

Vergoeding voor (im)materiële schade na de dood: over *perte d'une chance de survie* en *lost years*

NTBR 2018/4

In het Nederlandse schadevergoedingsrecht fungeert de dood als keerpunt: de direct gekwetste lijdt voor zijn overlijden de schade en na zijn overlijden zijn het diens nabestaanden. De kernvraag van deze bijdrage is of een verschuiving van de focus op schade van nabestaanden naar die op de schade van de gekwetste na de dood, een oplossing zou kunnen bieden voor de kritiek dat de huidige civielrechtelijke sanctie op het veroorzaken van iemands overlijden (te) beperkt is. Deze analyse is gemaakt aan de hand van het Franse concept *perte d'une chance de survie*, dat in Frankrijk is gepresenteerd als een aparte immateriële schadepost, en de vererving van een Engelse *lost years*-vordering ten aanzien van het netto-inkomensverlies in de jaren waarin niet gewerkt kan worden. Uit de analyse bleek dat deze veranderingen niet de oplossing bieden voor het bezwaar dat het huidige schadevergoedingsrecht in overlijdensschadezaken beperkt is. Een fundamentele herziening van het systeem door een verschuiving van de focus op de schade van nabestaanden naar die op de vordering van erfgenamen, ligt alleen al daarom niet voor de hand.

1. Inleiding

Op 20 oktober 2016 deed het Franse *Cour de Cassation* een principe-uitspraak over '*perte d'une chance de survie*', (vrij vertaald:) het verlies van een kans op (over)leven als immateriële schadepost.² Aan deze 'schade'post ligt het idee ten grondslag dat de overledene immateriële schade zou hebben geleden, doordat hij door de onrechtmatige daad niet de jaren heeft kunnen leven die hij wel zou hebben kunnen leven in de hypothetische situatie zonder ongeval. Gesproken wordt ook wel over '*perte d'espérance de vie*': verlies van het gehoopte leven.³ Deze uitspraak was met name relevant voor de positie van erfgenamen van overledenen; als verlies van een kans op overleven van de direct gekwetste een immateriële schadepost is, dan zou – middels vererving – het vorderingsrecht overgaan op de erfgenamen, om daarmee een nieuwe verhaalsmogelijkheid te bieden voor erfgenamen. De *Cour de Cassation* overweegt echter dat '*perte d'une chance de survie*' geen schadepost is.

In Engeland is in de jaren '80 een (vergelijkbare) schadepost, '*loss of expectations of life*', afgeschaft.⁴ Daarentegen kan een direct gekwetste in Engeland tot op de dag van vandaag bij leven een vergoeding vorderen voor *lost years*: een vergoeding voor verlies van netto-inkomen gedurende de jaren waarin inkomen verworven had kunnen worden, maar waarin de gekwetste niet meer zal leven vanwege de onrechtmatige daad (een materiële schadepost).⁵ Dat vorderingsrecht kan echter niet vererven.⁶

In Nederland is tot op heden niet gediscussieerd over het verlies van een kans op leven en de daarmee (eventueel) samenhangende immateriële of materiële schade. In ons schadevergoedingsrecht fungeert de dood als keerpunt: voor iemands overlijden lijdt de direct gekwetste schade en na iemands overlijden de nabestaanden.⁷ Deze bijdrage beoogt ons systeem in rechtsvergelijkend perspectief te plaatsen, zeker nu in het verleden de kritiek is geuit dat de sanctie

1 Citeerwijze: R. Rijnhout, 'Vergoeding voor (im)materiële schade na de dood: over *perte d'une chance de survie* en *lost years*', NTBR 2018/4, afl. 1. Mr. dr. R. (Rianka) Rijnhout is als Universitair hoofddocent verbonden aan UCALL, Universiteit Utrecht. De auteur bedankt Shosha Wiznitzer voor haar commentaar bij een eerdere versie.

2 Cass. 2^e Civ., 20 oktober 2016, 14-28.866.

3 G. Viney e.a., *Les conditions de la responsabilité*, Parijs: LGDJ 2013, p. 141 (Viney e.a. 2013).

4 In Engeland overwoog de *House of Lords*, in tegenstelling tot de *Cour de Cassation*, in 1986 dat een vergoeding voor immateriële schade wegen *loss of expectations of life* wel is toegestaan, *Pickett/British Rail Engineering*, AC [1980] 136. Deze uitspraak is echter teruggedraaid met de introductie van de *Administration of Justice Act* 1982. De vergoeding zou weinig financiële waarde hebben gehad (1250 pond), werd als 'bespottend' (*derisory*) voor het overlijden van een naaste beschouwd en het bezwaar werd geuit dat het bedrag niet te berekenen valt, HL Deb 8 maart 1982, vol. 428, zie *Lord Chancellor, Lord Hailsham of Saint Marylebone* resp. *Lord Elystan-Morgan*. In het vaststellen van de hoogte van het smartengeldbedrag voor *pain and suffering* mag wel rekening worden gehouden met het lijden dat iemand heeft kunnen hebben omdat hij zich bewust was dat zijn leven eerder zou eindigen (s. 1(1)(b)). In s. 1(2) staat expliciet vermeld dat het schrappen van de vergoeding voor *loss of expectations of life* losstaat van de vergoeding voor het verlies van inkomen. Het is opvallend dat met diezelfde wet (Part 1 s. 3 *Administration of Justice Act* 1982), de *Fatal Accidents Act* is uitgebreid naar de vergoeding voor *bereavement damage*, wat wij affectieschade zouden noemen.

5 Deze vergoeding komt tot stand na aftrek van de kosten die de gekwetste niet meer zal maken voor zijn eigen onderhoud en dat van zijn huis, tuin, etc. In geval van kindschade wordt deze theorie terughoudend toegepast, vanwege het onzekere karakter van inkomensverlies van kinderen. Hierover P. Barrie, *Personal Injury Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 363-364; M.A. Jones, *Clerk & Lindsell on torts*, Londen: Sweet & Maxwell 2010, p. 1899-1900 (Jones e.a. 2010). Een samenloop met de *Fatal Accidents Act* (en dus de *dependency claim*) is niet mogelijk, McGregor 2009, p. 1486 en *Thompson/Arnold* [2008] P.I.Q.R., p. 1. Zie ook R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (dissertatie Utrecht), Den Haag: BJu 2012, p. 157 (Rijnhout 2012).

6 S. 1(2)(a)(ii) *Law Reform (Miscellaneous Provisions)* 1934.

7 Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 393.

op het veroorzaken van iemands overlijden (te) beperkt is.⁸ De kernvraag van deze bijdrage is of een verschuiving van de focus op schade van nabestaanden naar die op de schade van de gekwetste na de dood een oplossing hiervoor zou kunnen bieden, en dus voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht overwogen zou moeten worden.

