

Smart en geld

Jasper Doomen

Inleiding

In dit artikel staat affectieschade centraal. Affectieschade kan worden gedefinieerd als 'het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat en dat men lijdt doordat een persoon waarmee men een affectieve relatie heeft, ernstig gewond raakt of overlijdt als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is.'¹

De vergoeding voor affectieschade is een onderdeel van de vergoeding van smartengeld in het algemeen, dat duidt op de vergoeding voor immateriële schade. Bij immateriële schade gaat het om 'pijn, verdriet en gederfde levensvreugde voorzover die niet het vermogen, maar het welzijn van de getroffene raakt.'²

In paragraaf 1 wordt aangegeven waarom er door de wetgever voor gekozen is affectieschade te vergoeden en in welke gevallen. Daarbij worden ook de bijzondere argumenten die bepalend zijn om een vergoeding van affectieschade te realiseren behandeld.

Paragraaf 2 behandelt vervolgens gedetailleerd de inhoud van het wetsvoorstel. Daarbij komt aan de orde welke schade precies vergoed zou moeten worden. Het contrast met de zogenoemde shockschade, die al wel voor vergoeding in aanmerking is gekomen, ligt daarbij voor de hand. In paragraaf 2.1 wordt ingegaan op de vraag wie op een vergoeding aanspraak zou moeten kunnen maken; moet er bijvoorbeeld van een vooraf bepaalde groep naasten sprake zijn? Ten slotte is van belang hoe de schadevergoeding vorm krijgt. (par. 2.2)

Het wetsvoorstel blijkt een aantal problemen adequaat te benaderen. Ondertussen is het de vraag of de voorgestelde maatregelen niet een te groot aantal laedentes treft; moet er geen onderscheid gemaakt worden op grond van de manier waarop de individuele laedens heeft gehandeld? In hoeverre valt een vergoeding te rijmen met een situatie

waarin deze niets te verwijten valt? In paragraaf 3 wordt dit uitgewerkt.

1. Affectieschade

Er is een wetsvoorstel om affectieschade te kunnen vergoeden,³ dat erin bestaat, artikel 6:107 en 6:106 BW zodanig aan te passen dat een aantal naasten van degenen die ernstig en blijvend letsel oploopt of overlijdt een geldbedrag uitgekeerd krijgt voor affectieschade. Inmiddels is dit voorstel door de Tweede Kamer aangenomen. De bezwaren die hiertegen aanvankelijk bestonden, hielden in dat aan het leed met geld niet adequaat tegemoet kon worden gekomen,⁴ zodat compensatie moeilijk kan worden gerealiseerd, dat 'commercialisering' van verdriet en 'onsmakelijke procespraktijken' voorkomen moeten worden, dat de rechterlijke macht te zeer belast zou worden, dat het moeilijk zou zijn vast te stellen aan wie een schadevergoeding zou toekomen en dat de toename van aansprakelijkheden op grond van de zorgplicht die men op zich heeft genomen een grote schadevergoeding niet zou rechtvaardigen.⁵

Er is ten slotte gekozen voor een regeling die aan een aantal van de genoemde problemen tegemoetkomt. In de memorie van toelichting bij het aanvankelijke wetsvoorstel wordt aangegeven dat men beoogt de naasten erkenning te verschaffen; het verlies dat zij ervaren wordt zo tot uitdrukking gebracht. Daarnaast gaat het om genoegdoening: van de laedens wordt een opoffering verlangd, zodat het rechtsgevoel van de naaste wordt gerepareerd;⁶ de erkenning speelt daarbij de belangrijkste rol.⁷ Het bovengenoemde bezwaar, dat compensatie als doel ontoereikend is, wordt expliciet erkend; het kan 'hooguit op de achtergrond' een rol spelen.⁸

Andere secundaire effecten zijn het therapeutische effect van de erkenning,⁹ waarbij dit overigens ook voorname-lijk in het kader van erkenning

plaatsvindt,¹⁰ en het preventieargument,¹¹ dat ook een motivatie voor het wetsvoorstel was.¹² Dit laatste houdt in dat de dreiging van de vergoeding de potentiële laedens scherp zal houden en zal voorkomen dat hij onzorgvuldig zal handelen.

2. Moet affectieschade voor vergoeding in aanmerking komen?

Affectieschade is vaak afgezet tegen shockschade. Bij dit laatste gaat het om psychische schade die resulteert uit het waarnemen van een zeer schokkende gebeurtenis of uit een directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan.¹³ In het Taxibus-arrest¹⁴ ging het om een vrouw die haar kind, nadat dit aangereden was, levenloos en verminkt op straat aantrof. Ze ondervond hierdoor hevig geestelijk letsel. De Hoge Raad stelde dat het onderscheid tussen het verdriet van de moeder en het leed dat resulteerde uit het geestelijk letsel ten gevolge van de confrontatie met het ongeval bepalend was: het verdriet werd niet vergoed, terwijl de eigen schade van de moeder, door de shockschade ontstaan, wel voor vergoeding in aanmerking kwam.¹⁵

