Het gezin als schadelijder

Realisatie: Uitgeverij Kerckebosch

ISBN 90 6720 265 7

© 20002, Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV)

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze ook zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Het gezin als schadelijder

Prof.dr. E.J.J.M. Kimman
Mr. W.A.Luiten
Mr. R.A. Sleeuw
Mr. J. Meyst–Michels
Mr. R.M.J.T. van Dort
Mr. P. van der Nat
Mr. J.M. Tromp
Mr. F.B. Reijnen/Mr. A.J. Van
Mr. F.Th. Kremer
Prof.mr. J.H. Wansink

Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV) Den Haag 2002

Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV) 2002

Inhoudsopgave

Voorwoord		
1.	Het gezin in een postindustriële samenleving Prof.dr. E.J.J.M. Kimman	
2.	Rolwisseling (binnen het gezin) Mr. W.A.Luiten Mr. R.A. Sleeuw	
3.	Aansprakelijkheid (binnen het gezin) Mr. J. Meyst–Michels Mr. R.M.J.T. van Dort	
4.	Hulp en geld (binnen het gezin) Mr. P. van der Nat Mr. J.M. Tromp	
5.	Smart en geld (binnen het gezin) Mr. F.B. Reijnen/Mr. A.J. Van Mr. F.Th. Kremer	
Epiloog	Schade vergoed (binnen het gezin) Prof.mr. J.H. Wansink	

Voorwoord

Op 30 maart 2001 heeft de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV) in samenwerking met Studiecentrum Kerckebosch haar eerste Jaarconferentie gehouden.

Nu het PIV 'bij vriend en vijand' steeds meer wordt gezien als kenniscentrum op het gebied van personenschade, is besloten elk jaar (in beginsel op de laatste vrijdag van maart) een jaarconferentie te organiseren, waarvoor steeds een thema zal worden gekozen dat én actueel is én aanleiding kan geven tot ruime discussie.

In 2001 was het thema 'Het gezin als schadelijder'.

Tot voor kort ging het bij de vergoeding van personenschade eigenlijk alleen om de schade van het slachtoffer zelf.
Mede ten gevolge van recente wetgeving en jurisprudentie, is dat nu wat anders.

Over de (on)wenselijkheden en de gevolgen van dit fenomeen is op 30 maart 2001 veel behartigenswaardigs gezegd. Niet alleen door de acht inleiders, maar nadien ook in de verschillende workshops.
Aan de inleiders is gevraagd respectievelijk vóór dan wel tegen de stelling te pleiten.

Met name op initiatief van de dagvoorzitter Han Wansink en PIV-adviseur Jan Misana is besloten het niet hierbij te laten, maar een en ander ook in gedrukte vorm vast te leggen.
Het resultaat daarvan is deze uitgave. Ik dank hierbij de auteurs voor hun boeiende artikelen. Hoewel de in dit boek behandelde thema's vooral in een juridisch kader zijn geplaatst, bestond behoefte aan een beschrijving van (de plaats van) het gezin in een ander en ruimer kader. Hiertoe is prof.dr. Eduard Kimman (hoogleraar Bedrijfsethiek VU) benaderd. Ik ben hem dan ook zeer erkentelijk dat hij hieraan een zo mooie invulling heeft gegeven.

Het PIV hoopt – ook – met deze uitgave te kunnen bijdragen aan de verdere professionalisering van de behandeling van personenschade, zo mogelijk in combinatie met enige standaardisering van het regelingsproces.

Een van de doelstellingen van het PIV is het pro-actief benaderen van nieuwe ontwikkelingen op het gebied van vergoeding van personenschade en het initiëren van toegepast onderzoek op die terreinen.

Zoals hierna in hoofdstuk 5 wordt uitgewerkt, is de opstelling van verzekeraars bij de vraag, of ook aan anderen dan het slachtoffer een recht op smartengeld zou toekomen, een goed voorbeeld van een pro-actieve opstelling.

Het PIV heeft hierbij een belangrijke voortrekkersrol gespeeld. Dit is vooral ingegeven door de gedachte dat verzekeraars in het verleden nu niet bepaald voorop hebben gelopen als het gaat om vernieuwingen in ons rechtstelsel, hetgeen eigenlijk ook niet hun taak is.
Daarentegen is defensief gedrag bij ontwikkelingen in het recht ook niet altijd goed, zeker nu de impact van 'aansprakelijkheidsvergoedingen' steeds groter wordt, bijvoorbeeld ten gevolge van een afkalvend sociaal verzekeringsstelsel. Vandaar de gedachte hier om als PIV pro-actief op te treden, toen duidelijk werd dat in de literatuur meer en meer wordt gepleit voor uitbreiding van de categorie rechthebbenden bij smartengeld. Ook een aantal lopende procedures inzake smartengeld voor nabestaanden (met veelal trieste casusposities) vormde aanleiding voor deze opstelling. Daarbij komt nog dat een kenniscentrum als het PIV ook gehouden is af en toe zijn nek uit te steken.

Als eerste is daartoe op 13 april 1999 een brainstormsessie georganiseerd. Hierbij waren aanwezig ± 25 representanten van verzekeraars, zowel personenschadedeskundigen als managers (twee eigenschappen die elkaar tegenwoordig immers vrijwel uitsluiten).
Mede naar aanleiding van een inleidende verhandeling door mr. S.D. Lindenbergh werd stevig gediscussieerd. De grote meerderheid was van mening dat verzekeraars niet alleen 'dwars moeten liggen' bij dit soort ontwikkelingen in ons rechtsgevoel, maar hierbij een initiërende rol zouden dienen te vervullen.

Vervolgens heeft het PIV een expertmeeting georganiseerd op 12 juni 2000, waarbij – naast verzekeraars – ook vertegenwoordigers waren van LSA, ASP, ANWB, Ministerie van Justitie, Slachtofferhulp Nederland, NIVRE en de wetenschap (wél was iedereen *à titre personnel* uitgenodigd!).
De rode draad van de uitkomsten van de discussie was:
Er moet een smartengeld voor nabestaanden komen;
De wetgever moet dit regelen; en
De kring van gerechtigden en de omvang van de vergoeding moeten –zoveel mogelijk – worden genormeerd.

Tevens was de meerderheid van de aanwezige 'niet-verzekeraars' van mening dat de wettelijke uitbreiding niet beperkt moet worden tot smartengeld voor nabestaanden, maar dat ook gezinsleden van ernstig (en blijvend) gewonden in aanmerking moeten komen voor smartengeld (vergelijk de Baby Joost-casus).

Mede hiertoe organiseerde het PIV nog een vervolgmeeting op 22 maart 2001, waarbij grotendeels dezelfde personen aanwezig waren als op 12 juni 2000, aangevuld met enige medische adviseurs.
Doel van deze vervolgmeeting was te onderzoeken of het begrip 'ernstig blijvend letsel' nader zou kunnen worden afgebakend; en zo ja, welke criteria hierbij een rol zouden moeten spelen. Hoewel dit een uiterst weerbarstige materie betreft, was ook op 22 maart 2001 wel een zekere consensus over een aantal relevante criteria ter zake (zie hierna in hoofdstuk 5).

Mede gezien het feit dat de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie op 1 februari 2001 een aantal vragen had gesteld aan het Verbond van Verzekeraars omtrent een mogelijke uitbreiding van de kring van gerechtigden bij smartengeld, moest het Verbond een standpunt ter zake bepalen, waartoe het PIV om advies werd gevraagd.

Het antwoord van verzekeraars gaf de Minister van Justitie weer belangrijke bouwstenen voor zijn brief aan de Tweede Kamer d.d. 20 juni 2001, waarin hij zijn ideeën kenbaar maakt ten aanzien van een mogelijke wettelijke regeling van affectieschade.

Uit bovenstaande feiten en omstandigheden zal het duidelijk zijn geworden dat verzekeraars een flinke inbreng hebben gehad bij de gedachtevorming hiertoe.
Dit zullen zij ook in de toekomst dienen te doen (en die rol moet hen ook worden 'gegund') bij eventuele andere relevante wijzigingen in ons aansprakelijkheids- en/of schadevergoedingsrecht.

F. Theo Kremer
Directeur Stichting PIV
Januari 2002

1 Het gezin in een postindustriële samenleving

Auteur
Prof.dr. E.J.J.M. Kimman, Hoogleraar Bedrijfsethiek, Vrije Universiteit van Amsterdam

Het gezin in een postindustriële samenleving *Prof.dr. E.J.J.M. Kimman*

Een hecht familieverband is de best denkbare verzekeringsconstructie. Verzekeraars zijn in zekere zin de ketellappers wanneer het gezin plotseling verandert van samenstelling. Aanvankelijk in de vorm van een begrafenisverzekering, daarna in de vorm van een oudedagvoorziening en een ziektekostenverzekering, daarnaast ook als verzekeraars van brandschade, diefstal en andere ongewenste gebeurtenissen met nare economische gevolgen. Paradoxaal uitgedrukt heeft het verzekeringswezen eerst het uiteenvallen van het westerse familieverband en daarna van het kerngezin mede mogelijk gemaakt. Het is een wat boude bewering aan het begin van een boekje over het gezin als schadelijder. De bewering behoeft nuancering. In deze inleiding gaat het er om iets duidelijk te maken van het proces van industrialisering, dat ervoor gezorgd heeft dat de samenleving ingrijpend veranderd is in de loop van twee en een halve eeuw. De familie veranderde mee, want voor de industriële revolutie was de economie nauw vervlochten met de familiestructuur. De grootte van het gezin bepaalde vaak de grootte van het bedrijf, zoals dat tot voor kort gold voor boerenbedrijven, voor plaatselijke middenstand en voor het ambachtsbedrijf. Het bedrijf vormde een verlengstuk van de familie. Door de industrialisatie ontstaan ondernemingen op afstand van het gezin: de kostwinner is de band tussen bedrijf en huishouding. Postindustriële ontwikkelingen bieden parttime werk voor alle gezinsleden. Niet langer is een gezin te typeren met het beroep van vader. Er zijn geen arbeidersgezinnen, middenstandsgezinnen of doktersgezinnen meer.

