

Nieuwe inzichten over vergoeding van immateriële schade?

Een openhartig auto-interview met Albert Verheij

Prof. mr. A.J. Verheij *

Beste lezer,

Deze bijdrage is de vijfde in de serie waarvoor onze in 2013 overleden hoofdredacteur prof. mr. Niels Frenk begin 2013 het initiatief nam. De bedoeling van deze dissertatiereeks is om auteurs de gelegenheid te geven hun proefschrift nog eens onder de loep te nemen en te reflecteren op de veranderingen in de rechtsontwikkeling en (mogelijk) in de eigen gedachten. Vanzelfsprekend gaan alle dissertaties over een onderwerp op het gebied van verkeersrecht, aansprakelijkheid, schade of verzekering.

In deze vijfde aflevering blikt Albert Verheij in de vorm van een 'auto-interview' terug op zijn proefschrift *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (Stichting 'Ars Aequi': Nijmegen 2002) dat hij op 26 maart 2002 in Amsterdam verdedigde. Zijn promotor was prof. mr. C.C. van Dam.

De redactie wenst u veel leesplezier.

1. Inleiding

Op 26 maart 2002 promoveerde A.J. Verheij aan de Vrije Universiteit op het proefschrift 'Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon' (promotor: prof. mr. C.C. van Dam). Het in het najaar van 2002 met de auteur geplande interview werd door omstandigheden aan beide kanten steeds uitgesteld, maar uiteindelijk treffen we elkaar dan op 7 januari 2015 in een koffiëbar op het Centraal Station in Amsterdam. Verheij is op doorreis naar Groningen, maar heeft door vertraging eerst één en vervolgens verschillende uren over. Onder het genot van koppen cappuccino (in het begin) en Irish coffee (naarmate de vertraging oploopt) praten we over zijn proefschrift, de ontvangst daarvan, de ontwikkelingen sindsdien en het leven in het algemeen, maar dat laatste onderwerp is op verzoek van Verheij hieronder niet opgenomen. Op de achtergrond is zachte pianomuziek te horen (met name het nummer 'As time goes by' wordt vaak herhaald).

2. Korte inhoud en opzet proefschrift

De onderzoeksvraag van het proefschrift was: wanneer is er sprake van een persoonsaantasting in de zin van artikel 6:106 lid 1 sub b BW? Ter beantwoording van deze vraag is rechtsvergelijkend onderzoek verricht naar het Duitse, het Franse, het Engelse recht en (in relatie tot sommige onderwerpen) het recht van een aantal staten van de Ver-

enigde Staten. Het boek bestaat uit twee delen. In Deel I komt – na een inleidend Hoofdstuk II – een aantal gevallen aan de orde waarin in één of meer van de onderzochte rechtsstelsels recht op smartengeld bestaat (Hoofdstuk III-VII). Achtereenvolgens passeren de volgende onderwerpen de revue. Hoofdstuk III behandelt de vraag in hoeverre bewustzijn een voorwaarde is voor de toekenning van smartengeld wegens aantasting van de fysieke integriteit. Hoofdstuk IV gaat over vergoeding van shockschade. Vergoeding van affectieschade is het

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Deze zijn: (1) de aard (status) van het geschonden recht, (2) de mate waarin de benadeelde in zijn zelfbeschikkingsrecht is getroffen, (3) de kwetsbaarheid van het geschonden recht, (4) het bestaan van andere handhavingsmiddelen, (5) het voordeel van de inbreukmaker, (6) de afhankelijkheid van de benadeelde, (7) de kans op schade en de ernst daarvan en (8) het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking.
2. Asser/Vranken Algemeen deel **** 2014, par. 3.2.
3. Asser/Vranken Algemeen deel **** 2014, p. 51.
4. HR 29 oktober 1993, NJ 1994/107 (kraaiende krielhanen I) en HR 1 november 1996, NJ 1997/134 (kraaiende krielhanen II); HR 13 januari 1995, NJ 1997/366, m.nt. CJHB (Ontvanger/Bos); HR 21 februari 1997, NJ 1999/145, m.nt. CJHB (wrongful birth); HR 2 mei 1997, NJ 1997/662, m.nt. J.M.N. Maeijer (Kip en Sloetjes/Rabobank); HR 8 september 2000, NJ 2000/734 m.nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost); HR 17 november 2000, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (Druiff/Bouw); HR 27 april 2001, NJ 2002/91, m.nt. CJHB (satanische rituelen) en HR 21 oktober 2001, NJ 2002/216, m.nt. J.B.M. Vranken (oogmerk). Na verschijning van het proefschrift zijn er ook de nodige arresten geweest, met name HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus); HR 20 september 2002, NJ 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (coma); HR 22 november 2002, NJ 2003/32, m.nt. P. van Schilfgaarde (Leonardus/Linssen); HR 9 mei 2003, NJ 2005/168, m.nt. W.D.H. Asser (Beliën/Prov. Noord-Brabant); HR 9 juli 2004, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (Oosterparkkellen); HR 11 maart 2005, RvdW 2005/37 (ABN AMRO/N); HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (wrongful life); HR 9 oktober 2009, NJ 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (Vilt) en HR 29 juni 2012, RAV 2012/91 (blauw oog).
5. A.J. Verheij, Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon (diss. VU), *Ars Aequi Libri* 2002, p. 4 (hierna verkort aangehaald als: Verheij 2002).
6. Zie over deze verwerping S.D. Lindenbergh, Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood(?), NJB 2010/1210 en R. Rijnhout, Wetsvoorstel affectieschade verworpen door Eerste Kamer, *TVP* 2010/2, p. 37-41.
7. Zie over een nadere rechtvaardiging van vergoeding van affectieschade A.J. Verheij, Het voorontwerp wetsvoorstel zorg- en affectieschade: doen de gefixeerde bedragen recht aan de behoeften van slachtoffers? in: F.T. Oldenhuis en H. Vorrsselman (red.), *Derdenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015 (nog te verschijnen). Zie over dit consultatievoorstel verder onder meer J. Emaus, *Recht op vergoeding van affectieschade*, I&S 2014/2; T. Hartlief, *Bepaalde kring van gerechtigden onder vuur* NJB 2014/1270; S.D. Lindenbergh, *Op weg naar meer erkenning van naasten*, WPNR 2014 (7032); R. Rijnhout, *Consultatievoorstel vergoeding voor zorg- en affectieschade: twee, of zelfs drie stappen vooruit?* NTBR 2014/39 en A.J. Verheij, *Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichts-oefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid*, VR 2014, p. 218-227.
8. Verheij 2002, p. 25.