De structuur van deze bijdrage is als volgt. Gestart wordt met een korte omschrijving van de uitgangspunten van het Nederlandse recht ten aanzien van de vergoeding voor overlijdensschade van nabestaanden (par. 2). Vervolgens komt in par. 3 de hypothetische inpassing van de uitspraak van de *Cour de Cassation* in het Nederlandse recht aan bod, en in par. 4 die van de vererving van de Engelse *lost years*-vordering. In par. 5 staat de Nederlandse discussie over uitbreiding van de positie van nabestaanden centraal. In par. 6 wordt antwoord gegeven op de kernvraag.

2. Het Nederlands systeem waarin de nabestaande centraal staat

2.1 Het keerpunt van de dood

Het uitgangspunt van het Nederlandse recht is dat een overledene geen schade lijdt. Tot het moment van de dood lijdt het slachtoffer schade, daarna zijn het zijn nabestaanden. Zoals Pfeifer het treffend verwoordt (voor het Duitse recht):

“der Tod [schließt] die Schadensbilanz ab.”⁹

Vanaf het moment van iemands overlijden zijn het de nabestaanden die juridisch relevante schade lijden, bestaande uit de kosten veroorzaakt door het verlies van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging (art. 6:108 BW). Vergoeding voor schade geleden voorafgaand van iemands overlijden, kan – na iemands overlijden – worden gevorderd door de erfgenamen.

Een aantal keer is de vraag gesteld of het vorderingsrecht van nabestaanden uitgebreid zou moeten worden.¹⁰ De bekendste discussie is die over affectieschade, maar de vraag

wordt ook gesteld waarom de kosten van rouwverwerking en van de afwikkeling van de nalatenschap niet worden vergoed.¹¹ Dat die vergoeding niet uitgebreider is, kan (in ieder geval ten dele) worden verklaard door de grondslag die daarvoor van oudsher geldt. De grondslag voor de vergoeding van overlijdensschade (art. 6:108 BW) is de aansprakelijkheid jegens het slachtoffer die, ware hij niet overleden, aanspraak zou hebben gemaakt op schadevergoeding. In de Toelichting Meijers staat te lezen dat:

“Hiermee (met art. 6:108 BW, RR) tot uitdrukking [is] gebracht dat de krenking van een rechtsgoed van de overledene de grondslag van de vordering is. De omstandigheid dat de drager van dit rechtsgoed door het verlies daarvan geen schade kan lijden, rechtvaardigt, dat degenen wier lot van het behoud van dit rechtsgoed in bijzondere mate afhankelijk was, schadevergoeding kunnen vorderen van degenen die voor het tenietgaan daarvan aansprakelijk is.” (cursivering RR)¹²

Art. 6:108 BW kent dus twee uitgangspunten. Ten eerste wordt verondersteld dat het overleden slachtoffer geen schade kan lijden. Ten tweede wordt ervan uitgegaan dat degenen die in bijzondere mate afhankelijk zijn van iemands leven (de nabestaanden), schade hebben en daarvoor vergoeding zouden moeten ontvangen. De twee juridisch relevante schadeposten zijn de kosten van het verlies van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging.¹³ Deze vorderingsrechten zitten diep geworteld in ons rechtssysteem.¹⁴

Een ander type systeem dan dat wat wij in Nederland kennen, is een systeem waarin niet de schade van nabestaanden centraal staat, maar de schade van de overledene zelf na zijn overlijden en daarmee de vorderingsmogelijkheden van zijn erfgenamen. De in de inleiding genoemde Franse discussie over *perte d'une chance de survie* en de Engelse discussie over de vererving van de *lost years*-vordering gaan over dit tweede systeem.

3. Perte d'une chance de survie in context

3.1 De Franse uitspraak

In de zaak waarin de *Cour de Cassation* op 20 oktober 2016 uitspraak deed, was de overledene met meerdere messte-

8 Zie bijv. I. van der Zalm, 'Schadevergoeding bij overlijden: een stoel die een soort tafeltje is', in: W.H. van Boom, J.H. Dam-Lely & S.D. Lindenbergh, *Rake remedies*, Den Haag: Bju 2011, p. 47-67; Conclusie A-G Spier voor HR 4 februari 2000, NJ 2000/600, m.nt. M.M. Mendel (*Kwidama/Raphael-Richardson*) (behoefthigheidseis van art. 6:108 lid 1 BW); E.F.D. Engelhard, 'Opzettelijke levensberoving en shockschade', *NTBR* 2008/40 (p. 307-309) (uitbreiding bij opzettelicten); R. Rijnhout, E. Sikkema & W.S. de Zanger, 'Strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder bij dodelijke ongevallen; de zaak *Strichtse Vecht*', *RMThemis* 2014, p. 10-25 (bij samenloop met strafrechtelijke immunititeit); S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten; tijd voor een wettelijke regeling', *NJB* 2001, p. 61-66 (nadruk op beperkte vergoedbaarheid immateriële schade van nabestaanden). Vanwege het bestaan van de shockschadevordering biedt het Nederlandse recht wel meer ruimte aan nabestaanden, zij het onder strikte voorwaarden, HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), zie o.a. S.D. Lindenbergh, 'Schade van derden door verwonding of overlijden van een naaste(1)', *TPR* 2002, p. 1434. Over de druk op het huidige systeem: T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade', *TVP* 2006, p. 98-104.

9 G. Pfeifer, 'Schadensfall Tod: Zur Ersatzfähigkeit entgangenen Gewinns bei Tötungsdelicten', *AcP* 2005, p. 808.

10 Zie o.a. literatuur genoemd in voetnoot 8.

11 Hierover kort Rijnhout 2012, p. 205-208 en aldaar genoemde literatuur.

12 Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 393.

13 Zie hierover Rijnhout 2012, hoofdstuk 5, en recenter: S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, *Schadevergoeding: personenschade* (Mon. BW nr. B37) 2015/31-37. De kring van gerechtigden voor de vergoeding van de kosten van het gederfde levensonderhoud is bij wet beperkt (zie art. 6:108 lid 1 BW). Voor de vergoeding van de kosten van lijkbezorging geldt geen gelimiteerde kring van gerechtigden: degene die feitelijk deze kosten maakt, kan daarvoor een vergoeding vorderen (zie 6:108 lid 2 BW).

