Mills v. British Railway Engineering Limited 1991 WL 838065 (CA (Civ Div)); [1992] P.I.Q.R. 130
Alcock v. Chief Constable of S. Yorkshire [1992] 1 A.C. 310
Hicks v. Chief Constable of South Yorkshire [1992] P.I.Q.R. 433, 436
Hayden v. Hayden [1992] 1 W.L.R. 986
Stanley v. Saddique [1992] Q.B. 1
Nash v. Southmead Health Authority [1993] P.I.Q.R. Q156; 1992 WL 896939
Hunt v. Severs [1994] 2 A.C. 350, [1994] 2 W.L.R. 602
Sion v. Hampstead Health Authority [1994] 5 Med LR 170
Taylorson v. Schieldness Produce Ltd [1994] P.I.Q.R., p. 329
Fairhurst v. St Helens and Knowsley Health Authority [1995] P.I.Q.R. Q1; 1995 WL 1085061
Fitzgerald v. Ford [1996] P.I.Q.R. Q72
Page v. Smith [1996] 1 A.C. 155
Allin v. City and Hackney HA 1996 WL 1093480
AB v. Tameside and Glossop HA [1997] P.N.L.R. 140
Buckley v. Farrow & Buckley WL 1104078 (CA (Civ div)); [1997] P.I.Q.R. 78
Jolley v. London Borough of Sutton [1998] 1 Lloyd's Report. 443; 1997 WL 1103800 (Q.B.D.)
White and other resp. v. Chief Constable of South Yorkshire Police [1999] 2 A.C. 455
Martijn Willem Otto Biesheuvel v. Andrew Birrel, 1998 WL 1043504; [1999] P.I.Q.R. 40
McFarlane v. Tayside Health Board [2000] 2 A.C. 59
Cox v. Hockenhill [2000] W.L.R. 750
Greatorex v. Greatorex [2000] 1 W.L.R. 1970
Advocate General v. Blake [2001] 1 A.C. 284
Evans v. Pontypridd Roofing Ltd [2001] EWCA Civ. 1657; [2002] P.I.Q.R. Q5 (CA (Civ Div))
Farrel v. Avon HA 2001 WL 34034731
Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust [2001] EWCA Civ. 530
W. v. Essex CC [2001] 2 A.C. 592
Lowe v. Guise 2002 WL 45467 (CA (Civ Div)); [2002] 3 All E.R. 454
Barber v. Somerset CC [2004] 1 W.L.R. 1089
Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust [2004] 1 A.C. 309
Sowden v. Lodge [2004] EWCA Civ. 1370
Giambrone & Others v. JMC Holidays Ltd (formerly t/a Sunworld Holidays Ltd) [2004] 2 All E.R. 891; [2004] EWCA Civ. 158; 2004 WL 62186
Willbye v. Gibbons [2004] P.I.Q.R., p. 227 (CA)
Butchart v. Home Office [2006] 1 W.L.R. 1155
Iqbal v. Whipps Cross University Hospital NHS Trust [2006] EWHC 3111 (Q.B.); [2007] P.I.Q.R. Q5 (Q.B.D.)
A v. Powys WL 4368258 (Q.B.D.); [2007] EWHC 2996 (Q.B.D.)
Joseph Massey v. Tameside & Glossop Acute Services NHS Trust 2007 WL 631592; [2007] EWHC 317
Burton v. Kingsbury 2007 WL 2573903 (Q.B.D.)
Reader v. Molesworths Bright Clegg [2007] 1 W.L.R. 1082
Monck v. PC Harrington Ltd [2008] EWHC 1879 (Q.B.)
Grieves v. FT Everard & Sons [2008] 1 A.C. 281

Rothwell v. Chemical & Insulation Co Ltd [2008] A.C. 281

Thompson v. Arnold [2008] P.I.Q.R. P 1

Peter v. East Midlands SHA 2009 WL 392220

Tolley v. Carr [2010] EWHC 2191 (Q.B.), 80

Frankrijk

Crim., 20 februari 1863, S.1863.1.321, rapport Nougier

Req., 10 april 1922, *D.P.*1923.1.52, noot Lalou

Crim., 15 december 1923, *D.P.*1924.I.69

Req., 2 februari 1931, S.1931.1.123

Crim., 13 februari 1937 en Civ., 27 juli 1937, *D.P.*1938.I.5, noot Savatier

Civ., 27 juli 1937, *JCP* 1937.II.466, noot R. Dallant

Req., 9 juni 1941, *D.A.*1941.277

Crim. 3 november 1955, S.1956.89

Civ. 1^{er}, 20 december 1960, *D.*1961.141, noot Emein; S. 1961, 178

Civ. 1^{er}, 16 janvier 1962, *JCP* 1962.2.12557, noot Esmein

2^e Civ., 27 januari 1965, *D.* 965.619

Crim., 7 juli 1966, *JSP* 1967.14943, noot P.L.