- 1 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 1.
- 2 Lindenberg, 1998, p. 1.
- 3 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 1, 2; *Kamerstukken II* 2004/05, 28 781, nr. 9.
- 4 Dit werd voor smartengeld in het algemeen erkend (Van Zeben et al., 1981, p. 377).
- 5 Van Zeben et al., 1981, p. 388, 389; Reehuis, Slob, p. 1272-1274.
- 6 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 1, 2, 6, 7.
- 7 Vgl. Hartlief, 2004, p. 2.
- 8 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 2.
- 9 Hartlief, 2003, p. 77.
- 10 Lindenberg, 1998, p. 197.
- 11 Vgl. Lindenberg, 1998, p. 45, 46.
- 12 Hartlief, 2003, p. 79.
- 13 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 781, nr. 8, p. 1.
- 14 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240.
- 15 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240; HR: Beoordeling van het middel in het principaal beroep, 5.4.

In het arrest Van der Heijden/Holland,¹⁶ daarentegen, waarbij het – afgezien van de materiële schade – ‘slechts’ om affectieschade ging, werd geen immateriële schadevergoeding toegekend; er kon ook geen vergoeding worden toegekend op grond van artikel 1406 en 1407 BW (oud), net zomin als op grond van de huidige artikelen 6:106 en 6:107 BW.

Het is nu de vraag of dit verschil tussen affectie- en shockschade tot deze verschillende resultaten moet kunnen leiden. Toenmalig Tweede Kamerlid Wolfsen kwalificeerde het al als een ‘raar’ en ‘gek’ onderscheid.¹⁷ De minister van Justitie stelde dat het niet om een continuüm gaat, zoals Wolfsen van mening is;¹⁸ affectie- en shockschade moeten zijns inziens dan ook helder onderscheiden worden.¹⁹

Waar het echter om gaat is niet of het onderscheid inderdaad scherp te maken valt.²⁰ Als de nadruk daarop komt te liggen, blijft de kwestie academisch. De minister had dan ook niet moeten bepalen of er een onderscheid bestaat, maar wat de relevantie van een onderscheid is. Als er, met andere woorden, een onderscheid bestaat, is dat dan gerechtvaardigd? Dit moet beantwoord worden om te kunnen vaststellen of het wenselijk is dat affectieschade vergoed wordt.

Het gaat in beide gevallen om ernstig leed. Wil men aan het onderscheid vasthouden, dan zal men keuzes moeten verdedigen die vreemd kunnen overkomen. Zo wijst Hartlief erop dat er wel smartengeld is toegekend in een geval waarbij men het verlies onderging van zijn bedrijf, een geesteskind,²¹ terwijl dit voor het verlies van een echt kind niet zou opgaan.²²

Een eerste stap op weg naar de mogelijkheid om affectieschade te vergoeden wordt gezet door het verschil tussen affectie- en shockschade niet meer doorslaggevend te laten zijn. Vervolgens is het van belang de ondergrens te vinden. Komt ieder soort verdriet in aanmerking voor vergoeding? Volgens het aanvankelijke wetsvoorstel moest het gaan om ‘ernstig en blijvend letsel’.²³ Wat houdt dit in? In de Memorie van Toelichting worden drie soorten gevallen onderscheiden.²⁴

Ten eerste kan het gaan om een grote functionele invaliditeit; hiervoor valt geen absolute maatstaf te geven, maar verondersteld moet worden dat een blijvend functioneel verlies van de vermogens in elk geval als ernstig en blijvend letsel kan worden gekwalificeerd. Ten

tweede worden de gevallen benoemd waarin de gelaedeerde geen ‘wezenlijk persoonlijk contact’ met zijn naasten kan onderhouden. Ten derde is het mogelijk dat de gelaedeerde, doordat hij aangewezen is op intensieve hulp, moeilijk een privéleven kan onderhouden, met belangrijke gevolgen voor zijn naasten.

Een probleem blijft dat ‘ernstig’ en ‘blijvend’ eigenlijk steeds in concreto moeten worden ingevuld. De minister van Justitie stelde dan ook voor om de rechter hierover het laatste woord te laten.²⁵ Het uiteindelijke wetsvoorstel is een compromis geworden: er is ten opzichte van het aanvankelijke wetsvoorstel een extra lid ingevoegd, dat stelt dat bij Algemene Maatregel van Bestuur regels kunnen worden gesteld die de betekenis verfijnen.²⁶ Daarbij wordt duidelijk gemaakt dat algemene beschrijvingen niet volstaan en gevallen steeds met het oog op de specifieke omstandigheden moeten worden opgelost; op termijn kan ‘ernstig en blijvend’ vervolgens gepreciseerd worden.²⁷

Op deze manier wacht men rechterlijke uitspraken af, die ten slotte tot een algemene beschrijving kunnen leiden. Dit compromis tussen een strikte opsomming die in de praktijk tekort kan schieten enerzijds en een situatie waarbij men in het geheel afziet van het vastleggen van regels anderzijds doet recht aan de kwestie door op een pragmatische manier te werk te gaan: de rechter heeft voorlopig de ruimte en op termijn kan een duidelijke regeling ontstaan.