14 En ook in die van andere rechtssystemen. Op vergelijkbare wijze werken (in ieder geval) het Duitse en Engelse recht. Hoewel het Franse recht een open systeem kent, is het systeem op vergelijkbare wijze beperkt tot de vergoeding voor de kosten van het verlies van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging. In deze landen is affectieschade echter ook een vergoedbare schadepost. Zie hierover Rijnhout 2012, hoofdstuk 5.

ken om het leven gebracht. Haar echtgenoot en kinderen vorderen onder andere in hun hoedanigheid als erfgenamen vergoeding voor het verlies van de kans om door te leven, om de jaren te leven die haar gegeven zouden zijn zonder de onrechtmatige daad.¹⁵ De vordering is gebracht onder de noemer 'immateriële schade'.

In hoger beroep wordt de vordering afgewezen door te oordelen dat de schade onvoldoende zeker is. Zekerheid van de schade is één van de vereisten van het Franse schadebegrip; schade moet een rechtmatig belang vertegenwoordigen, persoonlijk worden geleden, direct en zeker zijn.¹⁶ Aan dat laatste zou niet zijn voldaan, omdat, aldus het hof (vrij vertaald), het recht ('*le droit*') om te leven tot een bepaalde leeftijd onvoldoende zeker is vanwege allerlei toevalligheden die zich in het dagelijks leven voordoen en veranderingen van gezondheid, waardoor er geen sprake is van een recht dat is ontstaan bij leven, hetgeen dus ook niet kan vererven.¹⁷

De *Cour de Cassation* wijst de vordering ook af, maar met een andere motivering. De *Cour de Cassation* overweegt dat het verlies van een kans op overleven op zichzelf geen recht op vergoeding oplevert en dat alleen vergoeding hoeft te worden geboden voor iemands morele lijden vanwege het bewustzijn dat de dood nadert:

“que seul est indemnisable le préjudice résultant de la souffrance morale liée à la conscience de sa mort prochaine; (...)”¹⁸

Deze immateriële schade valt onder de noemer *souffrances endurées*, oftewel *pretium doloris*:¹⁹ de vergoeding voor lichamenlijk en geestelijk letsel bij leven.²⁰

Jourdain legt deze rechtspraak als volgt uit. Ten eerste is het de vraag of hier een aparte schadepost bestaat, maar veronderstellende dat hiervan sprake is, rijst de vraag of die schadepost ook een recht op vergoeding inhoudt.²¹ Het feit dat het leven wordt verkort door een onrechtmatige daad, is een aantasting, een beschadiging of letsel (*lésion*), maar ver-

goeding hoeft alleen geboden te worden voor schade (*préjudice*) die voortvloeit uit die aantasting. Met andere woorden, de schadelijke gevolgen van een aantasting moeten worden vergoed, niet de aantasting op zich.²² Die schadelijke gevolgen vallen onder de noemer van '*les souffrances endurées*': een vergoeding voor immateriële schade veroorzaakt door lichamenlijk of geestelijk letsel.²³ Daarvoor moet een vergoeding worden geboden, en niet voor een verlies van een kans om te leven op zich.

3.2 *Perte d'une chance de survie is geen 'verlies van een kans'*

De vordering die is voorgelegd aan de *Cour de Cassation* werd geplaatst binnen de constructie van 'verlies van een kans'. In het Franse recht wordt uitgebreid gebruikgemaakt van de leer van verlies van een kans (*perte d'une chance*),²⁴ en ook in het Nederlandse recht heeft deze leer ingang gevonden in het aansprakelijkheidsrecht.²⁵ Als eerste moet dus bedacht worden of de *perte d'une chance de survie* kan worden ingepast in de leer van 'verlies van een kans'. Als dat zo is, dan wordt de discussie over schade en de dood minder relevant, of ieder geval kan die discussie onder een andere vlag worden gevoerd of misschien zelfs worden omzeild.

Verlies van een kans wordt gebruikt als oplossing voor een situatie waarin vaststaat dat er een fout is gemaakt, maar onzeker is of, als die niet was gemaakt, de uitkomst beter zou zijn geweest (lees: de kans op succes zich zou hebben gerealiseerd).²⁶ Wat niet onzeker is, is dat er een kans op een betere uitkomst door de fout verloren is gegaan. En dat kansverlies wordt beschouwd als juridisch relevante schade. Tussen de fout en het verlies van de kans bestaat een oorzakelijk verband, zo is de redenering, en dus wordt de schade begroot op de waarde van de kans die verloren is gegaan.²⁷

Een bekend voorbeeld is het geval waarin een advocaat verzuimt hoger beroep in te stellen.²⁸ Helder is dat er een beroepsfout is gemaakt, maar onduidelijk is of bij tijdig instellen van hoger beroep de uitkomst voor de cliënt beter zou zijn geweest. Onduidelijk is immers of de cliënt in ho-

15 Cass. 2^e Civ., 20 oktober 2016, 14-28.866.

16 Y. Lambert-Faivre en S. Porchy Simon, *Droit du dommage corporel*, Parijs: Dalloz 2008, p. 301; P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs: LexisNexis 2016, p. 122 e.v.

17 Hofuitspraak gepubliceerd in Cass. 2^e Civ., 20 oktober 2016, no. 14-28866.

18 Cass. 2^e Civ., 20 oktober 2016, no. 14-28866. Zie ook in afwijzende zin de strafkamer: Cass. Crim., 26 maart 2013, no. 12-82600. Hierover G. Viney e.a., *Les effets de la responsabilité*, Parijs: LGDJ 2017, p. 296, p. 297 (Viney e.a. 2017). In geval van een HIV-besmetting na een bloedtransfusie, heeft de *Cour de Cassation* een smartengeldbedrag aan naasten ('*les proches victimes par ricochet*') toegekend wegens '*la perte de chance de survie de la victime directe*', Crim., 20 maart 1996, *Bull. Crim.*, no. 119, hierover: Viney e.a. 2013, p. 141. Deze vergoeding staat naast affectieschade, en is alleen – voor zover ik kan overzien – in deze bijzondere situatie toegewezen.

19 Viney e.a. 2017, p. 296.

20 Hoewel dat voor deze bijdrage niet direct relevant is, heeft deze vaststelling voor de praktijk nieuwe vragen opgeleverd over de reikwijdte van het geërfde vorderingsrecht: kan het geestelijk lijden vóór iemands overlijden worden gekwalificeerd als een angstschadevordering die op zijn beurt – naast die voor het lichamenlijke lijden – vererft naar erfgenamen? Viney e.a. 2017, p. 297-298. Zie bijv. Cass. 2^e Civ., 2 februari 2017, no. 16-11411.

21 P. Jourdain, Cass. Crim., 26 maart 2013, *RTD Civ.* 2013, p. 615.

22 P. Jourdain, Cass. Crim., 26 maart 2013, *RTD Civ.* 2013, p. 615. Zie over deze thematiek ook de bijdrage van T.F.E. Tjong Tjin Tai (*NTBR* 2018/5) in dit nummer.