2^e Civ., 16 februari 1967, *Bull. Civ. II*, nr. 77

Ch. Mixte, 27 februari 1970, *JCP* 1970.II.156395, concl. Lindon; *JCP* 1970.II.16305, obs.

Perlange; *RTD Civ.*, 1970, p. 353, obs. Durry; *D.*1970.201, noot Combaldieu; *Gaz. Pal.*

1970, 1, p. 163.

2^e Civ., 8 december 1971, *D.*1972, somm., p. 88

Civ. 1^{er}, 9 januari 1973, *D.*1973.553, noot C.J. Berr en H. Groutel

2^e Civ., 5 januari 1973, *Bull. Civ. II*, nr. 5 (71-13074); *D.* 1973, somm., p. 64; *RTD. Civ.*, 1973,

p. 774, obs. G. Durry

Crim., 23 januari 1975, *Bull. Crim.*, nr. 29, p. 78 (74-90276)

2^e Civ., 23 mei, 1977, *Bull. Civ. II*, nr. 139 (75-15627) ; *D.*1977.IR.441

Civ. 1^{er}, 23 november 1977, *Bull. Civ. I*, nr. 369 (76-14182)

2^e Civ., 13 december 1978, *Bull. Civ. II*, nr. 271 (77-13868); *RTD Civ.*, 1979, 613, obs. Durry

2^e Civ., 18 maart 1981, *Bull. Civ. II*, nr. 70 (79-15130); *D.*1981.IR.323, obs. Larroumet

Ass. Plén., 19 juni 1981, *Gaz. Pal.* 1981.2.529, noot Boré.

2^e Civ., 14 december 1981, *JCP* 1982.II.19874, obs. F. Chabas

2^e Civ., 12 november 1986, *Bull. Civ. II*, nr. 164 (85-14486)

Crim., 11 oktober 1988, *RTD Civ* 1989, p. 337, obs. G. Durry

2^e Civ., 21 juni 1989, *Bull. Civ II* 1989, nr. 133, p. 66

Cass. Ass. Plén., 2 februari 1990, *JCP II.*1990.21558, noot Y. Saint-Jours, *D.* 1992.49,

noot F. Chabas; *RTD Civ.* 1990, p. 294-296, obs. P. Jourdain

2^e Civ., 3 oktober 1990, *Resp. Civ. et Assur.*, 1990, nr. 398

2^e Civ., 27 februari 1991, *Resp. Civ. et Assur.*, 1991, nr. 173

Soc., 10 oktober 1991, *D.*1992.212

Crim., 5 december 1991, *Resp. Civ. et Assur.*, 1992, nr. 87

2^e Civ., 14 oktober 1992, *Bull. Civ. II*, nr. 239 (91-12695); *RTD Civ.* 1993, 144; *JCP IV.*3054

2^e Civ., 18 november 1992, *Resp. Civ. et Assur.* 1993, nr. 33

Civ. 1^{er}, 14 mei 1993, *D.*1993.247, noot J.E. Eschylle

Crim., 12 april 1994, *Bull. crim.* 1994, nr. 146 (93-82579)

2^e Civ., 16 november 1994, *Bull. Civ. II*, nr. 232 (93-11177)