De preïndustriële tijd

Het is verleidelijk voor iemand die geen professionele historicus is zoals ik, om heel ver in de geschiedenis terug te gaan. In een ver en grijs verleden zouden er hechte drie-generatiegezinnen hebben bestaan. Hoe verder in het verleden, hoe mooier het geweest zou zijn. Hoe dichter bij, hoe meer normvervaging. Dat is wel eens de teneur. In een soort geïdealiseerd oerverleden zouden er hechte gemeenschappen bestaan hebben, met vanzelfsprekende solidariteit en dus met een natuurlijk verzekeringssysteem. Die tijd is er waarschijnlijk helemaal nooit geweest: niet hier, niet in Afrika, niet in Azië en niet bij de Indianen in Noord- en Zuid-Amerika.

Minder ver in het verleden, in de mercantilistische samenleving van de zestiende en zeventiende eeuw, bestond er in Nederland een stedelijke cultuur met armenzorg, met weeshuizen, met hofjes voor de bejaarden en met allerlei andere sociale voorzieningen. Ik weet niet in hoeverre deze voorzieningen ook de totale behoeften afdekten. Waren het de *happy few* met connecties, die hun dagen mochten slijten in een hofje? Of was het een brede sociale voorziening? Was er onzichtbare armoede of was de familie tot een solidariteit in staat, waar wij wellicht nu jaloers op zouden zijn?

Vanaf vrij vroeg tot ergens aan het einde van de achttiende eeuw, kennen we samenwerkingsverbanden als gilden, Hanze en waterschappen. Die gilden waren plaatselijke organisaties voor de opleiding van vaklieden, voor de kwaliteitscontrole, voor de prijszetting en, op den duur, ook voor allerlei sociale voorzieningen. De waterschappen waren betrekkelijk democratische lichamen voor het waterbeheer. Door de medewerking van de grondgebruikers c.q. de grondbezitters, bleef de plattelandsbevolking ook vanzelf actief betrokken bij de besluitvorming. De waterschappen hielden onderling vergaderingen om over de gezamenlijke problemen te spreken. Kostbaar was de overlegcultuur, die in de waterschappen is ontwikkeld en die wellicht de voedingsbodem voor de meer algemene democratie is geweest.
Zo ontwikkelde het waterschapsrecht zich op basis van gelijkwaardigheid en rechtvaardigheid.[1]
De Hanze was een overkoepelend verband van steden, waarvan de kooplieden met elkaar handel dreven. Zolang de kooplieden zich aan de gedragscode en de overige afspraken hielden, werden de steden voor het jaarlijkse beraad van Hanzesteden uitgenodigd: een interessante samenwerking tussen economie en politiek! Die Hanze neemt in belangrijkheid af, als de handel op Oost- en West-Indië gaat bloeien. De structuur van die verre overzeese handel was anders: monopolies, octrooi van de Staten-Generaal en een eigen militaire arm.

Aan het einde van de achttiende eeuw zijn gilden en Hanze niet meer effectief. Ze lopen achter de ontwikkelingen aan. Daarnaast zijn er intellectuele ontwikkelingen. Nieuwe kijk op de natuur, de uitvinding van een aantal natuurwetten, de ontwikkeling van nieuwe technieken. Een nieuw soort mensen komt op: ondernemers. Dit hele proces wordt vaak aangeduid met het begrip ‘de Industriële Revolutie’. Ergens begonnen in Noord-Frankrijk, Groot-Brittannië of Noord-Italië. Er zijn enige plaatsen in Europa waar industriële ontwikkelingen te signaleren zijn. Historici zijn geneigd om Groot-Brittannië als eerste te noemen,

1 Vgl. W. van Vree, *Nederland als vergaderland: opkomst en verbreiding van een vergaderregime*, Groningen: Wolters-Noordhoff, 1994, hfdst .3.

gevolgd door Frankrijk en België, later door Duitsland en Nederland en Noord-Spanje, en weer later door Rusland, dat aan het einde van de negentiende eeuw nog een poging doet om snel te industrialiseren: de poging die faalde. De voorwaarden in Groot-Brittannië verschilden van die in Frankrijk: in Engeland exploiteerde een gering aantal pachters de landbouwgrond met behulp van landarbeiders, maar in Frankrijk wisten kleine boeren zich te handhaven. Het Engelse gezin emigreerde, versmalde en verstedelijkte sneller dan de Franse of Italiaanse families op het platte land en in de kleine steden. In Engeland was een groot deel van de bevolking landloos geworden en voor hun voedsel dus afhankelijk van de markt. In Frankrijk verkochten de kleine boeren een deel van hun producten op de markt om de belastingen te kunnen betalen; ze hielden te weinig over om te investeren en te moderniseren.[2]

De negentiende eeuw

In toenemende mate werd een economische politiek verwacht van de centrale overheid. Vanaf het begin van het Koninkrijk der Nederlanden is centralisatie een kenmerkende tendens. Die tendens was hierheen gebracht door de Fransen. Na 1813 nam het nieuwe koninkrijk dat over. Dat koninkrijk was een nieuwe eenheidsstaat, ook al werd er gebruik gemaakt van een oude vlag, een oude familie en wat andere oude symbolen. Zoals zo vaak in de negentiende eeuw was het *invention of tradition*.

Nederland was dus een nieuwe staat. Door de wetsherzieningen van de Franse Tijd had Nederland ook een structuur gekregen, waarbinnen industrialisatie mogelijk werd. De industrialisatie in de negentiende eeuw betekende het einde van de overzichtelijke wereld, waarin de Verenigde Provinciën groot en welvarend waren geworden. Het Franse interregnum had gecentraliseerd, de provincies verloren aan macht en de economische ontwikkelingen zorgden voor een infrastructuur van eerst kanalen, daarna spoorwegen en tenslotte verkeerswegen die alles en iedereen met elkaar verbond.

Industrialisatie is een proces dat plaats heeft in alle West-Europese landen. Industrialisatie brengt een nieuwe wijze van werken, van wonen, van handel drijven, van sparen en investeren, van met elkaar omgaan, en nog veel meer. Industrialisatie valt feitelijk samen met kapitalisme, ook al zijn er in de twintigste eeuw pogingen ondernomen om met behulp van communistische ordeningen staatskapitalisme of volkskapitalisme te vestigen. De burgerlijk kapitalistische wereld heeft individualisme als voornaamste kenmerk: ten opzichte van eigendom, ten opzichte van de staat, ten opzichte van elkaar. Een industriële maatschappij is een wereld waarin de voortbrenging van de voornaamste goederen en diensten op een kapitalistisch georganiseerde wijze geschiedt. Er zijn wel markten, maar het zijn abstracte markten. De prijzen in de winkels komen wel onder concurrentiële voorwaarden tot stand, maar we merken dat niet rechtstreeks. De Nederlandse samenleving is in die zin geïndustrialiseerd: er is een industrieel leefpatroon.

De moraliteit veranderde als gevolg van de omstructurering van de maatschappij. Nieuwe morele waarden werden ontwikkeld in de publieke sector, in de wetgeving, in de ambtelijke omgangsvormen. Begrippen als ‘algemeen belang’ en ‘eigenbelang’ werden morele noties. Nieuwe morele waarden werden ook, als uitdrukking van zelfregulering, ontwikkeld in de *civil society*.

De *publieke sector*

Een ‘publieke sector’ werd geschapen. Was in de zeventiende en achttiende eeuw de taak van het centrale stadhouderlijke beperkt tot oorlogvoering, marine, diplomatie en de handhaving van de onafhankelijkheid, in de negentiende eeuw komt er een overheid met een sociaal-economische betekenis: waterstaat, onderwijs, handel. Er komt een ambtenarenapparaat en een uitvoerige wet- en regelgeving waaraan dat apparaat te gehoorzamen heeft. Max Weber heeft de betekenis van de formele regels in het functioneren van organisaties, in het bijzonder ambtelijke organisaties, bestudeerd. Hij typeert dan zo’n organisatie als een bureaucratie indien competenties duidelijk zijn afgebakend, functies hiërarchisch geordend zijn, besluiten schriftelijk worden gearchiveerd, het ambtelijk werk een fulltime activiteit is, waarvoor scholing vereist is, en, tenslotte, dienen werk en privé-bestaan gescheiden te zijn. Een ambtelijke stijl van bestuur en rechtspraak droeg bij aan de rechtszekerheid. Bureaucratie, als technische term, was niet bedoeld als scheldwoord maar als typering voor een organisatie, die rationeel en rechtvaardig opgezet was. De bureaucratische ambtenaar laat zijn gedrag door de voorschriften bepalen. Met een actieve economische politiek van de staat kwamen voorzieningen tot stand, zoals arbeidsbescherming, scholing en op den duur ook sociale woningbouw, waardoor het twee-generatiegezin standaard ging worden.

2 Hans Righart (red.), *De trage revolutie: over de wording van de industriële samenleving*, Meppel: Boom, 1991, p. 85-86.

De *civil society*
Wat in Duitsland de *bürgerliche Gesellschaft* en later de *civil society* zou worden genoemd, was toen het ideaal van een zelfstandige door burgers gedreven maatschappij zonder privileges van adel, leger of clerus. De *Bildungsbürger* namen het initiatief tot het oprichten van verenigingen voor het algemeen belang of voor belangenbehartiging. Deze *bürgerliche Gesellschaft* kreeg overigens in de loop van die negentiende eeuw nauwelijks politieke invloed in Duitsland in tegenstelling tot Nederland, waar het verenigingsleven de bakermat voor politieke partijen vormde.