2.1 De kring van naasten

De eerste vraag die aan de orde is bij het vergoeden van affectieschade betreft de kring van naasten: wie kan aanspraak maken op immateriële schadevergoeding wanneer het primaire slachtoffer letsel oploopt dan wel overlijdt? De twee extreme mogelijkheden zijn een formeel criterium – een vooraf bepaald aantal personen komt in aanmerking – en een materieel criterium: gekeken wordt naar de personen die feitelijk een dermate intieme relatie met de betrokkene onderhiielden dat immateriële schadevergoeding op zijn plaats is.

Aanvankelijk heeft de wetgever voor het eerste gekozen. Artikelen 6:107 en 6:108 BW werden uitgebreid met een aantal leden; lid 2 respectievelijk lid 4 beschreef in sub a tot en met f een aantal personen, zoals de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot en de ouder

van een minderjarig kind.²⁸ Ten opzichte van het aanvankelijke voorstel van de minister van Justitie²⁹ was er wel een uitbreiding van het aantal personen gekomen, maar de structuur van het voorstel veranderde niet: er bleef een limitatieve opsomming van degenen die in aanmerking kwamen.

Het is de vraag of deze oplossing de meest wenselijke is. De situatie kan zich immers voordoen dat bij individuen die genoemd worden van geen affectieschade sprake is, of, omgekeerd, dat juist niet opgesomde individuen affectieschade ondervinden. Om aan deze situatie tegemoet te komen moet dit verdisconteerd worden. De benadering waarin alleen het materiële criterium wordt gehanteerd lijkt dan voor de hand te liggen. Problematisch daarbij is evenwel dat de wel opgesomden, die veelal ook inderdaad affectieschade lijden, dit onder de moeilijke omstandigheden waarin ze verkeren zelf zouden moeten aanvoeren.³⁰ Lindenberghs voorstel bestaat erin dat een aantal individuen genoemd zou worden; daarnaast zouden anderen wel moeten aantonen affectieschade te ondervinden en zo op een vergoeding aanspraak kunnen maken.³¹ Op deze manier wordt tussen de twee geschetste extremen een mooi compromis gevonden.

Het uiteindelijke wetsvoorstel is ook in deze geest opgesteld. In sub a tot en met f wordt, zoals gezegd, een aantal individuen opgesomd; daarnaast wordt in sub g een persoon beschreven ‘die in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot de gekwetste staat, dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij als naaste wordt aangemerkt’, waarbij de ‘hechte affectieve

16 HR 8 april 1983, NJ 1984, 717.

17 *Handelingen II*, TK 87, 23 juni 2004, p. 5591, 5595.

18 Dat Wolfsen dit verdedigt volgt uit het feit dat hij het onderscheid wil opheffen; daarnaast stelde hij dat shock- en affectieschade in elkaars verlengde liggen (*Handelingen II*, TK 60, 16 maart 2005, p. 3881).

19 *Handelingen II*, TK 87, 23 juni 2004, p. 5596, 5597; *Kamerstukken I* 2005/06: 28 781, nr. C, p. 9, 10.

20 In de praktijk blijkt het onderscheid overigens inderdaad niet of nauwelijks te maken (Van Dam, 2002, p. 207).

21 HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662.

22 Hartlief, 2003, p. 77.

23 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 2, p. 2.

24 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 11, 12.

25 *Handelingen II*, TK 87, 23 juni 2004, p. 5598.

26 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 781, nr. 9, p. 1.

27 *Kamerstukken II* 2004/05, 28 781, nr. 9, p. 3, 4.

28 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 2, p. 2, 3.

29 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 5.

30 Lindenbergh, 1998, p. 213.

31 Lindenbergh, *loc. cit.*

relatie' moet worden aangetoond en inderdaad een materieel criterium wordt gehanteerd.³² Dat deze laatste persoon, met al zijn verdriet, de hechte relatie moet aantonen blijft natuurlijk een probleem, maar dit is praktisch helaas onoverkomelijk. Voor de minister van Justitie bleek de kwetsbare positie van de in sub a tot en met f genoemden een belangrijke reden om, in antwoord op het pleidooi van de PvdA-fractie in de Eerste Kamer om niet strikt vast te houden aan een standaardbedrag,³³ te stellen dat doorslaggevend is dat een lang proces voorkomen moet worden.³⁴

Met dit compromis is de best mogelijke oplossing gevonden, door hier, net als bij de kwestie met betrekking tot het vaststellen van 'ernstig' en 'blijvend' letsel, een pragmatische benadering te kiezen. Wel blijft discussie mogelijk over een eventuele uitbreiding van de wel genoemde personen; op grond van veranderinge opvattingen met betrekking tot bepaalde relevante verhoudingen kan hierin een wijziging komen, zoals de huidige regeling ook al een uitbreiding is ten opzichte van het eerste voorstel.