onderwerp van Hoofdstuk V. Inbreuk op de privacy en aantasting van de eer en goede naam staan centraal in Hoofdstuk VI, en Hoofdstuk VII behandelt de toekenning van smartengeld wegens onredelijke vertraging van de schadeafwikkeling door een verzekeraar. In Deel II (Hoofdstuk VIII-XI) staat de vraag naar de functie(s) van vergoeding van immateriële schade centraal. Hoofdstuk VIII geeft een rechtsvergelijkend overzicht, Hoofdstuk IX geeft drie zwaktes van de compensatiefunctie en Hoofdstuk X behandelt de rechtshandhavingsfunctie. Daarbij worden acht gezichtspunten geformuleerd aan de hand waarvan bepaald moet worden in hoeverre vergoeding van immateriële schade gerechtvaardigd is vanuit het perspectief van rechtshandhaving.¹⁾ Hoofdstuk XI ten slotte gaat in op de consequenties van deze functie.

3. Interview

Interviewer: Het eerste wat aan uw proefschrift opvalt, is de dikte: maar liefst 629 pagina's heeft u nodig om de vraag te beantwoorden hoe één woord uit het Burgerlijk Wetboek – het woord 'persoon' in art. 6:106 lid 1 sub BW – dient te worden uitgelegd. Het advies van Goethe 'In der Beschränkung zeigt sich erst der Meister' is duidelijk niet aan u besteed. Wat bezielde u?

Auteur: De omvang had een methodologische achtergrond. Ik wilde de lezer graag inzicht geven in de ontwikkelingen en discussies in de landen waarmee rechtsvergelijking werd bedreven (Duitsland, Engeland, Frankrijk en soms de Verenigde Staten). Het gevaar van *cherry picking* ligt anders op de loer. De pagina's over rechtsvergelijking zijn te beschouwen als de empirische data waarop de analyse steunt. Er was misschien wel wat voor te zeggen geweest om de rechtsvergelijking puur als bijlage op te nemen en de gevonden resultaten en eigen visie centraal te stellen, maar dit is wel heel ongebruikelijk in het juridisch domein. Bovendien zou dat een aanzienlijke ombouwoperatie hebben meegebracht en daar had ik echt geen zin meer in op het einde. Tegelijkertijd begrijp ik best dat de lezer geconfronteerd met deze pil de moed enigszins in de schoenen zinkt. Mijn promovendi raad ik altijd aan te streven naar een proefschrift van circa 250 pagina's, maar door de omvang van mijn eigen proefschrift ontbeer ik natuurlijk ieder moreel gezag op dat punt.

Interviewer: Hoe bent u tot uw probleemstelling gekomen? De keuze voor juist deze probleemstelling wordt in het geheel niet verantwoord. In zijn recente, derde Algemeen Deel benadrukt Vranken het belang daarvan.²⁾ Heeft u, zoals Vranken suggereert, vooraf onderzocht – bijvoorbeeld door middel van gesprekken met letselschadeadvocaten en verzekeraars – of er eigenlijk wel sprake is van een probleem dat om oplossing vraagt?³⁾