Op twee manieren is het industrialisatieavontuur van ons land niet uit de hand gelopen: op de eerste plaats de actieve overheid, op de tweede plaats de zelforganisatie door het ondernemen van maatschappelijke activiteiten op het middenveld. Naast de openbare voorzieningen zochten protestanten en katholieken eigen organisaties voor de industriële relaties, eigen onderwijsinstellingen, eigen ziekenhuizen en woningbouwverenigingen. De modernisering werd hierdoor sneller geaccepteerd en er heerste geen anomie, geen wanorde in morele zin.

Het *gezin*
Het twee-generatiegezin is in zekere zin een schepping van de industrialisatie. Er ontstond een privé-domein naast het domein van school en kerk. Ruim twee derde van de Nederlandse bevolking maakte gebruik van het confessionele onderwijs en daarmee participeerde het gezin in de verzuiling. Dit droeg bij tot een overzichtelijke moraal. Binnen de zuilen gedroegen de gezinsleden zich volgens overzichtelijke culturen. De school, de zorg en de kerk sloten hierbij aan.

Het gezin in de industriële maatschappij woonde in de nieuwbouwwijk en het rijtjeshuis. In vergelijking met een preïndustriële en agrarische samenleving nam de mobiliteit toe. Werd de fiets aan het einde van de negentiende eeuw al gezien als een gevaar voor het gezin, de toegenomen mobiliteit betekende een einde van veel besloten gemeenschappen, dialecten verwaterden, stedelijke samenklonteringen trokken jonge mensen aan. Men bleef weliswaar niet meer op dezelfde plaats wonen, maar men bleef meestal wel binnen diezelfde zuil. Daardoor was er sprake van die typische Nederlandse overzichtelijkheid.

Postindustriële problemen
Onze maatschappij gaat sinds enige decennia een postindustrieel karakter krijgen. De discussie over de komst van een postindustriële maatschappij begon in het begin van de jaren zeventig. Er werd gedoeld op de verschuiving van het zwaartepunt in de werkgelegenheid: van industriële productie naar een diensteneconomie.[3] Naderhand werd daar aan toegevoegd dat het zou gaan om een samenleving die niet langer 'geteisterd' zou worden door schaarsteverhoudingen, door de noodzaak om veel en gedisciplineerd te werken, maar door een situatie van welvaart, van keuze, van gelijke kansen voor iedereen. De industrieelburgerlijke ordening van onze maatschappij zou plaats maken voor een nieuwe, egalitaire en ook wel kwaliteitsgeoriënteerde wijze van leven. In het concept van een postindustriële maatschappij slopen ook andere elementen: *'post modern'* (A. Etzioni), '*post civilized*' (K. Boulding), of kortweg dienstenmaatschappij (R. Dahrendorf).

Sociologen, economen, en ook politicologen bestuderen veranderingen in de maatschappij. Brengt het begrijpen van bepaalde maatschappelijke processen ook met zich mee dat er instrumenten zijn om die maatschappelijke processen te sturen? Bekende sociologen weten van tijd tot tijd wel een beslissende factor te onderscheiden. A. de Tocqueville zei in de negentiende eeuw dat de drang naar gelijkheid de beslissende kracht in de USA was. Max Weber zag in het bureaucratiseringsproces een beslissende kracht. Is het nog mogelijk een beslissende factor voor onze maatschappij aan te geven?

In de loop van de twintigste eeuw is het centrale gezag en het sociaal-economisch beleid in Nederland een beslissende factor geweest. Door de vestiging van de Europese Unie met de grondgedachte van een vrije markt verschuift de centrale autoriteit langzaam naar Brussel. De terugtredende overheid, waar tien jaar geleden zo vaak over gepraat werd, is een verschuivende overheid. Daarnaast is er ook een tanend gezag van de burgerlijke autoriteit. Dat is deels verklaarbaar door een weggevallen geloof in de maakbaarheid van de samenleving deels door de aantrekkingskracht van het bedrijfsleven: competente jonge mensen treden liever daar in dienst of beginnen een eigen onderneming. Die twee hangen samen: wanneer mensen ervan overtuigd zijn dat de maatschappij gestuurd en geordend kán worden, dan is werken bij de overheid een voor de hand liggende optie voor ambitieuze jonge mensen.

3 Vgl. D. Bell, *The coming of post-industrial society*, New York: Basic Books, 1973.

Het derde milieu

De confessionele zuilen verdwenen in de zorg, het onderwijs en de sociale woningbouw. Als gevolg van de verzuiling wist de familie veranderingen door de nieuwe behoefte aan loonarbeiders en werknemers in de industriële ondernemingen en de publieke dienstensector betrekkelijk goed op te vangen, zonder een intense verandering van normen en waarden. Dat gaat nu veranderen. Tussen gezin en school is een derde milieu ontstaan. Bij twee werkende ouders is er behoefte aan kinderopvang voor kinderen tot zes jaar. De niet buitenshuis werkende vrouw besteedde ongeveer acht uur per dag aan haar kind of haar kinderen onder de zes jaar. De werkende vrouw besteedt nog maar vijf uur per dag of minder aan haar kleine kind of kinderen. Moderne vaders besteden er iets meer tijd aan in vergelijking met de kostwinners van een generatie geleden, maar het tekort moet worden opgevangen door de kinderopvang. Er is een verschuiving in de verantwoordelijkheid voor de opvoeding naar een derde milieu. Dat zijn aanvankelijk andere opvoeders in de kinderopvang en andere dagopvang voor kinderen tot in de leeftijd van het middelbaar onderwijs, daarna zoekt de jongere zelf een eigen derde milieu tussen school en huis. Ouders hebben niet langer een stevige invloed op de ontwikkeling van normen en waarden. Van een homogene cultuur, zoals in een verzuilde samenleving, is ook veel minder sprake. Op school en thuis gaat het al om verschillende culturen. Wat een kind of jongere aanleert in het derde milieu is eigenlijk vrij onbekend. Spijbelen, gebruik van GSM, behoefte aan zakgeld, bijbaantjes, eigen kledingtrends, maar ook jeugdcriminaliteit hangen hier mee samen. Behalve de teringherrie, de teringschool is er nu ook de teringpolitie in de beleving van veel jongeren. Zij zullen onze samenleving als minder tolerant ervaren dan een oudere generatie, die zich erover verbaast waar jongeren hun vocabulaire, hun smaak en hun vrienden vandaan halen.

Verdwijnt het gezin? Pessimisten zullen dat zeggen, zoals godsdienst, monarchie of weldadigheid ook al dood verklaard zijn. Die laatste bestaan voort, wanneer zij zich weten aan te passen aan de drie bepalende factoren van de Europese Unie, te weten de grote stad, de grote onderneming en de grote staat. Zoals steden afhankelijk zijn van het platteland voor voedsel, natuur en ontspanning, zo blijft de zichtbare samenleving afhankelijk van een reeks economische instituties, zoals schoolwezen, zorgsector, bankwezen, transport of verzekeringswezen. We wonen niet meer in het zelfvoorzienende huis uit de achttiende eeuw, maar het is een huis dat voor energie, voedsel, financiering en zekerheid afhankelijk is van immense systemen, die eerder als netwerken dan als dominante ondernemingen gestructureerd zijn. In tegenstelling tot de verzuilde samenleving tijdens een groot deel van de twintigste eeuw, zijn genoemde economische instituties ontzuild en de dienstverlenende bedrijven zijn vercommercialiseerd. Ze hebben alle zo hun eigen cultuur maar dat is *au fond* een bedrijfseconomische cultuur. Na het wegvallen van de zuilen, mogen we ons afvragen door welke krachten die zichtbare samenleving wordt gedragen? Wat geeft zin en samenhang aan het leven dat we deels zichtbaar leiden in de publieke ruimte en deels leiden in de beslotenheid van onze huizen?

Wie ‘s avonds door de stad fietst ziet talloze verlichte woonkamers. Maar is dan het gezin thuis? Het aantal uren dat de leden van een gezin in die huizen doorbrengen, neemt af. We zijn meer buitenshuis dan vroeger. Dat betekent niet dat we meer op ons werk of op school te vinden zijn, maar ergens daartussenin: in een derde milieu. En dat lijkt me, in toenemende mate, de plaats waar we vrienden ontmoeten, waar we activiteiten ondernemen, waar we normen en waarden aan ontlenen. In dat derde milieu zijn we samen met andere mensen dan de leden van het gezin en de collegae van het werk. Onze morele autonomie en onze zelfontwikkeling wordt meer en meer beleefd in dat derde milieu. Dat betekent dat de band met werk of school en ook de band met thuis zwakker wordt. We hebben er minder tijd voor. Dat betekent dus dat er andere krachten moeten worden ingeschakeld of dat er bepaalde taken niet meer worden waargenomen. Dit is geen toevallig proces, maar een bewuste keuze.

2 Rolwisseling binnen het gezin

Stelling
Bij de bepaling van de behoefte aan hulp in en rond het huis is het redelijk om rekening te houden met de mogelijkheden om de schade te beperken door wisseling van taken.

Toelichting
Bij het beoordelen van de behoefte aan hulp in en rond het huis staan de medische beperkingen van de benadeelde centraal. Hierbij is de aandacht thans vooral gericht op het al of niet kunnen uitoefenen door de benadeelde van de taken die hij of zij voor het ongeval placht te verrichten. Er zijn meestal ook mogelijkheden om andere taken uit te oefenen, namelijk die hij of zij voor het ongeval niet placht te verrichten. Deze werden bijvoorbeeld door andere gezinsleden uitgevoerd. Als extra inspanningen van zowel benadeelde als gezinsleden een vorderbare schade opleveren, is het niet onredelijk om in het kader van de schadebeperkingsplicht waar mogelijk een wisseling van taken tussen de gezinsleden te verlangen. Met andere woorden: er wordt een vergelijking gemaakt tussen de mogelijkheden van het gezin vóór en na ongeval om het huishouden te bestieren. Het gezin als schadelijder in optima forma.