23 P. Jourdain, Cass. Crim., 26 maart 2013, *RTD Civ.* 2013, p. 616.

24 Hierover bijv. Viney e.a. 2013, p. 130-140.

25 Zie bijv. HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baaijings/H*), r.o. 5.2, alsmede de rechtspraak die hierna wordt genoemd.

26 HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/H. en H.&H. beheer*).

27 De Hoge Raad maakt een onderscheid tussen verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid, HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/H. en H.&H. beheer*). In de literatuur wordt dit onderscheid bekritiseerd, zie bijv. Chr.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013, p. 61, p. 81-82; A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, p. 248-250; J.P. van den Klein, 'Kansschade bij medische aansprakelijkheid', *Bb* 2017/28 (p. 104). Zie echter ook: C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14; R.L.M. Cox, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies – Tussen dogmatiek en praktijk', *NTBR* 2016/40 (p. 271-279); T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid', *NJB* 2016/1605 (p. 2239-2244).

28 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baaijings/H*).

ger beroep in het gelijk zou zijn gesteld. Als vaststaat dat er een kans verloren is gegaan op een voor de cliënt gunstigere uitkomst, wordt de schade geschat aan de hand van de 'goede en kwade kansen die de appelland in hoger beroep (...) zou hebben gehad'.²⁹ Verlies van een kans is ook toegepast in een situatie waarin een financieel adviseur in zijn advies nalaat informatie te verschaffen die voor zijn cliënt een gunstiger financieel resultaat had kunnen opleveren.³⁰ Ook heeft deze leer haar weg gevonden bij werkgeversaansprakelijkheid³¹, overheidsaansprakelijkheid³² en medische aansprakelijkheid.³³

De onzekerheid in deze situaties schuilt op het eerste gezicht in de uitkomst: zou het resultaat anders zijn geweest als de fout niet was gemaakt? Die vergelijking is echter niet voorbehouden aan verlies van een kans, maar is een vergelijkingsvraag die in alle aansprakelijkheidszaken relevant is. Op die manier wordt immers vastgesteld of sprake is van schade. Specifiek voor verlies van een kans is dat de onzekerheid ten aanzien van de schade niet schuilt in het concrete resultaat zoals dat er nu ligt, maar in de onzekerheid van het resultaat in de hypothetische situatie zonder fout.³⁴

Bij *perte d'une chance de survie*, zoals voorgelegd aan de *Cour de Cassation*, is geen sprake van dergelijke onzekerheid.³⁵ Er bestaat geen onzekerheid over het resultaat in de hypothetische situatie zonder fout: als de vrouw niet door de gedaagde met messteken om het leven was gebracht, zou zij nog hebben geleefd. Dat is zeker. Het 'kansverlies' van het slachtoffer heeft betrekking op de concrete, daadwerkelijke situatie: door het overlijden is haar de kans ontnomen om te leven totdat iemand een natuurlijke dood zou zijn gestorven ('*le droit de vie juswu'á un âge suffisamment*'³⁶) te sterven. Dat is een andere kans dan die in zaken over 'verlies van een kans'. Kortom, *perte d'une chance de survie* is naar Nederlands recht geen verlies van een kans, waardoor dit verlies geen schadepost is in de zin van deze leer.

3.3 *Perte d'une chance de survie is geen aparte schadepost naar huidig recht*

Verlies van een kans valt voor de Nederlandse situatie af als dogmatische onderbouwing om *perte d'une chance de survie* in te passen in het systeem. Daarmee rijst de vraag in hoeverre het smartengeldartikel ruimte biedt voor vergoeding voor dit verlies. In dat verband doet zich een vraag voor over zowel begroting als grondslag. In geval van lichamelijk letsel heeft het slachtoffer recht op een naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor immateriële schade vanwege leed, pijn en gederfde levensvreugde (art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW). Bij de begroting wordt rekening gehouden met

verschillende factoren, zoals de aard en ernst van de gevolgen, de restverschijnselen, de leeftijd van de benadeelde, de mate van bewustzijn en de ernst van het verwijt (aard van de aansprakelijkheid).³⁷ De leeftijd van het slachtoffer is in die zin relevant voor de begroting van het smartengeldbedrag dat bij een hoge levensverwachting van het slachtoffer de lengte van het lijden langer zal zijn.³⁸ Een korte duur van het lijden kan een drukkend effect hebben op de hoogte van het smartengeldbedrag.³⁹ Maar niet alleen de lengte van het lijden is relevant, ook het gegeven dat iemand bijvoorbeeld op relatief jonge leeftijd moet lijden en een gezin achterlaat, zijn relevante omstandigheden die doorwerken in de hoogte van het bedrag.⁴⁰ In hoeverre ouderdom (lees: het feit dat iemand toch al 'binnenkort' zou overlijden) een reden is om het smartengeldbedrag te matigen, is onduidelijk.⁴¹ Het bewustzijn dat iemand gaat sterven en dus niet lang meer te leven heeft door het ongeval dat hem is overkomen, kan psychisch belastend zijn en daarmee een verhoging rechtvaardigen van het smartengeldbedrag.⁴² Dat geldt ook voor de situatie waarin de aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis naast lichamelijk letsel, geestelijk letsel (bijv. een depressie) heeft veroorzaakt.⁴³

Afgezien van begrotingsvragen, rijst de vraag of *perte d'une chance de survie* kan worden gebracht onder de noemer 'persoonsaantasting op andere wijze' (art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW). Als iemand helemaal geen lichamelijk of geestelijk letsel heeft, maar desondanks stelt dat hij in zijn persoon is aangetast, wordt in uitzonderingsgevallen toch een smartengeldbedrag toegewezen. Dat gebeurt veelal bij schendingen van fundamentele persoonlijkheidsrechten (zelfbeschikking⁴⁴, veilig wonen⁴⁵, ongestoord woongenot⁴⁶, etc.), en waarbij een smartengeldbedrag op zijn plaats is in het licht van de 'bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer'.⁴⁷

Past het idee van *perte d'une chance de survie* in deze context, en zo ja, hoe? De kerngedachte van *perte d'une chance de survie* is dat náást smartengeld voor lichamelijk letsel, smartengeld wordt toegekend wegens het verlies van de kans om door te leven. Deze gedachte is moeilijk in te passen in de Nederlandse situatie. Ten eerste is het niet gebruikelijk om voor twee typen leed een apart smartengeldbedrag toe te wijzen. Zoals gezegd, bepaalde omstandigheden kunnen een verhogend effect hebben op de omvang van de vergoeding voor immateriële schade, maar vergoeding voor twee aparte

29 HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baajings/H*), r.o. 5.2.

30 HR 21 december 2012, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/H. en H.&H. beheer*).

31 HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99, m.nt. T. Hartlief (*Lansink/Ritsma*).

32 HR 19 juni 2015, NJ 2016/1, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Eldert Overzee/ Gemeente Zoeterwoude*).