Auteur: Dat heb ik absoluut niet gedaan. In die tijd (de vorige eeuw) werd daar ook niet zo over nagedacht zoals nu soms gebeurt. Uitgangspunt was simpelweg dat een vaag begrip als 'persoon' niet aanstonds duidelijk was en derhalve uitleg

behoefde. Van letselschadeadvocaten en letselschaderegelaars die ik op congressen tegenkwam, begreep ik overigens al gauw dat mijn vraag voor hen niet heel erg leefde, zij waren vooral bezig met de hoogte van smartengeld, maar dat deed me eigenlijk niets. Een wetenschapper hoeft zich niet te beperken tot problemen die in de praktijk leven, maar mag ook zelf nieuwe problemen agenderen. In dit geval bleek uit rechtsvergelijkend onderzoek dat de gedachtenvorming over smartengeld en de functie daarvan in het buitenland en met name in Duitsland veel verder was gevorderd dan in Nederland. Daar konden we van leren. Bovendien heeft de Hoge Raad in die periode veel arresten gewezen over de vraag of recht op smartengeld bestond.⁴⁾ In zoverre was mijn vraagstelling dus wel degelijk actueel.

Interviewer: Maar heeft u dan nooit enige aarzeling gehad waar u mee bezig was? Wordt de wereld nu echt zoveel beter als mensen in meer gevallen recht krijgen op smartengeld?

Auteur: Natuurlijk heb ik daar af en toe wel over gepiekerd. Met name vergoeding van affectieschade vond ik zeker niet vanzelfsprekend. De vraag naar zin of onzin van smartengeld valt echter buiten mijn proefschrift, dat is uiteindelijk ook een persoonlijke keuze, vond ik destijds.⁵⁾ Ik heb het feit dat een recht op smartengeld is erkend in het Burgerlijk Recht als uitgangspunt genomen en mij gericht op de vraag hoe deze figuur zo goed mogelijk in ons systeem valt in te passen. Rechtsmogelijkheid stond en staat voor mij centraal. Als eenmaal is besloten om in geval van ernstig fysiek letsel smartengeld toe te kennen, dan is niet goed verdedigbaar om smartengeld wegens affectieschade uit te sluiten. Niet-juristen of juristen die niet goed zijn ingevoerd in het schadevergoedingsrecht reageren nogal eens negatief op vergoeding van affectieschade doordat ze het als geïsoleerde vraag benaderen. Dat is misschien ook bij de verwerping van het wetsvoorstel vergoeding affectieschade door de Eerste Kamer in 2010 gebeurd.⁶⁾ Om te voorkomen dat het nieuwe voorstel dat in mei vorig jaar ter consultatie is vrijgegeven eenzelfde lot treft, dient goed te worden uitgelegd wat het huidige recht inhoudt.⁷⁾ De angst dat op den duur voor ieder pijntje of dipje recht op smartengeld dient te bestaan, is misschien invoelbaar, maar ongegrond. De Nederlandse rechter heeft zich altijd zeer terughoudend opgesteld waar het smartengeld betrof en er is geen enkele reden om te veronderstellen dat dit in de toekomst anders zal zijn.

Interviewer: Dus het maakt u eigenlijk niet uit of er nu wel of geen recht op smartengeld bestaat, mits we maar consequent zijn?

Auteur: Zo heb ik er wel eens over gedacht, maar dat is in de loop van de tijd veranderd. Door smartengeld krijgen menselijke gevoelens en emoties (en daar gaat het toch om in het leven) een plaats in het privaatrecht. Vergoeding van immateriële schade geeft privaatrecht een menselijk gezicht. Dat besef is in Duitsland, mede onder invloed van de Tweede Wereldoorlog, veel groter.⁸⁾ Het niet compenseren van geschonden gevoelens levert, om een mooie Duitse term te gebruiken, een *Wertwi-*

derspraak op. Zoals Drucker al in 1889 schreef:

“Slaat iemand mijn ouden aschbak stuk, dan kan ik van hem schadevergoeding eischen; tans hij mij aan in mijne persoonlijkheid, krenkt hij mij in mijne dierbaarste rechten, dan treedt hij zeventigend uit het strijdperk!”⁹

