

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

Smartengeld voor naasten:

*de rechter heeft zijn werk gedaan en de wet-
gever moet de klus afmaken*

*S.D. Lindenbergh**

*Published in
AV&S, 2008, 225-263*

* Hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Inleiding

De ontwikkelingen met betrekking tot het smartengeld voor naasten en nabestaanden vormen – mede bezien in verband met die rondom de zogenaamde ‘shockscha-
de’ – onmiskenbaar de meest opzienbarende van de afgelopen jaren op het gebied van het smartengeld. In deze bijdrage richt ik mij op de ontwikkeling van het smartengeld in deze twee typen gevallen. Ik beschrijf eerst kort de verkenning van de grenzen van het wettelijk stelsel, zoals die in de afgelopen jaren in de rechtspraak heeft plaatsgevonden. Daarna ga ik meer specifiek in op de rechtspraak ten aanzien van schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis, en vervolgens op de ontwikkelingen met betrekking tot het smartengeld voor naasten en nabestaanden. Ik sluit af met een beoordeling van de ontwikkelingen. De kern van deze bijdrage is een onderzoek naar de juridisch-inhoudelijke verhouding tussen beide ‘figuren’ en de daarmee samenhangende verhouding tussen de rol van de rechter en die van de wetgever op dit gebied. Voorts poog ik te overzien waar het recht op dit punt, mede in het perspectief van onderzoek naar behoeften van slachtoffers en ontwikkelingen in ‘Europa’, nu ‘aan toe’ is.

2. Het wettelijk stelsel en zijn consequenties in een notendop

Het huidige wettelijke stelsel gaat uit van de hoofdregel dat in geval van letsel alleen de gekwetste zelf een aanspraak op schadevergoeding toekomt. Anderen, die schade lijden als gevolg van het letsel of het overlijden van een naaste, worden door de wet gekwalificeerd als ‘derden’ en hebben slechts recht op vergoeding van die schade voorzover de wet daarop uitdrukkelijk recht geeft.¹ De wettelijke voorzieningen op dit punt (art. 6:107, 107a en 108 BW) hebben een beperkt en een beperkend karakter: alleen de genoemde personen hebben recht op vergoeding van alleen de genoemde schadeposten (het zogenaamde limitatieve karakter), en het stelsel laat niet toe dat derden ter zake van schade die zij lijden door de verwonding of het verlies van een naaste buiten de door die bepalingen bestreken schade een eigen aanspraak op vergoeding geldend maken op grond van een ‘zelfstandige’ jegens hen gepleegde onrechtmatige daad of tekortkoming (het exclusieve karakter).² De ratio van dit stelsel is enerzijds om aan derden duidelijkheid te bieden over hun aanspraken, zonder dat in individuele gevallen telkens aan de hand van relativiteit en causaliteit beslist hoeft te worden of hen een aanspraak toekomt, en anderzijds om het aantal claimanten en claims binnen de perken te houden. De motieven voor dat laatste zijn overigens niet voor alle schadeposten gelijk. Zo had de wetgever destijds specifieke bezwaren tegen een recht op smartengeld voor nabestaanden³, en berust de beperking ten aanzien van het verhaal van schade van de werkgever op het idee dat hij die schade beter zelf kan dragen of afwentelen.⁴

3. Wat de rechter vermag: Baby Joost, Oogmerk en Taxibus

¹ Zie voor een uiteenzetting en kritische beschouwing van het leerstuk van derdenschade in Nederland Hartlief, *TVP* 2006, p. 98 e.v. Zie voorts de overige bijdragen aan dat themanummer van *TVP*, alsmede Engelhard, *VR* 2008, p. 1 e.v.

² Zie over de betekenis van dit stelsel, dat de Hoge Raad in HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240, rov. 4.1. en 4.2 uitdrukkelijk volgt, voor het smartengeld uitvoerig S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden, Deventer 1998, p. 179 e.v.

³ EV I, *PG Boek 6*, p. 388-390 en MvA I Inv., *PG Boek 6 (Inv.)*, p. 1273-1274.

⁴ MvT Inv., *PG Boek 6 (Inv.)*, p. 1281.

In de rechtspraak hebben ‘derden’ de afgelopen jaren de grenzen van het wettelijk stelsel opgezocht en getracht deze te verleggen. De eerste poging, die leidde tot het Baby Joost-arrest,⁵ strandde, omdat in cassatie de kernvraag (hebben de ouders van een ernstig gewond kind een eigen recht op schadevergoeding?) niet meer goed uit de verf kon komen. Niettemin is deze zaak voor de rechtsontwikkeling van betekenis geweest. De problematiek heeft de aandacht getrokken van de politiek en het arrest is mede aanleiding geweest voor het wetsvoorstel inzake smartengeld voor naasten en nabestaanden.⁶ Voorts heeft de zaak – mede in verband met het kort daarvoor gewezen arrest in de zaak Johanna Kruidhof⁷ – ook het belang van de *vermogensschade* van derden op de kaart gezet⁸, hetgeen heeft geleid tot voorbereidingen voor een wetsontwerp inzake inkomensschade die naasten lijden in verband met de tijd die zij besteden aan de zorg voor een gehandicapt gezinslid.⁹

Meer succes werd geboekt in het Oogmerk-arrest. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest met zoveel woorden dat het stelsel van de wet, en met name art. 6:108 BW, niet in de weg staat aan vergoeding van immateriële schade, indien de dader iemand heeft gedood met het oogmerk aan een ander zodanig nadeel toe te brengen.¹⁰ In het bijzondere geval dat de dader het oogmerk heeft om een naaste of nabestaande te kwetsen, biedt het stelsel van de art. 6:107 en 6:108 BW dus ruimte voor een eigen vordering van de derde en heeft deze dus recht op smartengeld. Dat laat zich verklaren en rechtvaardigen door de ernst van de normschending en door het feit dat de primair getroffen in feite slechts het middel is om de ‘derde’ te kwetsen.¹¹

In het Taxibus-arrest formuleert de Hoge Raad vervolgens meer algemeen onder welke omstandigheden ruimte bestaat voor een vordering ter zake van eigen schade van de derde.¹² Het arrest verdient hier aandacht, omdat het de rechterlijke speelruimte op dit gebied bepaalt.

4. De norm uit het Taxibus-arrest

Nadat de Hoge Raad in een ‘vooropstelling’ in het algemeen heeft aangegeven onder welke omstandigheden kan worden aangenomen dat degene die met een schokkende gebeurtenis wordt geconfronteerd een aanspraak heeft op schadevergoeding, preciseert hij de maatstaf bij de bespreking van de cassatiemiddelen. In het cassatiemiddel in het principale beroep was aangevoerd dat voor een dergelijke aanspraak

⁵ HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 m.nt. A.R. Bloembergen. Zie over het arrest onder meer Hartlief, *AA* 2000, p. 863 e.v., Kottenhagen, *L&S* 2000, p. 5 e.v., Lindenbergh, *NbBW* 2000, p. 150 e.v., Van Dam, *VR* 2001, p. 1 e.v., I. Giesen, ‘Baby Joost (HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 nt. ARB)’ in: J.B.M. Vranken en I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten, Verslag van een experiment*, Den Haag 2003, p. 15-30.

⁶ Zie de belangstelling van de minister voor de zaak (TK 1999-2000, 26 630, nr. 2, p. 6-7) en de motie van Tweede Kamerlid Vos (TK 2000/01, 27 400 VI, nr. 31).

⁷ HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 m.nt. A.R. Bloembergen (Johanna Kruidhof).

⁸ Zie reeds Storm, *TVP* 1999, p. 10 e.v. en voorts Vranken, *WPNR* 2001, p. 835 e.v., Van Boom, *AV&S* 2001, p. 95 e.v. en Van Dam, *VR* 2001, p. 1 e.v.

