

Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk.

Mr. W.H. van Boom, redacteur

[verschenen in: AV&S nr. 4 (2001), p. 95-98]

1 Inleiding

In de literatuur wordt al enige tijd aangedrongen op een wettelijke regeling van smartengeld voor nabestaanden.¹ Naar aanleiding van kamervragen over deze kwestie heeft de Minister van Justitie zich nader beraden. Op 20 juni j.l. maakte hij in een brief aan de Tweede Kamer zijn standpunt bekend, waarover hij met het parlement van gedachten wil wisselen. De minister verklaart dat hij overweegt een wetsvoorstel in te dienen dat aan familieleden van een overledene of ernstig gekwetste een eigen recht geeft op vergoeding van immateriële schade jegens degene die aansprakelijk is voor de dood of het ernstige letsel van hun naaste.² Het wetsvoorstel zou, zo stelt de minister zich voor, aan een vaste kring van personen recht geven op een vast bedrag (gedacht wordt aan 10.000 Euro), bij wijze van erkenning van het feit dat ook aan de naasten van de overledene of gekwetste schade is toegebracht. Met de brief wil de minister met de kamer de discussie aangaan over de contouren van een eventuele regeling. In deze bijdrage volgt een weergave en kort commentaar, waarbij gepleit zal worden voor een ruimere blik op de materie.

2 Brief Minister van Justitie

In de brief wordt het gesloten stelsel van gerechtigden bij dood en letsel beschreven, zoals dat besloten ligt in de artikelen 6:107 en 108 BW. Voorts wordt het onderscheid tussen affectieschade en shockschade uiteengezet, waarbij de minister shockschade definieert als ‘geestelijk letsel dat men oploopt door een schokkende gebeurtenis’,³ zoals overlijden of ernstige verwonding van een naaste. Vervolgens geeft de minister aan dat nog wel de vraag kan rijzen of toekenning van vergoeding voor shockschade verband houdend met dood of letsel van een naaste verenigbaar is met het gesloten stelsel. De minister laat zich niet uit over een antwoord op deze vraag.

De brief vervolgt met een beknopt overzicht van vergoeding van smartengeld van nabestaanden in andere Europese landen. Het overzicht laat vooral zien dat deze landen op uiteenlopende wijzen met de materie omgaan, en dat – hetgeen niet verwonderen zal – ruimhartiger rechtsstelsels dan het onze bestaan. Sommige landen hebben een afgebakende wettelijke rege-

¹ Van de literatuur noem ik hier: S.D. Lindenbergh, Smartengeld, diss. Leiden 1998, p. 173 e.v., m.n. p. 202 e.v., dezelfde, Smartengeld voor naasten: tijd voor een wettelijke regeling, NJB 2001, p. 61 e.v., A.J. Verheij, Vergoeding van affectieschade, NTBR 1998, p. 325 e.v., C.C. van Dam, Emotioneel belang en affectieschade, VR 2000, p. 73 e.v. Vgl. ook (de verwijzingen bij) losbladige Schadevergoeding (Deurvorst), art. 106, aant. 9, aant. 27, alsmede C.C. van Dam, De ouders van Joost, VR 2001, p. 1 e.v. en T. Hartlief, Baby Joost en het verdriet van Nederland, AA 2000, p. 863 e.v.

² Brief d.d. 20 juni 2001, Kamerstukken II, 27.400 VI, nr. 70, aangekondigd in NJB 2001, p. 1280.

³ Die definitie lijkt mij te ruim, omdat ook psychisch letsel door buitensporig slechte verliesverwerking (zoals in Van der Heijden / Holland (HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 nt. CJHB) er onder lijkt te vallen. Ook overigens vraag ik mij af of deze definitie niet te ruim is, nu men zowel de casus van Vader Versluis (HR 2 november 1979, NJ 1980, 77) als die van Rabobank/Kip en Sloetjes (HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662) er onder zou kunnen scharen; het is maar wat je schokkende gebeurtenis wilt noemen. Bij shockschade lijkt toch veeleer een link met een (dreigend) letsel nodig te zijn.

ling met vaste bedragen en een vaste kring van gerechtigden, andere hebben bijvoorbeeld rechtspraak waarin onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen psychisch onbehagen en geestelijk letsel.

