

Kroniek Schadevergoedingsrecht 2012-2015

AV&S 2015/20

1. Inleiding

In de kronieken over het schadevergoedingsrecht van 2010 en 2012 is stilgestaan bij de ontwikkelingen binnen dit vakgebied. In deze kroniek wordt stilgestaan bij de ontwikkelingen binnen dit vakgebied in de periode tweede helft 2012-2015. De onderwerpen die de revue zullen passeren zijn achtereenvolgens: redelijke toerekening, proportionele aansprakelijkheid, abstracte schadevaststelling, smartengeld, schadevergoeding binnen strafzaken en de toenemende aandacht voor de herstelfunctie van het schadevergoedingsrecht. De meeste van deze onderwerpen zijn behandeld in eerdere kronieken en er zal dus zo nu en dan worden teruggesproken op materie die daarin is behandeld.

2. Proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans

2.1 Rechtspraak na Fortis/Bourgonje

Eind 2012 wijst de Hoge Raad twee arresten over proportionele aansprakelijkheid.² Het ene arrest behelst de vraag of op grond van de billijkheidscorrectie het schadevergoedingsbedrag hoger mag worden begroot dan dat waarvoor proportioneel aansprakelijkheid is gevestigd. Het andere arrest gaat over het onderscheid tussen de leer van proportionele aansprakelijkheid enerzijds en die van verlies van een kans anderzijds.

2.2 De billijkheidscorrectie en proportionele aansprakelijkheid

In het arrest *Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen Mij. NV/S. & L.* legt de Hoge Raad de kern van de proportionele aansprakelijkheid bloot.³ Dat deel waarvoor aansprakelijkheid proportioneel wordt gevestigd, vormt het maximum van de vergoeding. Vervolgens kan in de omvangsfase

het schadevergoedingsbedrag wel worden verlaagd. Een verhoging van de schadevergoeding kan niet plaatsvinden, ook niet als de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW daartoe aanleiding geeft.

De onduidelijkheid over de verhouding tussen proportionele aansprakelijkheid en de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW kon ontstaan doordat de Hoge Raad eerder als rechtvaardiging voor proportionele aansprakelijkheid de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan art. 6:99 en 6:101 BW noemde.⁴ De vraag die voorligt in *Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen Mij. NV/S. & L.* is of art. 6:101 BW rechtstreeks van toepassing is op de schatting die de rechter moet maken in het kader van de vestiging van proportionele aansprakelijkheid. De Hoge Raad oordeelt van niet:

“Indien met toepassing van de regel van proportionele aansprakelijkheid een percentage voor de vergoedingsplicht van de aansprakelijke persoon is bepaald, en vervolgens dat percentage op grond van een billijkheidscorrectie verhoogd zou worden, zou deze verhoging verder gaan dan door de regel van de proportionele aansprakelijkheid wordt gerechtvaardigd, en op gespannen voet staan met de in het arrest *Fortis/Bourgonje* bedoelde terughoudendheid.”⁵

Dat het schadevergoedingsbedrag niet hoger kan uitvallen, wordt verklaard door het gegeven dat proportionele aansprakelijkheid een oplossing biedt voor problemen die worden ervaren bij het vaststellen van het feitelijk causaal verband in de vestigingsfase.⁶ In het licht van de veroorzakingswaarschijnlijkheid wordt aansprakelijkheid gevestigd voor een deel van de schade.⁷ Als de rechter ruimte zou hebben om vanwege billijkheidsredenen tot een hoger bedrag te komen dan dat waartoe de veroorzakingswaarschijnlijkheid ruimte biedt, zouden partijen weer overgeleverd zijn aan, met de woorden van Hammerstein, ‘de intuïtie van de rechter.’⁸

De Hoge Raad overweegt dat het schadevergoedingsbedrag wel lager kan uitvallen dan het bedrag waarvoor (proportionele)

1 Mr. dr. Rianka Rijnhout is als Universitair Docent aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL)*, Universiteit Utrecht. Nathalie Steurrijs is als student-assistent verbonden aan UCALL. De definitieve versie van deze bijdrage is afgerond op 14 mei 2015. Citeerwijze: Mr. dr. R. Rijnhout & N. Steurrijs, ‘Kroniek Schadevergoedingsrecht 2012-2015’, *AV&S* 2015/20, afl. 4.

2 HR 14 december 2012, *NJ* 2013/236, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen Mij. NV/S. & L.*); HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*). In juni 2013 wees de Hoge Raad ook twee arresten waarin de proportionele aansprakelijkheid in geval van beroepsziekten aan de orde was: HR 7 juni 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BZ1717*, *RvdW* 2013/761 en HR 7 juni 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BZ1721*, *RvdW* 2013/762. Over deze arresten zie Chr.H. van Dijk en L.L. Veendrick, ‘Zorgplichtschendingen bij beroepsziekten; bewijsproblemen bij het causaal verband: de arbeidsrechtelijke omkeringsregel en het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid’, *TVP* 2013, p. 135-136; S. Sahtie, ‘De aansprakelijkheid van werkgevers voor beroepsziekten krachtens art. 7:658 BW: zijn de grenzen bereikt?’, *MvV* 2013, p. 327.

3 HR 14 december 2012, *NJ* 2013/236, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen Mij. NV/S. & L.*). Hierover ook o.a. T. Hartlief, ‘Proportionele aansprakelijkheid voor juristen en echte wetenschappers’, *NJB* 2013/239; M. Ouchene, ‘Geen toepassing van billijkheidscorrectie bij proportionele aansprakelijkheid’, *Bb* 2013/13.

4 HR 31 maart 2006, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*); HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*).

5 HR 14 december 2012, *NJ* 2013/236, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 4.3 (*Nationale Nederlanden Schadeverzekering Mij. NV/S.&L.*).

6 A-G A. Hammerstein, voor HR 14 december 2012, *NJ* 2013/236, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Nationale Nederlanden Schadeverzekering Mij. NV/S.&L.*), nr. 2.3.2.; A.G. Castermans en P.W. den Hollander, ‘Omgaan met onzekerheid’, *NTBR* 2013/21, p. 189-191 (hierna: Castermans en Den Hollander 2013); Chr.H. van Dijk, ‘Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven’, *TVP* 2013, p. 79 (hierna: Van Dijk 2013).

7 Emaus en Keirse betogen dat art. 6:101 BW als leidraad moet dienen voor de vaststelling van de veroorzakingswaarschijnlijkheid, J.M. Emaus en A.L. M. Keirse, ‘Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid’, *MvV* 2013, p. 129-137.

8 A-G A. Hammerstein, voor HR 14 december 2012, *NJ* 2013/236, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Nationale Nederlanden Schadeverzekering Mij. NV/S.&L.*), nr. 2.3.7. Zie ook nr. 2.3.2.-2.3.10.

aansprakelijkheid is gevestigd. In de omvangsfase kan op grond van art. 6:101 BW het bedrag worden verlaagd, mits sprake is van 'causale omstandigheden aan de zijde van de benadeelde die niet reeds verdisconteerd (konden) zijn in het kader van de proportionele aansprakelijkheid zelf.⁹ De Hoge Raad noemt het voorbeeld van iemand die enige tijd na een verkeersongeval ziek wordt. Als onduidelijk is wat de precieze oorzaak is van de ziekte (het ongeval of andere omstandigheden) en het ongeval mede veroorzaakt is door een verkeersfout van de benadeelde, zou die fout kunnen zorgen voor een verlaging van het schadevergoedingsbedrag wegens eigen schuld.

2.3 Verlies van een kans moet onderscheiden worden van proportionele aansprakelijkheid

In de zaak *Deloitte/Hassink* maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans.¹⁰ Dat dit onderscheid wordt gemaakt is op zich niet opmerkelijk, omdat beide theorieën al naast elkaar bestonden in het Nederlandse recht. Wat echter opmerkelijk is, is dat de Hoge Raad op basis van het door hem gemaakte onderscheid overweegt dat de proportionele aansprakelijkheid terughoudend moet worden toegepast, terwijl dat niet hoeft bij het toepassen van de theorie van verlies van een kans.¹¹ Alvorens op dit onderscheid in te gaan, zullen we kort de feiten schetsen van zowel *Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen Mij. NV/S. & L.* als *Deloitte/Hassink*.

In *Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen Mij. NV/S. & L.* is L. betrokken bij een verkeersongeval, waarvoor een andere weggebruiker, die verzekerd is bij Nationale Nederlanden, verantwoordelijk is. L. is op dat moment dertig weken zwanger. Bij het kind (S.) wordt enige maanden na de bevalling een hersenbeschadiging geconstateerd. Onduidelijk is echter of deze hersenbeschadiging wordt veroorzaakt door het verkeersongeval of door het *respiratory distress syndrome* dat kort na de bevalling bij S. is ontstaan, waardoor het kind een bloedtransfusie nodig had en beademd moest worden.

In *Deloitte/Hassink* doet zich een geheel andere situatie voor. Een belastingadviseur geeft een onjuist advies, onder andere door niet te wijzen op de mogelijkheden die de ruil-arresten zouden kunnen bieden voor een gunstiger fiscaal resultaat, voor een uit een maatschap tredende accountant. Onzeker is echter of de betreffende accountant een beroep had kunnen en willen doen op die mogelijkheden. Met andere woorden, er is een kans op succes verloren gegaan.

Als gezegd, wordt in *Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen S.&L.* proportionele aansprakelijkheid gevestigd en in *Deloitte/Hassink* past de rechter de theorie van verlies van een kans toe. In het laatstgenoemde arrest maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen beide theorieën. Dat is naar ons inzien opmerkelijk. Beide

theorieën bieden een andere juridisch technische oplossing voor hetzelfde probleem, namelijk dat het lastig om een *condicio sine qua non*-verband aan te tonen tussen de onrechtmatige daad (of toerekenbare tekortkoming) en de *uiteindelijke en feitelijke* gevolgen, of, zoals Van Dijk het verwoordt, de *definitieve schade*.¹² Beide arresten kunnen worden aangevlogen vanuit het causaliteitsprobleem of vanuit het schadeprobleem. Zo is in de casus *Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen Mij. NV/S. & L.* onduidelijk of de oorzaak van de hersenbeschadiging was gelegen in het verkeersongeval, of in het zuurstoftekort kort na de geboorte van S. In de casus *Deloitte/Hassink* is onduidelijk of het vermogensnadeel is veroorzaakt door het verkeerde advies van de belastingadviseur, of door de onduidelijkheid ten aanzien van de mogelijkheden die de ruil-arresten zouden kunnen bieden. Beide casus kunnen overigens ook vanuit het schadebegrip worden aangevlogen. In *Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen Mij. NV/S. & L.* zou gesteld kunnen worden dat S. een kans is verloren op een leven zonder hersenbeschadiging omdat haar moeder een verkeersongeval heeft gehad,¹³ en in *Deloitte/Hassink* dat de uitredende accountant door het niet geven van het advies een kans heeft verloren op een gunstiger fiscaal resultaat. De reden dat in beide zaken deze twee wegen bewandeld kunnen worden, is, zoals meerdere malen gesteld in de literatuur, dat schade een causaal begrip is.¹⁴

Toch lijkt er een verschil te bestaan tussen beide casus. Zoals Castermans en Den Hollander eerder betoogde, bestaan in de ene casus verschillende oorzaken onafhankelijk van elkaar, terwijl in de andere casus de oorzaken direct met elkaar samenhangen. In *Deloitte/Hassink* was immers het probleem dat door de beroepsfout van de adviseur, de accountant de keuze en daarmee de eventuele mogelijkheid is onthouden op een gunstiger fiscaal resultaat. Met de woorden van Castermans en Den Hollander: 'de tweede potentiële oorzaak ontleende zijn relevantie aan de eerste'.¹⁵ Dat is anders in *Nationale Nederlanden Schadeverzekeringen Mij. NV/S. & L.*, omdat het verkeersongeval in beginsel losstaat van de andere mogelijke oorzaak, te weten het ontstaan van het *respiratory distress syndrome*.

Dat dit onderscheid bestaat, doet echter wel de vraag rijzen of dit de uitkomst rechtvaardigt dat proportionele aansprakelijkheid terughoudend moet worden toegepast en verlies

9 HR 14 december 2012, NJ 2013/236, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 4.4 (*Nationale Nederlanden Schadeverzekering Mij. NV/S.&L.*).

10 HR 21 december 2012, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*).

11 Zie echter S.D. Lindenbergh in zijn noot voor HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/Hassink*), nr. 9. Lindenbergh betoogt dat uit de overwegingen van de Hoge Raad af te leiden valt dat de stap van het *condicio sine qua non*-vereiste tussen het advies en het kansverlies wel voldoende gemitoeerd genomen moet worden. Met andere woorden, voldoende aannemelijk moet zijn dat het advies zou zijn opgevolgd als het zou zijn gegeven.

12 Van Dijk 2013, p. 81. Vgl. o.a. A.J. Akkermans en Chr.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsrecht, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012/17 (hierna: Akkermans en Van Dijk 2012); Conclusie A-G J. Spier voor HR 21 december 2012, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/Hassink*), nr. 3.12.1. - 3.13. In andere zin zie M.F.E. Hillen, 'De Hoge Raad en het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en kansschade', *MvV* 2013, p. 125-126.