Auteurs/pleiters
Mr. W.A. Luiten, Stadermann Luiten Advocaten
Mr. R.A. Sleeuw, Sleeuw & Van der Veen Advocaten

Mr. W.A. Luiten

Inleiding

De vraag in dit deelseminar was of het, bij de bepaling van de schade in verband met de behoefte aan huishoudelijke hulp van een lid van een gezin, aanvaardbaar is rekening te houden met de mogelijkheid van taakverandering van leden van dat gezin, zodanig dat de schade wordt beperkt. Een eenvoudig voorbeeld: de man pleegt de boodschappen te doen en de vrouw kookt. Wanneer die man als gevolg van een letsel niet langer de boodschappen kan doen maar nog wel zou kunnen koken, zou dan van het echtpaar mogen worden gevraagd van taken te wisselen? Ieder van de echtelieden draagt daarna nog steeds in dezelfde mate bij aan de huishoudelijke taken. Per saldo is van schade dan geen sprake meer.

Deze vraag is logisch op een studiedag waarin het gezin als schadelijdende entiteit centraal staat. De gedachte ligt voor de hand dat, wanneer het gezin schade lijdt, het ook redelijk is aan de leden van het gezin eisen te stellen, zeker wanneer het zulke eenvoudige en voor de hand liggende eisen zijn zoals in het hierboven genoemde geval van rolwisseling.

Gezin als schadelijder?

De vraag is evenwel of men wel kan zeggen dat het gezin schade lijdt. Ons Burgerlijk Wetboek (art. 6:107 BW) gaat immers bij letselschade uit van het uitgangspunt dat alleen de gewonde zelf een vorderingsrecht heeft. Anderen dan de gewonde zelf hebben geen vorderingsrecht tenzij dat alsnog elders uitdrukkelijk door de wet zou zijn toegekend (bijvoorbeeld art. 6:107a BW). Deze hoofdregel geldt ook voor gezinsleden. Wanneer bijvoorbeeld een kind schade lijdt doordat de zorg van de moeder wegvalt, heeft dat kind geen vorderingsrecht hoezeer dat kind wellicht ook schade lijdt. Waar gezinsleden kennelijk geen vordering hebben, ligt het betoog voor de hand dat de keerzijde van de medaille is dat de aansprakelijke persoon ook geen eisen kan stellen aan die gezinsleden. De exclusieve werking van art. 6:107 BW zou er derhalve aan in de weg staan dat aan gezinsleden gevraagd kan worden mee te werken aan rolwisseling. Deze gedachte lijkt op het eerste gezicht aansprekend, maar is het bij nader inzien toch niet. Het recht is namelijk niet blind voor de schade die ontstaat door het wegvallen van de zorg van de gelaedeerde. Die schade komt wel degelijk voor verhaal in aanmerking. De moeder kan immers deze schade verhalen als ware het haar eigen schade. Bij de bepaling van de behoefte van de moeder aan hulp of zorg wordt meegerekend de zorg die de moeder ten behoeve van het kind verleent. Het recht kent derhalve weliswaar niet het gezin als schadelijdende partij, maar het bestaan van het gezin speelt wel degelijk een rol bij de bepaling van de omvang van de schade. Men zou kunnen zeggen dat de schade van het gezin zich manifesteert in de schade van de gekwetste. Ik zou daarom menen dat de exclusieve werking van art. 6:107 BW op zich geen verhindering behoeft te zijn aan het gezin bij de bepaling van de omvang van de schade van de gelaedeerde zekere eisen te stellen.

Abstracte schadebegroting?

Diegenen die menen dat de schade door het verlies van het vermogen om huishoudelijke werkzaamheden te verrichten abstract moet worden vastgesteld, komen niet toe aan de vraag of bij de begroting van die schade rekening mag worden gehouden met een rolwisseling in het gezin. Voorstanders van een abstracte schadebegroting richten zich niet primair op de vraag wat in het concrete geval de geleden schade is, maar benaderen die schade op basis van enkele abstracte uitgangspunten. Bij letselschade wordt dat in enkele stapjes vastgesteld. Allereerst wordt door een arts vastgesteld wat de medische beperkingen zijn als gevolg van het ongeval. Die medische beperkingen worden dan vervolgens door een arbeidsdeskundige omgezet in een aantal uren behoefte aan huishoudelijke hulp. Het aantal uren behoefte aan huishoudelijke hulp wordt vermenigvuldigd met het commercieel tarief waarvoor huishoudelijke hulp kan worden ingekocht en dat bedrag is de schade. In deze methode is er geen ruimte om te toetsen of de uitkomst van de berekening overeenstemt met de in werkelijkheid in dit concrete geval geleden schade. Het voordeel van de abstracte methode is dat de schade betrekkelijk eenvoudig kan worden vastgesteld, maar het nadeel is dat de uitkomst in veel gevallen niet overeenstemt met de werkelijk geleden schade. Het verschil tussen de werkelijke schade en een abstract berekende schade kan in de praktijk fors uitvallen.

Concrete schadebegroting!

Overigens geldt in ons recht nog steeds de hoofdregel dat zaakschade abstract en dat personenschade concreet wordt vastgesteld (Bloembergen, Monografieën Nieuw BW, B34, 1982, nr. 30). Het is voor de letselschaderegeling van groot belang vast te houden aan het uitgangspunt dat elke schade in beginsel concreet moet worden vastgesteld. Deze regel geeft immers aan elke gelaedeerde de zekerheid dat hem in zijn bijzondere situatie recht wordt gedaan en hij altijd aanspraak heeft op vergoeding van zijn gehele schade. Regelmatig klinken pleidooien voor normering van schadebedragen. In feite zijn dat pleidooien om voor bepaalde onderdelen van schade af te stappen van het uitgangspunt van concrete schadevaststelling en voor die onderdelen van de schade genoegen te nemen met abstracte schadevaststelling. Uit een oogpunt van efficiënte en snelle schadeafhandeling is daar veel voor te zeggen. De vraag is echter of op lange termijn de gelaedeerde niet het gelag zal betalen van het loslaten van het uitgangspunt van de concrete schadeberekening.

Het uitgangspunt dat letselschade in beginsel concreet wordt vastgesteld, lijkt impliciet ook ten grondslag te liggen aan Kruidhof/Losser (HR 25 mei 1999, RvdW 1999, 98). De Hoge Raad besliste in dit arrest dat in bepaalde gevallen de redelijkheid ertoe kan nopen de schade op zodanige wijze te begroten dat eraan voorbij gegaan wordt dat er niet daadwerkelijk uitgaven zijn geweest voor verzorging en verpleging. Aan deze opvatting ligt kennelijk het uitgangspunt ten grondslag dat de schade in beginsel concreet wordt vastgesteld en dat op deze hoofdregel onder omstandigheden op gronden van redelijkheid en billijkheid uitzonderingen kunnen worden gemaakt. Het vaststellen van de schade op abstracte grondslag is derhalve een uitzonderingsgeval en daartoe moet worden besloten wanneer de redelijkheid daartoe dwingt.

Redelijkheid

De schaderegeling moet derhalve aansluiten bij de werkelijkheid en de uitkomst ervan moet redelijk zijn. In het algemeen zou ik menen dat wanneer een echtpaar al, voordat de schaderegelaar zich heeft gemeld, zelf besloten heeft taken te wisselen, daarmee rekening zou mogen worden gehouden bij de bepaling van de omvang van de schade. Partijen hebben immers uit eigen beweging voor een rolwisseling gekozen, kennelijk omdat zij dat zelf ook als een voor de hand liggende oplossing aanmerkten. De schaderegeling sluit aan bij de werkelijkheid. In beginsel zie ik geen klemmende gronden op overwegingen van redelijkheid anders te beslissen. Per slot van rekening verricht ieder van de echtelieden niet meer inspanningen dan hij of zij verricht zou hebben zonder het ongeval. Zij verrichten alleen andere werkzaamheden. Dat lijkt mij nauwelijks een klemmend argument om op redelijkheidsgronden die rolwisseling buiten beschouwing te laten.

Interessanter is de vraag - en daar gaat het in dit seminar vermoedelijk ook over - hoe geoordeeld moet worden, indien de echtelieden niet zelf tot rolwisseling hebben besloten. Mag in dat geval de aansprakelijke partij van de echtelieden vragen alsnog aan rolwisseling te doen, opdat de schade wordt beperkt? Zoals het arrest Kruidhof/Losser ons leert, is de redelijkheid in de schaderegeling de hoogste norm. Het probleem van het begrip ‘redelijkheid’ is evenwel dat redelijke mensen van mening kunnen verschillen over de vraag wat in een concreet geval redelijk is. De redelijkheid is daarmee een in de praktijk moeilijk te hanteren criterium. Toch levert het wel een zeker handvat op. Wat redelijk is, kan men toetsen aan de eigen opvattingen omtrent hetgeen men zelf als redelijk ervaart. Voorts brengt de redelijkheidstoets mee dat men moet proberen te kruipen in de huid van de andere partij. Een schaderegelaar die namens een verzekeraar een schade regelt, zou zich moeten afvragen wat hij redelijk zou vinden, indien hij in de positie zou verkeren waarin de gelaedeerde zich bevindt. De hoogste norm lijkt mij te zijn dat men een standpunt niet kan innemen dat men zelf, als men een slachtoffer zou zijn en in dezelfde omstandigheden zou verkeren, ook niet zou accepteren. Wat in elk afzonderlijk geval redelijk is, zou moeten worden beoordeeld op basis van een uitwisseling van argumenten. Mijn ervaring is daarbij overigens dat, indien rechtstreeks overleg plaatsvindt tussen de gelaedeerde en degene die in laatste instantie belast is met de beslissing over de schadeafwikkeling, zodanige overeenstemming vrijwel altijd wordt bereikt. Het probleem van onze schaderegeling is echter dat vrijwel nimmer meer rechtstreeks overleg tussen de werkelijke partijen plaatsvindt. De dader en de gelaedeerde worden van elkaar gescheiden door personen die de belangen van een van de partijen behartigen. De verzekeraar en de gelaedeerde laten zich ieder in veel gevallen vertegenwoordigen door een advocaat of een schaderegelingsbureau. Rechtstreeks overleg vindt daarom niet plaats. Veel ruimte voor rechtstreeks overleg is er in het huidige systeem van professionele schaderegeling dan ook niet meer. Over die professionele

belangenbehartigers zal ik uiteraard met geen kwaad woord spreken, maar ze verhinderen wel vaak het rechtstreeks contact en dragen vaak bij tot een verharding van het overleg.