Scherper gezegd, zonder vergoeding van affectieschade kan een automobilist een kind beter dood rijden dan ernstig verwonden, dat kost hem minder geld. Ik maak daar op college soms cynische opmerkingen over, zo in de trant van ‘als u een kind aanrijdt, doet u er vanuit privaatrechtelijk perspectief verstandig aan er voor de zekerheid nog een paar keer overheen te rijden’. Een privaatrecht dat geen rekening houdt met menselijke gevoelens, wekt op zijn minst vervreemding en op zijn slechtst afschuw op.¹⁰ Ter illustratie nog een uitspraak van de Rechtbank Arnhem.¹¹ Een jonge vrouw was door haar verhuurder vermoord met een Uzi-pistoolmitrailleur. Voor haar dood heeft zij nog geschreeuwd en gegild. Een van de vragen in de procedure was of de smartengeldvordering van de vrouw wegens pijn en doodsangst is vererd. De rechtbank overweegt dat uit het schreeuwen en gillen van het slachtoffer niet mag worden afgeleid dat zij daarmee aan de dader heeft medegedeeld op vergoeding van smartengeld aanspraak te willen maken, zodat niet aan het mededelingsvereiste van art. 6:106 lid 2 BW is voldaan. Het is weerzinwekkend dat het wettelijk stelsel rechters ertoe aanzet om de laatste kreten die iemand in doodsnood slaakt, te gaan uitleggen alsof het om een bepaling in een overeenkomst gaat (‘wat heeft de ene partij hiermee bedoeld en wat mocht de andere partij begrijpen?’). Ik hoop dat het mededelingsvereiste in het uiteindelijke wetsvoorstel zorg- en affectieschade zal worden geschrapt. Dat is overigens al in 1990 in Duitsland gebeurd.¹² De Hoge Raad legt dit vereiste overigens soepel uit, zo bleek in een zaak waarin een advocaat een ziekenhuis aansprakelijk stelde ‘voor de schade die het gevolg is van het letsel dat de patiënt heeft opgelopen’.¹³ De vraag was of aldus namens het inmiddels overleden slachtoffer ook aanspraak was gemaakt op smartengeld. De Hoge Raad overwoog dat het naar de thans in de maatschappij heersende opvattingen algemeen gebruikelijk is om in geval van ernstige letselschade (het ging hier om hersenletsel) niet alleen vergoeding van vermogensschade te vorderen. Het oordeel van het hof dat het ziekenhuis de brief van de advocaat niet behoefde op te vatten als mede betrekking hebbend op immateriële schade, achtte de Hoge Raad derhalve onbegrijpelijk.

Ten slotte, maar dat is voor mij minder zwaarwegend, kan smartengeld soms tegenwicht bieden tegen de structurele onder-compensatie waarin ons schadevergoedingsrecht veelal resulteert doordat mensen hun tijd en advocatenkosten niet vergoed krijgen. Dat probleem is echter veel breder dan de gevallen waarin recht op smartengeld bestaat en smartengeld is daarvoor dan ook geen principiële oplossing.

Interviewer: Er is wel betoogd dat de vraag naar vergoeding van shock- en affectieschade te veel nadruk kreeg in vergelijking met de vergoeding van vermogensschade van derden, terwijl dat laatste eigenlijk veel belangrijker is.¹⁴ Was het niet beter geweest om het hele stelsel van art. 6:107-108 BW fundamenteel tegen het licht te houden?

Auteur: Er is altijd wel iets te bedenken wat belangrijker is.¹⁵ Mijn boek ging gewoon niet over het stelsel van art. 6:107-108 BW. Dat neemt niet weg dat ik het prima vind dat het voorontwerp zorg- en affectieschade dat in mei 2014 ter consultatie werd vrijgegeven ook de vermogensschade van derden regelt. Verder is het natuurlijk uitstekend om dingen fundamenteel te heroverwegen, maar dat is soms de beste manier om ervoor te zorgen dat er helemaal niets gebeurt.¹⁶

Interviewer: Pas in hoofdstuk VIII van uw proefschrift komen de functies van smartengeld aan de orde. Is dat niet wat laat? Waarom begint het boek daar niet mee?¹⁷

Auteur: Om de functie(s) van smartengeld te bepalen, kun je niet alleen af gaan op wat daarover wordt opgemerkt in de parlementaire geschiedenis of in de literatuur. Je moet ook kijken naar wat er in de rechtspraak gebeurt. Een rechter die bijvoorbeeld recht op smartengeld toekent aan een comateus slachtoffer, neemt automatisch een standpunt in over de functie daarvan, ook al zegt hij daar niets over in zijn uitspraak. In Nederland bleek dat de rechter bij schending van de eer en goede naam en de privacy soms bedragen toeeweet die zeer fors waren in vergelijking met hetgeen bij fysiek letsel werd toegekend.¹⁸ Hoewel in die uitspraken niets over de functie van smartengeld stond, is het moeilijk te geloven dat het toegekende smartengeld puur en alleen diende ter compensatie. Andere (punitieve) motieven hebben waarschijnlijk ook een rol gespeeld. Dat rechters dat niet expliciet benoemen, is niet vreemd gezien het feit dat volgens de heersende leer het schadevergoedingsrecht een compensatoire functie heeft. Van rechters kan niet worden verwacht dat zij een nieuwe functie zoals rechtshandhaving bedenken en uitwerken, dat is de taak van de wetenschap. Rechters hebben daarvoor eenvoudig te weinig tijd, zeker in de productiefabriek die de rechterlijke macht in toenemende mate is.