Een laatste relevante kwestie die hier vermeld kan worden is de uitzondering die in het nieuwe artikel 6:106 (lid 2) BW voor affectieschade (en smartengeld in het algemeen) wordt gemaakt bij beslaglegging.³⁵ Het valt te verdedigen dat de vergoeding niet (indirect) moet toekomen aan derden vanwege de aard daarvan: het gaat om een toegekend bedrag om een persoonlijke reden.³⁶ Daartegenover kunnen de belangen van de derden worden genoemd, maar een afweging kan zich niet beperken tot het verdisconteren van vakantieleed:³⁷ smartengeld ziet op uiteenlopende gevallen, waarvan bij een aantal, zoals de in dit artikel genoemde, van persoonlijk en ernstig leed sprake is.

2.2 De inhoud van de schadevergoeding

In paragraaf 1 is aangegeven dat erkenning en genoegdoening voor de naasten de belangrijkste overwegingen zijn achter de beslissing om affectieschade te vergoeden. Hoe kan dit worden verwezenlijkt? Wil men de laedens een geldbedrag laten betalen aan de naasten, dan moet overwogen worden welke omvang dit moet hebben. Het is natuurlijk duidelijk dat de concrete gevallen die voor de rechter komen ongelijk zijn, in de zin dat de mate van leed verschilt.

Moet dit gegeven gevolgen hebben voor de schadevergoeding? Van Tilburg

stelt dat een standaardbedrag zonder meer ontoereikend is: het zal onvoldoende tegemoetkomen aan de omstandigheden van het geval. Daarbij denkt hij nog wel deels in termen van compensatie,³⁸ terwijl deze overweging voor de wetgever inmiddels niet meer doorslaggevend is, zoals is aangegeven. Ook Hartlief twijfelt of een standaardvergoeding in voldoende mate op de specifieke omstandigheden aansluit.³⁹ Deze overweging kon ook bij sommigen in het parlement op instemming rekenen.⁴⁰

Toch is ten slotte gekozen voor een standaardbedrag. Daarbij kan overwogen worden dat smart niet in geld vertaald kan worden.⁴¹ Er is geen 'leedmeter' die precies aangeeft welk leed in welke mate vergoed moet worden, nog afgezien van het feit dat het leed *zelf* niet of nauwelijks bepaald kan worden.

Wordt zo voldoende tegemoetgekomen aan de belangen van de naasten? Het lijkt erop dat het geld niet de primaire drijfveer is, maar dat men '[...] de waarheid wil achterhalen of de verantwoordelijkheid wil vaststellen in het bijzonder in situaties waarin de dader die ontkent.'⁴² Hieruit kan worden afgeleid dat een schadevergoeding dan in zijn geheel geen functie meer heeft.⁴³ Daarvoor valt wat te zeggen, maar het is denkbaar dat sommigen hiermee geen genoegen zullen kunnen nemen en dat door middel van een symbolisch bedrag pas aan hun behoefte aan erkenning voor hun leed en genoegdoening door de laedens wordt voldaan.

Zelfs als daarbij wordt erkend dat het bedrag symbolisch is, blijft discussie mogelijk over de kwestie of één bedrag volstaat. Men kan de nadruk op de omstandigheden op een aantal manieren vertalen in variabele bedragen.⁴⁴ Deze benadering verdient mijns inziens echter niet de voorkeur boven het standaardbedrag. Het gaat in de eerste plaats om erkenning, en er is geen sprake van een grotere erkenning naarmate het bedrag toeneemt; de symboliek van de erkenning moet helder blijven. Wat betreft de *genoegdoening* zou nog wel gepleit kunnen worden voor een variabel bedrag: het bedrag wordt niet op een universele manier bereikt in de zin dat één precies bedrag voor elke situatie bevredigend is.

Dit is ondertussen geen doorslaggevend argument tegen een standaardbedrag. Hier speelt namelijk hetzelfde probleem als bij de 'leedmeter': hoe zou men kunnen vaststellen welk bedrag ge-

noegdoening zou schenken? Het feit dat de laedens zich moet verantwoorden en daarbij boete doet in de vorm van een symbolisch bedrag zal, als het de naasten werkelijk om genoegdoening gaat, voor hen wellicht van groter belang zijn dan een precieze afweging die in een vreemd soort rekensom zou resulteren, al aangenomen dat een dergelijke benadering mogelijk zou zijn.