13 Vgl. Van Dijk die *Nefalit/Karamus* in de sleutel van verlies van een kans zet, Van Dijk 2013, p. 82.

14 Van Dijk 2013, p. 62, onder verwijzing naar A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (dissertatie Utrecht), Deventer: Uitgeversmaatschappij Kluwer 1965 (hierna: Bloembergen 1965), p. 14-15; Akkermans en Van Dijk 2012/17.

15 Castermans en Hollander 2013, p. 194. Vgl. C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14.1, par. 4.2. Klaassen legt het onderscheid zo uit, dat het 'kwestieus is of zonder de normovertreding de feitelijke situatie anders zou zijn geweest.'

van een kans niet of minder. Wij zijn daarvan niet overtuigd. Hoewel het onderscheid aan de hand van de casuïstiek en daarmee samenhangende juridische techniek gemaakt kan worden, is er nog geen rechtvaardiging genoemd die daarvan losstaat. Aangezien beide theorieën in wezen hetzelfde juridische obstakel proberen weg te nemen, zou duidelijk gemotiveerd moeten worden waarom het onderscheid wordt gemaakt. Die motivering ontbreekt nochtans.

3. De redelijke toerekening

Van de discussie over de arresten *Bremer/Hoogheemraadschap* en *Paans/Liander* is bekend dat de (Brunner-)factoren (art. 6:98 BW) niet altijd op dezelfde wijze worden geïnterpreteerd of onderling worden gewogen.¹⁶ Dat er verschil van mening kan bestaan over de verschillende wijzen van interpreteren of toepassen, blijkt des te meer uit het arrest dat de Hoge Raad eind 2014 wees in de zaak *Eiser/Saint-Gobain*.¹⁷

Een heftruckchauffeur breekt vier tenen door een bedrijfsongeval. Zijn voet wordt ingegipt. Het gips wordt ongeveer zes weken na het ongeval verwijderd. Op advies van de arboarts hervat de werknemer langzaam aan zijn werk. Na afloop van de dag waarop de werknemer weer op de heftruck heeft gewerkt, komt hij thuis en struikelt hij over zijn deurmat. Door het werk op de heftruck zou de werknemer last hebben gekregen van zijn voet, waardoor hij hiermee is gaan slepen. Ook voor het letsel dat door die valpartij is ontstaan, spreekt de werknemer zijn werkgever aan. Het hof stelt vast dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de schade en het eerste ongeval. De vordering wordt echter afgewezen, omdat het letsel redelijkerwijs niet kan worden toegerekend aan het bedrijfsongeval. Het knieletsel zou in een te ver verwijderd verband staan met het bedrijfsongeval en onvoorzienbaar zijn.¹⁸ Daar waar A-G Spier kritisch is over de 'proefballon' van de *causa-proxima* die is opgelaten door partijen en betoogt dat de overtreding van een veiligheidsnorm door de werkgever aanleiding geeft tot een ruime toerekening, wijdt de Hoge Raad geen overweging aan het juridische kader waarbinnen over de redelijke toerekening moet worden beslist, maar doet het arrest af op motiveringsklachten.¹⁹

In de literatuur wordt voor de beoordeling van de redelijke toerekening gewezen naar de factoren die Brunner noemde in 1981.²⁰ Hartlief is, via uitlatingen van zijn studenten, kritisch: 'Waarom wordt daar [in studieboeken, RR] nog altijd verwezen naar een rechtspraakanalyse uit 1981 waaraan hooguit latere rechtspraak als illustratie of voetnoot

is toegevoegd? Waarom hebben de Hoge Raad en doctrine de betekenis van de rechtspraak niet opnieuw doordacht en op een rijtje gezet?'²¹ Hartlief geeft vervolgens een eigen beslisschema, waarin hij een onderscheid maakt tussen gevolgen die 'normaal, typisch, in de lijn der verwachtingen' liggen, en gevolgen die 'abnormaal of buiten de lijn der verwachtingen' liggen.²² Toerekening van de tweede categorie van gevolgen verdient nadere rechtvaardiging, aldus Hartlief. Voorop staat dus de vraag of de gevolgen in de lijn der verwachtingen liggen.

Van der Kooij zet in zijn bijdrage over de redelijke toerekening echter de aard van de geschonden norm voorop. Bij schending van een veiligheidsnorm, waarvan in de onderliggende zaak sprake van is, vindt een ruime toerekening plaats, ook als de schade onvoorzienbaar was.²³ De aard van de normschending komt in het beslisschema van Hartlief pas terug zodra nadere rechtvaardiging nodig is voor toerekening van schade, omdat die niet in de lijn der verwachtingen ligt. Naar aanleiding van deze twee verschillende categorisering, rijst de vraag hoe het beslisschema er anno 2015 zou moeten uitzien.

In een eerdere kroniek is betoogd dat bij de weging van de verschillende factoren meer aandacht zou moeten uitgaan naar de functies van het schadevergoedingsrecht en de gewenste effecten daarvan.²⁴ Verschillende argumenten om tot een bepaalde uitkomst te komen kunnen expliciet worden genoemd, waardoor verhuld argumenteren wordt voorkomen. Dat neemt niet weg dat de weging van factoren op zich een uiterst onduidelijk proces is, terwijl er wel een behoefte bestaat aan houvast. Zoals Brunner al in 1981 stelde:

"De bevrijding van de causaliteitsvragen uit het dwangbuis van de adequate veroorzaking, heeft alleen goede zin, indien het criterium van de adequate veroorzaking niet vervangen wordt door een nog veel vager criterium dat alles aan het billijkheidsoordeel van de rechter overlaat, maar door de ontwikkeling van een aantal regels voor verschillende soorten van gevallen meer houvast en betere uitkomsten geeft."²⁵

Brunner noemt zijn deelregels in 1981, maar gebleken is dat ook zijn beslisschema leidt tot onduidelijkheden. Aan de behoefte aan duidelijkheid komt de Hoge Raad noch in eerdere uitspraken noch in de uitspraak *Eiser/Saint-Gobain* tegemoet. De eerste vraag is hoe we zeker weten dat een nieuw beslissysteem tot meer duidelijkheid leidt dan het beslisschema van Brunner zelf?²⁶ De tweede vraag is vervolgens wie vorm moet geven aan het beslisschema.

16 HR 25 maart 2011, NJ 2011/139 (*Bremer/Hoogheemraadschap Rijnland*); HR 29 april 2011, NJ 2011/191 (*Bouwcombinatie en Paans/Liander*), JA 2011/109, m.nt. D.M. Gouweloos.

17 HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895, NJ 2014/429 (*Eiser/Saint-Gobain*).

18 Hof Den Bosch 18 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2629, JA 2013/145, m.nt. J.S. Overes.

19 Conclusie A-G Spier voor HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895, NJ 2014/429 (*Eiser/Saint-Gobain*), nr. 5.8.1.-5.9.2. en HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895, NJ 2014/429, r.o. 3.6.2.-3.6.4 (*Eiser/Saint-Gobain*).

20 C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade (I)', WPNR 1981, p. 210 e.v. (hierna: Brunner 1981).

21 T. Hartlief, 'Een vak apart', NJB 2014/2108.

22 T. Hartlief, 'Een vak apart', NJB 2014/2108.

23 Noot D.A. van der Kooij bij HR 3 oktober 2014, JA 2015/15 (*Eiser/Saint-Gobain*).

24 R. Rijnhout, 'Kroniek Schadevergoedingsrecht', AV&S 2012/15.

25 Brunner 1981, p. 212.

26 Als dit nieuwe schema wordt ontwikkeld zou het interessant zijn als aandacht wordt besteed aan de invloed van het eigen nalaten van de benadeelde moet meewegen in het kader van de redelijke toerekening. Zie o.a. HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1403, JA 2014/1, m.nt. S. Colsen.

4. Concrete en abstracte schadevaststelling

4.1 *Uitgangspunten: concrete schadevaststelling en schade behelst een vermindering in iets*

Het uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht is concrete schadevaststelling. Voor die schadevaststelling wordt altijd een vergelijking gemaakt. Het hangt af van de context welke vergelijking gemaakt moet worden, maar er moet altijd een 'minder' zijn in vergelijking met een 'meer'.²⁷ Bovendien moet er sprake zijn van, zoals Lindenbergh het verwoordt, een vermindering in 'iets'.²⁸ De concrete schadevaststelling en 'vermindering in iets' stonden centraal in het arrest dat de Hoge Raad wees op 11 januari 2013 (*Griffioen/De Groot*).²⁹

Griffioen en De Groot sluiten een ruilvereenkomst ten aanzien van twee percelen grond. Griffioen wil het perceel van De Groot gaan gebruiken voor zijn boomkwekerij, waardoor de bestemming van het perceel van De Groot moet worden veranderd van 'gras' in 'sierteelt'. Ten aanzien van die wijziging is een ontbindende voorwaarde opgenomen in de overeenkomst. Tussen Griffioen en De Groot is in eerste instantie debat ontstaan over of Griffioen op tijd een beroep heeft gedaan op deze voorwaarde. De Groot legt daarom conservatoir leveringsbeslag, en de rechtbank oordeelt vervolgens dat Griffioen gehouden is om mee te werken aan de levering. Griffioen moet daartoe onder andere werkzaamheden aan het perceel uitvoeren die zijn overeengekomen tussen beide partijen. Het hof vernietigt vervolgens de uitspraak, en oordeelt dat De Groot de schade moet vergoeden op te maken bij staat. Deze uitspraak is van 16 april 2006. Op 28 augustus 2007 heeft Griffioen ten behoeve van de Staat een kwalitatieve verplichting op zich genomen om een gedeelte van zijn perceel niet meer te gebruiken voor landbouw, maar voor (grof gezegd) 'natuurlijk grasland'.

In eerste en tweede instantie van de schadestaatprocedure wordt gediscussieerd over de hoogte van de schadevergoeding. In cassatie staat de vraag centraal of vergoeding geboden moet worden voor de kosten van het terugbrengen van het perceel van Griffioen in de *oude toestand*, of slechts voor een gedeelte daarvan.

Het oordeel van de Hoge Raad valt in twee delen uiteen. De Hoge Raad stelt als eerste de concrete wijze van schadevaststelling voorop, en overweegt vervolgens:

"Als die vergelijking echter aan het licht brengt dat de nieuwe toestand voor de partij die schadevergoeding verlangt geen achteruitgang (waaronder mede te verstaan: waardevermindering en vermindering van exploitatiemogelijkheden) van een haar toebehorende zaak) inhoudt ten opzichte van de oude, en die partij er geen rechtens te respecteren belang bij heeft dat de oude toestand wordt hersteld, kan de rechter zonder

enige rechtsregel te schenden tot het oordeel komen dat er geen vermogensschade is geleden en op die grond de vordering tot vergoeding van de kosten van herstel in de oude toestand afwijzen."³⁰

Kortom, Griffioen lijdt geen schade, omdat geen sprake is van een achteruitgang, een waardevermindering, of een vermindering van exploitatiemogelijkheden, en deze partij heeft bovendien geen rechtens te respecteren belang bij herstel in de oude toestand. Er is geen sprake van een 'minder in iets'.

Dat er geen sprake is van een vermindering in iets wordt echter, naar ons inzien, vooral veroorzaakt doordat Griffioen na de uitspraak van het hof een kwalitatieve verplichting op zich heeft genomen om het perceel gedeeltelijk niet terug te brengen in de oude toestand. Die omstandigheid doet zich echter pas voor na het moment waarop de 'schade' is ontstaan. De Hoge Raad oordeelt daarover dat hoewel schade in beginsel dient te worden berekend naar het moment waarop deze wordt geleden, gebeurtenissen van latere datum kunnen meebrengen dat de benadeelde zijn aanspraak beperkt en 'uit gebeurtenissen van latere datum soms gevolgtrekkingen [kunnen] worden gemaakt met betrekking tot de situatie die bestond op het tijdstip waarop de schade werd geleden'.³¹

De vraag is echter in welke situaties en onder welke omstandigheden gebeurtenissen die zich voordoen na het ontstaan van de schade mogen doorwerken in de vaststelling van de (uiteindelijke) schade. Daarover rept de Hoge Raad niet. De verklaring is waarschijnlijk dat Griffioen zelf de keuze heeft gemaakt om, nadat zekerheid is verkregen over het lot van het perceel, de toezegging te doen aan de Staat om een deel daarvan niet te herstellen in de oude toestand.