2^e Civ., 8 februari 1995, *Bull. Civ. II*, nr. 47

2^e Civ., 3 mei 1995, *Resp. Civ. et Assur.* 1995, 224

2^e Civ., 8 november 1995, *D.*1996.360, noot D. Roets

- 2^e Civ., 16 april 1996, nr. 94-13613
 2^e Civ., 15 januari 1997, *D.1997.320*, noot Y. Saint-Jours
 2^e Civ., 15 januari 1997, *Bull. Civ. II*, nr. 13 (95-14580)
 2^e Civ., 19 februari 1997, *Resp. Civ. et Assur.* 1997, nr. 147
 2^e Civ., 19 maart 1997, *Bull. Civ. II* 1997, nr. 87 (94-21978)
 Civ. 1^{re}, 28 april 1998, *JCP* 1998.II.10088, rapp. P. Sargos
 2^e Civ., 4 mei 2000, *Resp. Civ. et Assur.* 2000, nr. 225
 2^e Civ., 11 oktober 2001, *Resp. Civ. Assur.* 2001, nr. 357
 Ass. plén., 28 november 2001, *Bull. A.P.* 2001, nr. 16 (00-14248); *Resp. civ. et Assur.* 2002, comm., nr. 20
 2^e Civ., 21 februari 2002, *Resp. Civ. Assur.* 2002, nr. 168
 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 26
 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. civ. et Assur.* 2003, nr. 33, p. 14; *JCP* 2003.IV.1018; *D.2002.3245*
 2^e Civ., 14 november 2002, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 33 (tweede arrest)
 2^e Civ., 5 juni 2003, *Resp. Civ. et Assur.* 2003, nr. 256; *JCP* 2003.IV.2343.
 2^e Civ., 23 oktober 2003, *Resp. Civ. et Assur.* 2004, nr. 25, noot H.G.
 Civ. 1^{er}, 28 oktober 2003, *Bull. Civ. I*, nr. 219; *RTD Civ.* 2004, p. 96; chron. P. Jourdain; *Resp. Civ. et Assur.* 2004, comm. 30, noot H. Groutel; *D.2004.233*, noot Delebecque
 Crim., 27 april 2004, *JCP* 2004.II.10157, noot L. Bore en J. De Salve de Bruneton
 Civ. 2^e, 8 juli 2004, *Bull. Civ. II*, nr. 391 (02-20199)
 2^e Civ., 8 juli 2004, *Resp. Civ. et Assur.* 2004, comm. 328, noot H. Groutel; *RTD Civ.* 2004, chron.739, P. Jourdain (02-14854)
 2^e Civ., 12 mei 2005 (01-16963), niet gepubliceerd, chron. P. Jourdain, *RTD Civ.* 2005, p. 786
 2^e Civ., 20 maart 2008, *Bull. Civ. II*, nr. 72 (07-15807^o, *Resp. Civ. et Assur.*, 2008, comm. 191, H. Groutel)
 1^{er} Civ., 16 april 2008, *Gaz. Pal.* 22 april 2008, nr. 113, p. 6
 Ass. Plén., 9 mei 2008 (twee arresten), *JCP* 2008, Actu, nr. 344
 Civ. 2^e, 9 april 2009, nr. 08-16424, *Petites affiches*, 14 april 2010, nr. 74, p. 16, noot E. Gallardo
 Crim., 16 november 2010, 09-87211
 2^e Civ., 28 april 2011, 10-17380
- C Lille, 28 maart 1962, *D.1962.431*, noot Le Roy
 C Rennes, 30 mei 1974, *D.1975*, somm., p. 104
 TGI Paris, 6 juli 1983, *D.1984.14*, obs. Y. Chartier
 T. Belfort, 25 juli 1995, *JCP* 1996.I.3903, nr. 3
 C Parijs (20^e Ch.) 26 januari 2000, *Resp. Civ. et Assur.* 2000, nr. 314, noot L. Grynbaum
 C Parijs (17^e Ch.), 8 januari 2001, in: J.-G. Moore, *Indemnisation du dommage corporel*, Gazette du Palais 2005, nr. 299, p. 193
 C. Parijs (17^e Ch.), 28 oktober 2002, in: Moore 2005, nr. 323, p. 218

Overig

Kroeker v. Jansen, 4 B.C.L.R. (3d) 178, [1995] 6 W.W.R. 5, 24 C.C.L.T. (2nd) 113, 123 D.L.R. (4th)

- EHRM 3 april 2001, no. 27229/95 (*Keenan v. The United Kingdom*)
 EHRM 10 mei 2001, no. 29392/95 (*Z and others v. The United Kingdom*)
 EHRM 14 maart 2002, no. 46477/99 (*Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom*)
 EHRM 30 november 2004, no. 48939/99 (*Öneryildiz v. Turkey*)
 EHRM 17 maart 2005, no. 50196/99 (*Bubbins v. The United Kingdom*)
 EHRM 31 mei 2007, no. 7510/04 (*Kontrová v. Slovakia*)

EHRM 7 juli 2009, no. 58447/00 (*Zavoloka c. Lettonie*)
EHRM 15 december 2009, no. 4314/02 (*Kalender c. Turquie*)
EHRM 17 december 2009, no. 4762/05 (*Mikayil Mammadov v. Turkey*)
EHRM 23 maart 2010, no. 4864/05 (*Oyal v. Turkey*)