Door de VVD-fractie in de Eerste Kamer werd het bezwaar naar voren gebracht dat verzekeraars in feite de kosten op zich zouden nemen en niet de laedens, hetgeen de behoefte aan erkenning en genoegdoening in de weg zou staan.⁴⁵ De minister van Justitie pareerde dit met het argument dat een verzekeraar slechts tot uitkering overgaat als de laedens aansprakelijk is, zodat de erkenning (via een omweg) ligt in de uitkering.⁴⁶

Wat betreft een eventuele preventieve werking, die ook motiverend is voor de totstandkoming van de regeling (vgl. noot 11), lijkt het onwaarschijnlijk dat de dreiging van een proces voor de rechter voor een potentiële laedens aanleiding zal zijn, zijn handelen aan te passen op grond van de enkele gedachte dat de hoogte van het bedrag dat hij moet vergoeden kan oplopen. Veeleer vreest hij het proces als zodanig, waardoor zijn goede naam kan worden aangetast⁴⁷ en waarbij hij zich moet verantwoorden tegenover degenen die door zijn toedoen lijden.

Met betrekking tot de eventuele therapeutische werking (vgl. noot 9) valt het uiteraard moeilijk vast te stellen of een variatie in de hoogte van het bedrag voor de verwerking van het verlies verschil zal maken, maar het lijkt aannemelijk dat het daarbij vooral zal gaan om het feit dat de laedens zich verantwoordt.

32 Kamerstukken II 2004/05, 28 781, nr. 9, p. 1, 2.

33 Kamerstukken I 2004/05, 28 781, nr. B, p. 3.

34 Kamerstukken I 2005/06, 28 781, nr. C, p. 4, 5.

35 Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 7.

36 Vgl. Verheij, 2002, p. 542, 543.

37 Glazenburg, 2005, p. 157.

38 Van Tilburg, 2004, p. 12.

39 Hartlief, 2003, p. 80.

40 *Handelingen II*, TK 87, 23 juni 2004 (Luchtenveld), p. 5593.

41 Vgl. *Handelingen II*, TK 87, 23 juni 2004 (Joldersma), p. 5588.

42 Hartlief, 2003, p. 80, 81; vgl. *Handelingen II*, TK 60, 16 maart 2005 (Wolfsen), p. 3880, 3881.

43 Hartlief, 2004, p. 4.

44 Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 5, p. 5.

45 Kamerstukken I 2004/05, 28 781, nr. B, p. 2.

46 Kamerstukken I 2005/06, 28 781, nr. C, p. 3.

47 De parlementaire geschiedenis wijst daar al op (Van Zeben et al., 1981, p. 388).

Ten slotte is er nog het argument dat de nieuwe regeling de claimcultuur kan bevorderen.⁴⁸ Juist het feit dat er een standaardbedrag bestaat, dat relatief eenvoudig verkregen kan worden, zou ervoor kunnen zorgen dat men in toenemende mate voor de rechter zal verschijnen. Wat betreft degenen die de hechte relatie met de naaste moeten aantonen: zij vallen buiten deze problematiek, omdat aan hen juist *niet* eenvoudig een bedrag zal worden uitgekeerd.⁴⁹

Met betrekking tot de overige gegadigden verdisconteert deze overweging onvoldoende het gegeven dat er pas een probleem bestaat wanneer men vanuit *andere* motieven dan erkenning en/of genoegdoening procedeert. Voor de genoemde motieven is de regeling immers opgezet. Degenen die in lid 2 sub a tot en met f resp. lid 4 sub a tot en met f genoemd worden en die erkenning en/of genoegdoening verlangen handelen op de door de wetgever beoogde wijze. Pas als ze om een andere reden procederen en de juiste motieven voorwenden, is de geschetste problematiek aan de orde. Natuurlijk valt niet uit te sluiten dat deze situatie zich kan voordoen, maar zonder feitelijke gegevens dat hiervan ook daadwerkelijk sprake is, kan het argument niet bepalend zijn.

De wetgever heeft gekozen voor een bedrag van € 10.000. Erkend werd '[...] dat de intensiviteit van het leed niet in alle gevallen gelijk is',⁵⁰ maar daaruit volgde niet dat een variatie in bedragen moest worden gerealiseerd. De beslissing om tot een standaardbedrag te komen lijkt me in elk geval juist; naast het feit dat het, zoals gezegd, moeilijk of onmogelijk is leed geldelijk te waarderen, is deze oplossing het meest in overeenstemming met de symbolische waarde van de erkenning.⁵¹

3. Evaluatie

Met het wetsvoorstel wordt een afweging gemaakt waarbij van de laedens een offer gevraagd wordt dat binnen de perken blijft zonder onvoldoende aan het leed van de naasten van de gelaedeerde tegemoet te komen. Ondertussen blijft er ruimte voor enkele kritische kanttekeningen.

3.1 Problemen met het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel bewerkstelligt een uniforme regeling voor alle gevallen waarin aansprakelijkheid van de laedens aanwezig is. Op deze manier worden aan de bijzonderheden van het geval geen ge-

volgen verbonden, in de zin dat deze tot uiteenlopende resultaten zouden kunnen leiden. De manier waarop de aansprakelijkheid wordt bepaald blijft daarmee buiten beschouwing. Mijns inziens wordt op deze manier een aantal laedentes te hard getroffen. De cruciale vraag in een situatie waarin bepaald moet worden of de laedens verwijtbaar heeft gehandeld, is of hij heeft gehandeld zoals van hem mocht worden verlangd.