⁹ Vgl. de hertoe strekkende en met algemene stemmen aangenomen motie van de Kamerleden Wolfsen en Luchtenveld (Kamerstukken 2002/03, 28 781, nr. 10 en Handelingen II 2004/05, nr. 62, p. 3984). Het wetsvoorstel is nog niet openbaar, maar verkeert blijkens de behandeling van de justitiebegroting (Kamerstukken 2007/08, 31 200, VI, nr. 2, p. 199) in de ontwerpfase.

¹⁰ HR 26 oktober 2001, *NJ* 2001, 216 m.nt. J.B.M. Vranken, rov. 3.3.

¹¹ Zie Lindenbergh, diss. 1998, p. 99.

¹² HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus). Zie over het arrest Van Dam, *VR* 2002, p. 205 e.v., Den Hollander, *TVP* 2002, p. 33 e.v., Kottenhagen, *NTBR* 2002, p. 182 e.v., Leerink en Holthuis, *Adv. Bl.* 2002, p. 292, Lindenbergh, *AV&S* 2002, p. 63 e.v., *NbBW* 2002, p. 58 e.v., *Trema* 2002, p. 335 e.v., Van Maanen, *NJB* 2002, p. 1102 e.v., Van, *TVP* 2002, p. 43 e.v., Verheij, *L&S* 2002, nr. 1, p. 5 e.v.

vereist is, dat degene die de aanspraak maakt door *aanwezigheid* direct betrokken was bij het ongeval. De Hoge Raad acht die opvatting niet juist:

‘Voldoende is dat een rechtstreeks verband bestaat tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen oploopt anderzijds. Deze confrontatie kan ook plaatsvinden (kort) nadat de gebeurtenis die tot de dood of verwonding van een ander heeft geleid, heeft plaatsgevonden. De aard van deze schade brengt mee dat deze schade in het algemeen slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien (i) de betrokkene rechtstreeks wordt geconfronteerd met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden en (ii) deze confrontatie bij de betrokkene een hevige schok teweeggebracht heeft, hetgeen zich met name kan voordoen indien sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene die door het ongeval is gedood of gewond geraakt.’

In de omschrijving van de Hoge Raad ligt de nadruk op de wijze waarop de benadeelde met de schokkende gebeurtenis is geconfronteerd; de overige omstandigheden zullen niet steeds beslissend zijn.¹³ Een hevige emotionele schok zal zich in dergelijke gevallen veelal voordoen, het bestaan van geestelijk letsel is geen vereiste voor onrechtmatigheid, maar speelt vooral een rol in het kader van art. 6:106 BW, en de verwonding of het verlies van een naaste hanteert de Hoge Raad zelf reeds als – uiteraard sprekende – illustratie door te spreken van ‘hetgeen zich met name kan voordoen’, waardoor dit geen harde eis lijkt. Ook confrontatie met andersoortige schokkende gebeurtenissen, zoals ‘bijna-ongevallen’, of schokkende gebeurtenissen waarbij anderen dan naasten overlijden of gewond raken kan dus vermoedelijk kwalificeren.¹⁴

Door de wat royale formulering van het ‘rechtstreekse’ verband tussen het handelen en het geestelijk letsel (‘een rechtstreeks verband tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde *door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen* [curs. van mij] oploopt anderzijds’) en door de clausuleringen ‘in het algemeen’ en ‘hetgeen zich met name kan voordoen’ laat het door de Hoge Raad geformuleerde criterium nogal wat ruimte voor discussie.¹⁵ De door de Hoge Raad gekozen bewoordingen roepen dan ook de vraag op welke gevallen al dan niet door deze formulering worden gedekt. Dat is van belang, omdat zich in de praktijk een welhaast oneindig aantal mogelijke vormen van confrontatie met een schokkende gebeurtenis voordoet.¹⁶

¹³ In mijn dissertatie (p. 174 e.v.) heb ik als criterium gesuggereerd of de geschrokkenen zelf in gevaar verkeerde. Ik realiseerde mij wel dat dat lang niet alle schade zou afdekken en ook niet steeds eenvoudig zou zijn toe te passen, maar het is wel een criterium dat nauw aanknoopt bij het beschermingskarakter van de gedragsnorm en het gedrag en juist niet bij het aspect van emotionele verbondenheid dat in de wet door art. 6:107 en 108 BW wordt beheerst. Door dat element er wel in te betrekken verliest men snel de grondslag voor de aansprakelijkheid (het gedrag) uit het oog en loopt men bij uitstek tegen de wettelijke derschaderegeling aan.

¹⁴ Zie voor een recent voorbeeld Rb. Arnhem 2 juli 2008, *LJN* BD7643 (vrachtwagenchauffeur lijdt aan stress stoornis doordat hij twee inzittenden van auto waarvan bestuurder hem geen voorrang verleende dood reed). Zie bijv. over arbeidssituaties Vegter, diss. 2005, p. 319 e.v. en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. Amsterdam (VU), Nijmegen 2002, p. 281 e.v.

¹⁵ Zie voor een uitvoerige analyse van dit criterium Lindenbergh, *AV&S* 2002, p. 63 e.v.

¹⁶ Zie voor excentrieke gevallen Hof Arnhem 19 december 2000, *VR* 2001, 188 (hondje wordt voor ogen van vrouw gegrepen door Mastino Napolitano, vrouw krijgt hartaanval, aansprakelijkheid aangenomen); Rb. Arnhem 21 juli 2004, *LJN* AR2559 (man rijdt op snelweg over lijk en lijdt daardoor psychische schade, aansprakelijkheid afgewezen).

5. Toepassing van de norm in de rechtspraak

De rechtspraak sinds het Taxibus-arrest laat zien dat de rechter veelvuldig is uitgenodigd het door de Hoge Raad gekozen criterium te beproeven.¹⁷ Daarbij vallen de volgende aspecten op.¹⁸ In de eerste plaats geven vorderingen ter zake van confrontatie met een schokkende gebeurtenis veelvuldig aanleiding tot geschillen.¹⁹ Het gaat daarbij om zeer uiteenlopende gebeurtenissen, zoals verkeersongevallen, misdrijven, medische fouten bij de geboorte²⁰ of anderszins²¹, et cetera.²² In de tweede plaats is de confrontatie-eis danig op de proef gesteld, met wisselend resultaat. De tendens lijkt te zijn dat er serieuze eisen worden gesteld aan de wijze waarop de geschrokkenen met de gebeurtenis is geconfronteerd: de enkele confrontatie met letsel of overlijden van een naaste pleegt onvoldoende te worden geacht²³; tenminste enige betrokkenheid bij de plaats van de gebeurtenis wordt doorgaans als eis gesteld.²⁴ In de derde plaats wordt veelvuldig schadevergoeding gevorderd na misdrijven, zoals mishandeling, moord en doodslag.²⁵ Hoewel het hier niet gaat om schending van verkeers- of veiligheidsnormen, is buiten twijfel dat ook – zelfs eens *temeer* zou ik menen – het beschermingsbereik van deze normen zich uitstrekt tot anderen dan de direct gekwetste.²⁶ In de rechtspraak wordt in dergelijke gevallen wel aangenomen dat, ook al had de aangesprokene niet het oogmerk de naaste te kwetsen, de ernst van de normschending meebrengt dat minder hoge eisen dienen te worden gesteld aan de wijze waarop de naaste met de gevolgen is geconfronteerd.²⁷ In de vierde

¹⁷ Zie voor een analyse van deze rechtspraak Vos en Dans, *TVP* 2006, p. 111 e.v.

¹⁸ Ik laat hier buiten beschouwing de problematiek van de betekenis van eigen schuld van het primaire slachtoffer voor de vordering van de geschrokkenen. Zie daarover Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 233, *TVP* 2003, p. 45 e.v. (A.J. Schoonen), *NbBW* 2003, p. 33 e.v. (Van Roon-Seinen); Lindenbergh, *Trema* 2002, p. 341 e.v. en C.C. van Dam, 'Smartengeld voor affectieschade en shockschade' in: M. Jansen, *Smartengeld, uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2003, p. 16.

¹⁹ Vos en Dans, *TVP* 2006, p. 116.