33 HR 23 december 2016, NJ 2017/133, m.nt. S.D. Lindenbergh.

34 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2017/80a.

35 Vgl. P. Jourdain, *Cass. Crim.*, 26 maart 2013, *RTD Civ.* 2013, p. 614.

36 *Cass. 2^e Civ.*, 20 oktober 2016, 14-28.866.

37 Zie hierover o.a. *Schadevergoeding* 6:106 BW (Lindenbergh), aant. 4.9.

38 *Schadevergoeding* 6:106 BW (Lindenbergh), aant. 4.9.3.

39 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 28 (Lindenbergh 2008).

40 *Schadevergoeding* 6:106 BW (Lindenbergh), aant. 4.9.3, onder verwijzing naar Rb. 's-Gravenhage 4 februari 2010, JA 2010/93.

41 *Schadevergoeding* 6:106 BW (Lindenbergh), aant. 4.9.3.

42 Rb. Midden-Nederland 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8742, r.o. 4.15.

43 Rb. Midden-Nederland 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4180, r.o. 2.8.

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

45 HR 9 juli 2004, NJ 2005/391 (*Oosterparkrellen*).

46 Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:715, r.o. 4.4.6.-4.4.9.; Rb. Midden-Nederland 9 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5847.

47 HR 29 juni 2012, NJ 2012/417, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Blauwe oog*).

'posten' vindt niet plaats, en mijns inziens ontbreekt er een dringende reden om in deze situatie van deze vaste praktijk af te wijken. Ten tweede lijkt *perte d'une chance de survie* ook geen andere schade te zijn dan de immateriële schade vanwege letsel. Betoogd zou zelfs kunnen worden dat als voor beide 'schadeposten' een vergoeding wordt toegewezen, in wezen sprake is van dubbele vergoeding. Het idee van *perte d'une chance de survie* houdt verband met het recht op persoonlijke integriteit, en voor de doorkruising daarvan ontvangt de benadeelde reeds een smartengeldbedrag, namelijk voor het leed veroorzaakt door diens lichamelijk letsel. De persoonsaantasting in de vorm van lichamelijk letsel en de persoonsaantasting op andere wijze (het verlies van leven⁴⁸) lopen hier samen; vergoeding voor beide leidt tot dubbele vergoeding. Dat betekent echter niet dat leed veroorzaakt door de opkomende dood geen verhogend effect kan hebben op het smartengeldbedrag voor lichamelijk letsel. Hier gaat het echter niet om vergoeding voor twee aparte schadeposten, maar over de begroting van het smartengeldbedrag voor lichamelijk letsel. Het Nederlandse schadevergoedingsrecht biedt die ruimte ook, doordat de stress veroorzaakt door het bewustzijn van de opkomende dood en het gegeven dat iemand die midden in het leven staat gaat overlijden, kan meewegen in de hoogte van het smartengeldbedrag. Dat iemand het door hem gehoopte leven uiteindelijk niet kan leiden, kan dus wel doorwerken in de hoogte van het smartengeldbedrag voor de direct gekwetste.

4. De onmogelijkheid van vererving van de Engelse *lost years*-vordering

4.1 De Engelse context

De vraag die nu rijst is in hoeverre iemand materiële schade zou moeten kunnen lijden na zijn dood. Daarvoor biedt het Engelse recht een voorbeeld.

In Engeland is halverwege de negentiende eeuw de *dependency claim* van nabestaanden gecodificeerd. De noodzaak daartoe bestond omdat in de Common Law persoonlijke acties slechts onder beperkte voorwaarden vererfbaar waren en Lord Ellenborough in *Baker/Bolton* in 1808 had overwogen dat:

"In a civil court, the death of a human being could not be complained of as an injury; and in this case the damages as to the plaintiff's wife must stop with the period of her existence."⁴⁹

In 1846 werd de *Fatal Accidents Act* geïntroduceerd. De *Fatal Accidents Act* kent wat betreft de vergoeding voor de kosten van het verlies van levensonderhoud door de nabestaanden een vergelijkbare werkwijze als ons artikel 6:108 BW: nabestaanden hebben een afgeleid, doch autonoom vorderingsrecht.⁵⁰

48 Als hiervan al sprake kan zijn, zie hierover Lindenbergh die stelt dat het verlies op leven op zich voor de benadeelde geen smartengeldbedrag oplevert, Lindenbergh 2008, p. 28.

49 *Baker/Bolton* [1808] 170 E.R. 1033. Zie S.M. Waddams, 'Damages for wrongful death: has Lord Cambell's Act outlives its usefulness?', *M.L.R.* 1984, p. 437 (Waddams 1984).

50 Zie hierover reeds Rijnhout 2012, p. 156-159 en aldaar genoemde literatuur.

Later, halverwege de twintigste eeuw, nam de common law een bijzondere wending. Het *House of Lords* overwoog in *Gammell/Wilson* dat de *lost years*-vordering ten aanzien van het netto-inkomensverlies in de jaren waarin niet gewerkt kan worden, kan vererven naar de erfgenamen.⁵¹ Het betrof in die zaak een 22-jarige, ongetrouwde man zonder *dependents* (claimgerechtigde nabestaanden onder de *Fatal Accident Act*). Deze uitspraak is teruggedraaid met de introductie van de *Administration of Justice Act 1982*.⁵² Daarmee bevestigde de wetgever het uitgangspunt van het Engelse systeem voor overlijdensschade: de schade van nabestaanden, en niet die van de erfgenamen van de overledene, staat centraal.