Het is precies dit criterium dat de Hoge Raad bijvoorbeeld hanteerde in het '*Wrongful life*'-arrest.⁵² In dat geval werd bepaald dat de verloskundige die onderzoek waarvan de resultaten voor de – toen nog potentiële – moeder aanleiding zouden zijn geweest tot abortus over te gaan, achterwege liet terwijl er aanleiding was dit onderzoek te verrichten, inderdaad niet naar de geldende maatstaf had gehandeld.⁵³ Van een soortgelijk geval was sprake in het '*Wrongful birth*'-arrest,⁵⁴ waarbij een voorbehoedmiddel (spiraaltje) bij een vrouw ten behoeve van onderzoek verwijderd was en vervolgens door een fout van de betrokken arts niet teruggeplaatst was en de vrouw zwanger raakte.

In het '*Wrongful life*'-arrest werd, wellicht omdat het nog niet mogelijk was affectieschade te vergoeden, aangegeven dat de vader en moeder van het kind *zelf* in hun persoon waren aangetast; voor de vader gold dit zelfs omdat hij niet voor deze situatie had kunnen kiezen.⁵⁵ Hierbij lijkt sprake van een omweg: het resultaat rechtvaardigt een vindingrijke interpretatie van artikel 6:106 lid 1 sub b BW. In het '*Wrongful birth*'-arrest, daarentegen, zag de Hoge Raad in het geheel geen mogelijkheid om immateriële schade van de ouders te vergoeden, omdat er geen sprake zou zijn van geestelijk letsel, dat een dergelijke vergoeding pas mogelijk zou maken.⁵⁶

De afhandeling van deze zaken kan met het nieuwe wetsvoorstel worden voorkomen. De gekunstelde omweg is niet nodig en de eventuele afwezigheid van de mogelijkheid om deze te creëren is niet langer een belemmering. Deze twee gevallen maken duidelijk hoe het voorstel positieve resultaten kan genereren. Het is nu van belang ze te contrasteren met gevallen die het voorstel wellicht geen recht doet.

In beide genoemde gevallen werd geoordeeld dat er van een beroepsfout sprake was.⁵⁷ Dit werd ook bepaald in het '*Baby Joost*'-arrest.⁵⁸ In dit geval was een baby geopereerd, waardoor handi-

caps ontstonden. Het Gerechtshof Amsterdam en de Hoge Raad wezen een immateriële schadevergoeding voor de ouders af, nadat de Rechtbank Amsterdam een bedrag van f 100.000 had toegewezen, op grond van de gedachte dat de ouders mede voor zichzelf (*pro se*) de behandelingsovereenkomst met de arts waren aangegaan, waartegen het Hof en de Hoge Raad zich verzetten. Men zou bovendien kunnen aanvoeren dat het feit dat ze partij zijn juist met zich meebrengt dat ze niet als ouders *pro se* aanspraak kunnen maken op een schadevergoeding.⁵⁹

Voor een dergelijk geval zou, met het tot stand komen van de nieuwe wetsartikelen, een toekenning van smartengeld zelfs zonder het argument van de Rechtbank mogelijk worden. Het gaat er dan om dat ook hier gesteld wordt dat gehandeld is op grond van een beroepsfout, maar dat, in tegenstelling tot de zojuist genoemde gevallen, niet duidelijk wordt waarin deze bestond. Er is sprake van 'fouten' die tot de handicaps leidden.⁶⁰

Het lijkt me van groot belang steeds vast te stellen onder welke omstandigheden de fouten tot stand komen. Er bestaat een groot verschil tussen een fout die ontstaat doordat men bijvoorbeeld verwijtbaar niet in staat is deze te vermijden en een fout die het resultaat is van eenvoudig menselijk falen. Op laedentes rust veelal een bepaalde verantwoordelijkheid op grond van hun zorgplicht. Deze moet echter helder onderscheiden worden van de aansprakelijkheid waarom het hier gaat, namelijk schuldansprakelijkheid. Op aansprakelijkheid op grond van een zorgplicht is het wetsvoorstel *niet* gericht. Dit wordt duidelijk door nogmaals na te gaan welke achtergronden het heeft.

Het belangrijkste argument bleek de erkenning te zijn: het feit dat men leed ondervindt wordt erkend. In gevallen

48 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 5, p. 5; *Kamerstukken I* 2004/05, 28 781, nr. B, p. 3, 4.

49 Vgl. *Kamerstukken I* 2005/06, 28 781, nr. C, p. 7.

50 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 7.

51 Vgl. Lindenbergh, 1998, p. 216; inmiddels is hij hierop overigens ten dele teruggekomen (Lindenbergh, 2005, p. 842, 843).

52 HR 18 maart 1995, *NJ* 2006, 606.

53 HR 18 maart 1995, *NJ* 2006, 606, r.o. 4.17.

54 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145.