4.2 *Abstracte schadevaststelling bij autoschade*

De Hoge Raad houdt in het arrest *Athlon/Reaal* vast aan abstracte schadevaststelling in geval van autoschade.³² De schade moet worden begroot ter hoogte van de naar objectieve maatstaven berekende herstelkosten, ook als in een concrete zaak de kosten lager uitvallen.³³ In deze zaak laat lessor Athlon een auto repareren die is beschadigd bij een auto-ongeval, waarvoor een verzekerde van Reaal aansprakelijk is. De herstelkosten worden vastgesteld op basis van het Audatex-systeem. Dit berekeningssysteem is vastgesteld door de branchevereniging en gaat uit van een genormeerd systeem van schadevaststelling. Er wordt gewerkt met op

30 HR 11 januari 2013, NJ 2013/48, r.o. 3.6 (*Griffioen/De Groot*).

31 HR 11 januari 2013, NJ 2013/48, r.o. 3.7 (*Griffioen/De Groot*).

32 HR 26 oktober 2012, NJ 2013/219, m.nt. M.M. van Mendel. Over abstracte schadevaststelling in (veel) bredere context zie S.D. Lindenbergh en A.Ch.H. Franken, *Abstracte schadeberekening*, Deventer: Kluwer 2013.

33 Van Velsen wijst er overigens op dat verzekeraars – zo ook Reaal – eenzelfde voordeel genieten als hun verzekerden hun autoschade laten herstellen. Eén van de bedrijven waarmee de stichting Schadedegarant (samenwerkingsverband verzekeraars) afspraken heeft over kortingen, is het bedrijf waarmee Athlon een prijsafsprake had. Nu sprake is van een WA-situatie ontvangt niet Reaal het voordeel, maar Athlon, aldus F.J. van Velsen in zijn noot bij HR 26 oktober 2012, NJ 2013/219, m.nt. M.M. van Mendel, AV&S 2013/8.

27 Bloembergen 1965, p. 16-17. Hierover recentelijk S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen deel 1* (Mon. BW nr. B34), Deventer: Kluwer 2014/33.

28 Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW nr. B34) 2014/33.

29 HR 11 januari 2013, NJ 2013/48.

het automerk afgestemde standaardprijzen voor de te vervangen onderdelen en met een standaardtijdsduur voor de te verrichten reparaties. In deze concrete zaak heeft Athlon echter een korting van 15% op de gehanteerde uurtarieven kunnen bedingen. De vergoeding die wordt gevorderd op basis van het Audatex-systeem is dus hoger dan de door Athlon in het concrete geval geleden schade. Reaal vordert daarom vermindering van het schadevergoedingsbedrag en een verbod voor Athlon om in de toekomst een hoger schadevergoedingsbedrag te vorderen dan dat zij verschuldigd is aan het betreffende autoherstelbedrijf.

De Hoge Raad verwerpt het beroep van Reaal en houdt vast aan abstracte schadevaststelling bij zaaksbeschadiging:

“De aard van zodanige schade rechtvaardigt dat de rechter bij het begroten daarvan in beginsel abstraheert van de omstandigheden die de bijzondere situatie van de benadeelde eigenaar betreffen. Met het oog op de hanteerbaarheid van de schadeberekening bij zaakschade dient terughoudendheid betracht te worden met het aanvaarden van uitzonderingen op het voormelde uitgangspunt.”³⁴

De Hoge Raad noemt een aantal redenen voor abstracte schadevaststelling bij autoschade. Ten eerste komen dit type schade veel voor in de praktijk, waardoor vlotte afwikkeling naar uniforme maatstaven is vereist. Die uniforme maatstaven zijn neergelegd in het Audatex-systeem dat is ontwikkeld door de branchevereniging. Toelaten van uitzonderingen op die standaardisering zou een ‘onzeker element in de schadeberekening brengen’ en dat zou ‘afbreuk doen aan de snelle, eenvoudige en uniforme afwikkeling die juist bij dit soort zaakschades wenselijk is (...)’. Verder zou het toelaten van deze uitzondering leiden tot discussies over het toelaten van andere uitzonderingen; en dat is volgens de Hoge Raad niet wenselijk. De Hoge Raad geeft wel aan dat de betrokken marktpartijen binnen de gestandaardiseerde berekeningsstelsel aparte categorieën kunnen opnemen over kortingen.

Kortom, bij autoschade wordt de schade abstract vastgesteld.³⁵ Die abstracte schadeberekening bevordert de vlotte afwikkeling van de zaak en voorkomt discussie.

Hartlief stelt zichzelf de terechte vraag of deze wijze van vlotte afwikkeling niet ook in personenschadezaken geïntroduceerd zou moeten worden.³⁶ Tot op zekere hoogte wordt in die zaken gewerkt met gestandaardiseerde systemen, zoals de richtlijnen van De Letselschade Raad of de smartengeldgids, maar de schadeposten die in de praktijk ook tot veel discussie leiden (zoals verlies van arbeidsvermogen) zijn (nog) niet genormeerd.

34 HR 26 oktober 2012, NJ 2013/219, m.nt. M.M. van Mendel, r.o. 3.6.1 (*Athlon/Reaal*).

35 Hierover M. Oudenaarden, ‘Schadevaststelling bij zaakschade: volledig abstract of soms toch (een beetje) concreet?’, *MvV* 2013, p. 37-45.

36 T. Hartlief, ‘Recht doen met abstracte schadebegroting’, *NJB* 2013/87, 3007.

4.3 *Begroting van de schade op basis van de winst na Doerga/Stichting Ymere*

Ingevolge art. 6:104 BW heeft de rechter de discretionaire bevoegdheid om in gevallen waarin de omvang van de schade moeilijk bepaald kan worden deze te begroten op de winst die de aangesprokene heeft behaald met de onrechtmatige daad of de wanprestatie. In de vorige kroniek zijn de arresten *Doerga/Ymere* en *Setel/AVR* van 18 juni 2010 uitgebreid aan bod gekomen.³⁷ In deze arresten heeft de Hoge Raad maatstaven gegeven aan de hand waarvan een beroep op art. 6:104 BW beoordeeld dient te worden.³⁸

In de jaren na deze uitspraken is een beroep gedaan op art. 6:104 BW, vooral in zaken waarin het feitencomplex vrijwel gelijk was aan dat van *Doerga/Ymere*. Een sociale huurstaking kreeg in deze zaak te maken met illegale onderverhuur. Art. 6:104 BW werd als middel ingezet tot compensatie en (wellicht) ook als middel tot preventie van onderverhuur. Dat de maatstaven van de Hoge Raad uit dat arrest doorgedrongen zijn tot de lagere rechters blijkt uit verschillende uitspraken. De Rechtbank Den Haag, de Rechtbank Midden-Nederland en het Hof Amsterdam verwijzen in zaken over illegale onderverhuur allemaal expliciet naar *Doerga/Ymere*.³⁹ Daarnaast blijkt uit een arrest van het Hof Amsterdam dat de rechter de rechtspraak als zo vaststaand en duidelijk beschouwt dat een voorschot op grond van art. 6:104 BW in een illegale onderhuur-zaak wordt toegewezen.⁴⁰ Ook in een tussenvonnis in een zaak waar de huurder zijn sociale huurwoning (behoudens te leveren tegenbewijs) had gebruikt als huisartsenpraktijkruimte zag het Hof Amsterdam een begroting van de schade op grond van art. 6:104 BW voor de hand liggend dat hij deze begroting al bij het tussenvonnis maakte.⁴¹

In procedures betreffende illegale onderverhuur wordt art. 6:104 BW sinds *Doerga/Ymere* dus op de wijze die de Hoge Raad (waarschijnlijk) voor ogen had toegepast. Uit die rechtspraak blijkt echter ook dat er knelpunten zijn bij de toepassing van dit arrest en art. 6:104 BW. Het voornaamste probleem zit hem in het vaststellen van het feit dat er winst is gemaakt door de aangesprokene. Als er geen winst is gemaakt kan art. 6:104 BW immers niet toegepast worden. Dit deed zich voor in een zaak voor de Rechtbank Midden-Nederland. De kern van dit geschil was dat de aangesprokene een hennepplantage had in zijn huurwoning. De woningbouwstichting vroeg de rechter haar schade te begroten op de winst die de aangesprokene had behaald met het exploiteren van deze hennepplantage. De kantonrechter besloot in dit geval geen gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid die art. 6:104 BW biedt, omdat onvoldoende duidelijk was geworden hoeveel de hennepoogsten zouden hebben opgebracht en of dit in verhouding stond met investeringen die de aangesprokene in dat verband zou

37 R. Rijnhout, ‘Kroniek Schadevergoedingsrecht’, *AV&S* 2010/29, p. 234-235.

38 HR 18 juni 2010, LJN BM0893 (*Doerga/Stichting Ymere*); HR 18 juni 2010, LJN BL9662 (*Setel/AVR*).

39 Rb. Den Haag 16 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3506; Rb. Utrecht 28 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW0572, r.o. 3.7; Hof Amsterdam 28 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:222, r.o. 3.4.4.

40 Hof Amsterdam 7 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2507.

41 Hof Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2856.

hebben gedaan. Dat de woningbouwstichting verwees naar rapporten van het Openbaar Ministerie waarin vrij nauwkeurig werd geschat dat er drie oogsten waren geweest van ongeveer 55 planten, deed hier niet aan af.⁴² Ook in een zaak voor de Rechtbank Zeeland-West-Brabant kwam het winstbegrip aan de orde. In deze zaak was er sprake van illegale onderverhuur, maar was de huur die de onderhuurder de onderverhuurder betaalde lager dan de huur die onderverhuurder de woningbouwstichting verschuldigd was. De rechtbank oordeelde dat er daarom geen sprake was van winst.⁴³

Een ander heikel punt blijft de vaststelling van het bestaan van schade. In gevallen waar art. 6:104 BW op van toepassing is hoeft het bestaan van schade slechts aannemelijk te worden gemaakt. Juist deze 'aannemelijkheid' brengt moeilijkheden met zich mee. In zaken over illegale onderverhuur, heeft de Hoge Raad in *Doerga/Ymere* aangegeven, dat het bestaan van schade voor een sociale verhuurder aannemelijk is, maar in andere gevallen bestaat onduidelijkheid. Het Hof Den Haag behandelde een zaak waarin er sprake was van illegale onderverhuur, maar een particuliere verhuurder die daar hoogstwaarschijnlijk geen last van had. Het oordeel was dan ook dat het bestaan van schade niet aannemelijk was, waardoor er geen grond bestond voor toepassing van art. 6:104 BW.⁴⁴

4.4 Zorgschade van naasten: van abstract naar concreet?

Via art. 6:107 BW kunnen naasten vergoeding vorderen voor de zorg die vrijwillig is geboden aan het letselschadeslachtoffer, ook als zij daardoor alleen vrije tijd verliezen.⁴⁵ Als de verzorging gepaard gaat met inkomensverlies, dan ontvangt de naaste daarvoor in beginsel geen vergoeding.⁴⁶ In mei 2014 legde de wetgever echter het Wetsontwerp schadevergoeding voor zorg- en affectieschade voor ter consultatie.⁴⁷ In het kader van de zorgkosten wil de wetgever, kort gezegd, een vergoedingsmogelijkheid introduceren voor de *redelijke zorgkosten* van naasten. Op het eerste gezicht lijkt deze toevoeging geen verband te houden met de *concrete* zorgkosten van naasten. Wat echter niet direct blijkt uit de voorgestelde wettekst, maar wel uit de Memorie van Toelichting, is dat deze schade ook het inkomensverlies en het verlies van vakantiedagen (hierna gezamenlijk aangeduid met 'inkomensverlies') van naasten behelst, voor zover dit

verlies samenhangt met een vermindering van arbeidsuren ten behoeve van de zorg voor het letselschadeslachtoffer.⁴⁸ Hoewel het gaat over concreet inkomensverlies van naasten, wordt in de Memorie van Toelichting gesteld dat deze schade beschouwd moet worden als schade van het directe slachtoffer.⁴⁹ Naasten kunnen daardoor hun inkomensverlies alleen als 'verplaatste schade van de gekwetste' vergoed krijgen.⁵⁰ De reden voor deze keuze is dat het slachtoffer daardoor 'de regie [houdt] over de wijze waarop hij zijn zorg regelt'.⁵¹ Volgens de wetgever is het belangrijk dat het slachtoffer de regie houdt over het schadevergoedingsbedrag, omdat zich altijd niet voorziene of niet gewenste levenswendingen, zoals een scheiding of overlijden van de naaste, kunnen voordoen waardoor onzeker wordt aan wie het bedrag toekomt.⁵² Via de vordering van de direct gekwetste (zijn zorgschade) zouden de concrete kosten van naasten moeten worden vergoed.

