

45 Het bloed kruipt, waar het niet gáán kan

Impressie van het 24e LSA-symposion op vrijdag 25 januari 2013

Jhr. mr. H.J.J. de Bosch Kemper *

Schadevergoeding na onrechtmatige daad, in gevallen van letsel, is beperkt: in beginsel is er alleen vergoeding voor de personenschade van het slachtoffer zelf. Derden staan in de kou. Letterlijk staat dat niet in de wet, maar dat is wel de bedoeling en daar gaan we altijd van uit. Schadevergoeding bij overlijden is zelfs tweërlei beperkt: niet alleen hebben alleen bepaalde nabestaanden een vorderingsrecht, maar dat is bovendien ook nog eens beperkt. Ook hier dus: veel derden in de kou. Maar zoals bekend: het bloed kruipt, waar het niet gáán kan, en hiermee is het dus net zo. Schade die aan iemand door schuld van een ander wordt toegebracht, behoort nu eenmaal door die ander te worden vergoed; dat is de hoofdregel van de onrechtmatige daad. Logisch dat de omheining die om welke reden dan ook ooit is aangebracht, hier en daar sporen van 'slijtage' vertoont. Op 25 januari inspecteerde de LSA, de specialistenvereniging LetselSchade Advocaten, de beschadigde omheining. Dat leverde een zinvol bestede dag op.

“ ”
Derden willen niet in de kou staan.
..... ”

Niet alleen derden trotseren de kou. Buiten was het -8, binnen begon het met een warme kop koffie en aangename kout van ongeveer 350 van de ruim 400 aanmelders – de NS zal wel weer de schuld krijgen – of was het de laatste tocht op natuurijs? Het waren weer in hoofdzaak advocaten, maar toch hadden ook zo'n 45 mensen van verzekeringsmaatschappijen zich aangemeld en evenzoveel mensen van expertise- en letselschadebureaus. Een mager tental was afkomstig van universiteiten en een nog magerder tental rechters. Medici waren op de vingers van één hand te tellen.

Eerst even een snelle tour d'horizon van de dag: na voorzitter **Joost Wildeboer**, die schaamteloos meedeelde dat de titel van het symposion (*In de Schaduw van het Slachtoffer*) dezelfde was als twee of drie jaar geleden door het PIV was gekozen, voor hetzelfde onderwerp, startte **Carla Klaassen** als dagvoorzitter de inspectieronde. Zij stalde als op een braderie enige overvloedig beduimelde zaken uit – shockschade, affectieschade, behoefteigheid en dat soort dingen – maar wekte nieuwsgierigheid naar wat er komen zou. **Rianka Rijnhout** wees al meteen plekken in de omheining aan waar de zo scherp bedoelde grenzen diffuus geworden zijn. **Paul Meijer** nam het behoefteigheidsvereiste van 6:108 BW onder de loep. Psychiater **Frank Koerselman** verbaasde zich over de taal van juristen, die spreken over shock, affect(ie), ziekte, depressie e.d., alsof zij weten waar ze het over hebben. **Daan Lunsingh Scheurleer** en **Ianika Tzankova** spraken over de afhandeling van massaschade volgens een systeem wat ik in eerste instantie hoorde als de 'Wehkamp-methode' (ik was de enige niet); hier ging het even niet zozeer om een derde die buiten het hok gehouden moet worden (of het moest zijn de opting-out betrokkene, die voorlopig nog in de kou staat). Tenslotte zette **Gerrit van Maanen** alle aanwezige LSA-leden voor schut: (vrijwel) niemand bleek de mogelijkheden van het EVRM-verdrag te benutten.