Aanpassen gedrag

Op zich is het niet bijzonder om van een gelaedeerde te vragen zijn gedrag aan te passen aan de beperkingen die hij ondervindt als gevolg van een ongeval. Wanneer een monteur als gevolg van een ongeval zijn monteurswerkzaamheden niet meer kan verrichten, maar nog wel in staat is andere werkzaamheden binnen een garagebedrijf te verrichten, bijvoorbeeld magazijnmeester, dan wordt het over het algemeen niet onredelijk geoordeeld te vragen dan die andere werkzaamheden te verrichten.

Veelal wordt die verplichting om een resterende verdiencapaciteit te gelde te maken gebaseerd op de zogenaamde schadebeperkingsverplichting. De achterliggende gedachte is kennelijk dat van de gelaedeerde een inspanning mag worden gevraagd om de schade te verminderen. De gelaedeerde heeft in deze opvatting een verplichting om iets te doen om te voorkomen dat de schade anders te groot zou worden. Dit is op de keper beschouwd een wonderlijke opvatting. Waarom zou men van een gelaedeerde mogen vragen inspanningen te verrichten die tot gevolg hebben dat de schade wordt verminderd ten voordele van de schadetoebrenger? Vooralsnog zie ik niet in op grond waarvan men aan een benadeelde zou mogen vragen om iets te doen om te bereiken dat de omvang van de schade ten gunste van een ander lager wordt. Vrij algemeen wordt in ons recht gesproken over een schadebeperkingsverplichting, maar waar die verplichting op gebaseerd zou kunnen zijn, ontgaat mij. In geen enkel artikel in ons BW wordt een schadebeperkingsverplichting geformuleerd. Die bestaat naar mijn oordeel ook niet. Wel is er uiteraard een bepaling (art. 6:101 BW) die erop neerkomt dat wie een deel van een schade toerekenbaar veroorzaakt dat deel van de schade zelf moet dragen, maar dat is iets anders. Een norm om een schade niet groter te maken, is logisch iets anders dan een norm om een schade te beperken.

Het gaat hier naar mijn oordeel niet over een beperking van schade, maar over een definitie van het begrip ‘schade’. De monteur in het hierboven genoemde voorbeeld vordert de schade die hij lijdt door het verlies van zijn verdienvermogen. Indien dat verdienvermogen vóór het ongeval kon worden gemeten op basis van een inkomen als automonteur, maar na het ongeval moet worden gemeten aan de hand van een inkomen als magazijnmeester, vormt dat verschil de schade. Het resterende verdienvermogen als magazijnmeester is derhalve een maatstaf bij de bepaling van de omvang van de schade. Met een plicht om de schade te beperken, als die al bestaat, heeft dit alles niet zoveel te maken. De monteur die na een ongeval niet zijn verdienvermogen als magazijnmeester te gelde maakt, veroorzaakt daardoor een deel van de door hem geleden schade. Hierin schuilt de ‘verplichting’ om andere werkzaamheden te gaan verrichten, mits dat uiteraard redelijk is uit een oogpunt van opleiding en eerdere beroepsuitoefening. Rolwisseling tussen leden van een gezin is dan ook niet te beschouwen als een vorm van schadebeperkingsplicht, maar een uitvloeisel van de verplichting de resterende capaciteit aan te wenden.

Rolwisseling buiten huishouden

Buiten gezinsverband laten zich eenvoudige voorbeelden bedenken waarin rolwisseling voorkomt. Een zelfstandig ondernemer kan bijvoorbeeld als gevolg van beperkingen een bepaalde taak niet meer verrichten. Tot de meeste andere taken behorende bij zijn beroep of bedrijf is hij nog zeer wel in staat. Voor de hand liggend is in zo’n situatie dat de taken binnen een bedrijf enigszins anders worden verdeeld en dat een werknemer de taak overneemt die de ondernemer niet zelf meer kan verrichten. Zonder bijzondere uitgaven en zonder extra kosten draait het bedrijf op dezelfde voet door. Er is onder zulke omstandigheden geen sprake van een schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Er zijn immers geen daadwerkelijke uitgaven voor een vervangende arbeid en de herverdeling van taken heeft geen enkele invloed op de winst uit onderneming. Het verdienvermogen van de ondernemer was na het ongeval net zo groot als voor het ongeval. Concrete schade van het bedrijf is er niet (Hoge Raad, 18 april 1986, NJ 1986, 567).

Het bovenstaande gaat uiteraard niet op indien de taken die de ondernemer niet meer kan verrichten typische ondernemerstaken zijn die niet door een werknemer kunnen worden overgenomen. In zo’n geval is er uiteraard wel sprake van schade. Er ontstaan dan kosten doordat derden die taken moeten overnemen of de onderneming minder draait omdat bepaalde taken niet meer worden verricht.

Rolwisseling binnen huishouden

Ik zie eigenlijk geen reden waarom men over schade bij het wegvallen van bepaalde zorgtaken in het gezin anders zou moeten oordelen. Als de man niet meer de boodschappen kan doen, maar in plaats daarvan kan koken, mag van de echtgenote in beginsel gevraagd worden het koken over te laten aan de echtgenoot en in plaats daarvan de boodschappen te doen. Men behoort de man in dit voorbeeld niet als een volstrekt geïsoleerd individu te beschouwen. Dat is hij immers ook niet. Hij deed immers die boodschappen niet alleen voor zichzelf, maar ook voor de andere leden van het gezin. Wanneer de schade van de man bestaat uit het wegvallen van de zorg die hij aan andere gezinsleden gaf en wanneer dat in de schaderegeling wordt betrokken, dan is het in beginsel niet onredelijk van die andere gezinsleden te vragen de taken aan te passen zodanig dat er aan de zijde van de gelaedeerde geen schade meer bestaat. De man lijdt dan geen schade omdat hij dezelfde mate van zorg kan uitoefenen als voorheen en datzelfde geldt voor de echtgenote.

Voorwaarde is uiteraard wel dat de mate van zorg niet verandert. Indien de partner voor het ongeval geen zorgtaken verrichtte, kan men niet vragen om deze zorgtaken na het ongeval wel te gaan verrichten.

Voorts is vereist dat de aard van de taken zich niet tegen rolwisseling verzet. Die taken moeten zodanig van aard zijn (bijvoorbeeld wat betreft de fysieke eisen) dat het redelijk is rolwisseling te verlangen.

Redelijkheid

Zoals hierboven reeds ter sprake kwam, geldt voor elke oplossing dat deze altijd moet voldoen aan de eisen van redelijkheid. Steeds wanneer de aanvaardbaarheid van enige vorm van rolwisseling aan de orde komt, zal de vraag gesteld moeten worden of het redelijk is van de gezinsleden in dat concrete voorliggende geval te verlangen dat zij van rol wisselen. Verschillende omstandigheden laten zich denken op grond waarvan men, indien men een situatie beoordeelt vanuit de positie van het slachtoffer of van de gezinsleden, moet concluderen dat het eigenlijk niet redelijk is om rolwisseling toe te passen. Indien dat zo is, moet daarvan afgezien worden. Wanneer er evenwel geen dwingende gronden aan de redelijkheid ontleend voorhanden zijn om zich tegen rolwisseling te verzetten, dan zie ik geen goede redenen waarom dat niet gevraagd zou kunnen worden.

Rolwisseling binnen het gezin *Mr. R.A. Sleeuw*

Mantelzorg

Mantelzorg kan worden gedefinieerd als de vrijwillige en belangeloze inzet van naasten die op grond van persoonlijke betrokkenheid zijn begaan met het slachtoffer en die om die reden bereid zijn taken van de benadeelde over te nemen, zonder dat daar een geldelijke vergoeding tegenover staat. De wisseling van taken die als een mogelijkheid van schadebeperking wordt voorgesteld is niets bijzonders. Er kan van worden uitgegaan dat elk lid van de leefeenheid zijn dagelijkse bezigheden in een eigen dagprogramma heeft ingedeeld. Mantelzorg vangt aan zodra de huisvrouw uitvalt en de gezinsleden taken van haar moeten overnemen. Die gezinsleden zullen de tijd daarvoor moeten vrijmaken en uiteraard zal het slachtoffer op haar beurt inspringen als zij haar gezinsleden daarmee van dienst kan zijn. Een wisseling van taken is dus inherent aan gewone mantelzorg.

Mantelzorg is naastenliefde. De collectiviteit neemt het over als het individu het begeeft. De leefeenheid is de sociale microstructuur waar de benadeelde deel van uitmaakt. Het hemd van deze microstructuur is nader dan de rok van de samenleving in ruimere zin. Het is consequent en reëel mantelzorg te verdisconteren bij de vaststelling van de zorgbehoefte in het kader van de AWBZ. Het gaat daarbij immers om een sociale voorziening. Bij civielrechtelijke aansprakelijkheid en schadevergoeding ligt dat anders.