Onduidelijk is of dit deel van het wetsontwerp de eindstreep gaat halen. In de literatuur zijn bezwaren genoemd. Die bezwaren betreffen niet het idee om een concrete vergoeding voor zorgkosten te bieden op zich, maar hebben vooral betrekking op (praktische) bezwaren tegen de wijze waarop de regeling is vormgegeven. Denk hierbij aan de onduidelijkheid over de juridische positie van de naaste ten opzichte van de gekwetste.^{53,54} Als, zoals Van, Blok en Van Schoonhoven stellen (namens de Vereniging van Advocaten van Slachtoffers van Personenschade), het zo is dat er een 'een arbeids-overeenkomst of daarmee vergelijkbare rechtsverhouding' ontstaat, dan bestaat ten eerste de mogelijkheid dat de vergoeding van de verzorgende naaste wordt aangemerkt als inkomsten in de zin van box 1.⁵⁵ Een deel van de schadevergoeding zou dan moeten worden afgedragen aan de fiscus. De tweede consequentie is dat daarmee moet worden voldaan aan rechten die de werknemer heeft, zoals ontslagbescherming.⁵⁶ Een oplossing zou zijn om in de wet op te nemen dat de naaste geen werknemer wordt. Die oplossing heeft echter als neveneffect dat de naaste daarmee geen recht heeft op WW-uitkering als de verzorging stopt, bijvoorbeeld door overlijden van de gekwetste.⁵⁷ Kremer, directeur van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars, toont zich voorstander, maar stelt dat er ondui-

42 Rb. Utrecht 7 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU8738, r.o. 3.5.

43 Rb. Breda 10 maart 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:LBL7229, r.o. 3.18 en 3.19.

44 Hof Den Haag 13 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1774.

45 HR 6 juni 2003, NJ 2003/504, m.nt. J.B.M. Vranken; NTBR 2004, p. 47, m.nt. E.F.D. Engelhard (*Krüter*); HR 5 december 2008, NJ 2009/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Stichting Ziekenhuis Rijnstate/Reuvers*). Zie ook HR 28 mei 1999, NJ 1999/564, m.nt. A.R. Bloembergen; NTBR 1999, p. 227, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Johanna Kruidhof*). Delen van deze paragraaf zijn afkomstig uit R. Rijnhout, 'Consultatievoorstel vergoeding voor zorg- en affectieschade: twee, of zelfs drie stappen vooruit? Over de vergoeding voor zorgkosten van naasten en nabestaanden', NTBR 2014/39, p. 321-330 (hierna: Rijnhout 2014).

46 Hierover o.a. S.D. Lindenbergh, 'Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak', TVP 2006, p. 108; R. Rijnhout, 'Vergoeding voor huishoudelijke hulp door naasten: een overkoepelende analyse van art. 6:107 en 108 BW', AV&S 2009/25, p. 182-183 (hierna: Rijnhout 2009).

47 Zie www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstel_zorg_en_affectieschade.

48 Memorie van Toelichting, Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van schade door letsel en overlijden te verruimen, p. 4, 17, te vinden via www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstel_zorg_en_affectieschade (hierna: MvT Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade).

49 Eerder in deze zin C.C. van Dam, 'De ouders van Joost', VR 2001, p. 8.

50 MvT Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade, p. 16.

51 MvT Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade, p. 4.

52 MvT Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade, p. 4-5.

53 A.J. Verheij, 'Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid', VR 2014, p. 221 (hierna: Verheij 2014).

54 Verheij 2014, p. 221.

55 A.J. Van, A.H. Blok en J.L. van Schoonhoven, 'Het Consultatievoorstel: goed, maar nog niet perfect', TVP 2014, p. 128 (hierna: Van, Blok en Schoonhoven 2014).

56 Van, Blok en Schoonhoven 2014, p. 128.

57 Van, Blok en Schoonhoven 2014, p. 128-129.

delijkheid bestaat over de grens tussen ernstig en minder ernstig letsel. Nadere afbakening zou nodig zijn om discussies in letselschadezaken te voorkomen.⁵⁸ Verder zou meer duidelijkheid moeten komen over periodiek afwickelen respectievelijk via een lumpsum. Ook is duidelijkheid gewenst over de hoogte van de vergoeding van inkomensverlies. Moet worden uitgegaan van het bruto- of nettosalaris? Daarnaast werpt Kremer de vraag op wat er moet gebeuren als de verzorger arbeidsongeschikt wordt. Voorts, wie 'loopt het risico als de naaste zijn zorgtaak beëindigt', en vervolgens geen werk meer kan vinden?⁵⁹ Volgens Kremer hebben verzekeraars niet alleen bezwaren tegen de hoge transactiekosten van het voorgestelde systeem, maar ook vanwege de onvoorspelbaarheid van het aantal vorderingen dat ingediend zal gaan worden.⁶⁰

In de literatuur worden vooral praktische argumenten tegen de vormgeving van de huidige regeling genoemd. De genoemde bezwaren zijn belangrijke, omdat een regeling in de praktijk wel het gewenste effect moet hebben. Maar niet vergeten moet worden dat er ook belangrijke principiële argumenten voor vergoeding van inkomensschade zijn genoemd, zoals rechtsgelijkheid (in vergelijking met *wrongful birth*- en (zo lijkt⁶¹) overlijdensschadezaken) en de wens om daadwerkelijk keuzevrijheid te geven aan gekwetsten om zich te laten verzorgen door naasten.⁶²

5. Smartengeld

5.1 *Smartengeld in geval van letsel: slachtoffer ligt in coma*

In 2003 wees de Hoge Raad een arrest over vergoeding voor immateriële schade van een slachtoffer dat in comateuze toestand verkeert.⁶³ De vraag die naar aanleiding van dat arrest nog beantwoording behoeft, was of voor toekenning van een smartengeldbedrag aan iemand die in coma ligt relevant is of diegene bij bewustzijn is of is geweest.⁶⁴ De Rechtbank Midden-Nederland wees in 2013 vonnis in een zaak waarin die vraag beantwoord moest worden.⁶⁵ Het slachtoffer ligt sinds een eenzijdig auto-ongeval (oktober 2003) in coma. Uit het deskundigenbericht blijkt dat geen sprake is van enig bewustzijn, het slachtoffer in vegetatieve

staat verkeert en de kans op ontwaken nihil is. De verzekeringsmaatschappij van de bestuurder heeft aansprakelijkheid erkend. De vraag is echter of het slachtoffer een smartengeldbedrag moet ontvangen.

De rechtbank oordeelt dat bewustzijn niet geldt als voorwaarde voor toekenning van een smartengeldbedrag aan een comateus slachtoffer, en onderbouwt die beslissing als volgt:

“Voor de beantwoording van deze vraag dient voorop gesteld te worden dat het aansprakelijkheidsrecht in de kern tot doel heeft het handhaven van een aanspraak van een benadeelde partij met als uitgangspunt het verschaffen van volledige vergoeding van de schade die de benadeelde lijdt als gevolg van de fout waarop de aanspraak rust. Het schadevergoedingsrecht is in de kern herstelrecht. Het heeft tot doel om het verlies dat de benadeelde treft te compenseren, doorgaans met geld waarvan het bedrag in evenwicht is met het verlies. Naast handhaving van een aanspraak en compensatie van verlies ligt aan het aansprakelijkheidsrecht, althans dat gedeelte daarvan dat zich met personenschade bezig houdt, de gedachte ten grondslag dat het slachtoffer bescherming behoeft.”⁶⁶

De rechtbank doet een beroep op de handhavende functie van het aansprakelijkheidsrecht en het daarmee samenhangende recht op volledige schadevergoeding. In het kader van de toewijzing van een smartengeldbedrag is het doel om het slachtoffer 'een compensatie te verschaffen in geld waarvan de omvang in evenwicht is met de aantasting', aldus de rechtbank.⁶⁷ De rechtbank wijst daarnaast op de genoegdoeningsfunctie van het smartengeldartikel, de menselijke waardigheid en het daarmee verband houdende gelijkheidsbeginsel.⁶⁸ Alles in samenhang gezien, oordeelt de rechtbank dat een vergoeding voor immateriële schade moet worden geboden.

Bethlehem is kritisch over deze uitspraak. Zij betoogt kort gezegd dat de vergoedingsfunctie en genoegdoeningsfunctie juist geen rechtvaardiging bieden voor toekenning van een smartengeldbedrag aan iemand die niet bij bewustzijn is gekomen. Er zou geen sprake zijn van (subjectief) geleden schade en iemand die niet bij bewustzijn is, kan geen erkenning of genoegdoening ervaren, aldus Bethlehem.⁶⁹ Zij is kritisch over de rechtshandhavingfunctie, waarbij de rechtbank aansluiting zoekt, omdat deze functie geen concreet nadeel vereist; de enkele rechtsschending zou een voldoende zijn voor een vergoeding voor immateriële schade.⁷⁰ Ter onderbouwing hiervan stelt Bethlehem dat uit hoofde van deze functie evengoed een smartengeldbedrag zou moeten worden toegekend aan een slachtoffer dat direct overlijdt ten gevolge van bijvoorbeeld een ongeval, terwijl dat niet het geval is naar Nederlands recht.

58 F.Th. Kremer, 'Affectieschade en zorgschade; een (on)mogelijk duo?', *TVP* 2014, p. 131 (hierna: Kremer 2014).

59 Kremer 2014, p. 131.

60 Kremer 2014, p. 132.

61 R. Rijnhout, 'Consultatievoorstel vergoeding voor zorg- en affectieschade', *NTBR* 2014/39, p. 321-330.

62 MvT Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade, p. 2 en 4. Zie ook in positieve zin over dit voorstel o.a. S.D. Lindenberg, 'Op weg naar meer erkenning van naasten', *WPNR* 2014/7032 (hierna: Lindenberg 2014); Rijnhout 2014; M.R. Heblj, I. van der Zalm, E.S. Engelhard, 'Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten', *AA* 2015, p. 96-97.

63 HR 20 september 2002, *NJ* 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken.

64 Zie hierover o.a. noot J.B.M. Vranken onder HR 20 september 2002, *NJ* 2004/112; C. Klaassen, 'Wat niet weet, wat niet deert? Of toch wel een beetje?', in: T. Hartlief en S.D. Lindenberg (red.), *Tien penne streken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, met name p. 135-145; S.D. Lindenberg, *Smartengeld 10 jaar later*, Deventer: Kluwer, p. 26-28.

65 Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0813, r.o. 4.15. Over deze uitspraak zie o.a. noot van R.M.J.T. van Dort, *JA* 2010/117; S.M.E. van Beurden, *JA* 2013/54.

66 Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0813, r.o. 4.15.

67 Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0813, r.o. 4.16 (citaat)-4.17.

68 Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0813, r.o. 4.17.

69 B.I. Bethlehem, 'Smartengeld zonder bewuste smart', *TVP* 2013, p. 58 (hierna: Bethlehem 2013).

70 Bethlehem 2013, p. 58.

Kottenhagen weerlegt dit argument door te wijzen op hetgeen Tjittes eerder stelde: de menselijke waardigheid dwingt tot de conclusie dat enige tijd doorleven zonder of met verminderd bewustzijn erger is dan de onmiddellijke dood.⁷¹ Daaraan moet worden toegevoegd dat iemand die is overleden geen rechtssubjectiviteit meer heeft, en dus geen recht op schadevergoeding meer toekomt. Iemand die in coma ligt, heeft die rechtssubjectiviteit nog wel.

De Rechtbank Midden-Nederland geeft in deze zaak een objectieve interpretatie van het begrip 'schade'; niet het concreet gevoelde immateriële nadeel staat voorop, maar het bereiken van een evenwicht, of het herstel tussen het verlies en de compensatie. Wij kunnen instemmen met deze uitkomst. Daarbij moet onderkend worden dat wij wel voorstanders zijn van het idee van rechtshandhaving.⁷² Bovendien hechten wij aan de gelijke behandeling van slachtoffers die zich in vergelijkbare situaties bevinden. Daarbij is wat ons betreft irrelevant of het slachtoffer bij bewustzijn is geweest of niet.

5.2 Smartengeld in geval van geestelijk letsel: shockschadevordering

Als het slachtoffer geen lichamelijk letsel heeft, wordt krachtens art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW slechts een smartengeldbedrag toegekend als sprake is van een persoonsaantasting op andere wijze. In beginsel is daarvan alleen sprake als de benadeelde een geestelijke stoornis heeft die ernstig genoeg is om als zodanig gekwalificeerd te worden.⁷³ Dit vereiste heeft een duidelijke rol van betekenis gekregen in shockschadezaken. In het onderstaande wordt aandacht besteed aan twee (uitzonderlijke?) zaken.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden deed in 2014 uitspraak in de zaak *Bradaric*.⁷⁴ In deze zaak staat de vraag centraal of is voldaan aan het confrontatievereiste. De lijn in de rechtspraak lijkt nu zo te zijn dat de naaste of nabestaande op de plek van het ongeval aanwezig moet zijn geweest of de nasleep moet hebben meegemaakt, bijvoorbeeld omdat het slachtoffer nog aanwezig was of diens aanwezigheid nog kon worden waargenomen (bloedsporen).⁷⁵ Vanuit juridisch perspectief is dat vereiste nadelig voor bijvoorbeeld naasten

die niet op de plek van het delict mochten komen, omdat die was afgezet voor forensisch onderzoek.⁷⁶ De uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden in de zaak *Bradaric*, waarin haar ouders vergoeding vorderen voor hun materiële en immateriële schade, wijkt van deze lijn af.⁷⁷ Bradaric is vermoord door verbranding. Haar ouders hebben haar moeten identificeren aan de hand van verkooldde kledingresten en sieraden. Haar lichaam hebben zij niet meer mogen zien, omdat dat te gruwelijk verminkt was. Via de media zijn de ouders voortdurend geconfronteerd met de gebeurtenis. Via de strafzaak hebben zij kennisgenomen van de details van de moord en hebben zij foto's gezien. Alles in samenhang bezien, levert volgens het hof een directe confrontatie met het ongeval op.⁷⁸

Van der Zalm stelt dat deze uitspraak zich onderscheidt van die in eerste aanleg in die zin dat 'tot aan de uitspraak van het hof niet duidelijk lijkt te zijn geweest dat de ouders reeds enkele uren na de moord geconfronteerd waren met de verkooldde kledingresten en sieraden'.⁷⁹ Zij betoogt dat deze uitspraak past in de lijn van andere shockschadezaken, maar noemt het vereiste van de directe confrontatie wel 'een grijs gebied'.