4.2 De Engelse discussie over overlijdensschade: erfgenamen vs. nabestaanden

Over de afschaffing van de verervingsmogelijkheid van het *lost years*-vorderingsrecht, is herhaaldelijk gediscussieerd. Cane en Harris nemen de positie in dat het opmerkelijk is dat een erfgenaam geen vergoeding kan vorderen voor de verloren jaren, omdat hij bij testament wel als begunstigde is aangewezen.⁵³ Zij hechten belang aan de laatste wil van de direct gekwetste. Waddams is zelfs voorstander van de afschaffing van de *Fatal Accidents Act*, omdat dit volgens hem leidt tot een gelijkere behandeling van letselschade- en overlijdensschadezaken. Niet het bestaan van *dependants* is dan doorslaggevend, maar de positie van de overledene op zich. Dit heeft volgens hem tot gevolg dat:

"Some force would be removed from the old taunt that tort law makes it cheaper to kill than to maim."⁵⁴

Deze redenering kan het beste worden uitgelegd via het voorbeeld van kindschade. Naar huidig Engels recht ontvangen de *dependants* bij verlies van een kind alleen een vergoeding voor de kosten van lijkbezorging en *bereavements damages* (vergoeding voor affectieschade). In een systeem waarin de vordering voor *lost years* vererft, zouden deze schadeposten niet worden vergoed, maar het verlies van verdienvermogen van het kind in de jaren dat niet gewerkt kan worden, wel.⁵⁵ Dat zou – ook naar Nederlands recht – voor een enorme verhoging van de vergoedingen zorgen.

De reden dat de wetgever in 1982 koos voor afschaffing van de mogelijkheid tot vererving, was het voorkomen van dubbele vergoeding voor dezelfde schade: via de geërfde

51 *Gammell/Wilson* [1982] A.C. 27. Hierover Waddams 1984, p. 440; *Hansard*, HL Deb 8 maart 1982, vol. 428.

52 S. 1(2)(a)(ii) *Law Reform (Miscellaneous Provisions)* 1934.

53 P. Cane & D. Harris, 'Administration of Justice Act 1982, Section 4 (2): A lesson in how not to reform the law', *MLR* 1983, p. 480 (Cane en Harris 1983). De hiernavolgende tekst is grotendeels terug te vinden in Rijnhout 2012, p. 212-215.

54 Waddams 1984, p. 441. Vgl. J. Morgan, M.H. Matthews & C. O'Connell, *Hepple and Matthews' Tort: Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 283.

55 Dat is echter nog maar de vraag, omdat de rechter terughoudend is bij het toewijzen met een vergoeding voor *lost years* in geval van kindschade. Zie hierover Jones e.a. 2010, p. 1900.

vordering (verloren inkomen) en via de *dependency* vordering (verloren levensonderhoud van nabestaanden).⁵⁶ En in 1999 koos de *Law Commission* vervolgens niet voor afschaffing van de *Fatal Accidents Act* en de herinstructie van de vererfbaarheid van het vorderingsrecht ten behoeve van het verhaal van schade voor *lost years*.⁵⁷ De afschaffing van die wet en de herinstructie van de vererfbaarheid van het vorderingsrecht zou de *dependent* afhankelijk maken van zijn erfdeel (als hij al erfgenaam is), terwijl zijn werkelijke schade hoger kan zijn. Bovendien zou met de herinstructie van de erfregel geen vergoeding meer geboden worden voor verloren levensonderhoud in de vorm van hulp door de overledene.⁵⁸ Ten slotte zou de herinstructie van de vererfbaarheid leiden tot een *windfall* ten gunste van de erfgenamen, ongeacht of de direct gekwetste *dependents* heeft.⁵⁹ Uit deze argumenten blijkt duidelijk dat in Engeland de voorkeur wordt gegeven aan vergoeding van de schade die in werkelijkheid wordt geleden door de nabestaanden. Er bestaan overigens meer argumenten om *lost years*-vordering niet vererfbaar te maken, zoals het risico op een insolvente nalatenschap en eventuele fiscale gevolgen.⁶⁰

4.3 Terug naar Nederland

In Nederland is naar mijn weten nooit gediscussieerd over het inruilen van de nabestaandenvordering voor een uitgebreidere erfgenamenvordering. Dat versterkt de gedachte dat het idee dat de nabestaande schade lijdt – en niet de overleden gekwetste – geworteld zit in ons schadevergoedingsrecht. In ieder geval past het idee dat het schadelijden door overledene niet stopt bij zijn dood (en het vorderingsrecht daarvoor dus vererft naar de erfgenamen), niet in de huidige systematiek waarin de nabestaandenvordering centraal staat.

5. De Nederlandse discussie over overlijdensschade

5.1 Introductie

Het idee dat alleen nabestaanden naar Nederlands recht gerechtigd zijn tot schadevergoeding, klinkt ook door in de discussie over overlijdensschade die nu plaatsvindt: de discussie over de introductie van affectieschade als juridisch relevante schadepost, en het vasthouden aan de beperking ten aanzien van de verervingsmogelijkheid van de smartengeldvordering van de gekwetste.

56 HL Deb 8 maart 1982, vol. 428, zie *Lord Chancellor, Lord Hailsham of Saint Marylebone*.

57 The Law Commission, *Claims for wrongful death* (LAW COM No 263) 1999, p. 36-37 (The Law Commission 1999).

58 De Law Commission stelt ook dat *bereavement damages* dan niet meer toegerekend worden, zie p. 36.

59 The Law Commission 1999, p. 36 en p. 37, en hierover kort Rijnhout 2012, p. 205-208 en aldaar genoemde literatuur.

60 The Law Commission 1999, p. 37, hierover kort Rijnhout 2012, p. 205-208 en aldaar genoemde literatuur. Over de failliete boedel en eventuele fiscale gevolgen ook: Waddams 1984, p. 444-445.

5.2 Affectieschade

Affectieschade is het leed of verdriet van naasten dat wordt veroorzaakt door iemands overlijden of ernstig letsel.⁶¹ In 2010 is een wetsvoorstel dat het mogelijk moest maken voor nabestaanden om hiervoor vergoeding te vorderen, verworpen.⁶² In 2015 is echter een vergelijkbaar wetsvoorstel ingediend in de Tweede Kamer,⁶³ en op 9 mei 2017 werd met algemene stemmen ingestemd met het tweede Wetsvoorstel affectieschade.⁶⁴ Het voorstel ligt nu opnieuw voor in de Eerste Kamer.⁶⁵

De rechtvaardiging voor de vergoeding van affectieschade is de erkenning van het leed van naasten en nabestaanden, en het bieden van genoegdoening voor hun geschokte rechtsgevoel.⁶⁶ In zekere zin wordt met het voorstel dat affectieschade een juridisch relevante schadepost zou moeten zijn, afstand genomen van het idee dat de schadevergoeding voor nabestaanden het gekrenkte rechtsgoed van de overledene moet uitdrukken. Affectieschade is een eigen immateriële schadepost van nabestaanden en beoogt dat ook te zijn. Voor nu is met name relevant dat affectieschade *niet* gaat over de gemiste levenskansen van de gekwetste, maar over het leed van nabestaanden (en naasten) vanwege het verlies van iemand die (heel erg) dichtbij stond.