De brief bespreekt ook de argumenten die destijds volgens de Nieuw BW-wetgever tegen vergoeding pleitten: geld kan het leed niet wegnemen, een recht op vergoeding lokt commercialisering van verdriet uit, leidt tot onsmakelijke procespraktijken, compliceert procedures en belast dus de rechterlijke macht (ook omdat de rechter dan wordt belast met afbakeningsproblemen), terwijl de uitbreiding van het aantal risico-aansprakelijkheden reeds een verzwaring van de schadelast zou betekenen.⁴ Deze argumenten weegt de minister thans anders: een eventueel troostgeld zou het leed niet willen *wegnemen*, maar slechts een *erkenning* van het leed willen uitdrukken,⁵ terwijl de meeste van de andere bezwaren ondervangen zouden worden als een in de wet omschreven beperkte kring van gerechtigden recht zouden hebben op een gefixeerd bedrag. Alleen het argument dat de aansprakelijkheidslast te zeer zou worden uitgebreid, maakt op de minister nog indruk. Hij denkt dat met een *laag* bedrag de toename in de hand kan worden gehouden.[96]

Hoe ziet een eventuele regeling er uit? Hoewel deze natuurlijk nog moet worden uitgewerkt, geeft de minister al een concreet schot voor de boeg. De minister wil een vaste kring van gerechtigden aanwijzen, waarbij hij denkt aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerd partner, de levensgezel die meer dan één jaar een gemeenschappelijke huishouding voert, de ouders of voogden van een minderjarige, en de minderjarige kinderen van een gekwetste ouder of voogd.⁶ De minister voelt niet voor een 'open einde' categorie van andere personen die een werkelijk affectieve relatie met de gekwetste hebben (zoals het geval zal zijn met goede vrienden, en in de regel ook met broers, zusters, opa's en oma's et cetera).

Het bedrag zou gefixeerd moeten zijn; het bedrag van Euro 10.000 dat de minister noemt, zou aansluiten bij hetgeen elders in Europa wordt toegekend. Dit bedrag zou worden toegekend bij dood en ernstige verwonding. De afbakening van deze laatste categorie is uiteraard niet gemakkelijk, maar gedacht wordt aan ernstige verwonding met blijvende ernstige gevolgen, omdat vooral het blijvende karakter daarvan voor de naasten (blijvend) leed veroorzaakt.⁷

De regeling zal een plaats moeten krijgen in afdeling 6.1.10 BW, zodat het van toepassing is op gevallen waarin tegenover de overledene of gekwetste onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd met dood of ernstig letsel als gevolg. Ook meent de minister dat een verweermiddelenregeling à la art. 6:107 lid 2 en 108 lid 3 nodig zal zijn, zodat als de overledene of gekwetste eigen schuld had, dit verweer ook de omvang van het troostgeld reduceert. Tenslotte legt de minister nog verantwoording af met betrekking tot de 'claimeffecten' van een eventueel voorstel. Immers, uit eerdere beleidsstukken bleek de zorg van de minister voor het uit de hand lopen van 'de claimcultuur'.⁸ Bij die gelegenheden heeft de minister zich gekeerd tegen de 'extreme vormen' van claimcultuur, maar daarvoor behoeft volgens de minister hier niet te worden gevreesd zolang het troostgeld maar een vaste som en een beperkte

⁴ Is die hypothese inmiddels al met empirisch materiaal bewezen?

⁵ Ik vraag mij in dit verband wel af waarom de minister zich niet de vraag stelt of een erkenning in geld moet worden uitgedrukt. Als de erkenning niet beoogt leed weg te nemen, en blijkbaar ook niet beoogt het leed te verzachten, zijn ook andere wijzen van erkenning denkbaar, zoals het toestaan van een verklaring voor recht voor nabestaanden met veroordeling van de aansprakelijke in de integrale proceskosten. Vgl. losbladige Schadevergoeding (Deurvorst), art. 106, aant. 16.