²⁰ Zie daarover uitvoerig Kottenhagen, *NTBR* 2008, p. 2 e.v.

²¹ Vgl. Rijnhout, *AA* 2008, p. 390 e.v.

²² Zie voor een overzicht *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 106, aant. 27.3.

²³ Vgl. bijv. Rb. Roermond 12 mei 2004, *LJN* AP1094 (man wordt na koolmonoxidevergiftiging dood op toilet aangetroffen); Hof 's-Gravenhage 11 juni 2003, *PrG* 2004, 6153 (P. Abas) (niet confrontatie met ongeval, maar dagelijkse confrontatie met persoonsverandering van vader is oorzaak, vergoeding afgewezen); Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2003, *VR* 2004, 83 (jongen overlijdt aan gevolgen van vuistslag, vader heeft geen recht schadevergoeding, omdat vader niet bij vechtpartij was en vuistslag geen zichtbaar ernstig letsel veroorzaakte); Rb Middelburg 31 januari 2001, *NJKort* 2001, 17 (dochter bezoekt vader die door landbouwwerktuig is overreden in ziekenhuis en wordt aldaar geconfronteerd met gevolgen, eiseres is volgens rechtbank onvoldoende betrokken bij het ongeval) Zie voor de vordering van de zoons, die wel bij het ongeval aanwezig waren Hof 's-Gravenhage 14 november 2006, *NJF* 2006, 591 (vordering toegewezen).

²⁴ Vgl. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 233 (moeder ziet niet, maar hoort wel dodelijk ongeval van dochter); Rb. Dordrecht 7 juni 2002, *LJN* AE3830 (elfjarig meisje dat ligt te slapen terwijl moeder en twee anderen in kamer ernaast worden beroofd en vermoord, wordt bij ontwaken geconfronteerd met gevolgen van de misdrijven; aansprakelijkheid aangenomen, in hoger beroep – Hof 's-Gravenhage 28 mei 2003, *LJN* AF9251 – vordering niet ontvankelijk verklaard).

²⁵ De vordering leent zich niet voor behandeling in een strafzaak omdat deze niet van eenvoudige aard is (art. 51a en 361 lid 3 Sv.), aldus HR 15 april 2003, *NJ* 2003, 364; HR 10 april 2007, *NJ* 2007, 223; HR 3 juli 2007, *NJ* 2007, 413. Zie ook Van der Helm, *Trema* 2006, p. 296 e.v.

²⁶ Zie Van Dam 2003, p. 9. Ook uitdrukkelijk in deze zin Hof Leeuwarden 19 juni 2002, *NJ* 2003, 206.

²⁷ Zie voor een suggestie in deze richting Lindenbergh, *Trema* 2002, p. 338. Zie voor een extreem voorbeeld HR 26 oktober 2001, *NJ* 2001, 216 m.nt. J.B.M. Vranken (oogmerk) en voorts expliciet in deze zin in gevallen waarin geen sprake was van het oogmerk de derde te kwetsen Rb. 's-Hertogenbosch 5 fe-

plaats wordt het vereiste dat sprake is van objectief vaststelbare psychische gevolgen²⁸ serieus genomen.²⁹ En ten slotte valt in de vijfde plaats op dat, ondanks het vaak zeer traumatische karakter van de gebeurtenissen, doorgaans betrekkelijk bescheiden bedragen (veelal rond € 10.000) worden toegewezen.³⁰ Het bestek van dit artikel laat een uitvoerig evaluatie van deze rechtspraak niet toe. Vanwege de directe samenhang met de problematiek van het smartengeld voor naasten besteed ik niettemin enige aandacht aan de kwestie van samenloop tussen schade door confrontatie en schade door verlies.

6. Samenloop van schade door confrontatie met schade door verwonding/verlies, een nodeloze complicatie

In de Taxibuszaak was door de aansprakelijke partij nog aangevoerd dat in een dergelijk geval het geestelijk letsel van de moeder niet los kan worden gezien van de dood van haar kind en dat de vordering daarom in het licht van het stelsel van de wet niet toewijsbaar was. De Hoge Raad legt het oordeel van het hof op dit punt als volgt uit:

‘Het verlies van een kind kan voor de betrokken ouder een zodanig verdriet en zodanige problemen van verwerking van het verlies van dit kind opleveren dat daardoor geestelijk letsel ontstaat dat aantasting van de persoon oplevert. In een dergelijk geval laat het wettelijk stelsel niet toe dat aan deze ouder een schadevergoeding wegens verdriet om de dood van een kind, wordt toegekend. Het wettelijk stelsel verzet zich echter niet tegen een vergoeding van immateriële schade, wanneer deze schade een gevolg is van de aan het onrechtmatig handelen van de veroorzaker toe te rekenen schokkende confrontatie met de ernstige gevolgen van het ongeval. Aan toekenning van een dergelijke vergoeding staat in het bijzonder niet in de weg dat ook verdriet is ontstaan door het letsel en de dood van het kind.’

bruari 2003, *LJN AF3886* (ex-echtgenote en broer vorderen schadevergoeding omdat hun moeder is overleden doordat ex-man opzettelijk op haar inreed); Rb. Arnhem 29 maart 2006, *NJF* 2006, 252 (schoonvader vordert schadevergoeding van schoonzoon die schoonmoeder om het leven brengt); Rb. Utrecht 30 januari 2008, *JA* 2008, 47; *NJF* 2008, 176 (5-jarig kind door buurjongen ernstig mishandeld met dood tot gevolg, smartengeld voor vader); Rb. Arnhem 16 april 2008, *NJF* 2008, 238; *JA* 2008, 76 (R. Rijnhout) (ouders vorderen schadevergoeding van moordenaars van hun dochter); Rb. Arnhem 21 mei 2008, *LJN BD2057* (door nabestaanden van vermoorde Nadia gevorderde schadevergoeding). Zie evenwel expliciet anders Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2008, *NJF* 2008, 159; *JA* 2008, 44 (R. Rijnhout) (ouders van kinderen die bij achtervolging na verkeersruzie zijn omgekomen vorderen schadevergoeding, geen directe confrontatie met gebeurtenis, omstandigheid dat het om een opzettelijk gaat leidt niet tot ander oordeel).

²⁸ Hoewel de Hoge Raad in het Taxibus-arrest spreekt van ‘een in de psychiatrie erkend ziektebeeld’ kiest hij in latere arresten (onder meer HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168 m.nt. W.D.H. Asser (Beliën/Noord Brabant)) een wat algemenere formulering voor de omstandigheden waaronder in geval van geestelijk letsel een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW kan worden aangenomen.

²⁹ Vgl. bijv. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 233; Hof Amsterdam 27 februari 2003, *VR* 2004, 9; Rb. Middelburg 25 juni 2003, *VR* 2004, 23; Rb. Haarlem 23 juli 2003, *VR* 2005, 74; Hof 's-Gravenhage 6 augustus 2003, *Prg* 2004, 6422; Rb. 's-Hertogenbosch 1 maart 2006, *NJF* 2006, 266; Rb. Arnhem 29 maart 2006, *NJF* 2006, 252; Hof 's-Gravenhage 14 november 2006, *NJF* 2006, 591.

³⁰ Vgl. bijv. Hof 's-Gravenhage 14 november 2006, *NJF* 2006, 591 (twee zoons zijn getuige van ongeval waarbij hun vader door een landbouwwerktuig wordt overreden en lijden langdurig aan ernstige psychische klachten; hof wijst aan ieder 10.000 euro smartengeld toe).