5.3 De beperkte mogelijkheid van vererving van de smartengeldvordering

Het recht op vergoeding voor immateriële schade van de gekwetste vererft uitsluitend indien de 'gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken' (art. 6:106 lid 2 BW).⁶⁷ De direct gekwetste (de overledene) moet dus voor zijn overlijden een handeling verrichten,⁶⁸ en als dat niet is gebeurd, gaat het vorderingsrecht niet onder algemene titel over op de erfgenamen. De rechtvaardiging voor deze beperking wordt gevonden in het hoogstpersoonlijke karakter van de vergoeding.⁶⁹ Hoewel in de literatuur stevige kritiek is geuit op het mededelingsvereiste, wordt hieraan vastgehouden in het Wetsvoor-

61 Zie o.a. S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 173 (Lindenberg 1998); A.J. Verheij, 'Contouren van het wetsvoorstel affectieschade. Enige (kritische) vragen en opmerkingen', *NJB* 2001, p. 1562; Rijnhout 2012, p. 280.

62 *Kamerstukken I* 2009/10, 28781, 23, p. 1013-1014. Hierover o.a. S.D. Lindenberg, 'Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood(?)', *NJB* 2010/1210 (p. 1530-1532); R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Eerste Kamer', *TVP* 2010, p. 37-41. Hierover recentelijk: A. Sas, 'Déjà vu: affectieschade', *NJB* 2017/1396 (p. 1822-1825) (Sas 2017).

63 *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 2. Hierover o.a. J.S. Overes, 'Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties', *TVP* 2016, p. 18-27.

64 www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2015214228&dossier=34257 (geraadpleegd op: 16 oktober 2017).

65 *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, A en C (reactie Minister op kamervragen).

66 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 3 (MvT); *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, C, p. 1 (MvA).

67 Naar Duits, Frans en Engels recht vererft de smartengeldvordering van de overledene wel (zonder beperkingen) naar zijn erfgenamen. Ook in die landen is het smartengeldbedrag echter beperkt tot het lijden voorafgaand aan iemands overlijden, Rijnhout 2012, p. 210-216.

68 De Hoge Raad stelt geen hoge eisen aan de mededeling, HR 3 februari 2006, *NJ* 2006/121 (*Rijzendaal/StPaul*), hierover Lindenberg 2008, p. 81-82.

69 Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 378.

stel affectieschade.⁷⁰ In de memorie van toelichting staat (wederom) dat het persoonlijke karakter van de smartengeldvordering een beperking rechtvaardigt: het is aan de gekwetste om te beslissen of hij een vergoeding voor immateriële schade wil ontvangen en niet aan zijn erfgenamen.⁷¹

De wetgever kiest voor een uitbreiding van de nabestaandenvordering en niet voor de uitbreiding van de verervingsmogelijkheid van de smartengeldvordering van de direct gekwetste. Deze keuze hoeft overigens niet bedoeld te zijn als een signaal dat de nabestaandenvordering wordt geprioriteerd ten opzichte van de erfgenamenvordering. In andere landen bestaat immers ook de mogelijkheid om *naast* een vergoeding voor affectieschade, als erfgenaam vergoeding te vorderen voor de immateriële schade van de overledene.⁷² Wat wel helder lijkt te zijn, is dat de wetgever terughoudend is om een tweede immateriële schadepost bij overlijden (eenvoudiger) vergoedbaar te maken.⁷³

6. Is een verandering van het systeem noodzakelijk?

6.1 Een resumé

Zowel het idee van *perte d'une chance de survie* als immateriële schadepost, als de uitbreiding van het schadebegrip naar *lost years* voor materiële schade (en de vererving van het vorderingsrecht), is moeilijk of niet in te passen in het Nederlandse schadevergoedingsrecht. De dood is het moment waarop het schadelijden van de één in juridische zin eindigt (de overledene) en van de ander begint (de nabestaanden). Dit uitgangspunt is (expliciet of impliciet) terug te vinden op verschillende plekken in ons systeem: in de begroting van immateriële schade van de gekwetste, de inrichting van art. 6:108 BW, het voornemen affectieschade vergoedbaar te maken, en het idee dat de vordering ter verhaal van immateriële schade van de gekwetste beperkt vererfbaar is. Maar daarmee is nog niet de vraag beantwoord of hierin verandering zou moeten komen. De vraag is dan wat de argumenten hiervoor zijn, en welke nieuwe problemen deze verandering kan veroorzaken.

6.2 Schade van de gekwetste vs. schade van nabestaanden: *lost years*

De meest verregaande verandering van ons systeem betreft de verschuiving van de vergoeding van materiële schade

van nabestaanden, naar introductie van een *lost years*-vorderingen de vererving daarvan. Deze verschuiving zou immers zorgen voor afschaffing van art. 6:108 BW, waardoor de behoefte aan huishoudelijke hulp van de nabestaanden geen vergoedbare schade meer zou zijn. Dit punt verdient toelichting. De schadevergoeding voor de huishoudelijke hulpbehoefte, die vererft in een systeem waarin *lost years* het uitgangspunt is, zou moeten worden gebaseerd op de behoefte die de overledene had en zou hebben gehad gedurende zijn *lost years*; dat is zijn schade. Bij de vaststelling daarvan hoeft geen rekening te worden gehouden met de behoefte van het achterblijvende gezin; dat is niet zijn schade.

Dit roept de vraag op welk probleem precies opgelost zou worden met de bovenstaande verschuiving. Enerzijds is bekend dat het huidige schadevergoedingsrecht in sommige overlijdenssituaties beperkt is, maar anderzijds weerspiegelt het huidige systeem wel de realiteit: nabestaanden hebben (financieel) nadeel dat is veroorzaakt door het overlijden van een ander. Gediscussieerd kan worden of het huidige systeem uitbreiding behoeft, maar die uitbreiding hoeft niet gevonden te worden in de afschaffing van art. 6:108 BW en de introductie en vererving van een vordering voor *lost years*. Bovendien waag ik te betwijfelen of de verschuiving naar een systeem van *lost years* in alle gevallen voor een verhoging van de vergoeding zal zorgen. Voor kindschade zal dat het geval zijn, maar waarschijnlijk is dat niet zo als degene die overlijdt het huishouden verzorgde voor het achterblijvende gezin. Zijn verlies aan verdienvermogen zal waarschijnlijk minimaal zijn, waardoor de vordering wegens *lost years* misschien wel lager zal uitvallen dan de vordering van de nabestaanden voor de kosten van verlies van levensonderhoud in natura. Als een mogelijke verschuiving ingegeven is door de gedachte dat het huidige systeem tekortschiet in de vergoeding bij overlijden (en dat lijkt in Engeland zo te zijn), betwijfel ik dus of de introductie en vererving van een vordering wegens *lost years* de oplossing zou zijn. Een dergelijk systeem levert andere oplossingen op in concrete gevallen, maar zorgt er niet voor dat de sanctie op het onrechtmatig veroorzaken van iemands overlijden per definitie omvangrijker wordt. Wat dat betreft ligt een fundamentele herziening van ons systeem niet voor de hand.