Schadebegroting: gedegen uitgangspunten

Bij de begroting van toekomstige schade wordt de continuïteit van de schade voorondersteld. Het schaderegelingsproces dient er ook en vooral toe om toevalligheden en onzekerheden te elimineren, zodat de schadebegroting tenslotte is terug te voeren op uitgangspunten waarvan kan worden aangenomen dat ze gedurende de looptijd niet veranderen. Men kan niet verwachten dat verzekeraars een schadeverhogende omstandigheid bij de begroting van de schade zullen willen laten meewegen, als niet vast staat dat die omstandigheid gedurende de gehele looptijd van invloed zal zijn. De redelijkheid verzet zich dan ook tegen schadebeperkende oplossingen die geen recht doen aan de continuïteit van de schade en die de schadevergoeding afhankelijk maken van min of meer toevallige (persoonlijke) omstandigheden waarvan niet zonder meer kan worden aangenomen dat die blijvend zijn.

Het gezin als schadelijder?

Het komt voor dat twee of meer personen als gevolg van een gebeurtenis of een samenhangende reeks gebeurtenissen gezamenlijk - als groep - schade lijden. In een dergelijke situatie is iedere benadeelde in beginsel slechts gerechtigd vergoeding van zijn eigen schade te vorderen. De laedens staat tegenover individuele benadeelden, die niet als groep kunnen optreden. Daarbij dient te worden benadrukt dat de juridische relatie tussen de aansprakelijke persoon en de benadeelde geen wederkerigheid kent. Aansprakelijkheid leidt voor de laedens in beginsel tot de eenzijdige verplichting de benadeelde volledig schadeloos te stellen.

Het mag zo zijn dat de met de stelling opgeworpen suggestie logisch is op een studiedag waarin het gezin als schadelijdende entiteit centraal wordt gesteld. Ook in de praktijk van de letselschaderegeling staat de laedens echter tegenover de individuele benadeelde. Gaat het om aansprakelijkheid en schadevergoeding, dan bestaat het gezin niet. Het gezin is in dit verband geen juridisch relevante collectiviteit. Het gaat er altijd om de consequenties vast te stellen die het ongeval voor het individu heeft gehad. Terecht wordt daarom in de toelichting op de stelling erkend dat de medische beperkingen van de benadeelde centraal staan. Bij huishoudelijke hulp zijn behoefte en schade op één lijn te stellen, zo blijkt ook uit de stelling. Als bij het slachtoffer sprake is van een medische eindtoestand, kan op basis van een beperkingenpatroon de behoefte aan hulp door een arbeidsdeskundige worden vastgesteld. De in uren en op jaarbasis vastgestelde hulpbehoefte wordt vermenigvuldigd met een uurtarief en daarmee is dan in de vorm van een jaarschade een concrete - en geen abstracte - grondslag voor de schadebegroting gegeven. Dat bij de vaststelling van de behoefte rekening wordt gehouden met een taakopvatting die de gelaedeerde reeds voor het ongeval eigen was, moge duidelijk zijn. Als een huisvrouw zich nimmer om het onderhoud van de tuin bekommerde, zal

haar (wegens verlies aan zelfwerkzaamheid) geen vergoeding ter zake van vervangende tuinarbeid kunnen worden toegekend. Hetzelfde geldt ten aanzien van huishoudelijke activiteiten die zij nimmer ontplooide. Ook in dat opzicht is de vaststelling van de behoefte op de gelaedeerde toegespitst. Dat is redelijk, omdat kan worden aangenomen dat iemand, die geen affiniteit heeft met bepaalde werkzaamheden (bijvoorbeeld naai- en verstelwerk), die werkzaamheden in de toekomst waarschijnlijk ook nooit zal verrichten. De realiteit van vóór het ongeval is een belangrijke maatstaf bij de bepaling van de hulpbehoefte.

De sociale structuur rond het slachtoffer is bij deze individuele benadering van belang voorzover daarmee bij de vaststelling van de behoefte rekening dient te worden gehouden. Zo zijn de woonsituatie en de gezinssamenstelling van invloed op de behoefte. Hoe groter het gezin, hoe omvangrijker de zorgtaken en hoe bewerkelijker de huishouding. Het aantal gezinsleden is bij een gegeven resterende belastbaarheid dus mede een schadebepalende factor.

Stellig mag men van een arbeidsongeschikte monteur in een garage verlangen dat hij zijn resterende verdiencapaciteit aanwendt in een functie die gezien zijn opleiding en ervaring als geschikt kan worden beschouwd en die past bij zijn belangstelling, affiniteiten en bekwaamheden. De functie van magazijnmeester zal voor een monteur veelal als passend worden gezien. Ook van de gelaedeerde huisvrouw mag worden verwacht dat zij haar overblijvende arbeidscapaciteit op een zo efficiënt mogelijke wijze inzet. Bij de voorgestelde wisseling van taken gaat het echter over de inzet van derden en niet meer over het slachtoffer zelf.

Ook het voorbeeld van de ondernemer die na een ongeval bepaalde taken moet overlaten aan een medewerker kan niet overtuigen, als het gaat om de rolwisseling in het gezin. Een ondernemer die taken overdraagt aan een werknemer krijgt zelf meer tijd voor andere taken. Als die andere taken passend zijn (gelet op de positie van de ondernemer in het bedrijf, zijn bekwaamheden en affiniteiten, etc.), mag van die ondernemer worden verwacht dat hij die taken ook gaat vervullen. Dat is dan iets dat die ondernemer zelf aangaat. De werknemer die enkele oude taken van de ondernemer overneemt staat in een gezagsverhouding tot de ondernemer. Hij dient de hem opgedragen werkzaamheden te verrichten; hij krijgt daar ook voor betaald. De relatie tussen het slachtoffer en haar gezinsleden is daarmee niet vergelijkbaar.

Concreet/abstract

De discussie concreet/abstract wordt elders gevoerd (zie hoofdstuk 4). Hier zij nog opgemerkt dat het beginsel van concrete schadevergoeding voor het slachtoffer bepaald niet de zekerheid biedt dat hij vergoeding ontvangt voor zijn gehele schade. Als het slachtoffer over onvoldoende financiële middelen beschikt om door de inzet van aantoonbaar betaalde krachten in de hulpbehoefte te voorzien (en dat is een situatie die de verzekeraar langdurig kan prolongeren door onvoldoende te bevoorschotten), staat het slachtoffer na verloop van tijd bewijsrechtelijk en concreet met lege handen. Als bij de begroting van toekomstige schade een abstracte benadering onvermijdelijk is, wat is er dan op tegen om voor het verleden - en bij een vastgestelde en ook in het verleden geldende behoefte - te abstraheren van het feit dat de schade niet concreet (in de vorm van betalingsbewijzen) kan worden aangetoond. Als de behoefte vast staat, kan er toch van worden uitgegaan dat in die behoefte is voorzien? Het vasthouden aan de concrete benadering kan leiden tot uitkomsten die met redelijkheid niet veel meer van doen hebben. (Zie in dit verband ook mijn artikel: ‘Huishoudelijke hulp als schadecomponent; uurtarief en schadebeperking’ en de daarin besproken arresten, VR 1999, p. 97 e.v.)

Schadebeperkingsplicht

De schadebeperkingsplicht - waarover het hier gaat - vloeit voort uit art. 6.101 BW. In dat artikel is bepaald dat de vergoedingsplicht kan worden verminderd, als de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Er bestaat op grond van dit artikel geen rechtens afdwingbare verplichting tot handelen. Bedoeld is slechts dat een benadeelde voor een deel van de schade dient op te draaien, als hij de schade vergroot door na te laten voor de hand liggende en redelijkerwijs van hem te verwachten maatregelen ter beperking van die schade te nemen. Een vermindering kan achterwege blijven of een andere verdeling kan plaatsvinden, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.

Het slachtoffer is dus binnen redelijke grenzen gehouden tot het nemen van maatregelen ter beperking van de schade. Het is dit redelijkheidscriterium waaraan de stelling dient te worden getoetst. Zeker in gevallen van letselschade is het een hard criterium. Toepassing van het artikel ligt bij letselschade minder voor de hand dan bij zuivere vermogensschade, omdat het gekrenkte rechtsgoed van hoge orde is. Daarbij dient voor ogen te worden gehouden dat het de dader is geweest die de benadeelde in de positie heeft geplaatst die hem tot het schadebeperkend handelen verplichtte.

De wisseling van taken

Vooropgesteld moet worden dat het gezinslid (laten we ons even beperken tot de echtgenoot) gerechtigd is kenbaar te maken dat hij niet voelt voor een wisseling van taken, bijvoorbeeld omdat hij geen affiniteit heeft met de taken die hij zou moeten overnemen, of omdat hij vóór het ongeval überhaupt geen zorgtaken verrichtte. Het gaat dus om vrijwilligheid; er is geen afdwingbare verplichting. Het is aan de gezinsleden zelf te bepalen of hun eigen opvattingen omtrent wat redelijk is hen er toe kunnen brengen met een (nieuwe) taakverdeling in te stemmen. Een volgende vorm van willekeur doet hiermee zijn intrede in het schaderegelingsproces. Een voorbeeld.

De echtgenoot van mevrouw A. is belastingconsulent. Hij heeft kantoor aan huis. Het is goed mogelijk om taken te wisselen en het echtpaar A. laat zich ook wijsmaken dat dit (in verband met de schadebeperkingsplicht) redelijk is. De oplossing die wordt gevonden scheelt drie uren per week in de hulpbehoefte. Bij een uurtarief van zeven euro en een looptijd van dertig jaar leidt dat tot een schadebeperking van € 24.000.

Mevrouw B. is ook getrouwd met een belastingconsulent, die echter in loondienst werkzaam is en dagelijks twee en een half uur kwijt is aan woon-werkverkeer. Mijnheer B. ziet geen mogelijkheid om taken te wisselen. Voorzover hij taken in het huishouden vervult doet hij dat voor zijn plezier (hij kookt graag). De taken die hij zou moeten overnemen zouden voor hem een belasting vormen waar hij - na een drukke dagtaak - niet op zit te wachten. Hij is dus niet bereid aan een wisseling van taken mee te werken. Pertinent onredelijk is deze opstelling van mijnheer B. niet. Mevrouw A. (overigens ‘als geval’ vergelijkbaar met mevrouw B.) ontvangt dus € 24.000 minder dan mevrouw B. Zij kunnen elkaar beter niet tegenkomen.