Hoewel in de praktijk nog wel eens – ook door lagere rechters – een ruime uitleg wordt gegeven aan het confrontatievereiste, schetste de Hoge Raad in het *Vilt*-arrest een lijn waarlangs rechters zouden moeten beslissen: aanwezigheid bij het ongeval of de directe nasleep daarvan. Wij kunnen ons daarom niet aan de indruk onttrekken dat die lijn desondanks in geringe mate lijkt te worden verlegd, omdat de ouders van Bradaric niet op de plek van het delict zijn geconfronteerd met haar lichaam of met resten daarvan. Dat doet overigens niets af aan de waardering die wij hebben voor de uitspraak van het hof, hier is (wederom) recht gedaan.⁸⁰

De tweede shockschadezaak die aandacht behoeft, is de uitspraak in de zaak *vader Vaatstra*.⁸¹ De dochter van Vaatstra is verkracht, verminkt en vermoord. Ondanks dat hem werd geadviseerd niet ter plaatse te komen, is hij naar haar toe gegaan en heeft hij haar lichaam vastgehouden. De dader is pas ruim dertien jaar na de moord geïdentificeerd en na bijna veertien jaar veroordeeld. Vader Vaatstra heeft geestelijk letsel en vordert vergoeding voor zijn materiële en immateriële schade.⁸² In de uitspraak neemt de rechtbank twee belangrijke beslissingen. Ten eerste wordt geweigerd vast te

71 R.J.P. Kottenhagen, 'Smartengeld voor een comateus slachtoffer', *L&S* 2013, p. 12.

72 Zie hierover uitgebreider een van de eerdere kronieken over het schadevergoedingsrecht, R. Rijnhout, 'Kroniek Schadevergoedingsrecht', *AV&S* 2010/29, p. 227 e.v.

73 Parl. Gesch. Boek 6, p. 389. Zie bijv. recentelijk Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7075 (geen smartengeldbedrag voor leed van een vader veroorzaakt door fouten van Bureau Jeugdzorg).

74 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9440, *JA* 2015/42, m.nt. I. van der Zalm.

75 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:418, *JA* 2014/64 (geen confrontatie omdat ouders geleidelijk op de hoogte zijn geraakt van het misbruik van hun kinderen); Rb. Midden-Nederland 24 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7326 (geen confrontatie omdat ouders niet bij de plek van delict zijn geweest, enkel in mortuarium gezien); Rb. Limburg 28 januari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:708 (geen confrontatie); Rb. Gelderland 29 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:520 (directe confrontatie, Facebook-moord); Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2713, *JA* 2014/62 (vordering afgewezen); Rb. Linburg 24 november 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:10063 (niet aanwezig op plaats delict en dus geen confrontatie).

76 Rb. Midden-Nederland 24 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7326.

77 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9440, *JA* 2015/42, m.nt. I. van der Zalm.

78 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9440, r.o. 4.5, *JA* 2015/42, m.nt. I. van der Zalm.

79 Noot I. van der Zalm bij Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9440, *JA* 2015/42, nr. 4. Zie bijv. R. Rijnhout en I. Giesen, 'Rechterlijke "on gehoorzaamheid" en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock- en affectieschade keren?', *WPNR* 2011, p. 35-37 (hierna: Rijnhout en Giesen 2011). Beide auteurs waren het eens met de uitspraak van de Rechtbank Arnhem.

80 Zie eerder Rijnhout en Giesen 2011.

81 Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507, *JA* 2015/43, m.nt. M.R. Hebly.

82 Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507, *JA* 2015/43, m.nt. M.R. Hebly.

stellen welk deel van de schade wordt veroorzaakt door het verdriet en welk deel door de confrontatie. De rechtbank overweegt:

“In situaties als de onderhavige kan niet verlangd worden dat met mathematische zekerheid wordt aangetoond dat de schade alleen maar het gevolg is van de confrontatie en niet (ook) van het verdriet of het geestelijk letsel door de moord. Los daarvan heeft te gelden dat in deze zaak shockschade en affectieschade zo door elkaar heen lopen dat deze afweging ook niet (op realistische wijze) schattenderwijs kan worden gemaakt.”⁸³

Met de beslissing om geen ‘mathematische zekerheid’ te verkrijgen over de oorzaak van het letsel, geeft de rechtbank gehoor aan de kritiek die op dit onderscheid is geuit vanuit de (klinische) psychologie; dit onderscheid kan in de praktijk niet worden gemaakt.⁸⁴ De gevolgen van het geestelijke letsel worden volledig toegerekend aan de dader.

De tweede belangrijke beslissing betreft die ten aanzien van het eigen schuld-verweer dat is gevoerd, omdat vader Vaatstra naar het lijk van zijn dochter toe is gegaan. Hoewel de rechtbank een strikt juridische argumentatie had kunnen volgen via de billijkheidscorrectie, doet zij dat niet. Een beroep op eigen schuld in dit type situaties gaat ‘volledig voorbij (...) aan datgene wat redelijkerwijs verwacht mag worden van een vader op zoek naar zijn vermiste dochter’.⁸⁵ De uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland komt met deze twee overwegingen over als rechtvaardig en realistisch.

De *Vilt*-zaak lijkt niet het houvast te bieden die daarmee werd beoogd, of – voorzichtig gezegd – biedt niet de zekerheid die de Hoge Raad beoogde. Het loont in sommige zaken om te procederen. Hierdoor rijzen verschillende vragen. Is het sentiment in de lagere rechtspraak te groot om in dit type zaken iets te doen? Moet de Hoge Raad terugkomen op zijn rol in dit type zaken, zeker nu duidelijk is geworden dat Den Haag zich niet gaat bezighouden met het leerstuk shockschade?⁸⁶

5.3 *Smartengeld in geval van de schending van het recht op een eerlijk proces door overschrijding van de redelijke termijn*

In beginsel moet sprake zijn van lichamelijk of geestelijk letsel alvorens een smartengeldbedrag krachtens art. 6:106 lid 1 onder b BW wordt toegekend. Deze regel lijdt uitzondering in het licht van de ‘bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer’.⁸⁷ Afgezien van de introductie van deze open norm heeft de civiele kamer van de Hoge Raad in 2014 uitspraak gedaan over de toekenning van een smartengeldbedrag bij schending van art. 6 EVRM.⁸⁸

Art. 6 lid 1 EVRM brengt met zich mee dat de gerechtelijke procedures binnen een ‘redelijke termijn’ afgedaan dienen te worden. Het EHRM oordeelde al in 2006 dat overschrijding van de redelijke termijn leidt tot spanning en frustratie en dat die overschrijding dus een grondslag kan opleveren voor de toekenning van een smartengeldbedrag.⁸⁹ Algemene uitgangspunten voor overschrijding van de redelijke termijn in Nederlandse belastingzaken en bestuursrechtzaken kunnen worden gevonden in een arrest van de Hoge Raad uit 2005.⁹⁰ Hierin heeft hij onder meer bepaald dat de redelijke termijn in dergelijke zaken voor beroep in eerste aanleg (met inbegrip van de bezwaarfase) twee jaar is. Voor hoger beroep is de termijn opnieuw twee jaar.⁹¹ In het bestuursrecht is de mogelijkheid geschapen de vordering in te dienen binnen het lopende proces. De Staat wordt daartoe opgeroepen in het geding.

Toewijzing van een vergoeding voor immateriële schade wegens overschrijding van de redelijke termijn heeft er langer over gedaan om zijn weg te vinden binnen het civiele proces. Op 28 maart 2014 wees de Hoge Raad een arrest in een onteigeningszaak. In deze zaak werd naast schadeloosstelling voor het vervallen van een erfdiensbaarheid door een onteigening ook gevraagd om schadevergoeding wegens de lange duur van de procedure.⁹² Met een verwijzing naar de jurisprudentie van het EHRM en het bestuursrecht oordeelde de Hoge Raad dat ook in civiele procedures de mogelijkheid moet bestaan schadevergoeding te vorderen na overschrijding van de redelijke termijn. Deze vordering

83 Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507, r.o. 6.3.2, JA 2015/43, m.nt. M.R. Hebly.

84 Zie recentelijk E.F.D. Engelhard en I.M. Engelhard, ‘Schokschade’, in: W.H. van Boom et al, *Capita Civilologie Handboek voor empirie en privaatrecht*, Den Haag: Bju 2013, p. 530-531. De mathematische zekerheid over de oorzaak van de schade wordt wel gezocht door het Hof Den Bosch, zo blijkt uit zijn uitspraak van 26 augustus 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:2964). In deze zaak zijn al vier vonnissen en zes tussenarresten geweest. Op 26 augustus 2014 gaf het hof aan dat de medische deskundige als getuige wordt opgeroepen, zodat uitgezocht kan worden welk deel van de schade wordt veroorzaakt door de medische fout en welk deel door het verdriet. Kritisch hierover zijn R. Rijnhout, ‘Een “nieuwe” weg voor volledige schadevergoeding voor derden in personenschadezaken’, *TVP* 2012, p. 119-125 en R.P. Wijne in haar noot bij Hof ‘s-Hertogenbosch 26 augustus 2014, JA 2014/120.

85 Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507, r.o. 6.4, JA 2015, 43, m.nt. M.R. Hebly.

86 Zie reeds Rijnhout en Giesen 2011, p. 37. Aan de shockschadeproblematiek wordt geen aandacht besteed in de Memorie van Toelichting.

87 Zo overwoog de Hoge Raad in algemene zin, in HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, NJ 2012/410; JA 2012/147, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Blauwe Oog*). Hierover recentelijk in een brede context I. Giesen, ‘Herstel als er (juridisch) geen schade is: “integriteitsschade”’, in: E.C. Huijsmans en M. van der Weij (red.), *Schade en herstel*, Kenniscentrum Milieu en Gezondheid ‘s-Hertogenbosch, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 43-68 (hierna: Giesen 2014).

88 HR 28 maart 2014, NJB 2014/731.

89 EHRM 29 maart 2006, ECLI:NL:XX:2006:AX7382 (*Riccardi Pizzati/Italië*).

90 Hoewel belastingzaken buiten het bereik van art. 6 EVRM vallen, oordeelde de Hoge Raad dat het beginsel van een eerlijk proces binnen een redelijke termijn een beslissing te nemen ook bestaat in onze nationale rechtsorde, los van art. 6 EVRM. De Hoge Raad stelt dat immers in zowel belastingzaken en bestuursrechtzaken art. 8:73 Awb van toepassing is. HR 10 juni 2011, BNB 2011/233, r.o. 3.3.2-3.3.3; HR 10 juni 2011, BNB 2011/232, r.o. 3.3.1.

91 HR 22 april 2005, BNB 2005/337, r.o. 4.1-4.6.

92 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser.

moet echter, volgens de Hoge Raad, niet binnen het lopende geding aan de orde komen. Er moet een afzonderlijke procedure worden ingesteld tegen de Staat. De Staat is immers geen partij in de lopende procedure. De Hoge Raad geeft aan dat er mede in het licht van het recht op een *effective remedy* van art. 13 EVRM, voor deze procedure geen griffierechten worden geheven.⁹³ Voor de hoogte van de toe te kennen vergoedingen zoekt de Hoge Raad aansluiting bij het bestuursrecht: € 500 per half jaar overschrijding van de redelijke termijn, naar boven afgerond. Welke termijn redelijk is, dient volgens de Hoge Raad echter niet bepaald te worden aan de hand van de strakke bestuursrechtelijke maatstaven, maar aan de hand van:

“de omstandigheden van het concrete geval, hetgeen betekent dat mede rekening wordt gehouden met de aard, de ingewikkeldheid en het belang van de zaak en met het (procedeer)gedrag van partijen. Gelet wordt op de totale duur van berechting maar ook onaanvaardbaar lange perioden van tussentijdse inactiviteit kunnen overschrijding van de redelijke termijn meebrengen.”⁹⁴

Hierbij dient geen rekening gehouden te worden met kwesties die verband houden met de organisatie van de rechterlijke macht. De Hoge Raad ontleent deze maatstaven aan de jurisprudentie van het EHRM. Wel geeft hij aan dat een zeer lange duur van de procedure aanleiding kan geven voor het vermoeden dat aan deze maatstaven is voldaan, behoudens door de Staat te leveren tegenbewijs.⁹⁵