⁶ Die opsomming is overigens heel wat beter uitgewerkt dan de kring van gerechtigden bij de Legionella-regeling, die (indirect) is ingesteld door het ministerie van VWS naar aanleiding van de Flora-ramp, Stcrt. 29 juni 2000, nr. 123, p. 11 (daar staat: echtgeno(o)t(e) of de persoon met wie men een gemeenschappelijk huishouden voerde ten tijde van de Flora-tentoonstelling).

⁷ Ook wil de minister onderzoeken in hoeverre aansluiting kan worden gezocht bij bestaande categorisering van blijvende functionele invaliditeit.

⁸ Kamerstukken II 1998/99, 26 630, nr. 1. Zie daarover Zie M. Faure en T. Hartlief, Het kabinet en de claimcultuur, NJB 1999, p. 2007 e.v.

kring van gerechtigden betreft. Dan zou namelijk de ‘stijging van de aansprakelijkheidslast beperkt en beheersbaar’ blijven. De minister constateert dan ook tevreden⁹ dat het hem voor ogen staande stelsel in overeenstemming is met zijn visie op de claimcultuur. Wat daarna volgt, is intrigerend genoeg om hier letterlijk te citeren:

“Daarbij zij er nog op gewezen dat – zoals ik hierboven heb aangegeven – de rechtspraak zoekt naar wegen om in gevallen als deze toch smartengeld toe te kennen, en wel door shockschade aan te nemen. Hoewel shockschade (geestelijk letsel) en affectieschade twee te onderscheiden schadeposten zijn, kan worden aangenomen dat met het toekennen van smartengeld voor nabestaanden en verwanten de druk vermindert om de vergoeding van shockschade te vorderen, waarvan de hoogte van de vergoeding niet gelimiteerd is en dus de ontwikkeling daarvan voor de toekomst zonder een regeling, moeilijker voorspelbaar is. Dit zou niet passen in mijn streven om te komen tot een gematigde ontwikkeling van de claimcultuur.”

Ik kom op deze passage terug in § 3.6.

3 Commentaar

3.1 *een ruimere blik is nodig*

Ik ben sceptisch over troostgeld voor nabestaanden en naasten. Niet omdat ik zou vinden dat naasten geen aansprakelijkheidsrechtelijke erkenning verdienen voor het leed dat zij ondervinden,¹⁰ maar omdat wij, door ons te concentreren op troostgeld voor nabestaanden en naasten, een veel te beperkte blik op de materie richten. De vraag of troostgeld wenselijk is, kan mijns inziens niet zinvol worden beantwoord als we niet ook kijken naar het gesloten stelsel van gerechtigden bij dood en letsel als geheel.¹¹ Als we troostgeld voor naasten overwegen, dan moet dat gehele stelsel aan herijking worden onderworpen om de innerlijke consistentie en balans te waarborgen.¹² Die noodzaak blijkt naar mijn mening ook (onbedoeld) uit de brief van de minister, met name daar waar hij de verhouding van zijn voornemen tot het leerstuk van shockschade in het vage houdt; ik kom daar nog op terug.

3.2 *de vergelijking met zaakschade*

Herijking van het stelsel houdt allereerst in dat we de vraag moeten beantwoorden of we het nog wenselijk vinden dat bij letselschade een door de wet gesloten stelsel van gerechtigden geldt, terwijl bij zaakschade een open, en door de rechter van geval tot geval in te vullen stelsel heerst.¹³ Wanneer een derde tengevolge van beschadiging van de zaak van een ander ook

⁹ De ondertoon van de brief lijkt overigens te suggereren dat de minister liever in het geheel geen wijzigingen in het BW aanbrengt, maar dat hij onder druk van het parlement onder de geschetste voorwaarden tot wetgeving bereid is.