6.3 Vererving schade gekwetste vs. schade van nabestaanden: *perte d'une chance de survie*

Perte d'une chance de survie is naar Nederlands recht geen verlies van een kans, waardoor dit verlies geen schadepost is in de zin van deze leer. Ook ligt het niet voor de hand om dit 'nadeel' als tweede immateriële schadepost te introduceren (naast het smartengeldbedrag voor lichamelijk letsel). Dat iemand het door hem gehoopte leven uiteindelijk niet kan leiden, kan wel doorwerken in de hoogte van het smartengeldbedrag voor het lichamelijke letsel van de gekwetste. Het Nederlandse recht biedt ook die ruimte doordat bij de begroting van het smartengeldbedrag rekening gehouden mag worden met het gegeven dat iemand die midden in het leven staat gaat overlijden en dat het bewustzijn van de

70 Zie o.a. Lindenbergh 1998, p. 319-322; Lindenbergh 2008, p. 80-84; Rijnhout 2012, p. 210; A.J. Verheij, 'Wetsvoorstel zorg- en affectieschade, een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid', *VR* 2014, p. 225-226.

71 *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 11 (MvT). De plek in het BW waar het vereiste staat vermeld, gaat waarschijnlijk wel veranderen. Art. 6:106 lid 2 BW wordt geschrapt, en de wetgever is voornemens aan art. 6:95 BW een tweede lid toe te voegen, *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, A, p. 1.

72 Bijv. Engeland en Frankrijk, hierover Rijnhout 2012, hoofdstuk 7 en 5, p. 212-216.

73 In de memorie van toelichting stelt de minister dat het mededelingsvereiste voor overgang onder algemene niet wordt geschrapt, maar dat dit 'vanzelfsprekend onverlet [laat] dat het onderhavige wetsvoorstel aan deze nabestaanden een eigen recht op affectieschade toekent'. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 11 (MvT).

naderde dood stress of leed veroorzaakt. Dat laatste is door de *Cour de Cassation* in de uitspraak van 20 oktober 2016 ook expliciet als factor genoemd:

“que seul est indemnisable le préjudice résultant de la souffrance morale liée à la conscience de sa mort prochaine; (...).”⁷⁴

Denkbaar zou zijn om een Nederlandse variant van het idee van *perte d'une chance de survie* (leed veroorzaakt door de naderde dood) (nog) expliciet(er) als factor mee te nemen in de begroting. Wederom rijst echter de vraag welk probleem hiermee precies opgelost zou worden.

De expliciete introductie van deze factor zou kunnen zorgen voor een verhoging van de smartengeldbedragen. De beperkte omvang van de smartengeldbedragen is een punt van kritiek.⁷⁵ Die kritiek houdt echter niet alleen verband met een vergoeding voor immateriële schade vanwege de naderde dood, maar wordt in het algemeen geuit. Als wordt geconcentreerd op het smartengeldbedrag voor lichamenlijk letsel, waarbij leed veroorzaakt door de naderde dood als factor wordt meegenomen in de schadebegroting, valt op dat de hoogte van het smartengeldbedrag niet zozeer het probleem is, maar het feit dat het vorderingsrecht daarvoor in veel gevallen niet vererft.

Vererving van de smartengeldvordering vereist dat de 'gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken' (art. 6:106 lid 2 BW). Wellicht met uitzondering van de gevallen waarin het slachtoffer gedurende een langere periode onder stress staat, en dus leed heeft, vanwege de naderde dood (veroorzaakt door een onrechtmatige daad), zal die mededeling veelal niet (kunnen) worden gedaan omdat de dood volgt kort nadat de onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden, of omdat de gekwetste die mededeling gewoonweg niet doet. Betoogd zou kunnen worden dat die beperking zou moeten vervallen, maar die discussie staat los van de discussie over *perte d'une chance de survie*.

Kortom, hoewel *perte d'une chance de survie* in de zin van leed veroorzaakt door de naderde dood wel (nog) explicie-ter kan worden meegenomen in de hoogte van het smartengeldbedrag, biedt dit Franse concept op zich geen oplossing voor de kritiek op de beperkte verhaalsmogelijkheden voor immateriële schade bij overlijden. Een ontwikkeling die wel voor een verandering gaat zorgen, is de introductie van affectieschade als juridisch relevante schadepost.

7. Conclusie

In het Nederlandse schadevergoedingsrecht fungeert de dood als keerpunt: de direct gekwetste lijdt voor zijn overlijden de schade en na zijn overlijden zijn het diens nabe-

staanden.⁷⁶ De kernvraag van deze bijdrage was of een verschuiving van de focus op schade van nabestaanden naar die op de schade van de gekwetste na de dood, een oplossing zou kunnen bieden voor de kritiek dat de huidige civielrechtelijke sanctie op het veroorzaken van iemands overlijden (te) beperkt is. Deze analyse is gemaakt aan de hand van het concept *perte d'une chance de survie*, dat in Frankrijk is gepresenteerd als een aparte immateriële schadepost, en de vererving van een Engelse *lost years*-vordering⁷⁷ ten aanzien van het netto-inkomensverlies in de jaren waarin niet gewerkt kan worden.

Uit de analyse bleek dat deze veranderingen niet de oplossing bieden voor het bezwaar dat het huidige schadevergoedingsrecht in overlijdensschadezaken beperkt is. Een fundamentele herziening van het systeem door een verschuiving van de focus op de schade van nabestaanden naar die op de vordering van erfgenamen, ligt alleen al daarom niet voor de hand. Dat kritiek op het huidige systeem kan worden geuit, omdat smartengeldbedragen laag zijn, de vergoeding in geval van overlijden beperkt is en affectieschade geen juridisch relevante schade is, is helder, maar dat vraagt om een debat in de context van het huidige systeem, en niet om een debat over de afschaffing van dat systeem.

74 Cass. 2^e Civ., 20 oktober 2016, no. 14-28866.

75 Zie o.a. Lindenberg 2008, p. 75-78; C.C. van Dam, 'Begroting en verhoging van het smartengeld', VR 2013, nr. 93. Zie ook Chr.H. van Dijk, 'De rol van partijen in de discussie over de hoogte van het smartengeld', VR 2013, nr. 96.

76 Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 393.

77 Wat niet meer mogelijk is naar Engels recht.