Niettemin is het feit dat de schade mede het gevolg zal zijn van het verlies van het kind volgens de Hoge Raad wel van betekenis bij de vaststelling van het schadeomvang:

'Bij het naar billijkheid schatten van de immateriële schadevergoeding zal de rechter ermeê rekening moeten houden dat in een geval als het onderhavige een onderscheid moet worden gemaakt tussen het verdriet van de getroffene dat een gevolg is van de dood van haar kind, ter zake waarvan haar geen vergoeding kan worden toegekend, en haar leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval ter zake waarvan haar wel een schadevergoeding toekomt.'³¹

Kort gezegd brengt het exclusieve karakter van het stelsel van de art. 6:107 en 108 BW niet mee dat er geen ruimte is voor een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis waardoor een naaste is getroffen, maar 'tikt' dat karakter wel 'door' bij de begroting van het smartengeld. Hoewel dat laatste op het eerste oog vanuit systematisch oogpunt een logische gedachte lijkt, bestaan er systematische, praktische en principiële bezwaren tegen.³² Systematisch gezien zou het onderscheid strikt genomen ook met betrekking tot vermogensschade moeten worden gemaakt.³³ Praktisch bezwaar is natuurlijk dat het onderscheid niet is te maken.³⁴ Een principiële bezwaar ten slotte is dat, wanneer eenmaal wordt aangenomen dat de geschrokkenene een zelfstandige vordering heeft, deze vordering – zoals telkens bij aansprakelijkheid – aanspraak geeft op vergoeding van de volledige schade. Al met al lijkt me dat het door de Hoge Raad gepropageerde maken van onderscheid tussen 'confrontatieschade' en 'verliesschade' beter achterwege gelaten kan worden en dat de rechter er beter aan doet om de schade gewoon in haar geheel te begroten en voor vergoeding in aanmerking te laten komen.³⁵

7. Tussenbalans schade door confrontatie

De rechtspraak laat zien dat de opening die de Hoge Raad in het Taxibus-arrest heeft geboden voor een vordering ter zake van schade als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis niet onbenut wordt gelaten. Aannemelijk is overigens dat de rechtspraak, zoals dat op het gebied van de letselschade gebruikelijk is vanwege het feit dat het grootste gedeelte van de zaken buiten rechte wordt afgedaan, slechts een topje van de ijsberg – in dit verband beter: *eisberg* – laat zien. Vanwege de rechtsonzekerheid op dit gebied en de complexiteit van deze zaken is overigens aannemelijk dat, zeker zolang er geen recht op smartengeld voor nabestaanden bestaat, over deze zaken relatief veel zal (moeten) worden geprocedeerd.

³¹ Later (rov. 5.4, slot) zegt de Hoge Raad het wat minder precies: 'De rechter zal aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid en schattenderwijs een afweging moeten maken in hoeverre bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding met deze samenloop rekening wordt gehouden.'

³² Zie ook zeer kritisch over dit onderscheid Verheij, *L&S* 2002, p. 11 e.v.; Hartlief, *NTBR* 2003, p. 76, acht het niettemin consequent.

³³ Zie uitvoerig Lindenbergh, diss. 1998, p. 183-184. De Hoge Raad lijkt zich daarvan blijkens de vooropstelling in rov. 4.1 zelf overigens ook bewust.

³⁴ Vgl. Van Dam 2003, p. 14, die spreekt van een *mission impossible*. Zie voorts Van Tilburg, *VR* 2004, p. 12, die aangeeft dat het onderscheid niet aan de hand van valide criteria is te maken, alsmede E.F.D. Engelhard en I.M. Engelhard, 'Schokschade', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.) *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedrags-effecten bij privaatrechtelijke leerstukken*, Den Haag 2008, p. 239 e.v.

³⁵ In het Oogmerkarrest is dat in feite ook gebeurd. Kennelijk is daar in cassatie niet tegen opgekomen.

De rechtspraak laat ook zien dat de interpretatie van de door de Hoge Raad gegeven criteria niet probleemloos is. Dat was ook niet te verwachten en het is waarschijnlijk ook niet mogelijk om criteria te formuleren die wel sluitend zijn en tot aanvaardbare uitkomsten leiden in een veelheid aan (on)denkbare³⁶ gevallen.

Voorts laat de rechtspraak zien dat het in de praktijk gaat om in omvang bescheiden toewijzingen. Weliswaar werd in de – uitzonderlijke – Oogmerkzaak f 100.000 aan smartengeld toegewezen, maar doorgaans overstijgen de toewijzingen de € 10.000 nauwelijks.³⁷

Ten slotte blijkt de rechter in het licht van het Taxibus-arrest niet bereid om te anticiperen op het wetsvoorstel inzake smartengeld wegens verlies of verwonding van een naaste.³⁸ Bovendien werkt het exclusieve stelsel van de art. 6:107 en 6:108 BW tot op zekere hoogte door in de zaken waarin wel een toewijzing plaatsvindt, namelijk doordat de Hoge Raad de rechter – mijns inziens ten onrechte – opdraagt om bij de begroting rekening te houden met samenloop van schade door confrontatie en schade door verlies of verwonding van een naaste en deze laatste buiten beschouwing te laten. Het zou beter zijn om – wanneer eenmaal aansprakelijkheid vast staat – dat onderscheid niet te maken en gewoon, zoals dat ook anders gebruikelijk is (behalve bij art. 6:107 en 108 BW), de volledige schade voor vergoeding in aanmerking te laten komen.

8. Naar een wettelijk recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden

Mede naar aanleiding van de ontwikkelingen in de rechtspraak (Baby Joost-arrest) en een in verband daarmee in de Tweede Kamer ingediende motie³⁹ is in 2003 een wetsvoorstel ingediend ter zake van de vergoeding van immateriële schade wegens verlies of de verwonding van een naaste. In het wetsvoorstel is gekozen voor een aanvulling van de regeling van de schade van derden in art. 6:107 en 6:108 BW.⁴⁰ Het voorstel voegt aan deze bepalingen nieuwe onderdelen toe waarin voor een beperkte kring van personen – bij ernstig letsel voor naasten (art. 6:107), bij overlijden voor nabestaanden (art. 6:108) – een recht op schadevergoeding wordt geregeld.⁴¹ Het gaat (kort gezegd) om de partner, ouders van minderjarigen, minderjarige kinderen, duurzame verzorgers en duurzaam verzorgden. Met betrekking tot de omvang is gekozen voor een bij Algemene Maatregel van Bestuur vast te stellen vast bedrag; er wordt een bedrag genoemd van € 10.000 per naaste of nabestaande.⁴² Deze keuzes komen voort uit de wens om aan slachtoffers duidelijkheid te bieden over wie welke

³⁶ Als ik de feiten uit Rb. Arnhem 21 juli 2004, LJV AR2559 (man rijdt op snelweg over lijk en loopt daardoor psychisch letsel op; tijdens de behandeling daarvan komt tevens een jeugdtrauma – zijn vader had een aan hem geschonken lammetje buiten zijn toestemming geslacht – naar boven) aan studenten voorhoud, denken zij dat het een ‘academische geval’ betreft.

³⁷ Zie reeds Van Dam 2003, p. 16.

³⁸ Zie nog voor een creatieve wijze van anticipatie (daterend van voor het Taxibus-arrest) Hof Amsterdam 3 februari 2000, VR 2000, 86 (F.Th. Kremer), waarin het hof oordeelt dat met het oog op het verdriet van de nabestaanden een deel van een uitkering uit levensverzekering niet in mindering diende te worden gebracht op de overlijdensschade. Vgl. bijv. uitdrukkelijk anticipatie afwijzend Hof 's-Gravenhage 21 november 2001, Prg. 2001, 5801 (P. Abas) en Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2008, NJF 2008, 159; JA 2008, 44 (R. Rijnhout).

³⁹ Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VI, nr. 31.

⁴⁰ Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 1-2.

⁴¹ Ook wordt voorgesteld art. 6:106 lid 2 BW te wijzigen.