Staatsblad en Kamerstukken

Staatsblad 1995, 691
Kamerstukken II 1998/99, 26 630, nr. 1
Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VI, nr. 70
Kamerstukken II 2004/05, 28 781, nr. 8
Kamerstukken II 2004/05, 28 781, nr. 62-3984 (stemmingen)
Kamerstukken I 2004/05, 28 781, nr. A
Staatsblad 2008, 199
Kamerstukken I 2008/09, 28 781, nr. 34
Kamerstukken I 2009/10, 28 781, m.-H
Kamerstukken I 2009/10, 28 781, H
Kamerstukken I 2009/10, 28 781, nr. 21
Kamerstukken I 2009/10, 28 781, nr. 23
Kamerstukken I 2009/10, 28 781, nr. 23-1014 (stemmingen)

Hansard 21 August 1846
Hansard, HL. Deb. 8 maart 1982, vol. 428

Internetsites

www.deletselschaderaad.nl
www.justice.gov.uk
www.djt.de

Losbladige uitgaven

Schadevergoeding (Lindenbergh en Deurvorst), art. 6:96 BW, aant. 161

TREFWOORDENREGISTER

A

aard van de onrechtmatige daad	205
abstracte schadevaststelling	30, 61, 101, 187
adequatieleer	58, 82
Administration of Justice Act 1982	78, 134, 213
affectieschade	12, 83, 228, 279, 280, 285, 290, 296, 301, 324, 330, 361
afgeleid vorderingsrecht	2, 9, 11, 48, 62, 63, 78, 93, 96, 111, 136, 150, 151, 156, 275, 339, 344, 353, 371
aggravated damages	76
autonome aansprakelijkheid	151, 219, 314, 339, 340, 375

B

behoefteigheidseis	165, 169, 185, 189
beweeglijk aansprakelijkheidsrecht	329, 391
bezoek (kosten van)	137, 140, 143, 156, 384

C

calculeerbaarheid	328
causaal element schadebegrip	29
claimcultuur	282, 325
Code de la procédure pénale	81
Code de la sécurité sociale	80
compensatie	280, 287, 293, 336, 340
compensatory damages	73
concrete schadevaststelling	31, 61, 183, 187, 215, 345
conditio sine qua non (feitelijk causaal verband)	43, 58, 71, 81
confrontatie-eis	228, 255, 275, 318
consortium (verlies van)	64, 77, 98, 113, 151, 186

D

derden (werkdefinitie)	35, 36, 38, 39
Differenzhypothese	26, 61
direct gekwetste (definitie)	33
Dogma von Gläubigersinteresse	62, 364

domino-effect	106, 253, 267, 325, 326
draagplicht aansprakelijke	102, 348, 349
Drittschadensliquidation	66, 366
dubbele redelijkheidstoets	47, 106, 107, 109, 136
duty of care	69, 77, 120, 225, 256
E	
eigen schuld	11, 48, 65, 78, 88, 223, 224, 226, 246, 265
erfenis (kosten van de afwikkeling van)	206, 219, 364, 372
erfgenaam	147, 209, 210, 212, 215
Erfolgsunrechtslehre	57
erkenning	280, 295
exclusief (systeem)	2, 9, 81, 92, 93, 158, 237, 312
exemplary damages (punitive damages)	75
F	
familieleven	55, 106, 157, 233, 289, 303, 356
Fatal Accidents Act 1846	92, 155
Fatal Accidents Act 1976	36, 78, 177, 195, 203, 214, 291, 309
floodgate-argument (stortvloed of waterval aan vorderingen)	46, 70, 102, 106, 134, 177, 254, 259, 327
fundamentele recht	27, 48, 303, 312, 377, 395
G	
genoegdoening	231, 280
gezinsleven	55, 91, 313, 360, 377, 382
gezinsplanning	54, 312, 360, 378
grondrecht	289, 303
H	
Handlungsunrechtslehre	57
herstel	47, 59, 110, 121, 140, 143, 146, 169, 216, 336, 357, 370, 378
huishoudelijke hulp	13, 129, 130, 133, 134, 185, 186, 192, 195, 197, 370, 384
hulpverlener	221, 222, 223, 225, 233, 251, 261, 386
hypothetisch element schadebegrip	29

I

informed consent	395
inkomensschade	44, 108, 109, 120, 122, 191, 311, 384
intérêt simple	84, 159, 182

J

juridische causaliteit	58, 71, 234
------------------------	-------------

K

keuzerecht	54, 107, 314, 319, 360, 378
------------	-----------------------------

L

lijkbezorging (kosten van)	199, 201, 203, 372
limitatief (systeem)	16, 17, 18, 48, 148, 151, 158, 281, 321, 327, 330, 331, 381
Loi Badinter juillet 1985	80, 88, 99