Veronderstel dat - tien jaar na de schaderegeling - mijnheer A. komt te overlijden. Het huwelijk van de heer en mevrouw B. was inmiddels door echtscheiding ontbonden. De weduwe A. treedt in het huwelijk met de heer B. In aanmerking genomen de dagindeling van de heer B. en gegeven diens opvattingen over de rolverdeling binnen het gezin komt mevrouw A., na haar huwelijk met de heer B. en gedurende de resterende looptijd van twintig jaar, de vergoeding voor drie uren huishoudelijke hulp per week tekort.

Rolwisseling en redelijkheid

De vraag is dus of het doorvoeren van een rolwisseling kan worden gezien als een voor de hand liggende maatregel ter beperking van de schade, tot het nemen waarvan het slachtoffer in redelijkheid gehouden is, en of een weigering dienaangaande vervolgens kan worden aangemerkt als een tot (verhoging van de) schade leidende omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend.
Bij toetsing van de stelling aan dit redelijkheidscriterium kom ik tot de volgende conclusies:

Bij de schadevaststelling in geval van letselschade staat de benadeelde als individu centraal. De gezinssamenstelling is één van de schadebepalende factoren. Hoe groter het gezin, hoe omvangrijker de zorgbehoefte. Is de benadeelde een huisvrouw in een gezin met een of meer kinderen, dan wordt bij de bepaling van de hulpbehoefte meegerekend de zorg die de moeder ten behoeve van haar gezinsleden (echtgenoot en kinderen) verleent. Men kan stellen dat de schade van het gezin zich manifesteert in de schade van de gekwetste. Die stelling kan echter niet worden omgekeerd. Het is ook niet logisch deze schadeverhogende factor vervolgens met een beroep op de schadebeperkingsplicht op te voeren als een aan de benadeelde toerekenbare omstandigheid die tot vermindering van de vergoedingsplicht moet leiden.
Als een kind zorg moet ontberen doordat de moeder overlijdt, heeft het een vordering krachtens art. 6.108 BW. Geraakt de moeder gewond en is zij niet langer in staat haar zorgtaken volledig te vervullen, dan heeft

zij haar eigen aanspraak. Als een kind ernstig blijvend letsel oploopt, kan het vergoeding vorderen van kosten, verbonden aan verpleging en verzorging. In de zaak Kruidhof/Gemeente Losser (HR 28 mei 1999, RvdW 1999, 89C, VR 1999, 166) namen de ouders die verzorgende en verplegende taken op zich. De Hoge Raad vond in de redelijkheid een argument te opteren voor een abstracte benadering bij de beantwoording van de vraag of het kind vermogensschade heeft geleden en op welk bedrag die schade dient te worden begroot. Met het arrest wordt weer eens duidelijk dat de rechter de vrijheid heeft (ingevolge het bepaalde in art. 6.97 BW) te opteren voor een abstracte benadering, als die wijze van begroten in overeenstemming is met de aard van de schade. In geen geval kan op grond van dit arrest worden aangenomen dat een rolwisseling binnen het gezin in het kader van de schadebeperkingsplicht - en uit overwegingen van redelijkheid - aan het slachtoffer en aan zijn gezinsleden kan worden opgedrongen.
In alle gevallen zijn de naaste betrekkingen van de benadeelde voor de laedens buitenstaanders. Tussen de gezinsleden van het slachtoffer en de aansprakelijke persoon bestaat geen relatie. Deze gezinsleden kunnen door de laedens op geen enkele verplichting worden aangesproken, ook niet op een schadebeperkingsplicht. De vordering bij verplaatste schade (art. 6.107a BW) is gerelateerd aan die van de benadeelde en de schadebeperkingsplicht geldt ook alleen voor de benadeelde zelf. De verzekeraar heeft met de gezinsleden van de benadeelde niets te maken. Aan de regeling van de verplaatste schade kan geen argument worden ontleend voor de stelling dat het gezin dient te worden gezien als een schadelijdende entiteit.
Verzekeraars vertonen in het schaderegelingsoverleg de neiging de schadebeperkingsplicht op te voeren als een afdwingbare verplichting waarop, bij niet nakoming, de sancties van verval en in elk geval van opschorting van aanspraken worden gesteld. De benadeelde heeft jegens haar naasten echter geen rechtens afdwingbare aanspraak op hulp of verzorging. Zij heeft geen zeggenschap waarop zij (in het kader van de schadebeperkingsplicht) door de schadeplichtige kan worden aangesproken. Men kan dus ook niet stellen dat het binnen de risicosfeer van de benadeelde ligt, als haar gezinsleden weigeren om te participeren in mantelzorg of om mee te werken aan een wisseling van taken.
Wisseling van taken is inherent aan mantelzorg. Naasten die mantelzorg verlenen doen dat omdat zij begaan zijn met het slachtoffer. Zij beogen daarmee niet de schadelast voor de betrokken verzekeraar te beperken. Ook in de toelichting op de stelling wordt er van uit gegaan dat inspanningen van gezinsleden vorderbare schade opleveren. Voor mantelzorg dient een redelijke vergoeding te worden betaald[4]. De behoeftebepaling is op de individuele gelaedeerde toegesneden. Behoefte en schade kunnen op één lijn worden gesteld. De feitelijke inzet van derden kan bij de schadebegroting buiten beschouwing blijven.
Niet het gezin, maar de individuele gelaedeerde is object van onderzoek bij de schadevaststelling.[5] Zou men de wisseling van taken met een beroep op de schadebeperkingsplicht aan de benadeelde kunnen opdringen,

---

4 De aanbeveling nr. 7.5 van de Verbondscommissie Schaderegelingsbeleid van het Verbond van Verzekeraars luidt: *(...) In geen geval is het juist de benadeelde te verwijzen naar gezins- en/of familieleden. Evenmin kan worden verlangd dat een beroep op burenhulp wordt gedaan. Wordt niettemin dergelijke hulp verleend, dan dient desgevraagd hiervoor een redelijke vergoeding te worden gegeven*.

De Raad van Toezicht op het Verzekeringsbedrijf besliste op 8 februari 1999 dat ook mantelzorg dient te worden vergoed. (RvT nr. III-98/36 8 februari 1999, *VR* 1999, 139): 'Bij iedere stijging van het normaal gangbare aandeel in het huishouden is sprake van mantelzorg die voor vergoeding in aanmerking komt.'

In de zaak Kruidhof/Gemeente Losser (HR 28 mei 1999, *RvdW* 1999, 89C, *VR* 1999, 166) ging het niet om huishoudelijke hulp, maar om voor een kind opkomende verzorgingsschade. Het ging om de door het kind zelf geleden schade.

Wanneer iemand door het onrechtmatig toedoen van een ander letsel oploopt, waarvan het herstel ook intensieve verpleging en verzorging thuis vergt, is de aansprakelijke van de aanvang af verplicht de gekwetste in staat te stellen zich van die noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien. Indien de ouders op redelijke gronden die verzorgende taken zelf op zich nemen in plaats van die toe te vertrouwen aan professionele en betaalde hulpverleners dan voldoen de ouders in natura aan een verplichting die primair rust op de aansprakelijke. De redelijkheid brengt in dat geval met zich dat het de rechter vrij staat bij het beantwoorden van de vraag of het kind vermogensschade heeft geleden en op welk bedrag deze schade kan worden begroot, te abstraheren van de omstandigheden dat die taken in feite niet door betaalde hulpverleners worden vervuld, dat de ouders jegens het kind geen aanspraak op geldelijke beloning voor hun inspanningen kunnen doen gelden en dat zij in staat zijn die taken te vervullen zonder daardoor inkomsten te derven. (...). Opmerking verdient nog dat de rechter bij deze wijze van begroten geen hogere vergoeding zal mogen toewijzen dan het bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp. Aan het voorgaande doet niet af dat het kind jegens zijn ouders aanspraak kan maken op verpleging en verzorging in geval van ziekte.

Rechtbank Zwolle 16 februari 2000, *VR* 2000, 197. De hulp die de echtgenote van Keller verleent bij de algemene dageljkse levensverrichtingen kan in beginsel als schade worden toegerekend. Het betreft hier, gelet op het aanbod van de thuiszorg, noodzakelijke hulp. Benadeelde en zijn echtgenote hebben op redelijke gronden kunnen besluiten dit in eigen hand te houden. De huidige stand van de jurisprudentie (HR 28 mei 1999, *VR* 1999, 166, nt. GMT, NJ 1999, 564, nt. ARB (Kruidhof/Gemeente Losser) brengt mee dat ter zake een vergoeding op zijn plaats is en dat een uurtarief van *f* 15 (ca. € 6.80) redelijk is.