Met dit arrest heeft de vergoeding voor immateriële schade wegens overschrijding van de redelijke termijn in het civiele proces zijn intrede gedaan. In annotaties is aandacht besteed aan de vraag of de afzonderlijke procedure nu wel of geen *effective remedy* is. Waarnemend advocaat-generaal, Van Oven, was van mening dat het, om een *effective remedy* te geven, het beste was om aansluiting te zoeken bij het bestuursrecht en de Staat dus ook binnen civiele procedures op te (laten) roepen in het geding.⁹⁶ Asser is echter van mening dat de Hoge Raad overtuigende argumenten geeft voor de instelling van de aparte procedure. Hij hecht veel waarde aan het feit dat een schadevergoedingsactie tegen de Staat in een lopende procedure veel (extra) vertraging met zich mee zou brengen. De afzonderlijke procedure is volgens hem snel en eenvoudig; ‘de schadevergoeding wordt forfaitair berekend en bovendien op zo’n laag bedrag gesteld dat de bevoegdheidsgrens van de kantonrechter meestal niet zal worden overschreden’⁹⁷ Met Van Kessel zijn wij echter van mening dat het nog maar de vraag is of de afzonder-

lijke procedure voldoet aan de vereisten van een *effective remedy*. Met name de snelheid waarmee een dergelijke procedure zal worden afgehandeld is onzeker.⁹⁸

De vergoeding van immateriële schade voor de schending van het recht op een eerlijk proces wegens de overschrijding van een redelijke termijn is duidelijk ingegeven door rechtspraak van het EHRM. In zijn rechtspraak lijkt het EHRM de nadruk te leggen op vergoeding voor immateriële schade, en minder op die voor materiële schade. Zo is in de literatuur eerder aandacht uitgegaan naar de verhouding tussen het recht op leven van nabestaanden in de zin van art. 2 EVRM en de onmogelijkheid om naar Nederlands recht een vergoeding voor affectieschade te ontvangen.⁹⁹ Meer recent is door Hendriks gewezen op de schending van art. 8 EVRM in de context van de gezondheidszorg en het recht op informatie in dat verband.¹⁰⁰ Gijsselaar, Rijnhout en Emaus wezen ook op de mogelijkheden die het EVRM biedt voor de inwoners van de risicogebieden in Groningen.¹⁰¹ Alles overziend, kunnen wij ons niet aan de indruk onttrekken dat deze thema's slechts het topje van de ijsberg betreffen van datgene waarvoor het EHRM smartengeldbedragen toekent. Nadere bestudering van rechtspraak van het EHRM is daarom noodzakelijk.

5.4 *Affectieschade respectievelijk het verlies van een vaderfiguur*

In paragraaf 4.4. is reeds aandacht besteed aan het Wetsontwerp schadevergoeding voor zorg- en affectieschade. Met dit ontwerp is de wetgever voornemens om wederom een poging te doen affectieschade als vergoedbare schadepost te introduceren in het Burgerlijk Wetboek.¹⁰² Die vergoeding zou niet alleen bij overlijden van de gekwetste moeten worden geboden, maar ook indien het slachtoffer ernstig en blijvend letsel heeft.¹⁰³ De kring van gerechtigden op vergoeding voor affectieschade staat limitatief omschreven en bestaat uit:

- a. de echtgenoot of geregistreerd partner;
- b. ‘de levensgezel van de gekwetste, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert’;

98 L.C.W.M. van Kessel in haar noot bij HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525, NTBR 2014/32, nr. 8.

99 Zie o.a. C.P.J. Wijnakker, ‘Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk’, VR 2010, p. 313-315; J.M. Emaus en R. Rijnhout, ‘Naasten, fundamentele rechten en het Nederlandse limitatief en exclusief werkende artikel 6:108 BW: één probleem, twee perspectieven’, TVP 2013, p. 108-119.

100 A.C. Hendriks, ‘Kroniek rechtspraak rechten van de mens’, TvGR 2014, p. 563-565.

101 E.C. Gijsselaar, R. Rijnhout en J.M. Emaus, ‘Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM’, AA 2014, p. 801-813.

102 MvT, Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade, p. 1, 5-7 en 18-25. Gedeeltes van deze paragraaf zijn reeds verschenen in R. Rijnhout, ‘Het Consultatievoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade: een beschrijving’, TVP 2014, p. 123-124.

103 De term ‘ernstig en blijvend letsel’ wordt niet gedefinieerd bij wet. In de Memorie van Toelichting staan wel verschillende factoren genoemd die gewogen moeten worden bij de oordeelsvorming daaromtrent, MvT, Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade, p. 18-19.

93 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, r.o. 3.16.3-3.16.4, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser.

94 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, r.o. 3.16.4, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser.

95 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, r.o. 3.16.4, NJ 2014/525, m.nt. P.C.E. van Wijmen en W.D.H. Asser.

96 Conclusie A-G Van Oven voor HR 28 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2013:1102, nr. 4.45.

97 W.D.H. Asser in zijn noot na HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, NJ 2014/525, nr. 8.

- c. de ouder;
- d. het kind;
- e. 'degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft';
- f. 'degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft'.¹⁰⁴

Ten gunste van personen die een nauwe persoonlijke relatie hebben met de gekwetste of overledene, maar die niet vallen binnen één van de categorieën die zijn genoemd in het bovenstaande, wordt een uitzondering gemaakt door de introductie van een hardheidsclausule.¹⁰⁵ Niet alleen de kring van gerechtigden is bepaald bij wet, maar ook de schadevergoedingsbedragen zijn genormeerd. Deze bedragen worden vastgesteld bij AMvB¹⁰⁶ en variëren van € 12.500 tot € 20.000.¹⁰⁷ Verder staat in het wetsontwerp te lezen dat de vordering van het slachtoffer in rangorde voorgaat op die van naasten. Mocht de aansprakelijke partij dus onvoldoende solvabel zijn om beide vorderingen te voldoen, dan gaat de vordering van de gekwetste voor op die van de naasten.¹⁰⁸ Ten slotte werkt de eigen schuld van de direct gekwetste door in de hoogte van het schadevergoedingsbedrag voor affectieschade.¹⁰⁹

In de literatuur is zeer positief gereageerd op deze nieuwe poging van de wetgever.¹¹⁰ Opvallend is dat zowel aan de zijde van de belangenbehartigers als aan die van de verzekeraars, wordt aangedrongen op de introductie van deze schadepost in het Nederlandse recht. Wij sluiten ons daarbij aan. Op die manier zou erkenning geboden worden voor het leed dat naasten en nabestaanden is aangedaan; sluit Nederland zich aan bij de meerderheid van de Europese rechtsstelsels; en wordt het onderscheid weggenomen dat thans bestaat tussen naasten die een beroep toekomen op art. 2 EVRM en slachtoffers die dat niet kunnen, omdat de aansprakelijke partij geen overheidsorgaan is.¹¹¹ Het wetsvoorstel is echter nog niet ingediend in de Tweede Kamer en de parlementaire discussie daarover moet nog worden gevoerd. In de tussentijd kan weinig erkenning voor het leed van naasten worden geboden. De creatieve uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 18 december 2013 verdient daarom wellicht navolging.¹¹²

104 Zie het voorgestelde art. 6:107 lid 2 en 6:108 lid 4. In het voorgestelde art. 6:108 lid 4 is de term 'gekwetste' vervangen door 'overledene'.

105 Zie het voorgestelde art. 6:107 lid 2, onder g, en 6:108 lid 4 onder g.

106 MvT, Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade, p. 7.

107 Zie tabel, MvT, Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade, p. 21-22.

108 MvT, Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade, p. 23.

109 Zeer kritisch hierover is Verheij 2014, p. 224-225.

110 J.M. Emaus, 'Recht op vergoeding van affectieschade', *L&S* 2014, p. 3; A.J. Verheij, 'Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid', *VR* 2014, p. 222-225; T. Hartlief, 'Beperkte kring van gerechtigden onder vuur', *NJB* 2014/1270; Lindenberg 2014; Kremer 2014, p. 130-131; Van, Blok en Van Schoonhoven 2014, p. 128; Hebly, Van der Zalm en Engelhard 2015, met name p. 98-99.

111 Zie hierover recentelijk Hebly, Van der Zalm en Engelhard 2015, p. 98-99.

112 ECLI:NL:RBROT:2013:10164, *NJF* 2014/121.

Hoewel de feiten van deze zaak onderbelicht worden in de einduitspraak, wordt helder dat een echtgenoot, tevens vader van twee kinderen, door messteken om het leven is gekomen. De echtgenote en de twee kinderen dienen een schadevergoedingsvordering in. Opvallend is de toewijzing van een smartengeldbedrag aan de dochter. Zij heeft geen geestelijk letsel, waardoor haar shockschadevordering wordt afgewezen. Desondanks ontvangt zij een smartengeldbedrag. De Rechtbank Rotterdam rechtvaardigt deze uitkomst als volgt:

"[Van een, RR & NS] aantasting in de persoon, zoals bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW kan echter ook sprake zijn zonder geestelijk letsel. Zoals de deskundige opmerkt heeft het wegvallen van de vaderfiguur voor beide kinderen nadelige gevolgen voor hun ontwikkeling en zelfvertrouwen. Beide kinderen moeten hun vader missen en hun moeder heeft ernstige psychisch letsel bekomen (...). Ook dat laatste zal weerslag hebben op de ontwikkeling van de kinderen."

De rechtbank vindt in het systeem van art. 6:106 lid 1 aanhef onder b BW een opening om een smartengeldbedrag toe te wijzen, terwijl geen sprake is van geestelijk letsel. Dit type vordering is – voor zover wij dat kunnen overzien – nog niet eerder ingediend. De verklaring daarvoor is dat het leed van nabestaanden meestal in verband wordt gebracht met affectieschade en dat is geen schadepost naar Nederlands recht. Betwijfeld kan worden of deze uitspraak in conformiteit is met het idee dat de wetgever voor ogen stond bij de introductie van art. 6:106 BW.¹¹³ Desondanks past deze uitkomst naar ons inzien bij het idee dat bij bijzonder ernstige normschendingen met bijzonder ernstige gevolgen een smartengeldbedrag wordt toegekend, ook als geen sprake is van geestelijk letsel.¹¹⁴

5.5 De hoogte en de vaststelling van de smartengeldbedragen revised?

Er is veel aandacht voor de vaststelling van smartengeldbedragen. De belangstelling gaat uit naar zowel de wijze van begroten als de hoogte van de smartengeldbedragen. Ten aanzien van de begrotingswijze kan gewezen worden op de Werkgroep Smartengeld van de De Letselschade Raad die een nieuwe begrotingsmethodiek aan het ontwikkelen is.¹¹⁵ Verder is in de literatuur stevige kritiek geleverd op de hoogte van de smartengeldbedragen in Nederland.¹¹⁶ De concrete bedragen worden veelal vastgesteld door middel

113 Vgl. Hebly, Van der Zalm en Engelhard 2014, p. 99. Deze auteurs wijzen op het risico van rechtsonzekerheid ten gevolge van deze uitspraak.

114 HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, *NJ* 2012/410; *JA* 2012/147, m.nt. S.D. Lindenberg (*Blauwe Oog*).

115 www.deletselschaderaad.nl/index.cfm?page=Werkgroep+Smartengeld.

116 Zie bijv. het themanummer van *Verkeersrecht* (2013, nr. 6/7) over de stagnerende hoogte van de smartengeldbedragen, met bijdragen van de hand van N. Frenk, C.C. van Dam, A.J. Verheij, G. de Groot, Chr.H. van Dijk en S.D. Lindenberg. Zie ook eerder Lindenberg, S.D. Lindenberg, *Smartengeld 10 jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 75-77; N. Frenk en C.C. van Dam, 'Kan de Hoge Raad er wat aan doen?', *NJB* 2012/2299 (hierna: Frenk en Van Dam 2012). Vgl. T. Hartlief, 'Een steen in stilstaand water', *NJB* 2014/1723 (hierna: Hartlief 2014/1723).

van gevalsvergelijking met zaken van ruim tien jaar geleden. De bedragen zijn echter niet meegegroeid met de inflatie. Verder blijven de smartengeldbedragen achter in vergelijking met de door ons omringende landen. Ten slotte, is de gevoelswaarde van geld, bijvoorbeeld door de introductie van de euro, veranderd.¹¹⁷ Een verhoging van de bedragen lijkt dus nodig.

In de rechtspraak wordt door enkele rechters gehoor gegeven aan de oproep om de smartengeldbedragen te verhogen.¹¹⁸ Het Hof Arnhem-Leeuwarden liet in een zaak een verhoging van het smartengeldbedrag met 10% toe.¹¹⁹ De Rechtbank Overijssel gaf in april 2015 zelf een principiële overweging die het citeren waard is:

“De rechtbank stelt bij de beoordeling voorop dat het in deze procedure gaat om de begroting van de naar *billijkheid* vast te stellen vergoeding voor het niet in de vermogensschade bestaande nadeel dat is geleden door een persoon die als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk letsel heeft opgelopen (art. 6:106 Burgerlijk Wetboek). Bij deze begroting houdt de rechtbank rekening met alle omstandigheden, waaronder enerzijds de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds de aard en de ernst van het letsel, de duur en de intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde. Zij houdt bij deze begroting ook rekening met de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde, de aard van de aan de aansprakelijke partij verweten gedraging (mate van verwijtbaarheid) en de economische omstandigheden van beide partijen en let daarbij tevens op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen, en en ander met in aanmerkingneming van de sedert de betreffende uitspraken opgetreden geldontwaarding. Ook houdt de rechtbank rekening met de (gewijzigde) maat-

schappelijke opvattingen over de compensatie van leed.” (onderstreping RR en NS)¹²⁰

De gepubliceerde uitspraken waarin openlijk kritiek wordt geuit, zijn vooral afkomstig van het Hof Arnhem-Leeuwarden en de omliggende rechtbanken. Er lijkt mede daardoor nog geen sprake van structurele verandering.¹²¹ Verder worden lang niet alle uitspraken gepubliceerd. Ook is onduidelijk in hoeverre de discussie in de literatuur van invloed is op de buitengerechtelijke afwikkeling. Kortom, een duidelijk overzicht ontbreekt, maar duidelijk is wel dat de eerste stappen richting verhoging van de smartengeldbedragen worden gezet.

6. Schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven

Hoewel slachtoffer van misdrijven al sinds 1995 de mogelijkheid hebben zich met een vordering tot schadevergoeding te voegen in het strafproces, heeft de wetgever in de afgelopen jaren getracht hun positie te versterken. Zo is in 2011 het criterium voor ontvankelijkheid van de vordering van de benadeelde partij versoepeld. De strafrechter heeft enkel nog de mogelijkheid het slachtoffer niet-ontvankelijk te verklaren in zijn vordering indien deze ‘een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert’.¹²² Naast de uitbreiding van dit criterium, is er een voorschotregeling in het leven geroepen (art. 36f lid 7 Wetboek van Strafrecht (Sr)). Op grond van deze regeling keert het Centraal Justitieel Incasobureau het volledige toegewezen bedrag bij voorschot uit aan het slachtoffer. Dat deze gang van zaken voor het slachtoffer gunstig is, mag duidelijk zijn; de executie van de vordering wordt uit handen genomen en, belangrijker, slachtoffers hoeven niet meer af te wachten of de dader genoeg financiële middelen bezit. Uit onderzoek door Van Dongen, Hebly en Lindenbergh onder slachtoffers is gebleken dat zij de voorschotregeling erg positief ervaren.¹²³ Ten slotte, beoogt de wetgever met het al genoemde Wetsontwerp schadevergoeding voor zorg- en affectieschade de mogelijkheden tot schadeverhaal door naasten en nabestaanden in de strafprocedure uit te breiden tot verplaatste schade en affectieschade.¹²⁴

Mochten slachtoffers (gedeeltelijk) niet-ontvankelijk worden verklaard in hun vordering, dan staat de weg van het

117 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARN:2014:6223, r.o. 2.18.

118 Zie bijv. recentelijk Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:181, ECLI:NL:GHARL:2014:183 en ECLI:NL:GHARL:2014:185, TVP 2014, p. 62 e.v., m.nt. L.L. Veendrick; Rb. Oost-Brabant 14 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4093, JA 2014/115. In Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223 oordeelt het hof dat een verhoging voor de hand ligt in zaken die van recentere datum zijn, maar dat dat niet is als het zaken betreft waarvan de feiten zich hebben voorgedaan voorafgaand aan de veranderde maatschappelijke opvattingen of ontwikkelingen in het buitenland (r.o. 2.18). Kritisch over de ontwikkeling van de smartengeldbedragen: Rb. Rotterdam 8 mei 2013, JA 2013/127; Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, JA 2014/16, m.nt. P.J. klein Gunnewiek; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4331. Deze drie uitspraken zijn o.a. genoemd door Hartlief (2014/1723).

119 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:181, ECLI:NL:GHARL:2014:183 en ECLI:NL:GHARL:2014:185, TVP 2014, p. 62 e.v., m.nt. L.L. Veendrick. Vgl. Rb. Overijssel 17 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:7070, r.o. 2.24. Veendrick is kritisch over het genoemde percentage. Volgens haar komt dit percentage uit de lucht vallen. Het zou volgens haar beter zijn om expliciet te maken welke omstandigheden zorgen voor de verhoging. Hiermee zou ook tegemoetgekomen kunnen worden aan de genoegdoeningsfunctie van het smartengeldbedrag (p. 67).

120 Rb. Overijssel 23 februari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:944, r.o. 4.7, JA 2015/68, m.nt. M.S.E. van Beurden. Zie over de introductie van de factor gewijzigde maatschappelijke opvattingen over wat een passende vergoeding is, Frenk en Van Dam 2012/2299.

121 Hierover ook T. Hartlief, ‘Een steen in stilstaand water’, NJB 2014/1723.

122 Art. 361 lid 3 Wetboek van Strafvordering. Voor deze wetswijziging had de strafrechter de mogelijkheid om over te gaan tot niet-ontvankelijkverklaring op het moment dat hij de vordering te complex achtte.

123 J.D.M. van Dongen, M.R. Hebly en S.D. Lindenbergh, ‘Schadeverhaal na misdrijven: ervaringen van slachtoffers’, TVP 2014, afl. 1, p. 1-6.

124 MvT, Wetsvoorstel schadevergoeding voor zorg- en affectieschade, p. 8, 25-27. Thans is het zeer lastig voor naasten en nabestaanden om een vergoeding te vorderen in een strafrechtprocedure. Zie recentelijk HR 16 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2668. Zie over deze uitspraak de noot bij dit arrest van A.H. Sas, TVP 2015, p. 8-15.

civiele proces open. Het lijkt alsof het slachtoffer daarmee reële mogelijkheden heeft schadevergoeding te verkrijgen door voeging in het strafproces en eventueel, als dit niet lukt, binnen een civiele procedure. In de praktijk blijkt de positie van het slachtoffer echter minder rooskleurig.

Dat blijkt in de eerste plaats uit drie empirische studies die in de afgelopen jaren zijn verricht. In die studies zijn de mogelijkheden die slachtoffers hebben om hun schade te verhalen op een rij gezet. Daarnaast zijn hun ervaringen hiermee in kaart gebracht.¹²⁵ Uit alle onderzoeken komt het beeld naar voren dat zeer weinig slachtoffers een civiele procedure starten om hun schade te verhalen.¹²⁶ Het onderzoek van Kool et al heeft uit een steekproef van 392 zaken bij de kantonrechter in de categorie Verbintenissenrecht, Overig verbintenissenrecht zelfs maar één zaak opgeleverd die betrekking had op schadevergoeding na een strafbaar feit.¹²⁷ Uit het WODC-onderzoek van Schrama en Geurts volgt dat belangrijke redenen hiervoor lijken te zijn: 'de hoge kosten en lange duur van de procedure, de toegang tot en kwaliteit van de rechtsbijstand, problemen met de bewijslevering, de emotionele belasting van een civiele procedure en het verhaal op het vermogen van de dader'.¹²⁸ Het onderzoek van Van Dongen, Hebly en Lindenbergh leverde ten opzichte van de civiele procedure vergelijkbare resultaten op. Daarnaast werd door hen opgemerkt dat ook bij de schadevergoeding in het strafproces behoorlijke problemen worden ervaren door slachtoffers. Zij ervaren onder meer het feit dat hun schadevordering een 'bijrol' speelt in de strafprocedure als erg vervelend.¹²⁹

In de tweede plaats komt uit jurisprudentie volgens zowel Lindenbergh als Ruitenbeek-Bart en Schijns het beeld naar voren van een strafrechter die, voornamelijk in zaken waarin letselschade heeft plaatsgevonden, de benadeelde partij vaak niet-ontvankelijk verklaart, omdat de vordering zo complex is dat deze een te grote belasting voor het strafproces zou opleveren.¹³⁰ Vorderingen die zien op zaak- en vermogensschade wordt volgens Ruitenbeek-Bart en Schijns vaak wel inhoudelijk beoordeeld, omdat deze vorderingen 'eenvoudiger' zijn.¹³¹ Ook vorderingen die zien op smartengeld worden volgens Candido en Lindenbergh vaak door de strafrechter behandeld, maar strafrechters hebben hierbij moeite de omvang van de vergoeding te bepalen.¹³²

125 R.S. B. Kool et al, *Schadeverhaal na een strafbaar feit via de kantonrechter. Een verkennend dossieronderzoek*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014 (hierna: Kool et al 2014); W.M. Schrama en T. Geurts, *Civiel schadeverhaal door slachtoffers van strafbare feiten*, Den Haag: WODC 2012 (hierna: Schrama en Geurts 2012); Van Dongen, Hebly en Lindenbergh 2014, p. 1-6.

126 Kool e.a. 2014. Schrama en Geurts 2012. Van Dongen, Hebly en Lindenbergh 2014, p. 1-6.

127 Kool e.a. 2014, p. 9-10.

128 Meer hierover: Schrama en Geurts 2012, p. 139.

129 Van Dongen, Hebly en Lindenbergh 2014, p. 3-5.

130 S.D. Lindenbergh, 'De letselschadevordering in het strafproces', *NJ* 2014/1959, p. 5 (hierna: Lindenbergh 2014a). F.M. Ruitenbeek-Bart en A.J.J.G. Schijns, 'De schadeclaim van het slachtoffer van strafbare feiten; bruggenbouwer tussen twee rechtsgebieden', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2014, afl. 2, p. 40-41 (hierna: Ruitenbeek-Bart en Schijns 2014).

131 Ruitenbeek-Bart en Schijns 2014, p. 40.

132 J. Candido en S. D. Lindenbergh, 'Strafrechter en smartengeld', *NTBR* 2014/21, nr. 4 (hierna: Candido en Lindenbergh 2014).

Ondanks de genoemde bezwaren en obstakels, lijkt het erop dat de verschuiving van schadevergoedingsvorderingen na misdrijven van het civiele recht naar het strafrecht zich in de toekomst toch zal doorzetten. Het is daarom wenselijk, al dan niet noodzakelijk, om een oplossing te zoeken voor de knelpunten die in de jaren na 2011 aan het licht zijn gekomen. Candido en Lindenbergh enerzijds en Ruitenbeek-Bart en Schijns anderzijds noemen denkrichtingen daarvoor.

Candido en Lindenbergh stellen dat de strafrechter bij het bepalen van de hoogte van smartengeld behoefte heeft aan een normatief kader. De omvang van het smartengeld zou gerelateerd moeten worden aan de ernst van het gepleegde misdrijf. Deze standaardisering zou binnen het huidige wettelijke systeem passen. Veel misdrijven zouden gezien kunnen worden als 'aantastingen van de persoon op andere wijze' omdat zij een schending zijn van een fundamenteel recht.¹³³ Daarnaast zou volgens Candido en Lindenbergh gezegd kunnen worden dat bepaalde misdrijven 'naar hun aard, ernst en welhaast onvermijdelijke gevolgen een persoonsaantasting opleveren omdat zij op relevante wijze het rechtsgevoel van de gelaedeerde hebben geschokt'.¹³⁴ Zij stellen dat de Hoge Raad de deur voor deze standaardisering heeft geopend in het *Blauwe Oog*-arrest.¹³⁵ Lindenbergh gaat in een latere publicatie een stap verder. Hij stelt dat ook normering van vermogensschadeposten, misschien zelfs in de vorm van 'all-in-bedragen', tegemoet zou komen aan de verschillende belangen binnen het strafproces.¹³⁶ De complexiteit van bepaalde vorderingen wordt daarmee aanzienlijk verminderd, waardoor strafrechters minder vorderingen niet-ontvankelijk zullen verklaren. Ook zal er door de snelle afdoening meer aandacht zijn voor de positie van de verdachte.¹³⁷

Ruitenbeek-Bart en Schijns zijn van mening dat het strafproces door de complexiteit die civiele vorderingen, met name letselschadevorderingen, kunnen hebben niet de juiste plaats is om deze te beoordelen. De positie van de verdachte wordt onhoudbaar, omdat hij enerzijds zijn strafzaak niet in gevaar wil brengen, maar anderzijds bijvoorbeeld wel de vordering van het slachtoffer wil betwisten. Er zou daarom volgens Ruitenbeek-Bart en Schijns een procedure op maat moeten komen. Bijvoorbeeld in de vorm van een klapluik-constructie, zoals de Raad voor de Rechtspraak geopperd heeft, waarbij straf- en civiele procedure parallel lopen. Zij zijn van mening dat in deze procedure aandacht besteed zou moeten worden aan het emotionele herstel van het slachtoffer. De verhouding tussen het slachtoffer en de dader zou centraal moeten staan, zoals nu in het strafproces al het geval is.¹³⁸

Mede onder politieke druk gaat er toenemende aandacht uit naar de positie van het slachtoffer in de strafprocedure. In de loop der jaren zijn verschillende initiatieven ontspoeld.

133 Candido en Lindenbergh 2014, nr. 3.2.

134 Candido en Lindenbergh 2014, nr. 3.2.

135 Candido en Lindenbergh 2014, nr. 3.2-3.3.

136 Lindenbergh 2014a, 1959.

137 Lindenbergh 2014a, 1959, p. 2-6.

138 Ruitenbeek-Bart en Schijns 2014, p. 43-47.

Wat precies de toekomst moet zijn van deze initiatieven is vooralsnog onduidelijk. Helder is wel dat deze trein moeilijk te stoppen valt. De tijd is daarom wel gekomen om een brede studie te verrichten naar de verschillende mogelijkheden van schadeverhaal door slachtoffers van een strafrechtelijk delict, die te evalueren en in de bredere context van het civiele aansprakelijkheidsrecht te plaatsen.