De casting van **Rianka Rijnhout** om het inhoudelijke deel van de dag te beginnen was een schot in de roos. Helder docerend (voor sommigen in het begin een beetje schools, maar ik vond dat juist erg prettig) wees zij de plaatsen aan waar (en voor welke derden) uitzonderingen op de strakke exclusiviteit van de artikelen 107 en 108 mogelijk gemaakt zijn. Heel openlijk, maar in zeer beperkte

* Redacteur van Verkeersrecht en voormalig advocaat te Voorburg.

mate, natuurlijk voor de werkgever die loon moet doorbetalen. Ook openlijk, maar in de uitwerking toch erg diffuus, met de vondst van de *verplaatste schade* die in geen enkel ander land bestaat, en waarmee (ten gerieve van de dogmatici?) strikt genomen niet wordt afgeweken van het exclusieve vorderingsrecht van het slachtoffer. De sinds jaar en dag toegestane vergoeding van *bezoekkosten* is inderdaad niet zonder een knipoog te begrijpen als verplaatste schade. Maar de grenzen zijn echt zoek bij de bepaling van wat tot verplaatste schade gerekend kan worden als het gaat om door een derde verleende (verpleeg)zorg, hulp en bijstand, waardoor voor die derde schade ontstaat door tijdverlies en/of inkomstenderving. Er is in 1999 een flexibele oplossing gevonden in *Johanna Kruidhof*¹⁾, maar il y a des limites: het moet wel normaal en gebruikelijk zijn.²⁾ Helemaal onduidelijk wordt het als het slachtoffer in huis komt bij een derde, en aanpassingen in die woning nodig of wenselijk zijn, en al helemaal als de derde het wenselijk vindt om te verhuizen om het slachtoffer beter te kunnen verzorgen.

Rijnhout liep het risico gras voor de voeten van volgende sprekers weg te maaien omdat haar lezing raakte aan het onderwerpen die voor anderen gereserveerd waren, maar zij verstond uitstekend de kunst om enerzijds duidelijk te zijn en anderzijds extra aandacht te wekken voor wat er nog komen zou: de grenzen aan de abstract of concreet berekende omvang van overlijdensschade, de door strafrechters (in theorie) en door het Schadefonds Geweldsmisdrijven en (in 'verticale' situaties) het EHRM (concreet!) erkende immateriële 'affectieschade' en dan: de zogenaamde 'shockschade' met zijn vooralsnog zeer onduidelijke voorwaarden en grenzen. Al met al duidelijk genoeg om te concluderen dat *inhoudelijke heroverweging* vereist is omdat de rechtszekerheid langzamerhand ver te zoeken is. Het was jammer dat Rijnhout niet óók nog aangaf waar volgens haar die inhoudelijke heroverweging toe zou kunnen of moeten leiden. Haar recente proefschrift³⁾ werpt hier wel licht op⁴⁾ en je kunt nu eenmaal in 40 minuten niet alles voorgeschoteld krijgen. Bovendien zou het te ver gevoerd hebben, want we zitten hier toch vooral om over het praktisch toepasbare recht te worden bijgespijkerd.

Paul Meijer zag een andere versleten plek in de omheining: het behoeftigheidsvereiste bij de schadevergoeding van artikel 6:108 BW. *Behoeftigheid?* Hoelang is het geleden dat de oude 1406-vordering als een alimentatievordering beschouwd werd? Een eeuw? In elk geval een eeuwigheid. Toen, in dat grijze verleden, ging het bij dit soort vorderingen alsmáar over behoeftigheid, die dan ook nog werd afgemeten aan de 'stand' waarin men placht te leven. Wat hebben woorden toch een taai leven! Ik dacht, maar kennelijk vergis ik mij, dat niemand meer het woord behoeftigheid gebruikte en artikel 1:392 lid 2 speelt sedert de AOW en de ABW ook al geen rol meer. Reeds in het, ook al belegen, arrest *Hony/Teisterman*⁵⁾ van 1981 heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk⁶⁾ afstand genomen van de alimenta-

tiedgedachte, en het woord 'behoeftigheid' werd toen al niet meer gebruikt, althans niet door de Hoge Raad. In *Kwidama/Raphaël*⁷⁾ komt het woord nog wel terloops voor, maar duidelijk als synoniem van *behoefte*, en aan schadevergoeding heeft natuurlijk elke benadeelde behoefte.