Interviewer: Hoe is de door u uitgewerkte rechtshandhavingfunctie ontvangen?¹⁹

Auteur: Oppervlakkig gezien lijkt het erop dat de rechtshandhavingfunctie is geaccepteerd bij de schending van persoonlijkheidsrechten.²⁰ De Hoge Raad heeft namelijk in verschillende uitspraken smartengeld toegekend terwijl geen sprake was van fysiek of psychisch letsel, zoals bij schending van de zelfbeschikking en bij angst voor de eigen fysieke integriteit, zij het dat hij anders dan de Duitse rechter geen scherp onderscheid maakt tussen beide categorieën (letsel en schending fundamentele rechten).²¹ Voorts is vergoeding van immateriële schade toegekend aan iemand die in coma ligt.²² In de literatuur is sindsdien vaker over rechtshandhaving gesproken, maar veelal in een andere zin dan waarin ik die term gebruikte. Bij

9. H.L. Drucker, Bescherming van rechten die niet op geld waardebaar zijn, Rechtsgeleerd Magazijn 1889, p. 404.
10. En niet alleen bij niet-juristen, zie de discussie naar aanleiding van het Jeffrey-arrest (HR 9 oktober 1998, NJ 1998/853) waarin de Hoge Raad bepaalde dat een zuiver emotioneel belang geen belang in de zin van art. 3:303 BW was. Zie daarover G.E. van Maanen, Een arrest dat shockeert, NTBR 1999, p. 2. Wellicht wordt thans de soepel minder heet gegeten dan zij wordt opgediend zie HR 19 maart 2010, NJ 2010/172 (Chipsol) en daarover G.E. van Maanen, Maakt Chipsol een einde aan Jeffrey? NTBR 2010/24.
11. Rb. Arnhem 21 mei 2008, RAV 2008/84, ECLI:NL:RBARN:2008:BD2057.
12. Zie met verwijzingen Verheij 2002, p. 540 noot 240.
13. HR 3 februari 2006, NJ 2006/121 (Ruijzendaal/St. Paul International Insurance).
14. Zie Vranken in zijn noot onder HR 22 februari 2002, NJ 2002/240 (Taxibus) en W.H. van Boom, Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk, AV&S 2014, p. 95 e.v.
15. Vgl. Asser/Vranken Algemeen deel **** 2014, nr. 40.
16. Sindsdien is over het stelsel van art. 6:107-108 BW het nodige verschenen, zie vooral E.F.D. Engelhard, Over het hek van de dam bij ‘derdenschade’, Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010 en R. Rijnhout Schadevergoeding voor derden in personen-schadezaken (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.
17. Zie recensie van S.D. Lindenbergh, NTBR 2002, p. 480.
18. Verheij 2002, p. 326.
19. Verheij 2002, hoofdstuk X en XI.
20. S.D. Lindenbergh, Smartengeld tien jaar later, Deventer: Kluwer 2010, par. 2.3.4 en 2.4; T. Hartlief, Smartengeld (18e druk), ANWB/Verkeersrecht, Den Haag 2012; Ti Hanh Nguyen, Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel, NJB 2009/1408; C.J.J.C. van Nispen, Sancties in het vermogensrecht, Monografieën Nieuw BW, Deel A11, Deventer: Kluwer 2003, p. 36. Genuanceerd was C.E. du Perron, RM Themis 2003, p. 152-156. Recensent C.H.W.M. Sterk, VR 2004, p. 40 achtte de verklarende waarde van de rechtshandhavingfunctie buiten gevallen van letsel groter dan die van de compensatiefunctie. De daarop gebaseerde gezichtspunten overtuigden hem evenwel niet. Niet overtuigd waren J.S. Kortmann en C.H. Sieburgh, Rechtshandhaving door privaatrecht, Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht in België en Nederland, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 260.
21. HR 9 juli 2004, NJ 2005/391, m.nt. J.B.M. Vranken (Oosterparkrellen) en HR 18 maart 2005, NJ 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (wrongful life). Zie over het Duitse recht Verheij 2002, p. 31 en p. 266-270.
22. HR 20 september 2002, NJ 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (coma) en Rb. Midden-Nederland, 6 februari 2013, NJF 2013/159.