7. Toenemende aandacht voor de herstelgedachte

In de kroniek uit 2012 werd reeds aandacht besteed aan concreet herstel van letselschadeslachtoffers. In de periode daarna is in de literatuur in toenemende mate aandacht voor daadwerkelijk herstel van letselschadeslachtoffers.¹³⁹ Hier zal slechts bij enkele van die publicaties worden stilgestaan. Als eerste verdient het promotieonderzoek van Elbers aandacht. Zij slaat een brug tussen het letselschaderecht en de psychologie en toont onder andere aan dat een letselschadeprocedure een negatieve invloed heeft op iemands geestelijke toestand.¹⁴⁰ In haar onderzoek besteedt zij aandacht aan verbeterpunten, zoals een interactieve website.

Lindenbergh staat stil bij de wijze waarop schadevaststelling plaatsvindt en de negatieve invloed die daarvan uitgaat. Het streven om tegemoet te komen aan immateriële behoeften van gedupeerden en het idee van vergoeding van schade kunnen met elkaar botsen, aldus Lindenbergh. Re-integratie en schadevergoeding zouden twee verschillende uitgangspunten kennen:

“Re-integratie van iemand met letsel vraagt de volle aandacht voor iemands mogelijkheden, terwijl het proces van schadeberekening vraagt om het uitmeten van beperkingen. Samenloop van beide leidt licht tot een blokkade, terwijl de vergoeding en het proces daartoe vooral in het teken van herstel zou moeten staan.”¹⁴¹

Het schadevergoedingsrecht richt zich op het verleden (hoe zou de situatie zijn geweest zonder ongeval?), terwijl het beter zou kunnen zijn voor de gedupeerde om de focus te richten op zijn herstel (welke mogelijkheden heeft het slachtoffer nog en hoe kunnen die mogelijkheden worden

benut?). Met andere woorden, in het schadevergoedingsrecht wordt de hoogte van de schadevergoeding afhankelijk gemaakt van wat het slachtoffer niet meer kan. Daardoor is de afwikkeling van een letselschadevordering een belastend en langdurig proces. Dat kan worden verergerd als onduidelijk hoe het slachtoffer zich gaat ontwikkelen. De focus op het verleden kan daardoor als consequentie hebben dat het slachtoffer sterker invalideert in plaats van herstelt.¹⁴²

Elbers en Akkermans, besteden ook aandacht aan de negatieve invloed van het letselschadetraject.¹⁴³ Die negatieve invloed zou voortkomen uit verschillende omstandigheden, zoals stress veroorzaakt door het feit dat iemand moet aantonen dat een ander aansprakelijk is, dat iemand schade heeft en dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen een fout van een ander en de schade.¹⁴⁴ Andere belastende factoren zijn lumpsumuitkeringen (in tegenstelling tot periodieke betalingen), de lange duur van een afwikkelingsproces, een onprettig verloop van het afwikkelingsproces (onvoldoende communicatie e.d.) en veelvuldig medisch deskundigenonderzoek.¹⁴⁵ Als mogelijke oplossingen voor deze belastende omstandigheden noemen Elbers en Akkermans, dat belangenbehartigers verbeteringen kunnen aanbrenge(n) ‘op het punt van communicatie, empathie, daadkracht, (door slachtoffers beleefde) onafhankelijkheid en expertise’.¹⁴⁶ Ook verzekeraars zouden zich deze punten moeten aantrekken. Ten slotte zouden medisch deskundigen (‘de behandelende sector’) zich bewust moeten zijn van de mate van belasting van hun taakuitoefening. In dat verband suggereren Elbers en Akkermans:

“Wellicht helpt het om probleemoplossend te coachen en te focussen op werkhervatting, want werk is goed voor gezondheid en welzijn.”¹⁴⁷

Ten slotte heeft Mulder kwantitatief onderzoek gedaan naar de ervaringen met het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Specifiek voor het schadevergoedingsrecht – voor zover haar conclusies doorgetrokken zouden mogen worden naar dit rechtsgebied – is interessant dat zij concludeert dat de betreffende slachtoffers weliswaar nog goed wisten hoeveel vergoeding zij in totaal hebben ontvangen, maar dat zij niet meer precies weten voor welke schade een vergoeding is ontvangen.¹⁴⁸ Verder worden de relatief beperkte vergoedingen uit het fonds goed gewaardeerd.¹⁴⁹ Die waardering

139 Zie o.a. S.D. Lindenbergh, *Van Smart naar geld*, Deventer: Kluwer 2013; M. Malsch, R.P. Kranendonk en V. de Mesmaecker, ‘Vergelding en herstel: de behoeften van het slachtoffer’, *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2013, p. 7-22; N. Elbers, *Empowerment of injured claimants* (dissertatie VU Amsterdam) 2013 (hierna: Elbers 2013); N.A. Elbers en A.J. Akkermans, ‘Epidemiologische inzichten in het effect van letselschadeafwikkeling op herstel en de zoektocht naar mogelijkheden voor verbetering’, *TVP* 2013, p. 33-39; S. Leferink, ‘Zonder maatwerk geen herstel’, *Tijdschrift voor Herstelrecht* 2013, p. 3-5; S.D. Lindenbergh en A.J. Akkermans (red.), *Ervaringen met verhaal van schade. Van patiënten, verkeersslachtoffers, geweldslachtoffers, burgers en werknemers*, Den Haag: Bju 2014 (hierna: Lindenbergh en Akkermans 2014), met bijdragen van beide redacteurs, Van Dongen, Mulder, Akkermans, Van Wees en Smeehuijzen, Eshuis, Marseille en Lindenbergh; A.J. Akkermans en L. Hulst, ‘De niet-financiële impact van schadetoebrenging en hoe daaraan tegemoet te komen. Over excuses, actieve schadeafwikkeling en procedurele rechtvaardigheid’, *TVP* 2014, p. 102-110.

140 Elbers 2013, Hoofdstuk 1.

141 S.D. Lindenbergh (samen met A.J. Akkermans), ‘Inleiding’, in: Lindenbergh en Akkermans 2014, p. 9.

142 S.D. Lindenbergh, ‘In het verleden behaalde resultaten’, in: Lindenbergh en Akkermans 2014, p. 103-104.

143 N.A. Elbers en A.J. Akkermans, ‘Epidemiologische inzichten in het effect van letselschadeafwikkeling op herstel en de zoektocht naar mogelijkheden voor verbetering’, *TVP* 2013, p. 33-39 (hierna: Elbers en Akkermans 2013).

144 Elbers en Akkermans 2013, p. 34.

145 Elbers en Akkermans 2013, p. 34-36.

146 Elbers en Akkermans 2013, p. 39.

147 Elbers en Akkermans 2013, p. 39.

148 Het onderzoek van Mulder betrof de vraag of de slachtoffers wisten welk deel van de vergoeding het smartengeldbedrag betrof. J.D.W.E. Mulder, ‘Vergoeding na geweld draait om meer dan geld’, in: Lindenbergh en Akkermans 2014, p. 29-30.

149 J.D.W.E. Mulder, *Compensation. The victim's perspective* (dissertatie Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 90 (hierna: Mulder 2013).

lijkt echter vooral samen te hangen met iemands verwachtingen en factoren die gerelateerd zijn aan de snelheid waarbinnen een over de tegemoetkoming is besloten en procedurele rechtvaardigheid.¹⁵⁰

In het licht van deze uitkomsten is het de vraag waarom het schadevergoedingsrecht nog steeds uitgaat van een vergelijking tussen twee verschillende toestanden. Voorts is het de vraag in hoeverre en waarom het belangrijk is om een groot onderscheid te maken tussen veel verschillende schadeposten bij wet. In het licht van deze uitkomsten, kan het voorstel van Lindenbergh, om binnen een strafprocedure te werken met all-in bedragen, zeer goed verdedigd worden (zie par. 6).

8. Overige discussies en ontwikkelingen

In de periode 2012-2015 heeft de Hoge Raad nog meer uitspraken gewezen over het schadevergoedingsrecht, of hebben er ontwikkelingen voorgedaan die niet onder de noemer (van het formeelrechtelijke) schadevergoedingsrecht kunnen worden geschaard, maar wel aan deze thematiek raken.

Zo heeft de Hoge Raad in oktober 2013 nogmaals besloten dat bij de vaststelling van eigen schuld, de billijkheidscorrectie en volwaardig tweede beoordelingsmoment is.¹⁵¹ Verder heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen over de vergoeding van buitengerechtelijke kosten. In de eerste uitspraak overweegt de Hoge Raad dat vergoeding voor de redelijke kosten van procederen op basis *no cure no pay* en *contingency fee* mogelijk is (art. 6:96 lid 2 BW). Ten eerste is er in de parlementaire geschiedenis geen categorische uitsluiting te vinden, en, ten tweede, moet de benadeelde worden teruggebracht in de situatie die zou zijn ontstaan als het schadeveroorzakende handelen niet zou hebben plaatsgehad.¹⁵² De tweede uitspraak betreft de vergoeding van de kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid (art. 6:96 lid 2 onder b BW), terwijl uiteindelijk niet is komen vast te staan dat er schade is geleden. De Hoge Raad oordeelt wederom, onder verwijzing naar HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7424, NJ 2005/50, dat vergoeding hiervan mogelijk is, mits is voldaan aan het *condicio sine qua non*-vereiste tussen de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis en de kosten, die kosten redelijkerwijs kunnen worden toegerekend aan de aansprakelijke partij en is voldaan aan de dubbele redelijkheidstoets.¹⁵³

In de letselschadepraktijk zijn belangrijke stappen genomen in het normeringsproces door de Danktank Overlijdensschade door een 'Richtlijn Rekenmethode Overlijdensschade' te ontwerpen. Deze richtlijn is in 2015 omarmd door De Letselschade Raad, waardoor veel partijen hieraan

zijn gebonden.¹⁵⁴ Met de richtlijn wordt beoogd de duidelijkheid, transparantie en rechtszekerheid te vergroten. Bij het opstellen van de richtlijn is aansluiting gezocht bij het wettelijke systeem, en wordt er dus geen afstand gedaan van bijvoorbeeld het behoeftigheidsvereiste.

9. Uitzondering of verandering?

In deze kroniek stonden de ontwikkelingen in de periode 2012-2015 centraal. De vraag is nu of bepaalde ontwikkelingen binnen het schadevergoedingsrecht een uitzondering op de regel betreffen of toch een voorbode van verandering zijn. De voorspellende waarde van uitspraken van lagere rechters is gering. Ten eerste worden lang niet alle uitspraken gepubliceerd, en ondanks dat er een richtlijn bestaat voor publicatie, is het voor wetenschappers moeilijk om een inschatting te maken van uitzonderlijkheid van een uitspraak. Daarnaast is het gewoonweg altijd afwachten wat de Hoge Raad gaat doen.

Desondanks zijn er tendensen waarneembaar die waarschijnlijk tot verandering gaan leiden. Wij wijzen slechts op enkele ontwikkelingen:

- In zaken waarin causaliteitsproblemen voordoen, zal waarschijnlijk steeds vaker een beroep worden gedaan op de theorie van verlies van een kans. Daarmee zal het onderscheid dat de Hoge Raad maakte tussen proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans, worden beproefd op zijn inhoudelijke betekenis.
- De wetgever of de Hoge Raad zal de handschoen van schade van naasten en nabestaanden moeten gaan oppakken. Het sentiment in de praktijk ten aanzien van de schade van deze personen is te groot om het huidige systeem in stand te laten.
- De rechtspraak over art. 6 EVRM en de invloed daarvan op het smartengeldartikel, is slechts het topje van de ijsberg. Hoewel de rechtspraak van het EHRM betrekking heeft op het individuele geval en niet altijd doorwerkt in horizontale verhoudingen, zal bestudering daarvan leiden tot het beantwoorden van belangrijke vragen over wat wordt verstaan onder de persoonsaantasting op andere wijze.
- Er zal en moet in de toekomst (nog) meer aandacht (moeten) komen voor het herstel van benadeelden. Momenteel spitst het onderzoek zich vooral toe op letselschadeslachtoffers, hun naasten en nabestaanden, en slachtoffers van misdrijven. Hoe kan echter herstel plaatsvinden van kwetsbare slachtoffers, zoals particuliere gedupeerden van risicovolle beleggingsproducten? En welke rol zou normering moeten spelen in het licht van de herstelfunctie van het schadevergoedingsrecht?

150 Mulder 2013, p. 96-97.

151 HR 4 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2013:CA3751, JA 2014/7, m.nt. M. de Jong.

152 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, JA 2014/136, m.nt. M.R. Hebly.

153 HR 13 maart 2015, NJ 2015/145 (Mark Four Enterprises/Apotex Nederland).

154 De richtlijn is te vinden op de site van De Letselschade Raad, www.deletselschaderaad.nl.