M

meetpunt	316
mensenrecht (zie fundamentele recht)	
mittelbar Geschädigte	35, 66, 317
moord	46, 301, 305

N

nabijheid (proximity)	70, 235, 256, 319, 390
nominal damages	75

O

onsmakelijke procespraktijken (of discussies)	237, 281, 295, 330, 381
oogmerk	13, 48, 301, 386
open norm	22, 63, 164, 277, 321, 329, 334

P

persoonlijkeheidsrecht	57, 81, 83, 288, 366, 375
persoonsaantasting op andere wijze	27, 54, 229, 284, 383
préjudice d'accompagnement	83, 91, 297

préjudice d'agrément	83
préjudice d'esthétique	83
preventie	152, 211, 287, 335, 351
primary victim	36, 257, 259
privaatrechtelijke handhaving	335
privéleven	57, 75, 83
profijtgedachte	60, 65, 97, 98, 113, 115, 123, 132, 168, 185, 194, 347
proportionele aansprakelijkheid	395
psychiatrisch erkend ziektebeeld	232, 247, 258
PTSS	237, 248, 273

R

recht op leven	151, 211, 289, 304
rechtshandhaving	239, 284, 336, 350
rechtszekerheid	5, 49, 149, 164, 169, 218, 253, 282, 321, 330, 333, 394
redelijkheid en billijkheid	70, 103, 110, 129, 133, 152, 166, 200, 281, 348, 385
regres	17, 41, 97
relativiteit	43, 72, 81, 228, 234, 345, 390
restitutionary damages	76

S

sachlichen Rechtswidrigkeitzusammenhang	350
secondary victim	36, 257, 258, 259
serieuze redelijkheidstoets	106, 356
shockschadevordering	14, 41, 228, 245, 256, 273
ricochet (slachtoffer par)	36, 39, 81, 84, 89, 99, 159, 216, 273
sommenverzekering	166
subsidiare handhaving	337, 338, 339, 340, 352, 369

T

Tatbestandprinzip	62, 151
-------------------	---------

U

unmittelbar Geschädigte	35, 59, 62, 245, 317
-------------------------	----------------------

V

vakantiedagen (verlies van)	138
vergelijkingselement schadebegrip	29
verlies van levensonderhoud (kosten van)	4, 6, 148, 151, 155, 160, 161, 206, 305, 364
verplaatste schade	7, 51, 78, 96, 97, 103, 136, 137, 344, 353, 369
verpleging (verzorging)	13, 101, 111, 115, 121, 212, 348, 370, 384
Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte	67
verwerking verdriet (kosten van)	206, 285
verzekeraarbaarheid	3, 28, 68, 106, 334, 375, 394
voordeelstoerekening	65, 166, 173
vrije tijd (verlies van)	30, 101, 105, 106, 129, 136, 187, 326, 348

W

werkgeversverhaal	12, 17, 33, 40, 354
willekeur	5, 49, 110, 149, 176, 236, 321
wrongful birth	53, 103, 107, 120, 128, 211, 301, 312, 327, 332, 356, 360, 380
wrongful life	53, 380

Z

zelfbeschikking	27, 48, 53, 55, 61, 285, 288, 366
zelfstandig vorderingsrecht	2, 63, 65, 77, 97, 151, 226
zuivere vermogensschade	16, 27, 56, 63, 69, 151, 318, 334, 357

CURRICULUM VITAE

Rianka Rijnhout is op 10 maart 1983 geboren in Lexmond. In 2004 behaalde zij haar bachelor rechten (cum laude) aan de Universiteit Utrecht en ter afronding van haar studie deed zij aldaar de tweejarige *legal research* onderzoeksmaster (cum laude, 2007). Tijdens haar studie zette Rianka zich in voor de Rechtswinkel Utrecht, liep zij stage bij het UMC Utrecht en bracht zij een half jaar door in Denemarken om te studeren aan de Universiteit van Kopenhagen.

In 2007 begon zij in Utrecht met het proefschriftonderzoek, waarvan u nu het resultaat in handen heeft. Gedurende haar aio-traject publiceerde zij verschillende artikelen over haar proefschriftonderwerp en besteedde zij een deel van haar onderzoekstijd aan onderwijs (de vakken gezondheidsrecht, verdieping aansprakelijkheidsrecht en begeleiding van (master)scriptiestudenten). Ook was zij enkele jaren redactie-secretaris van het *Tijdschrift voor Personenschade*. Sinds 2010 is Rianka medewerker van het tijdschrift *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade*.

Thans is zij als universitair docent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.