⁴² Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 7.

aanspraken heeft, om de omvang van de aansprakelijkheid overzichtelijk te houden en ook om de rechter zo min mogelijk extra te belasten.⁴³

Het voorstel om voor naasten en nabestaanden een recht op vergoeding van immateriële schade in het leven te roepen is als zodanig in de literatuur en in de Tweede Kamer overwegend met instemming ontvangen.⁴⁴ In de literatuur is niettemin aangegeven dat het voorstel niet ver genoeg ging en dat beter de gehele regeling van de schade van derden, en vooral ook de vergoeding van inkomensschade van derden, 'op de schop' zou kunnen worden genomen.⁴⁵ Inmiddels wordt op het punt van de vergoeding van inkomensschade van derden aan een wettelijke voorziening gewerkt. Voor wat betreft de inhoud van het wetsvoorstel bestond er wel kritiek, met name⁴⁶ op de gesloten kring van gerechtigden in combinatie met het vaste bedrag.⁴⁷ Ook werden er vraagtekens geplaatst bij de hanteerbaarheid van het criterium 'ernstig en blijvend letsel'. Debat over deze punten in de Tweede Kamer heeft er vervolgens toe geleid dat aan de formulering van de kring van gerechtigden een hardheidsclausule is toegevoegd.⁴⁸ Deze strekt ertoe dat anderen dan de in de wet met zoveel woorden genoemde personen die niettemin een nauwe persoonlijke relatie met de primair gekwetste aannemelijk kunnen maken ook aanspraak kunnen maken op de vergoeding.⁴⁹ In antwoord op de kritiek op het vaste bedrag heeft de minister aangegeven dat met betrekking tot de hoogte het bedrag in de Algemene Maatregel van Bestuur kan worden gevarieerd.⁵⁰

Het debat heeft vervolgens in de Eerste Kamer een verrassende wending genomen. Hoewel het in het licht van de literatuur en de behandeling in de Tweede Kamer niet langer leek te gaan over de vraag of er een wettelijke voorziening met betrekking tot smartengeld voor naasten en nabestaanden moet komen, maar enkel nog over de vorm daarvan, wordt in de Eerste Kamer ineens de behoefte aan een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden in twijfel getrokken.⁵¹ Dat is niet alleen opmerkelijk omdat het destijds bij de totstandkoming van de bestaande wette-

⁴³ Zie voor uitvoerige beschouwingen over de 'voors en tegens' van deze elementen Lindenbergh, diss. 1998, p. 203 e.v. Zie ook Kamerstukken I 2005/06, 28 781, C, p. 4.

⁴⁴ Zie voor instemmende reacties van kamerleden Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 5, p. 1-3. Zie voor een stemming tijdens een studiedag ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van Verkeersrecht, VR 2004, p. 3: 75% stemt voor een smartengeld voor nabestaanden, 67% stemt voor een smartengeld voor naasten van ernstig gewonden. Zie reeds eerder voor een meerderheid voor een recht op vergoeding tijdens de jaarvergadering van de Nederlands Juristen-Vereniging in 2003 *Handelingen NJV* 2003-2, p. 85 e.v. Zie niettemin kritisch over een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden als zodanig Hartlief, *NTBR* 2003, p. 72 e.v. en VR 2004, p. 1 e.v. en Stolker, *RM Themis* 2003, p. 307 e.v.

⁴⁵ Zie vooral Van Boom, *NJB* 2001, p. 1301 e.v. en AV&S 2001, p. 95 e.v., Vranken, *WPNR* 2001, p. 835 en Van Dam 2003, p. 6, voetnoot 5. Zie meer recent ook nog Verheij, VR 2005, p. 205 e.v. en Engelhard, VR 2008, p. 1 e.v.

⁴⁶ Ook is er kritiek geuit op de toepasselijkheid van de verweermiddelenregels van art. 6:107 lid 2 en 108 lid 3 BW. Zie Verheij, *NJB* 2001, p. 1562 e.v.

⁴⁷ Zie met betrekking tot de kring van gerechtigden kritisch onder meer Van Dam 2003, p. 8, Verheij, *NJB* 2001, p. 1562 e.v., Van Orsouw, AV&S 2004, p. 108 e.v. en Hartlief, *NJB* 2005, p. 830 e.v. Het vaste bedrag is vooral uitvoerig bekritiseerd door Van en Reijnen, VR 2002, p. 37 e.v. en verder onder meer door Verheij, *NJB* 2001, p. 1562 e.v., Van Orsouw, AV&S 2004, p. 108 e.v. en Hartlief, VR 2004, p. 5. Tijdens de stemming op de Verkeersrecht-dag gaf 55% de voorkeur aan een beperkte kring met een hardheidsclausule en 44% aan een variabel bedrag met een minimum en een maximum (VR 2004, p. 3).

⁴⁸ Kamerstukken II 2004/05, 28 781, nr. 9.

⁴⁹ De opening van de kring van gerechtigden en het (aanvankelijk) vasthouden aan een vast bedrag hebben mij ertoe gebracht (*NJB* 2005, p. 841 e.v.) mij af te vragen of er dan niet beter geheel voor een open model kan worden gekozen, waarin de rechter, aan de hand van aanwijzingen in de wetstoelichting, beslist over de gerechtigden en het bedrag. Zie daarover weer kritisch Frenk, *NJB* 2005, p. 1295.

⁵⁰ Handelingen II 2004/05, nr. 60, p. 3881-3882.

⁵¹ Kamerstukken I 2005/06, 28 781, D, p. 2.

lijke regeling vooral de Eerste Kamer was die aandrang op het alsnog in het leven roepen van een recht op smartengeld voor nabestaanden,⁵² maar ook omdat in de Tweede Kamer nu juist zo was gehamerd op de behoefte aan een wettelijke voorziening op dit punt.⁵³ Als redenen voor de twijfel worden aangevoerd dat slachtoffers zich zonder problemen bij het huidige stelsel zouden neerleggen, dat niet is gebleken van een maatschappelijke druk van betekenis en dat het aantal personen dat tracht vergoeding te krijgen via de weg van de shockschade zeer beperkt is.⁵⁴ Die argumentatie is niet indrukwekkend. De stelling dat slachtoffers zich zonder problemen bij de huidige wettelijke regeling neerleggen staat in schril contrast met de inmiddels vele procedures over de hiervoor besproken schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis; dat aantal personen is dus niet 'zeer beperkt'.⁵⁵ Integendeel, in het licht van het feit dat het in naar schatting meer dan 95% van de letselschadezaken niet tot een procedure bij de rechter komt,⁵⁶ is het tekenend dat er juist over deze problematiek zo veelvuldig wordt geprocedeerd. Het argument van de bescheiden 'maatschappelijke druk' is ook weinig overtuigend. Uiteraard kan men op dit punt geen massale demonstraties op het Malieveld verwachten, maar juist ten aanzien van dit onderwerp is niet alleen van slachtofferzijde, maar ook van de zijde van verzekeraars de behoefte aan een wettelijke voorziening onderschreven.⁵⁷ Dat is een consensus die in het aansprakelijkheidsrecht niet eenvoudig wordt bereikt, en dat zegt dus wel wat.

Voorts is in de Eerste Kamer de vraag gesteld of er sociaalwetenschappelijke gegevens bestaan ter ondersteuning van de aannames in het voorstel ter verdediging van de keuze voor een vast bedrag.⁵⁸ Hoewel de minister aangeeft dat deze aannames worden ondersteund door Slachtofferhulp Nederland en impliciet worden bevestigd door onderzoek van de Nationale Ombudsman naar letselschadedossiers, zegt hij uiteindelijk toe te zullen trachten lopend onderzoek naar de behoeften van slachtoffers in deze richting bij te sturen. In afwachting van de resultaten van dat onderzoek wordt de behandeling van het wetsvoorstel aangehouden.⁵⁹

9. Onderzoek naar behoeften van slachtoffers

Het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht van de Vrije Universiteit van Amsterdam verricht sinds 2006 in opdracht van het Ministerie van Justitie (WODC) onderzoek naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht. De aanleiding daarvoor is dat het ministerie behoefte heeft aan empirische informatie op dit punt met het oog op eventuele voorbereiding van wetgeving op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen en – inmiddels – ook met betrekking tot specifieke elementen in het wetsvoorstel inzake smartengeld voor naasten en nabestaan-

⁵² VV I, *PG Boek 6 (Inv.)*, p. 1272.