¹⁰ Integendeel, de in essentie onbillijke beslissing van de Hoge Raad inzake HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853, VR 2000, 37 (Jeffrey), zal na invoering van een recht op troostgeld voor naasten niet langer geldend recht zijn. Dat lijkt mij winst te zijn, al was het maar omdat een procedure in dergelijke gevallen dan niet meer kan stuklopen op ontoereikende stellingen ten aanzien van geleden schade (zoals in die zaak het geval was).

¹¹ In deze richting lijkt ook Van Dam 2001 (noot 1), m.n. p. 5 e.v. te denken.

¹² Vgl. J. Spier, Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?, afscheidsrede Tilburg 1999, waarin in algemene zin de roep om herijking van m.n. het letselschaderecht doorklinkt.

¹³ Zie H.M. Storm, Werkgeversregres, in: Regresrechten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 127-130.

schade lijdt, vertaalt de vraag of degene die de zaak beschadigde ook aansprakelijk is voor de schade van de derde, zich [97] hoofdzakelijk in een relativiteits- en een causaliteitsvraag.¹⁴ Er bestaan geen bijzondere wettelijke beperkingen ten aanzien van de rechten van deze derden, en het komt dus aan op de vraag of de dader zich met het oog op de belangen van derden had moeten onthouden van het beschadigen van een zaak¹⁵ Dit open stelsel functioneert in de praktijk blijkbaar redelijk; er bestaat althans weinig kritiek op. De vraag is dan ook gewettigd of de vrees voor cascades aan claims bij een verruiming van de kring van gerechtigden en hun aanspraken ingeval van dood en letsel terecht is. En eigenlijk is de vraag naar rechtvaardiging van het gesloten stelsel meer dan gewettigd: waarom moet een aannemer die bij graafwerkzaamheden de stroomkabels beschadigt *wel* de stagnatieschade in het productieproces van een stroomafnemer vergoeden (Van Hees/Esbeek), maar een aannemer die bij diezelfde graafwerkzaamheden letselschade veroorzaakt *niet* de stagnatieschade die de werkgever van de gekwetste ondervindt (Rockwool/Poly)?¹⁶

3.3 *zijn de argumenten nog valide?*

Betreft het dood of letsel, dan kunnen derden hun schade in beginsel niet vergoed krijgen. Dat terughoudende stelsel lag reeds sinds jaar en dag besloten in art. 1406 en 1407 BW (oud), en het werd met de invoering van het nieuwe BW op een enkel detail na geprolongeerd.¹⁷ Dat gebeurde overigens niet zonder uitvoerig wikken en wegen;¹⁸ de wetgever had namelijk korte tijd overwogen om in meer gevallen schade van derden te vergoeden, maar uiteindelijk heeft hij vrijwel alles bij het oude gelaten – uit angst voor een onoverzienbare cascade aan nieuwe claims en overbelasting van de rechterlijke macht.¹⁹ Bij nader inzien achtte de wetgever – ook met het oog op de voortgang van het wetgevingsproces – voorlopig slechts erkenning van aanspraken terzake van verplaatste schade wenselijk, zodat de schadelast per saldo niet zou toenemen, bijkomende geschillen over de grenzen van de rechten van derden zouden uitblijven en de discussie over de toekomst van regresrechten zou kunnen worden afgewacht.²⁰ Sinds 1992 heeft de wetgever geen serieuze aandacht gegeven aan herijking van het gesloten stelsel als geheel, ook niet toen daar bij de invoering van het regresrecht voor loondoorbetaling in 1995 (art. 6:107a) goede grond én gelegenheid voor bestond.²¹ Ik zou menen dat de materie van het troostgeld nu aanleiding moet zijn voor een *integrale* discussie over het gesloten stelsel. Want veel van de argumenten die de wetgever destijds gebruikte ter verdediging van dat stelsel, zijn niet (meer) valide; over de wenselijkheid van regresrechten is het parlement inmiddels wel uitgepraat, en de gevreesde overbelasting van de rechterlijke macht door invoering van het nieuwe BW is uitgebleven.