23. Verheij 2002, p. 445.
24. W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort* (oratie Rotterdam), Den Haag 2006; E.F.D. Engelhard (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht: vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2009; T. Hartlief, *Handhaving met smartengeld*, AV&S 2008/34.
25. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, par. 2.5.3 en p. 61 en Verheij 2002, p. 427-428 en 430-431.
26. C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, Deventer: Kluwer 2003, p. 109. C.C. van Dam, *Smartengeld in Europees perspectief: het verdriet van Europa*, TVC 1991, p. 92-107 was daarvoor overigens voorstander van de genoegdoeningsfunctie.
27. C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, Deventer: Kluwer 2003, p. 129.
28. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2010, par. 2.3.2 en p. 15. Ook positief over de genoegdoeningsfunctie is R.J.S. Schwitters, *Smartengeld, afkopsom of genoegdoening*, AV&S 2014/3.
29. Verheij 2002, p. 430 en 442-444.
30. Verheij 2002, p. 4.2.8.
31. Zie over veranderingen in de wijze waarop tegen slachtofferschap werd aangekeken J. Wilthuis, *Erkenning. Van oorlogstrauma naar klagcultuur*, Amsterdam: De Bezige Bij 2002.
32. C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, Deventer: Kluwer 2003, p. 137 en 180.
33. Toelichting p. 5.
34. Zie met verwijzingen S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 44 en Verheij 2002, p. 427.
35. PG Boek 6, p. 377.
36. W. van Tilburg, *Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater*, VR 2004, p. 7-12.
37. Verheij 2002, p. 135-138. Voor kritiek uit psychologische hoek verder E.F.D. Engelhard, I.M. Engelhard, *Schokschade*, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, hoofdstuk 10 en van dezelfde auteurs, *Shockschade*, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologiae handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013, hoofdstuk 18.
38. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken.
39. Aldus A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 56. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 87-88 en 165 merkt op dat gewone storingen geen persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW opleveren.
40. Zie Verheij 2002, p. 333 waar ook nog andere argumenten worden genoemd. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 529 kwalificeert gederfd genot (door overlast of gederfd reisgenot) eveneens als vermogensschade.
41. Verheij 2002, hoofdstuk VII. Zie J.L. Smeehuijzen, *Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevondingen*, NTBR 2009/44, idem, *De toekomst van de letselschadeafwikkeling*, NTBR 2011/5 en idem *Some Tentative Thoughts on Punitive Damages in case of Bad Faith Claim Handling by Insurers*, in: L. Meurkens and E. Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages. Is Europe Missing Out?*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2012, p. 459-470; N. van Tiggelevan der Velde, *Onverkwikkelijke afwikkeling van schade. Een (zelfstandige) grond voor schadeplichtigheid?* AV&S 2010, 13; J.A.I. Wendt, *De fixatie van vertragingsschade op wettelijke rente; een kritiek*, WPNR 2009 (6810), p. 713-718. Kritisch was daarover destijds recensent C.H.W.M. Sterk, VR 2004, p. 39-40.

mij was het vooral een kwestie van logica: het is vreemd om privaatrechtelijke rechten te erkennen, maar bij schending daarvan de rechthabende geen middel tot handhaving te geven: zonder (re)actie geen recht.²³⁾ Er zijn dus theoretisch twee mogelijkheden: of die rechten worden afgeschafte of er wordt alsnog een instrument opgetuigd. Ik koos voor het laatste met de constructie dat de schade in bepaalde gevallen bestaat uit de schending van het recht zelf. De insteek in latere literatuur is vaak puur instrumenteel. De centrale vraag is of de handhaving van privaatrechtelijke rechten wel effectief is.²⁴⁾ Dat is een empirische vraag die veel breder is dan smartengeld.

Interviewer: Tegenwoordig staat de genoegdoeningsfunctie weer in de belangstelling, wat vindt u daarvan?

Auteur: Het kwam voor mij als een verrassing dat de door Lindenbergh en mij verguisde genoegdoeningsfunctie als een feniks uit de as is herrezen.²⁵⁾ Dat begon met het preadvies van Du Perron.²⁶⁾ Die betoogde dat het feit dat het recht een sanctie verbindt aan de inbreuk op een recht (bijvoorbeeld door de verplichting tot betaling van schadevergoeding op te leggen) een zekere mate van genoegdoening voor de benadeelde kan opleveren. Hij zag dit als "een aspect van de rechtshandavingsfunctie, maar dan vanuit het perspectief van de benadeelde, in plaats van uit dat van het rechtssysteem."²⁷⁾ Nadien heeft ook Lindenbergh de genoegdoeningsfunctie relevant geacht bij seksueel misbruik en andere misdrijven.²⁸⁾ Mijn standpunt is nog steeds dat het begrip genoegdoening vooral een strategisch begrip is dat een zeker ongemak met de figuur van smartengeld verhult, omdat het leed door toewijzing van smartengeld niet daadwerkelijk ongedaan wordt gemaakt. Het is dus een fictie waardoor smartengeld binnen de sfeer van compensatie blijft.²⁹⁾ Voor zover met de genoegdoeningsfunctie wordt bedoeld dat het geschokte rechtsgevoel van het slachtoffer wordt bevredigd, wordt daarmee geen functie van smartengeld, maar een specifieke immateriële schadepost aangeduid, te weten geschokt rechtsgevoel.³⁰⁾ Genoegdoening verschaffen, is niet zozeer een functie van een bepaalde schadepost of het schadevergoedingsrecht in het algemeen, maar lijkt vooral een maatschappelijk streven: de wens om slachtoffers zoveel mogelijk recht te doen en rekening te houden met hun werkelijke behoeften en gevoelens.³¹⁾ Daarvan getuigt ook het preadvies van Du Perron met zijn oproep tot meer empirisch onderzoek.³²⁾ Het kan zinvol en interessant zijn om het schadevergoedingsrecht door die lens te bezien, maar dan gaat het niet meer om een functie daarvan, maar om een criterium aan de hand waarvan het geldende recht wordt beoordeeld. Genoegdoening als functie van smartengeld of van het schadevergoedingsrecht in het algemeen leidt tot denkverwarring en dient derhalve vermeden te worden.