⁵³ Nota bene vanuit het CDA, dat in de Eerste Kamer met de bedenkingen komt. Zie voor een overzicht van het verloop van de parlementaire behandeling en de opmerkelijke wisseling van standpunten Van Wees, *TVP 2006*, p. 124 e.v.

⁵⁴ Zie Kamerstukken I 2005/06, 28 781, D, p. 2.

⁵⁵ De minister heeft nog gewezen op de zorg van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak op dit punt, *Handelingen I 2005/06*, nr. 38, p. 1852.

⁵⁶ Vgl. W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims, Een studie naar schikkingsonderhandelingen in de letselschadepraktijk, normering en geschiloplossing door derden*, Den Haag 2004, p. 26, die spreekt van '95-99%'.

⁵⁷ Zie ook op dit punt *Handelingen I 2005/06*, nr. 38, p. 1852.

⁵⁸ Kamerstukken I 2005/06, 28 781, B, p. 2.

⁵⁹ *Handelingen I 2005/06*, nr. 38, p. 1853.

den.⁶⁰ Met het oog op het laatste is de onderzoeksopdracht tijdens de loop van de eerste fase van het onderzoek aangepast.⁶¹

De resultaten van de eerste fase van het onderzoek, een terreinverkenning door literatuurstudie en gesprekken met focusgroepen van deskundigen uit 'het veld', zijn gepresenteerd in 2007⁶²; de tweede fase van het onderzoek, waarin wordt geprobeerd meer kwantitatieve gegevens te verzamelen, is ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog niet afgerond.⁶³

De resultaten van de eerste fase laten zien dat kan worden onderscheiden tussen materiële en immateriële behoeften van slachtoffers. Als belangrijke determinant van de behoefte aan financiële compensatie komt naar voren de mate waarin de gevolgen van het ongeval de financiële bestaanszekerheid bedreigen. Van de immateriële behoeften van claimanten blijkt de behoefte aan erkenning (van de aansprakelijkheid, van wat er gebeurd is en wat daarvan voor het slachtoffer de gevolgen zijn) prominent. Voor slachtoffers is tevens relevant te achterhalen wat er precies gebeurd is, alsmede het willen voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt.⁶⁴ Voorts blijkt voor het herstel van het slachtoffer niet enkel de uitkomst van een proces over schadevaststelling, maar tevens de weg daar naar toe van belang. Ook wordt gesteld dat het aansprakelijkheidsrecht de potentie lijkt te hebben tegemoet te komen aan immateriële behoeften van slachtoffers (zoals het verantwoordelijk stellen van de veroorzaker en de gelegenheid krijgen hun verhaal te doen), maar tevens dat dit potentieel in veel gevallen niet (volledig) wordt gerealiseerd en dat het proces herstelbelemmerend kan werken. Als mogelijke oorzaak daarvan wordt genoemd de nadruk in het proces op financiële compensatie en de geringe aandacht voor de immateriële behoeften van het slachtoffer.

Meer specifiek met het oog op het wetsvoorstel inzake smartengeld voor naasten en nabestaanden laten de resultaten van de eerste fase van het onderzoek verdeeldheid zien in de houding van slachtoffers en was het aantal geïnterviewden te gering om generaliseerbare uitspraken te doen.⁶⁵ Wel wordt geconstateerd dat de wijze waarop de vergoeding wordt uitgekeerd van belang kan zijn voor de mate waarin de met de vergoeding beoogde erkenning kan worden bereikt.⁶⁶

De tweede fase van het onderzoek zal meer duidelijkheid moeten verschaffen over kwantitatieve aspecten van behoeften: waaraan bestaat nu bij slachtoffers en hun naasten vooral behoefte? Overigens blijkt uit de eerste fase van het onderzoek dat verschillende behoeften van slachtoffers samenlopen (financiële en immateriële behoeften) en dat het recht op schadevergoeding tegelijkertijd in verschillende elementen kan voorzien (compensatie van schade, verantwoordelijk stellen van de aansprakelijke, erkenning van resterend leed, etc.). Tussen de behoefte aan een financiële compensatie en meer immateriële wensen zoals erkenning en genoegdoening bestaat dus geen tegenstelling.⁶⁷ Men hoede zich er dan ook voor uit de mededeling

⁶⁰ Zie over het gebrek aan empirische gegevens ook Hartlief, *VR* 2004, p. 6 en Suurmond en Van Velthoven, *NJB* 2005, p. 1934 e.v.

⁶¹ Zie Kamerstukken I 2005/06, 28 781, E, p. 3.

⁶² R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid, Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, WODC 2007.

⁶³ Bij beide fasen van het onderzoek ben ik betrokken als lid van de onderzoeksbegeleidingscommissie. Ik mag uit dien hoofde tot enige tijd na publicatie van de resultaten van het tweede deel van het onderzoek daarover niet publiceren.

⁶⁴ Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, hoofdstuk 6.

⁶⁵ Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, p. 80.

⁶⁶ Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, p. 80.

⁶⁷ Huver, Van Wees, Akkermans en Elbers 2007, p. 81.

van slachtoffers dat het hen niet primair om het geld gaat, de conclusie te trekken dat dan geen behoefte bestaat aan een recht op schadevergoeding.⁶⁸ In het aansprakelijkheidsrecht is het recht op schadevergoeding in de praktijk nu juist in veel gevallen het enige middel om erkenning te krijgen en de verantwoordelijkheid voor het gebeurde aan de orde te stellen.⁶⁹ En omdat het naasten en nabestaanden aan een dergelijk recht nu juist dikwijls ontbreekt, blijven zij wat dit betreft buiten spel staan.

10. Buitenlandse ontwikkelingen en Europese aspecten

Naast de ontwikkelingen in het eigen recht kan worden geconstateerd dat ook in andere Europese landen het recht op smartengeld voor nabestaanden (verder)⁷⁰ aan terrein wint. Zo hebben ook Oostenrijk⁷¹ en Zweden⁷² in de afgelopen jaren een dergelijk recht erkend.⁷³ Zie ik het goed, dan kennen in Europa thans alleen Duitsland, Denemarken en Nederland geen recht op smartengeld voor nabestaanden.⁷⁴ Natuurlijk is de situatie elders niet beslissend voor Nederland⁷⁵ en wellicht kan de nationaal-culturele achtergrond meebrengen dat per land een verschillend regiem op zijn plaats wordt geacht omdat er over de materie wezenlijk verschillend wordt gedacht, maar irrelevant lijkt de situatie elders mij toch evenmin. Ik vermoed dat de (in het verleden) bestaande verschillen op dit punt eigenlijk meer toevallig zijn en moeten worden verklaard vanuit een feitelijk historische ontwikkeling waarin al dan niet voor een afzonderlijke regeling voor schade van derden is gekozen.⁷⁶ De ontwikkeling van de laatste jaren is in ieder geval wel tekenend. Kennelijk wordt het belang van een recht op smartengeld voor naasten ook elders steeds meer, althans anders dan voorheen, op waarde geschat. Dat springt met name in het oog als het gaat om ongevallen waarbij slachtoffers van verschillende Europese nationaliteiten zijn betrokken en roept op een gegeven moment toch de vraag op waarom Nederland zou achterblijven.⁷⁷ Dat het hier overigens om een 'Europese lijn'⁷⁸ gaat, blijkt ook uit de Principles of European Tort Law⁷⁹ en uit de Draft Common Frame of Reference.⁸⁰

⁶⁸ Zie voor een suggestie in deze richting Hartlief, *NTBR* 2003, p. 80: 'Het gaat niet om (het) geld, maar om iets anders.'

⁶⁹ Vgl. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (Jeffrey), waarin de Hoge Raad oordeelt dat een zuiver emotioneel belang een onvoldoende belang is om in rechte te worden ontvangen.

⁷⁰ Zie reeds Lindenbergh, diss. 1998, p. 185 e.v.

⁷¹ OGH 16 mei 2001, *ZVR* 2001, nr. 52.