¹⁴ Zie HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 nt. GJS (Van Hees/Esbeek). Vgl. HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831, A&V 1999, p. 42 nt. C.J.M. Klaassen (Nacap/Shellfish), en daarover J.H.M. van Erp, AAe 1999, p. 754 e.v.

¹⁵ Danwel of schade aan het verderweg gelegen belang van de derde ook nog als gevolg van de zaaksbeschadiging kan worden toegerekend. Zie art. 6:162 jo. 163 resp. 6:98 BW. Vgl. nader A.T. Bolt, J. Spier, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Handelingen NJV, 1996-I, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 310 e.v.

¹⁶ HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 nt. GJS (Van Hees/Esbeek) resp. HR 12 december 1986, NJ 1987, 958 nt. CJHB (Rockwool/Poly).

¹⁷ Zie over het gesloten stelsel bijv. Asser-Hartkamp I, nr. 472 e.v., en ook W.H. van Boom, Van verplaatste schade en opgeofferde vrije tijd, A&V 1999, p. 85 e.v., met nadere verwijzingen.

¹⁸ In de literatuur werd voordien reeds kritiek geuit op het stelsel; zie de verwijzingen bij H.M. Storm, Een zelfstandig verhaalsrecht voor de werkgever: de juiste keuze?, NTBR 1996, p. 91.

¹⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 388-389, p. 1272 e.v..

²⁰ Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1288 e.v.; vgl. Asser-Hartkamp I, nr. 472 e.v.

²¹ Destijds wees Storm, t.a.p., p. 91 e.v., daar al op. Zie ook dezelfde, in: Regresrechten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 127-130 en Van Dam 2001 (noot 1), p. 5-6.

Voor wat betreft troostgeld voor nabestaanden erkent de minister thans in zijn brief gedeeltelijk dat de genoemde argumenten niet langer valide zijn, en voor het overige meent hij dat de destijds ingenomen standpunten heroverweging verdienen. Dan is niet meer dan logisch, zo zou ik menen, dat dit moet gelden voor het gesloten stelsel als geheel, zeker nu introductie van troostgeld verzwaart van de schadelast betekent en dat dus blijkbaar niet langer aan uitbreidingen in de weg hoeft te staan.

3.4 *waar gaat het naartoe?*

Ik besef dat de minister uit oogpunt van beheersbaarheid niet snel zal voorstellen om het gesloten stelsel volledig in te ruilen voor een open stelsel. Maar ook indien de wetgever het gesloten stelsel handhaaft en alleen tot invoering van troostgeld voor nabestaanden en naasten overgaat volgens de geschetste contouren, kan hij niet aan de noodzaak tot herijking voorbijgaan. Want anders is er straks wel troostgeld voor nabestaanden en naasten, maar blijft de regel gehandhaafd dat inkomstenderving door het bijstaan van een naaste niet voor vergoeding in aanmerking komt.²² En blijft uitgangspunt dat ouders die hun carrière geknakt zien doordat zij structureel meer tijd aan hun gehandicapte kind moeten (en willen) besteden, geen (volledige) compensatie ontvangen. Dan blijft regel dat een werkgever (of maatschap) die bedrijfsschade lijdt doordat een sleutelfiguur (maat) in zijn organisatie gewond is geraakt, de schade zelf draagt.²³ En ik vraag mij ernstig af of dat alles wenselijk is.[98]

3.5 *moet de benadeelde het troostgeld nemen zoals het komt?*

Daar komt nog het volgende bij. Als het tot invoering van vast bedrag aan troostgeld komt, dan hebben we een schadevergoedingsrecht waarin de moeder die psychisch geheel ten onder gaat (met alle inkomensgevolgen van dien) aan de dood van haar jonge kind hetzelfde bedrag krijgt als de nuchtere, incasserende weduwe van een bij een ongeval om het leven gekomen man van 75 jaar. Is het correct om daar geen onderscheid tussen te maken, ook wanneer het in een aantal gevallen niet alleen gaat om verdriet door 'loss and bereavement' - zoals de Engelsen dat noemen - maar om werkelijk psychisch *letsel* tengevolge van de dood van het kind?²⁴ En is het rechtvaardig om een stelsel in te voeren dat wat betreft de omvang van affectieschade, de nabestaanden van het slachtoffer van een ernstig geweldsmisdrijf op één lijn stelt met de nabestaanden van een aangereden hartpatiënt?²⁵ Ik betwijfel het.