Meijer noemde nog zes recentere uitspraken⁸⁾ – het onderwerp houdt onze rechters wel bezig! – en tot mijn stomme verbazing⁹⁾ zegt de Hoge Raad in die serie ineens weer, nota bene in 2009: '*Anderzijds heeft deze verplichting mede een – kort gezegd – alimentatierechtelijk karakter. Hieruit volgt onder meer dat de nabestaande aan art. 6:108 slechts een vordering kan ontlenen voor zover bij deze sprake is van behoeftigheid, gerelateerd aan de specifieke situatie van de huishouding waarvan de overledene en de nabestaande deel uitmaakten*', waarbij hij zelfs verwijst naar het arrest van 2005, waarin het woord behoeftigheid niet gebruikt werd – laat staan dat er over alimentatie gerept werd! Othoudt de Hoge Raad zijn eigen rechtspraak niet meer? En de rechtbank Rotterdam papegaait¹⁰⁾ HR 2009 weer na. Zo schieten we niet op!

Hoe dan ook: Meijer stelde voor het behoeftigheidsvereiste maar overboord te gooien. Prima, ik dacht dus dat dat allang gebeurd was.¹¹⁾

Frank Koerselman. Een verademing om eens een ander dan een jurist te horen. En hoe waste hij onze oren (waar alles tussen zit)! Affect = een kortdurende emotie. Hoezo dan, *affectieschade?* Shock = een acute daling van bloeddruk. Wat bedoel je dan met *shockschade?* Letselschadeadvocaten schijnen zich dat niet te realiseren, maar *Leed is geen Letsel.* Een mooie stelling, maar, dokter, denk ik stilletjes, *wij* maken zelf wel uit wat wij met onze woorden bedoelen, en wij hebben Van Dale aan onze kant: leed is lichamenlijk of stofelijk nadeel, synoniem: letsel, schade (aan personen). Maar toch leuk om je maar weer even goed te realiseren dat we, hoewel we voortdurend met medische zaken bezig zijn, een andere taal spreken. En niet alleen een andere taal, ook hun denkwijze lijkt anders: wat de psychiaters doen met hun DSM (ook al uit 1980, maar er komt een nieuwe), is op afspraken gebaseerd. Wij juristen houden niet van afspraken over zaken waarover je steeds opnieuw moet argumenteren, die je moet overdenken, afwegen, overwegen en nog eens wegen.¹²⁾

Tijd voor een boterham, maar dat is bij de LSA altijd netjes aangekleed. Ik zat tussen de oude en de jonge Bouman. Als redactielid van Verkeersrecht maakte ik in 1997 nog enige vergaderingen mee met Hessel, en als de voortekenen niet bedriegen wordt Wicher binnenkort lid van de redactie. Ik dus tussen beiden. Grappig, zoals het leven soms parallellen vertoont.

Na zo'n lunch is het altijd moeilijk de draad weer op te pakken, maar daar waren ze dan ook met twee man sterk aan gaan staan: **Daan Lunsingh Scheurleer** en **Ianika Tzankova**. Ik bekende hierbo-



Aan schadevergoeding heeft elke benadeelde behoefte.