55 HR 18 maart 1995, *NJ* 2006, 606, r.o. 4.9.

56 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, r.o. 3.14.

57 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, r.o. 3.1; HR 18 maart 1995, *NJ* 2006, 606, r.o. 4.17.

58 HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734.

59 Strens-Meulemeester, 1996, p. 6.

60 HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, r.o. 3.1.

waarin de laedens zijn handelen niet had kunnen voorkomen moet met de gevolgen echter net zo worden omgegaan als met overige vreselijke situaties. Stel dat een kind doof wordt geboren en de ouders onder zijn handicap lijden⁶¹ of iemand bij het opknappen van zijn huis ten val komt en gehandicapt raakt, waardoor de naasten verdriet ondervinden. Dit zijn gevallen waar niemand 'schuldig' is aan het optreden van de schade. Het leed is hier niet minder groot dan in een geval waar wel een laedens aanwezig is. Het enige verschil is dat men de laedens als concrete oorzaak kan aanwijzen voor de schade. Dit is echter onvoldoende om hem voor de schade aan te spreken.⁶²

In dergelijke gevallen staat de laedens als aanwijsbare oorzaak in het proces, zonder dat hem werkelijk iets te verwijten valt. Er is iets gebeurd wat voor zowel hem als de gelaedeerde onbeoogd was, waarbij natuurlijk wel duidelijk is dat de consequenties voor de gelaedeerde het nadeligst zijn. Wanneer men de laedens wil aanspreken, vergroot men het bovenvermeld verschil zodanig dat men de positie van de laedens een te sterke rol toekent. Een fundamentele oplossing, waarbij ook leed zonder (aanwijsbare) laedens behandeld wordt, blijft zo achterwege. De erkenningsfunctie kan in dergelijke gevallen niet worden vervuld door het toekennen van een bepaald bedrag, tenzij dit plaatsvindt buiten de laedens om, zodat deze niet degene is die de kosten voor zijn rekening moet nemen.⁶³

Deze overweging geldt ook voor het genoegdoenings- en preventieargument. De opoffering die van de laedens wordt gevraagd zal het rechtsgevoel niet verbeteren, zodat van genoegdoening geen sprake zal zijn. Aan de intentie bij het handelen wil men niets veranderd zien; alleen de resultaten, die in zekere zin buiten de macht van de (potentiële) laedens liggen, zijn onwenselijk. Het valt moeilijk in te zien hoe opoffering van een laedens die heeft gehandeld zoals men zou willen tot genoegdoening kan leiden. Het tegemoetkomen aan het geschokte rechtsgevoel kan in dergelijke situaties geen rol spelen.

Wat betreft het preventieargument is van belang of een laedens onder de dreiging van een te betalen schadevergoeding anders zal handelen dan zonder de aanwezigheid ervan. Alleen in dat geval kan dit argument gewicht in de schaal leggen.

3.2 Een alternatief voor het wetsvoorstel

Op grond van deze benadering moet het gemaakte onderscheid tussen aansprakelijkheid op grond van een zorgplicht en schuldaansprakelijkheid gevolgen hebben voor de wettelijke regeling. Alleen schuldaansprakelijkheid zou moeten kunnen leiden tot een vergoeding voor affectieschade. Dit zou overigens niet slechts voor deze situatie hoeven gelden, maar voor smartengeld in het algemeen kunnen worden betoogd.

Het ligt voor de hand het wetsvoorstel toe te spitsen op de schuldaansprakelijkheid. Daartoe zou het voorstel als volgt gewijzigd kunnen worden (de wijzigingen zijn cursief aangegeven).

Artikel 6:107 BW. Lid 1. Indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, is die ander behalve tot vergoeding van de schade van de gekwetste zelf, ook verplicht tot vergoeding van:

b. in het geval van ernstig en blijvend letsel, *indien het letsel aan schuld van die ander te wijten is*, een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor als gevolg daarvan, door in lid 2 genoemde naasten geleden nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.

Artikel 6: 108 BW. Lid 3. Voorts is de aansprakelijke, *indien het overlijden aan diens schuld te wijten is*, verplicht tot vergoeding van een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, geleden door de in lid 4 genoemde naasten als gevolg van het overlijden.

Aan de bezwaren in de Parlementaire Geschiedenis (vgl. noot 5) wordt door het wetsvoorstel al grotendeels tegemoetgekomen. Leed kan met geld niet worden gecompenseerd, maar dat is ook niet het doel. Aan het gevaar van commercialisering en onwenselijke procespraktijken wordt tegemoetgekomen door een standaardbedrag te realiseren. De vaststelling aan wie dit bedrag moet toekomen is grotendeels eenvoudig, omdat een aantal gegadigden vooraf genoemd wordt; slechts degene die kan aantonen ernstig te lijden en in een bijzondere verhouding tot het slachtoffer staat, kan daarnaast in aanmerking komen.