Feit blijft echter dat dit begrip een onweerstaanbare aantrekkingskracht blijkt uit te oefenen. In

de toelichting op het huidige voorontwerp zorgen affectieschade wordt de genoegdoeningsfunctie namelijk weer genoemd. Zonder enige uitleg wordt geponeerd dat vergoeding van affectieschade het slachtoffer genoegdoening verschaft voor zijn geschokte rechtsgevoel doordat van de dader een opoffering wordt verlangd.³³⁾ Genoegdoening in deze betekenis van het woord wordt algemeen verworpen, aangezien het bij ongevallen veelal de verzekeraar en niet de dader is die betaalt.³⁴⁾ Dit is gewoon overgeschreven uit de toelichting op het vorige voorstel en uit de parlementaire geschiedenis bij art. 6:106 BW en dat valt te betreuren.³⁵⁾ We komen in ons denken geen stap verder als we met onduidelijke begrippen uit het verleden blijven doormodderen en bovendien maakt onduidelijkheid over de doelstelling eventuele evaluatie achteraf onmogelijk.

Interviewer: Welke voorstellen uit uw proefschrift zijn verder wel of niet geland?

Auteur: Niet geland is in de eerste plaats het door mij voorgestelde onderscheid tussen shock- en affectieschade. Volgens de huidige opvatting is de *oorzaak* van de schade bepalend voor de kwalificatie daarvan. Affectieschade is het gevolg van het overlijden van een dierbare persoon, shockschade is de schade die veroorzaakt is door de confrontatie met het ongeval waarbij de dierbare is gewond of overleden. In de praktijk valt dit onderscheid natuurlijk niet goed te maken, omdat in de beleving van de benadeelde sprake is van één gebeurtenis (het ongeluk waarbij de dierbare omkwam of gewond raakte) en niet van twee gebeurtenissen. Ook psychiateren kunnen er weinig mee.³⁶⁾ Ik heb daarom voorgesteld om de *gevolgen* voor het slachtoffer beslissend te achten. Is sprake van psychisch letsel, dan is sprake van shockschade; bereikt het verdriet wegens overlijden dit niveau niet, dan is sprake van affectieschade.³⁷⁾ De Hoge Raad is hier in het Taxibus-arrest echter niet in meegegaan.³⁸⁾

In de tweede plaats lijkt niet geland mijn voorstel om schade als gevolg van hinder niet te reduceren tot vermogensschade, te weten waardevermindering van het huis.³⁹⁾ De consequentie van die opvatting zou namelijk zijn dat een gezin bestaande uit vijf personen evenveel schadevergoeding zou ontvangen als de buurman die alleenstaand is. Bovendien zou iemand met een groter (en dus duurder) huis meer schadevergoeding ontvangen dan iemand met een lager geprijsd huis, terwijl de psychische belasting hetzelfde is.⁴⁰⁾ Ik zie geen noodzaak om te kiezen tussen het etiket vermogensschade en het etiket immateriële schade. Structurele overlast kan leiden tot waardevermindering en tot psychische belasting en beide schadeposten dienen vergoed te worden. Wellicht wordt deze discussie weer actueel door de aardbevingen in Groningen.

Of dat nu door mijn proefschrift komt of niet weet ik natuurlijk niet, maar er is sindsdien wel

de nodige aandacht geweest voor vertraagde afhandeling van claims door verzekeraars en de onwenselijke gevolgen van het fixatiestelsel bij wettelijke rente (art. 6:119 BW).⁴¹⁾

Interviewer: Uw dissertatie is typisch juridisch zoals ook uit dit interview naar voren komt. Ankerpunten zijn voor u begrippen als rechtsgelijkheid, logica en helderheid van begrippen. De laatste jaren is echter ook het nodige onderzoek verricht naar de beleving van slachtoffers.⁴²⁾ Wat vindt u daarvan en heeft dit uw denken op sommige punten beïnvloed?

Auteur: Ik wil voorop stellen dat naast rechtsgelijkheid etc. praktische hanteerbaarheid voor mij ook altijd een rol heeft gespeeld, zie bijvoorbeeld hetgeen ik opmerkte over het onderscheid tussen shock- en affectieschade. Wat betreft empirisch onderzoek, het is uitstekend om meer zicht te krijgen op de emoties en de wensen van de mensen waar het uiteindelijk om gaat, hoewel het boven tafel krijgen van gegevens heel lastig kan zijn, waardoor het moeilijk kan zijn om algemene conclusies te trekken.⁴³⁾ Feiten als zodanig geven verder niet alleen geen richting, maar zijn bovendien soms zelfs tegenstrijdig. In relatie tot affectieschade hebben mensen er bijvoorbeeld behoefte aan dat hun individuele situatie wordt gewogen, maar onderhandelen over de hoogte van het smartengeld wordt als zeer onprettig ervaren.⁴⁴⁾ Ik neig er nu toe dat laatste het zwaarste te laten wegen en ben dus voorstander van gefixeerde bedragen ter vergoeding van affectieschade.⁴⁵⁾ In mijn proefschrift was ik er nog voorstander van om het smartengeld per geval te bepalen aan de hand van vier factoren.⁴⁶⁾

Dit laat ook zien dat we als juristen uiteindelijk onze eigen normatieve afwegingen zullen moeten blijven maken.⁴⁷⁾ In zoverre botst empirisch onderzoek helemaal niet met dogmatisch juridisch onderzoek, laat staan dat het daarvoor een bedreiging vormt. Meer feitelijke gegevens zorgen voor meer reliëf, zonder afbreuk te doen aan de uiteindelijk normatieve beslissing van de jurist.