1. HR 28 mei 1999, VR 1999/166 (G. van Wassenaer), NJ 1999/564 (ARB).
2. Krüter, HR 6 juni 2003, VR 2003/152, NJ 2003/504 (JBMV).
3. 'Schadevergoeding voor derden in persoonschadezaken. Een rechtsvergelijkende studie naar de artikelen 6:107 en 6:108 BW in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht en schadevergoedingsrecht', Universiteit Utrecht. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2012).
4. Rijnhout wil niet alles op zijn kop zetten. Zij wil in een viertal gevallen 1) bij ontwricht gezinsleven, 2) indien schade voor derden het oogmerk was, 3) ingeval van letsel dat aan een hulpverlener overkomt en 4) ingeval de geschonden norm positief het belang van derden beschermt, de benadeelde derde autonoom toelaten tot de OD-actie, en zij denkt dat dat zonder wetswijziging kan.
5. HR 5 juni 1981, VR 1981/78, NJ 1982/221.
6. "de verbintenis tot schadevergoeding ter zake van onrechtmatige daad, waarop artikel 1406 betrekking heeft, mag niet op één lijn worden gesteld met de alimentatieverplichtingen van het familierecht".
7. HR 4 februari 2000, VR 2000/154.
8. HR 16 december 2005, NJ 2008/186, LJN AU6089.
HR 11 juli 2008, VR 2008/129, NJ 2009/385 (JBMV), LJN BC9365.
HR 10 april 2009, NJ 2009/386 (JBMV), LJN BG8781.
Rb. Rotterdam 30 juni 2010, LJN BN4218.
Rb. Rotterdam 18 april 2012, LJN BW4682.
Rb. Rotterdam 20 juni 2007/9 maart 2012, geen vindplaats.
9. Retorische verbazing, want ik schreef drie jaar geleden al ongeveer hetzelfde in het verslag van LSA 2010 (VR april 2010, pag.108).
10. Salve omne reverentia, mr. Bouwman.
11. Ook de 'Denktank Overlijdensschade' (VR maart 2013/32 p. 86) bezigt het woord behoeftigheid niet meer.
12. Niet dat psychiaters dat niet doen! Zij maken afspraken, vóórdat ze een ons wegen.

Recht met een
hoofdletter!

13. HR 3 december 2010, VR 2013/36 (verkort opgenomen), LJN BN6241.
14. Van toepassing vanaf 1 februari 2004.
15. EHRM 12 april 2011, NJB 2011/29; de zaak van 'Lotto Rapist' Hoare.
16. Coen Drion juichte 'Hoera' in NJB 2011/31, hoewel hij een paar maanden eerder wel 3-12-2010 had meegewezen (dissenting?).
17. Stagno/België, 7 juli 2009, zaaknr. 1062/07.
18. In het najaar van 2011 heeft Van Maanen (naast Lindenbergh) gepreadviseerd voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht onder de titel: Is Alles van Waarde Weerloos? Besproken door A. Keirse en J.M. Emaus in: NTBR 2011, nr. 70.
19. Er waren al ontdekkingsreizigers voorgegaan: ik neem de vrijheid noot 3 van de in de vorige noot genoemde bespreking over te nemen:
Themanummer EVRM van Letsel & Schade 2011/1, zie in het bijzonder: A.L.M. Keirse, 'EVRMering van (letselschade) recht', p. 5-8;
T. Barkhuysen, 'Letselschade en het EVRM', in: W. Tonkens-Gerkema, Letselschade in een breed perspectief (LSA 22), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011;
A.C. Hendriks, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', TvGR 2010, 7;
C. Mak, 'Fundamental Rights in European Contract Law (diss. Amsterdam)', Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008;
O.O. Cherednychenko, 'Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party' (diss. Utrecht), München: Sellier 2007.
Eén van de eersten die zich (meer toegevoegds) met het onderwerp heeft bezig gehouden is overigens preadviseur Lindenbergh in: S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', TPR 1999, p. 1665-1707.
En ook: J.H. Nieuwenhuis, 'De Constitutie van het burgerlijk recht', RMThemis 2000, p. 203-211.
En ik voeg toe:
M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraktijk onder het EVRM vergeleken met die in Nederland', diss. Leiden 1997, besproken door A.J. Verheij in: VR 1999 editie 3, p. 69-70.
C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', Verkeersrecht 2010 editie 11, p. 315.
20. Ton Hartlief bleef zitten, maar Van Maanen had, voordat hij begon, al gezegd dat hij één collega had die er niets van moest hebben, en Hartlief stáát voor zijn mening.