Dit laatste gegeven, gecombineerd met het feit dat van een vast bedrag sprake is, neemt ook enige kracht weg van het bezwaar dat de belasting voor de rechterlijke macht sterk zal toenemen.⁶⁴ Het laatste punt, dat de toename van aansprakelijkheden op grond van zorgplichten een grote schadevergoeding niet zou rechtvaardigen, blijft vooralsnog een probleem. Met de hierboven voorgestelde wijziging wordt gepoogd dit het hoofd te bieden.

Conclusie

Het realiseren van de mogelijkheid om affectieschade te vergoeden is een positieve ontwikkeling. In veel gevallen zal een vergoeding wenselijke gevolgen hebben, waarbij ten dele aan de direct betrokkenen – de naasten – gedacht kan worden en ten dele aan de maatschappij in haar geheel. In het algemeen zal de preventieve werking die van de nieuwe artikelen uitgaat ertoe bijdragen dat onzorgvuldig gedrag voorkomen wordt.

Wat de betrokkenen betreft worden de beoogde doelen, namelijk erkenning van hun leed en genoegdoening, bereikt door de voorgestelde regeling, op grond waarvan een vast bedrag uitgekeerd wordt. Door een aantal naasten expliciet op te sommen wordt voorkomen dat degenen die hoogstwaarschijnlijk al in aanmerking komen, hun leed moeten uitspellen, terwijl de mogelijkheid van een vergoeding voor anderen dan zij niet vooraf is uitgesloten. Zo wordt gelaaveerd tussen twee eenzijdige benaderingen en voor een wenselijk midden gekozen. De wetgever laat zich kennelijk leiden door de gedachte dat de oplossing in de praktijk moet volstaan, zoals ook blijkt uit de manier waarop met het criterium dat van ernstig en blijvend letsel sprake moet zijn wordt omgegaan.

Het wetsvoorstel is grotendeels bevredigend. Eén aspect is echter onvoldoende verdisconteerd. De immateriële schade van de naasten van het slachtoffer kan niet worden vergoed op grond

61 Voor het kind zelf zal de handicap wellicht, omdat het een horend bestaan niet kent en in zekere zin niet weet wat het mist, niet met (veel) leed gepaard gaan.

62 Wellicht ten overvloede: het gaat hier om een situatie die *niet* door artikel 6:106 lid 1 sub a BW wordt gedekt. Als de laedens willens en wetens de schade veroorzaakte, kan men hem wel aanspreken.

63 Als men daarbij tot een consequente oplossing wil komen, zal overigens het gevaar van een claimcultuur *wel* kunnen rijzen, omdat dan de erkenning van het leed van een veel grotere groep wordt beoogd dan die waarop het huidige wetsvoorstel ziet.

64 Vgl. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 781, nr. 3, p. 7.

van aansprakelijkheid die rust op een zorgplicht. Aan het leed moet tegemoet gekomen worden, maar daarbij moeten de grenzen om dit te kunnen realiseren worden erkend.

Men zal onmiddellijk moeten erkennen dat deze oplossing onvolmaakt is. Het is echter, bij gebrek aan de meest bevredigende, de minst onbevredigende uitkomst. Natuurlijk is het wrang om te stellen dat de gelaedeerde zijn schade zal moeten accepteren. Toch is het beter om deze overweging ook in gevallen waarin de laedens zonder schuld handelde te handhaven. Het eenvoudige feit dat er sprake is van een actor die de schade veroorzaakte in plaats van een abstracte oorzaak is hooguit een bepalend onderscheidend criterium als men de kwestie oppervlakkig benadert.

Literatuur

Van Dam, C.C. (2002). Het Taxibus-arrest. *Verkeersrecht*, 7/8, jrg. 50, 205-209.

Glazenburg, J. (2005). Beslagverbod smartengeld en affectieschade. *Executief*, 11, 156-158.

Hartlief, T. (2003). Affectieschade: vergoeden of erkennen? *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2, jrg. 20, 72-82.

Hartlief, T. (2004). Affectieschade en 50 jaar Verkeersrecht. *Verkeersrecht*, 1, jrg. 52, 1-6.

Lindenbergh, S.D. (1998). *Smartengeld*. Deventer: Kluwer.

Lindenbergh, S.D. (2005). Wetsvoorstel affectieschade kan veel simpeler. *Nederlands Juristenblad*, 16, jrg. 80, 841-843.

Strens-Meulemeester, J.A.M. (1996). Smartengeld voor ouders? Eén zwaluw maakt nog geen zomer. *Nieuwsbrief BW*, 1, jrg. 6, 4-6.

Reehuis, W.H.M., Slob, E.E. (1990). *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*. Deventer: Kluwer.

Tilburg, W. (2004). Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater. Beschouwing naar aanleiding van het wetsontwerp affectieschade tijdens het symposium affectieschade. *Verkeersrecht*, 1, jrg. 52, 7-12.

Verheij, A.J. (2002). *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.

Van Zeben, C.J., Du Pon, J.W., Olthof, M.M. (1981). *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*. Deventer: Kluwer. ●