Interviewer: Hoe ziet nu voor u het ideale proefschrift eruit?

Auteur (lachend): Dat is niet langer dan 250 pagina's en het leest als een (niet vertraagde) trein! Zonder gekheid, dat bestaat niet. *Anything goes*, of het nu meer het karakter heeft van een handboek, van *Auslandkunde* of van een goed onderbouwde en prikkelende mening. Uiteindelijk staat kwaliteit voorop.⁴⁸⁾ Dat relateert ook het belang van methodologie enigszins. Een proefschrift waarvan de probleemstelling niet scherp is geformuleerd of verantwoord kan nog steeds uitstekend zijn. Methodologie is derhalve niet zozeer een criterium om onderzoek te beoordelen, maar vooral voor de onderzoeker van belang om hem of haar enig houvast te geven. Zo hebben bijvoorbeeld jonge onderzoekers soms de neiging om een veel te ambitieuze probleemstelling te formuleren waar zij vervolgens in verdrinken. In zoverre lijkt methodologie in de sociale wetenschappen een wat andere rol te spelen dan bij dogmatisch juridisch onderzoek. De resultaten van een niet goed uitgevoerd empirisch onderzoek zijn per definitie waardeloos.

Interviewer: Waardoor laat u zich inspireren als wetenschapper?

Voordat Verheij kan antwoorden, wordt omgeroepen dat de vertraagde intercity naar Groningen binnen vijf minuten zal arriveren. Gehaast staat hij op en trekt zijn jas aan. En terwijl hij wegloopt: 'Jij rekent wel af toch? Als je eens in Groningen bent, betaal ik!'. 'Maar waardoor laat u zich inspireren?', roep ik hem na. Verheij draait zich half om en zegt iets, maar zijn woorden verwaaien in het geraas van een voorbijrijdende trein. Dan loopt hij de koffiebar uit en is direct verdwenen in de mensenmassa.

42. A.J. Akkermans, J.E. Hulst, E.A.M. Claassen, A. ten Boom, N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees, D.J. Bruinvels, Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel II Affectieschade, Den Haag: WODC 2008; S.D. Lindenbergh en P. Mascini, Schurende dilemma's in het aansprakelijkheidsrecht – De spanning tussen financiële en relationele compensatie, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilogie handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 437-457 en S.D. Lindenbergh, Van smart naar geld. Ervaringen van tien slachtoffers van letselschade met hun schadevergoedingsprocedure tot en met de Hoge Raad, Deventer: Kluwer 2013.
43. Zie A.J. Akkermans, J.E. Hulst, E.A.M. Claassen, A. ten Boom, N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees, D.J. Bruinvels, Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel II Affectieschade, Den Haag: WODC 2008, p. 58. Zij hebben voor hun onderzoek in België ondanks zeer grote inspanningen slechts drie naasten en elf nabestaanden kunnen interviewen. Ook het vragenlijsten onderzoek in Nederland bleek het lastig een voldoende aantal deelnemers te vinden, zie p. 21-23.
44. A.J. Akkermans, J.E. Hulst, E.A.M. Claassen, A. ten Boom, N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees, D.J. Bruinvels, Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel II Affectieschade, Den Haag: WODC 2008, p. 64-65 en 76.
45. A.J. Verheij, Het voorontwerp wetsvoorstel zorg- en affectieschade: doen de gefixeerde bedragen recht aan de behoeften van slachtoffers?, par. 6, in: F.T. Oldenhuis en H. Vorrseman (red.), *Derdenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015 (nog te verschijnen).
46. Verheij 2002, p. 244-245. E.F.M. Mulder en W. Weterings, Vergoeding van affectieschade, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2011(4), par. 4.4 hebben nog een bandbreedte voorgesteld, maar dat voorkomt onverwikkelijke onderhandelingen (over geringe bedragen overigens) evenmin.
47. Zie reeds C.J.M. Schuyt, Paradigmatische vernieuwingen in de rechtswetenschap: de jurist en de sociale werkelijkheid, *AA* 1979, p. 871-880; J.T. Hiemstra en A.J. Verheij, Aansprakelijkheid van minderjarigen gewogen – Zijn neurologische en criminologische data relevant voor bepaling van de leeftijdsgrenzen van artikel 6:164 BW en artikel 6:169 BW?, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilogie handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 579-580 en Asser/Vranken *Algemeen deel* **** 2014, p. 28.
48. Asser/Vranken *Algemeen deel* **** 2014, p. 33.