ven al dat ik enige tijd nodig had om te begrijpen dat het niet over Wehkamp ging (overigens een uitstekend synoniem voor massaschade, waar die twee het over zouden hebben). De lezer vergeve mij, maar ik moet verwijzen naar de WCAM, de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade en naar de sprekers, voor het geval enige uitleg en begeleiding wenselijk is. The story of Vie d'Or mengde zich in mijn hoofd met het verhaal van The Wizard of Oz. Het is misschien niet eerlijk tegenover de vele benadeelden van DES, Dexia, Vedioor en Converium (ik had daar nog nooit van gehoord) maar ik heb deze verhalen een beetje langs me heen laten gaan. Ik weet ook niet meer welke stelling de sprekers poneerden; het was namelijk zó dat wij allen met 'eens' of 'oneens' konden stemmen vóór en ná de inleiding. Er kwam niet veel van terecht, hooguit een derde van de aanwezigen deed mee en dat aantal liep in de loop van de dag terug. Er was wel telkens een lichte procentuele verhoging van het 'eens'. Maar wat moet een jurist met zulk soort Radio NPO 1-referenda? Je kan toch op bijna geen enkele vraag ja of nee zeggen? Bij Pitlo in Amsterdam zakte je voor je kandidaats als je een vraag anders beantwoordde dan met: "dat hangt er van af".

Na de thee was daar **Gerrit van Maanen** die het hele auditorium onder de koude douche zette. Het EVRM, ooit van gehoord? Slechts ongeveer 10 van de 350 staken hun hand op bij de vraag of toehoorders de mogelijkheden van de jurisprudentie van het EHRM benutten. En toch gaat het om Recht met een hoofdletter! Praten over verplaatste schade en behoefteigheid verbleken hierbij tot – vergeef me het woord – geneuzel. Hugo de Groot zelve doceert daar, gepositieerd natuurrecht. Bescherming van zwakkeren, eerlijkheid, recht op een goed leven, dat soort dingen, daar gaat het toch om in het rechtsbedrijf?

Van Maanen noemde het trieste geval van een ongeval in 1996, waarbij een 9-jarig meisje op de fiets werd aangereden door een betonauto, maar de moeder pas in 2003 een vordering instelde. Te laat dus.¹³⁾ Hoewel een andere beslissing misschien redelijk en billijk geweest zou zijn in het licht van het bijna in werking getreden artikel 3:310 lid 5¹⁴⁾ en de uitspraak van het Straatsburgse Hof van 12 april 2011¹⁵⁾ waarin het 'omgaan' van een rechterlijke instantie ingeval het gaat om een *reasonably foreseeable development of the law* werd aanvaard.¹⁶⁾ Dat de rechtszekerheid niet oppermachtig is, had het Hof al eerder uitgesproken.¹⁷⁾

Het was te merken dat Van Maanen had gerepeeteerd¹⁸⁾ voor zijn voordracht, maar dat maakte het niet minder boeiend, integendeel waarschijnlijk. Zijn betoog sprankelde alsof hij de verrassing van de 'ontdekkingstocht' naar de grote betekenis die de rechtspraak van het EHRM – in potentie – heeft voor de beoefening van het Nederlandse privaatrecht, die hij in 2011 voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht ondernam, nog niet te boven was.¹⁹⁾ Zijn toehoorders, die anders op zo'n vrijdagmiddag misschien stiekem al aan hun weekend denken, lieten zich meeslepen: waar voorafgaand aan de

lezing nog 20% van de stemmers positief stemde op de stelling 'We zouden meer met het EVRM moeten doen' ging na afloop bijna iedereen²⁰⁾ staan – de stemkastjes deden het niet meer, dus 'eens' ging staan en 'oneens' bleef zitten – en dat was niet omdat de borrel lokte. De enthousiasmerende bijdrage van Van Maanen aan dit symposium gaat vast en zeker vruchten afwerpen. Het bloed kruipt niet meer, het gaat!