3.6 *Ten slotte: hoe zit het met shockschade?*

Hierboven citeerde ik een intrigerende passage uit de brief, waarin de minister de verhouding tussen een eventueel wetsvoorstel en shockschade uiteenzet. Over shockschade is onder juris-

²² Zo luidt althans de gangbare uitleg van art. 6:107 BW, mede naar aanleiding van Parl. Gesch. Boek 6, p. 1288-1289: *bezoekkosten* in strikte zin zouden wel, en *schade* door inkomstenderving naar aanleiding van bezoek zouden niet voor vergoeding in aanmerking komen. Vgl. ook in die richting HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 nt. ARB (Losser/De Vries en Kruidhof).

²³ Zoals in HR 12 december 1986, NJ 1987, 958 nt. CJHB (Rockwool/Poly) het geval was.

²⁴ Wellicht is in dit verband nader onderzoek zinvol naar de vraag of affectieschade bij de dood van een kind in ernst en omvang pleegt te verschillen van die bij de dood van een levenspartner?

²⁵ Dat betreft overigens niet alleen een probleem van verschil in omvang van de schade (opzettelijk versus onopzettelijk doden), maar ook een probleem van causaliteit: werkt het ruime causaal verband bij letselschade en overtreding van veiligheidsnormen zonder meer door in het troostgeld? Willen we dat ook?

ten heel veel geschreven,²⁶ maar de Hoge Raad heeft zich nog nooit uitgelaten over de toelaatbaarheid van een claim voor shockschade (laat staan de voorwaarden voor het welslagen ervan). Zeker als het gaat om shock wegens het ervaren van het letsel van een naaste is minst genomen onzeker of in juridische zin onderscheid met affectieschade kan en moet worden gemaakt. Ook bestaat geen duidelijkheid over de randvoorwaarden waaronder shockschade voor vergoeding in aanmerking komt.²⁷ Die onduidelijkheid is juist bij de schrijvende casus die we scharen rondom het woord 'shock' onwenselijk. Het ligt daarom te meer voor de hand dat een wetsvoorstel, althans de toelichtende stukken daarop, een duidelijk standpunt terzake inneemt.

In de brief van de minister wordt om de hete brij heengelopen. Met de geciteerde passage lijkt de minister er op te gokken dat getraumatiseerde naasten het leerstuk shockschade (met zijn onzekere, hoge drempels enerzijds, maar met integrale vergoeding anderzijds) vergeten en voor een vaste vergoeding van 10.000 Euro (met een zeer lage drempel) kiezen. Voor die vergoeding hoeven naasten immers geen ziektebeeld te bewijzen, spelen relativiteit en causaliteit geen rol (van betekenis) en zal in veel gevallen een rechtsgang niet nodig zijn.

Ik kan niet inschatten of de minister hier goed gokt, maar het zou mij verbazen als de kamer de minister laat weggelaten met deze opmerking. De minister zal kleur moeten bekennen: acht hij vergoeding van shockschade toelaatbaar of niet? En als hij het toelaatbaar acht, is er dan geen rol voor de wetgever weggelegd bij het 'stroomlijnen' van dit rechtsgebied? Wederom vragen, waar de brief geen antwoord op geeft. De discussie met het parlement zie ik met belangstelling tegemoet.

²⁶ Zie (de verwijzingen genoemd bij) A.J. Verheij, Shockschade: recente jurisprudentie, VR 2000, p. 179, voetnoot 5.

²⁷ Zie bijv. R. Kottenhagen, Schockschade in Nederland. Over de wenselijkheid van een wettelijke regeling, in: P. Kottenhagen-Edzes, Immateriële schade: tendensen en wensen, Antwerpen: Intersentia 2000, p. 61 e.v.