⁷² Hogsta Domstolen 17 oktober 2000, *NJA* 2000, p. 521 e.v. en een wetwijziging per 1 januari 2002.

⁷³ Zie voor een overzicht Bona, Mead, Lindenbergh 2005, p. 422 e.v.

⁷⁴ Zie bijv. voor Duitsland, waar overigens al decennia voor een dergelijk recht wordt gepleit, uitvoerig Nina Stahmer, *Entschädigung von Nichtvermogensschaden bei Tötung. Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Untersuchung des deutschen, französischen und englischen Rechts*, Hamburg, Dr. Kovac 2004, alsmede Lothar Jaeger en Jan Luckey, *Schmerzensgeld*, Recklinghausen: ZAP-Verlag 2005, p. 100 e.v.

⁷⁵ Vgl. voor de *omvang* van het smartengeld in deze zin HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druif/Bouw).

⁷⁶ Zie voor een vergelijking van het Nederlandse met het Belgische recht op dit punt Lindenbergh *TPR* 2002. Zie voor de Belgische praktijk ook Van Schoubroeck, *VR* 2004, p. 102 e.v.

⁷⁷ Zo heeft het ongeval met de concorde in Parijs in juli 2000 met name in Duitsland op dit punt tot aanzienlijke verontwaardiging geleid. Zie Stahmer 2004, p. 2.

⁷⁸ Dat op 'Europees niveau' al veel langer een voorkeur voor smartengeld voor nabestaanden bestond blijkt uit de door het Comité van de Raad van Ministers van Europa op 14 maart 1975 aangenomen resolutie inzake schadevergoeding bij letsel en overlijden, waarin een recht op smartengeld voor nabestaanden als 'principle' was opgenomen.

⁷⁹ Vgl. art. 10:301 PETL. In de toelichting (European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Springer: Wien/New York, p. 173) wordt opgemerkt: 'The existence of these damages in fatal cases was never seriously challenged in our discussions. There was more con-

In Nederland, maar ook elders⁸¹, is voorts voor een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden steun gezocht in het Europese recht, in het bijzonder in het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens.⁸² In de rechtspraak is met name – onder meer in de Baby Joost-zaak en de Taxibus-zaak – een beroep gedaan op art. 8 EVRM (*family life*).⁸³ De gedachte daar achter is dat het gezinsleven in de rechtspraak van het EHRM zoveel bescherming heeft gekregen dat het belang ervan ook in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht moet doorwerken. Voor dat laatste heb ik evenwel in de rechtspraak van het EHRM, die vooral is gericht op de familierechtelijke aspecten, (nog) geen aanwijzingen kunnen vinden. Dat neemt natuurlijk niet weg dat die rechtspraak het gewicht van het belang van een ongestoord gezinsleven bevestigt.⁸⁴ De motivering van de verwerping van het beroep op art. 8 EVRM in de Baby Joost-zaak, dat het oordeel van het hof dat art. 8 EVRM niet strekt tot bescherming van het belang in kwestie geen blijk geeft van een onjuiste rechtsofopvatting, was in dat licht wel erg ‘kort door de bocht’. In het Taxibus-arrest is de kwestie opnieuw aan de orde gesteld. Namens de moeder van het overleden meisje was in het cassatiemiddel in het incidentele cassatieberoep gesteld dat het beperkende karakter van het stelsel van art. 6:108 BW in strijd is met art. 8 EVRM, zodat het hof deze beperkingen (geen recht op vergoeding van immateriële schade wegens het overlijden) buiten beschouwing had moeten laten. De Hoge Raad overweegt:

‘Het onderdeel faalt op grond van het volgende. In de eerste plaats heeft de bestuurder van de taxibus die het onderhavige ongeval heeft veroorzaakt, een verkeersnorm overtreden met als tragisch gevolg voor de moeder het verlies van haar dochter, doch het veroorzaken van dit ongeval is als zodanig niet een inbreuk op het recht op eerbiediging van ‘family life’ van de moeder. In de tweede plaats kan niet als juist worden aanvaard dat art. 8 EVRM ertoe noopt dat in de wetgeving wordt voorzien in een recht op (immateriële) schadevergoeding aan de ouder die een kind verliest als gevolg van het onrechtmatig handelen of nalaten van een ander. Het toekennen van schadevergoeding kan weliswaar mede worden gezien als een erkenning van en genoegdoening voor het verdriet wegens de dood van een kind, maar kan niet ertoe bijdragen dat in het onderhavige geval de moeder van het kind (...) in staat wordt gesteld overeenkomstig de strekking van art. 8 EVRM een normaal gezinsleven te leiden. Ten slotte ziet het onderdeel eraan voorbij dat art. 6:108 niet een beperking inhoudt van een bestaand recht op schadevergoeding, doch juist de grondslag biedt voor een uitbreiding van het recht op schade-

troversy about such awards to relatives in non-fatal cases, mainly because of the greater practical difficulties. However, the majority view was that they should be accepted.’

⁸⁰ Volgens art. VI-2:202 sub 1 DCFR wordt ‘non-economic loss caused to a natural person as a result of another’s personal injury or death’ aangemerkt als ‘legally relevant damage’ wanneer die persoon in een bijzonder nauwe relatie tot de ‘injured person’ stond.

⁸¹ Vgl. Marco Bona, in: Marco Bona, Philip Mead, Siewert Lindenberg, *Fatal Accidents and Secondary Victims*, London: XPL 2005, p. 457 e.v.

⁸² Vgl. voor het Engelse recht McGregor, *On damages*, 2003, p. 1561, waar in de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot het recht op leven een aanknopingspunt wordt gevonden om de gefixeerde kring van gerechtigden in de Fatal Accidents Act aan de kaak te stellen. Zie voor het Duitse recht, waarin een beroep op fundamentele rechten vooral via het eigen Bundesverfassungsgericht loopt BVerfGer 8 maart 2000, *NJW* 2000, p. 2187-2189.

⁸³ Zie HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 m.nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost), HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), Hof ‘s-Hertogenbosch 5 februari 2008, *NJF* 2008, 159, *JA* 2008, 44 (R. Rijnhout) en Rb. ‘s-Gravenhage 5 december 2001, *NJKort* 2002, 5.

⁸⁴ Vgl. onder veel meer EHRM 8 juli 1987, *NJ* 1988, 828 m.nt. E.A. Alkema (W/United Kingdom).

vergoeding waarop de benadeelde ten opzichte van wie niet onrechtmatig is gehandeld, anders geen aanspraak zou kunnen maken. Zoals hiervoor (...) is overwogen gaat een verdere uitbreiding de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.¹⁸⁵

Ik denk dat deze motivering ten aanzien van art. 8 EVRM, hoezeer met dat artikel ook het gewicht van het gezinsleven wordt onderstreept, juist is: het gaat niet om gedrag dat rechtstreeks inbreuk maakt op het gezinsleven (en schadevergoeding kan dat ook niet voorkomen), maar om gedrag dat uiteindelijk feitelijke *gevolgen heeft* voor de wijze waarop het gezin is samengesteld of functioneert. Ik vermoed dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in zuiver private verhoudingen art. 8 EVRM ook niet snel zal aangrijpen om schadevergoedingsrechtelijke regels te formuleren⁸⁶, maar zeker weten doe ik dat natuurlijk niet. De rechtspraak met betrekking tot art. 8 EVRM is immers al eerder verrassend en (zeer) vergaand geweest.

Een andere kwestie is of het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens nog op andere gronden een aanleiding kan vormen voor het erkennen van een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden. Het gaat dan niet zozeer om het aspect van het gezinsleven, maar om de rechtsbescherming tegen de overheid. In dat verband zijn vooral art. 2 (recht op leven) en art. 13 (effectief rechtsmiddel) EVRM van belang. Het EHRM heeft inmiddels herhaaldelijk geoordeeld dat bij schending van art. 2 of art. 3 EVRM, omdat zij moeten worden gerekend tot de '*most fundamental provisions of the Convention*', een recht op compensatie van immateriële schade in beginsel beschikbaar moet zijn als onderdeel van de '*range of redress*'.⁸⁷ Opmerkelijk is dat het EHRM in 2005 in een zaak tegen Engeland een schending van art. 13 EVRM heeft vastgesteld, omdat het Engelse recht geen aanspraak op schadevergoeding – en daarmee geen *effective remedy* in de zin van art. 13 EVRM – bood voor een vrouw wier broer door de politie was doodgeschoten.⁸⁸ Hoewel het hier gaat om schendingen door de overheid en het bereik van deze gedachtegang dus in beginsel beperkt is tot geschillen met de overheid, lijkt het me niet goed denkbaar dat, wanneer het EHRM tot een recht op smartengeld voor nabestaanden verplicht⁸⁹, een dergelijk recht in de nationale rechtsorde beperkt zou blijven tot de verhouding tussen overheid en burger. Het is bepaald niet uigesloten dat de schadevergoedingspraktijk van het EHRM onder art. 41 EVRM ook zijn weerslag zal hebben op het schadevergoedingsrecht van nationale rechtsstelsels. Een vergelijkbare ontwikkeling heeft zich immers voorgedaan met betrekking tot schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn (art. 6 EVRM).⁹⁰ En wanneer een dergelijke tendens eenmaal in het nationale recht doorzet, lijkt mij doorwerking in horizontale verhoudingen onvermijdelijk.

11. Uitleiding

⁸⁵ HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), rov. 6.3.

⁸⁶ Giesen 2003, p. 28 lijkt daarop ook te zinspelen.

⁸⁷ EHRM 3 april 2001, 27229/95 *EHCR* 2001-III (Keenan v. United Kingdom); EHRM 10 mei 2001, 29392/95 *ECHR* 2001-V (Z and Others v. UK); EHRM 14 maart 2002, 46477/99 (2002) *EHRC* 2002-II (Paul and Audrey Edwards/UK).

⁸⁸ EHRM 17 maart 2005, 50196/99 (Bubbins/UK).

⁸⁹ Deze kwestie speelt bijvoorbeeld een rol voor de nabestaanden van slachtoffers van de Schiphol-brand.

⁹⁰ Zie daarover Barkhuysen en Van Emmerik in hun noot onder EHRM 29 maart 2006, *AB* 2006, 294 (Scordino/Italië).

De Hoge Raad heeft uitdrukkelijk een mogelijkheid erkend voor 'derden' om een eigen recht op schadevergoeding geldend te maken ter zake van schade die het gevolg is van confrontatie met een schokkende gebeurtenis. Het aldus erkende recht op schadevergoeding is evenwel bepaald niet zonder complicaties: het criterium van de confrontatie is complex en leidt tot veel onzekerheid en procedures, er is hoe dan ook slechts een zeer beperkte categorie naasten en nabestaanden die aan het criterium zal voldoen, nodig is bovendien dat bij hen objectiveerbaar geestelijk letsel komt vast te staan hetgeen de nadruk op ziekte in de hand werkt, de rechter moet een (onmogelijk) onderscheid maken tussen schade door confrontatie en verdriet om verlies, en uiteindelijk gaat het ook na al deze 'hobbels' om zeer bescheiden bedragen. Hoewel de uitdrukkelijke erkenning van een recht op vergoeding van schade als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis dus een stap vooruit is, biedt deze weg voor veruit de meeste naasten van ernstig gewonde slachtoffers en nabestaanden geen soelaas.

De minister van Justitie heeft zich de roep van de wetenschap, de politiek, slachtoffers en verzekeraars aangetrokken en heeft een wetsvoorstel geformuleerd om de in het recht op dit gebied bestaande lacune in te vullen. Het voorstel strekt ertoe om aan naasten van ernstig gewonden en aan nabestaanden een vergoeding ter zake van door hen geleden immateriële schade toe te kennen, waarbij niet is vereist dat bij hen sprake is van objectiveerbaar geestelijk letsel. Een dergelijk recht heeft brede steun gekregen in de literatuur en de tegen de vormgeving gerichte bedenkingen zijn grotendeels ondervangen door aanpassingen van het voorstel in de vorm van een hardheidsclausule. Niettemin heeft de Eerste Kamer aangegeven nadere informatie te wensen over de behoeften van slachtoffers. Daarom worden de resultaten van op dit punt lopend onderzoek afgewacht. Uit een voorstudie blijkt intussen dat het aansprakelijkheidsrecht mogelijkheden biedt voor slachtoffers om te voldoen in hun behoefte aan erkenning. Weliswaar geven slachtoffers veelal aan dat het hen niet primair om het geld gaat, maar daaruit mag mijns inziens niet de conclusie worden getrokken dat zij derhalve geen behoefte hebben aan een recht op schadevergoeding. In het huidige aansprakelijkheidsrecht is het recht op schadevergoeding in de praktijk in veel gevallen het enige middel om erkenning te krijgen en de verantwoordelijkheid voor het gebeurde aan de orde te stellen en omdat het naasten en nabestaanden aan een dergelijk recht nu juist dikwijls ontbreekt, terwijl zij niettemin serieuze en grote schade lijden, blijven zij wat dit betreft ten onrechte buiten spel staan. Niet alleen het element van 'vermogensrechtelijke standing' in rechte, maar ook het feit dat door deze derden substantiële immateriële schade wordt gelegen rechtvaardigt hier een recht op schadevergoeding. Het is dan ook te hopen dat in de huidige situatie nu eindelijk verandering wordt gebracht. Met een wettelijke regeling ten aanzien van een recht op smartengeld voor nabestaanden zal het recht uiteraard niet alle erkenning bieden waaraan slachtoffers behoefte hebben – dat zal het recht hoe dan ook niet kunnen – maar dat neemt niet weg dat dit naar mijn idee een stap vooruit zou zijn. En wie geen behoefte heeft aan een dergelijke vergoeding, kan ervoor kiezen het recht niet geldend te maken of de vergoeding aan een goed doel te schenken. Het bestaan van een recht op vergoeding zou evenwel aan de naaste een keuze bieden die hij thans niet heeft.

Tijdens het debat over het smartengeld voor naasten en nabestaanden is gesuggereerd de gehele problematiek van de schade van derden te heroverwegen. Ik denk dat de Hoge Raad terecht heeft aangegeven dat vormgeving en afbakening op dit gebied – anders dan met betrekking tot de schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis, waarbij de rechter naar de aard van de problematiek de meest aangewezen rechtsvormer is – bij uitstek een taak voor de wetgever is. Deze heeft op dat punt inmiddels ook de nodige initiatie-

ven genomen. Zo wordt er naast het ‘wetsvoorstel affectieschade’ gewerkt aan een ontwerp met betrekking tot vergoeding van inkomensschade van naasten en is onlangs het werkgeversregres uitgebreid met betrekking tot de kosten van reïntegratie.⁹¹ Denkbaar is dat dit er uiteindelijk toe leidt dat de gehele visie op het stelsel ter zake van de schade van derden aanpassing verdient, maar ik zou het betreuren als de bestaande initiatieven in afwachting van een totaalvisie in de ijskast zouden belanden. Voordat de wetgever een sluitende oplossing heeft gevonden voor alle mogelijke schades van derden – zo dat al mogelijk is – zijn we zo een decennium of langer verder. Het lijkt er niet op dat justitiabelen die tijd buiten de rechtszaal zullen afwachten. Integendeel, zij zullen de route van het Taxibus-arrest blijven beproeven om via de rechter in hun behoefte aan erkenning en financiële genoegdoening te voorzien, en die route is in veel gevallen niet adequaat omdat zij complex is, invaliderend werkt en slechts (heel) weinigen soelaas biedt. De wetgever kan de klus van het smartengeld voor naasten dus beter maar zo snel mogelijk afmaken.

⁹¹ Wetsvoorstel 30 034, in werking getreden op 13 juni 2008 (Stb. 2008, 199).