5 Rechtbank Den Haag 21 januari 1998; *VR* 1999, 158: De rechtbank gaat voorbij aan de opmerking van NBM over het feit dat Verberkmoes geen geldelijke vergoeding voor het huishoudelijk werk kreeg en dat feitelijk haar echtgenoot als kostverdiener buitenshuis mede schadelijdende partij zou zijn, aangezien de rechtbank dat niet relevant acht voor de vraag in hoeverre Verberkmoes ten gevolge van het ongeval niet meer in staat is haar huishoudelijke taken te verrichten. De vraag in hoeverre de kinderen in het kader van de opvoeding een gering deel van de taken voor hun rekening zouden nemen acht de rechtbank in dit verband evenmin relevant. Nog afgezien

dan moeten gezinsleden, buitenstaanders dus, in de arbeidskundige beoordeling worden betrokken. Men wil immers een vergelijking maken tussen ‘de mogelijkheden van het gezin vóór en na het ongeval om het huishouden te bestieren’. Niet slechts de individuele gelaedeerde, maar alle gezinsleden zouden op hun dagindeling, leefgewoonten en tijdsbesteding moeten worden beoordeeld om te kunnen vaststellen welke taken eventueel kunnen worden gewisseld en tot welke vermindering van de behoefte dat leidt. Dat is uit een oogpunt van privacybescherming niet acceptabel.
De verzekeraar dient zich te onthouden van inmenging in de persoonlijke levenssfeer van de benadeelde. Het kan niet zo zijn dat de verzekeraar de benadeelde met een beroep op de schadebeperkingsplicht kan gaan manipuleren, zodanig dat haar gezinsleden zich geroepen voelen door een wijziging van hun leefpatroon in de hulpbehoefte te voorzien, met als uiteindelijk doel slechts een vermindering van de schadelast. Met de stelling wordt een uit privacyoogpunt niet te accepteren claim gelegd op de relatie tussen de benadeelde en haar gezinsleden.
Met de schaderegeling wordt beoogd het slachtoffer terug te brengen in een situatie die zoveel mogelijk overeenkomt met die waarin zij in de theoretische situatie ‘zonder ongeval’ zou hebben verkeerd. Daarbij gaat het vooral ook om zelfstandigheid en onafhankelijkheid van de benadeelde in de relatie tot haar gezinsleden. De noodzaak tot inschakeling van betaalde hulp betekent sowieso al een definitieve breuk met een zelfstandig verleden en een niet te onderschatten inbreuk op de privacy. Dat neemt niet weg dat de benadeelde in de relatie tot betaalde hulpverleners zeggenschap heeft. Als de hulpverlening met betaalde professionals goed geregeld is, kan de benadeelde zich in de relatie met haar gezinsleden autonoom blijven opstellen. Zou men er toe overgaan de gezinsleden door een wisseling van taken in de hulpverlening te integreren, dan betekent dat een sociale degradatie van het slachtoffer. Autonomie maakt dan plaats voor afhankelijkheid en hulpbehoevendheid. Secundaire victimisatie als neveneffect van letselschaderegeling dient zoveel mogelijk te worden beperkt. Laat de benadeelde in zijn waarde.

Conclusie

Mantelzorg is niet te beschouwen als een vorm van adequate compensatie bij een verlies van arbeidsvermogen in het huishouden, ook niet als men de wisseling van taken uit de mantelzorg licht en als een op zichzelf staande oplossing voorstelt. Schadebeperking door een wisseling van taken komt toch weer neer op de kosteloze inzet van buitenstaanders. Schadeafwikkeling wordt zo tot schadeafwenteling.

Het gaat er om vast te stellen wat in redelijkheid van een slachtoffer aan schadebeperkende initiatieven mag worden verwacht. Een wisseling van taken is daarbij niet aan de orde. De stelling dient te worden verworpen. Bij aansprakelijkheid binnen het gezin kan de redelijkheid zich tegen de dader keren.

---

van het feit dat het slechts om een beperkte periode zou gaan kan van Verberkmoes niet worden gevergd dat zij in het kader van de schadebeperking haar kinderen naast hun school 14 uren huishoudelijke taken laat verrichten.

3 Aansprakelijkheid binnen het gezin

Stelling
Indien één van de gezinsleden aansprakelijk is voor de personenschade van een ander gezinslid, heeft dit een matigende invloed op de vergoedingsplicht voor hulp in en rond het huis, ook al is er een aansprakelijkheidsverzekeraar die de schade vergoedt.

Toelichting
Werkzaamheden in en rond het huis zijn nooit louter ten behoeve van een enkel gezinslid. Zij komen het gehele gezin ten goede. Indien het gezin als schadelijdende partij wordt gezien, voorziet de hulp in en rond het huis in de gezinsbehoefte die door de ongevalsgevolgen is ontstaan. Als ter vervanging van de arbeidskracht van een gewond gezinslid externe hulp wordt ingehuurd, komt deze ook ten goede aan het aansprakelijke gezinslid. In zo'n geval kan de vergoeding voor de kosten van de hulp worden verminderd in evenredigheid van de aansprakelijke partij tot de gezinssamenstelling.

Auteurs/pleiters
Mr. J. Meyst–Michels, Houthoff Buruma
Mr. R.M.J.T. van Dort, Bureau Pals

Aan mij was de taak deze stelling te verdedigen, hetgeen geen eenvoudige opgave bleek.

Casus

Om de verbeelding te laten spreken, kan een casus als uitgangspunt dienen.
Een man bracht zijn echtgenote, met wie hij een gezin vormt, letsel toe door met een motormaaier over haar voet te rijden. Op dat moment lette hij even niet op omdat hij werd afgeleid door de buurvrouw die met haar dochtertje jeu de boules speelde. Bij de vrouw was sprake van een verbrijzelingsfractuur en wekedelenletsel. Het genas, ondanks goede medische zorg, niet goed. De gekwetste voet kon maandenlang niet worden belast en dit werd niet beter, toen zich nog eens een dystrofie ontwikkelde.
De vrouw deed voor het ongeval de meeste huishoudelijke werkzaamheden en klusjes van diverse aard. Zij was daartoe na het ongeval nauwelijks meer in staat. Gelukkig kon zij haar werk - zij was kunstschilderes en deed dit in een atelier aan huis - nog wel onbeperkt uitoefenen.

Er is nu een aantal scenario's denkbaar, waarvan ik er drie noem:
In de eerste plaats de situatie waarin de vrouw moeizaam en in een traag tempo wat licht huishoudelijk werk doet en hoopt dat haar echtgenoot in zijn vrije tijd in en om het huis al die huishoudelijke taken verricht waartoe zij zelf niet meer in staat is. Ik denk dat dit een klassiek scenario is uit een tijd waarin men nog niet gewoon was AVP-verzekeringen af te sluiten, er nog geen gesubsidieerde thuishulp bestond en een vrouw in lijdzaamheid afwachtte of de man mogelijk bereid was enige huishoudelijke activiteiten te verrichten. Alles was meegenomen en niets werd verwacht.
Een minder meegaande vrouw zou haar echtgenoot er misschien op aanspreken en misschien zou zij zelfs nog wel zover gaan de man aansprakelijk te stellen en schadevergoeding van hem te vorderen in natura (en wel in die zin dat hij ook daadwerkelijk gehouden zou zijn een aantal uren per week te besteden aan werkzaamheden in en rond het huis die de vrouw voor het ongeval deed, maar door het ongeval niet meer kan doen). De vrouw kan zich dan beroepen op art. 6:103 BW[6]. In dit scenario is het gezin niet verzekerd en is men wel op de hoogte van de mogelijkheden in dit soort gevallen schadevergoeding van de laedens te vorderen.
Het derde scenario is (natuurlijk) dat het echtpaar wel een AVP-verzekering heeft afgesloten, dat zij gezamenlijk de aansprakelijkstelling van de vrouw aan de man schrijven en deze, met een kort begeleidend briefje, aan de AVP-verzekeraar zenden.
In de brief maakt de vrouw jegens de man onder andere aanspraak op vergoeding van de kosten van huishoudelijke hulp, gebaseerd op 10 uren per week ad €11,50 (± *f* 25). In werkelijkheid is er echter helemaal geen externe hulp te krijgen, noch via een hiertoe in het leven geroepen organisatie, noch via de particuliere markt (in de huidige tijd een niet onbekend fenomeen, aangezien goede hulp schaars is). In dit scenario is de man, modern als hij is, toegeeflijker en minder rolvast, zodat hij in zijn vrije tijd al die werkjes in en om het huis doet waartoe zijn vrouw niet meer in staat is.

De eerste vraag van de aansprakelijkheidsverzekeraar zal natuurlijk zijn of de vrouw, het slachtoffer, al een aanvraag heeft ingediend voor een Persoonsgebonden Budget (PGB). Dit even buiten beschouwing latend[7], zal in ieder geval worden gevraagd om nota's waaruit inschakeling van de hulp en daadwerkelijke betaling daarvoor van een bedrag ad € 11,50 per uur blijkt. Nota's kunnen in dit geval natuurlijk niet worden geproduceerd, doch dat hoeft in beginsel geen beletsel te zijn om terzake toch vergoeding te krijgen[8]. Ervan uitgaande dat mantelzorg in het algemeen inderdaad voor vergoeding in aanmerking komt, spreekt het voor zich dat dit niet wil zeggen dat de omvang van de vergoeding niet meer onderwerp van discussie kan zijn. Het in deze casus gevorderde uurtarief van € 11,50 lijkt in dat opzicht op voorhand aan de hoge kant.

---

6 Dit artikel luidt: *Schadevergoeding wordt voldaan in geld. Nochtans kan de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen. Wordt niet binnen een redelijke termijn aan een zodanige uitspraak voldaan, dan herkrijgt de benadeelde zijn bevoegdheid om schadevergoeding in geld te verlangen.*

7 De grenzen van het PGB zijn mij niet helemaal duidelijk. In dit artikel wordt er in ieder geval vanuit gegaan dat het toegekende budget de geclaimde kosten niet dekt.

8 In de bijdrage van mr. R.A. Sleeuw is in dit verband al verwezen naar aanbeveling nummer 7.5 van de Commissie Schaderegelingsbeleid van het Verbond van Verzekeraars, de uitspraak van de RvT van 8 februari 1999, *VR* 1999, 139. Vgl. ook het vonnis van de Rechtbank Zwolle van 16 februari 2000, *VR* 2000, 197 in de zaak Keller/Univé, in welk vonnis verwezen werd naar HR 28 mei 1999, Kruidhof/Gemeente Losser. Hof Arnhem 16 februari 1999, *VR* 2001, 98. In al die gevallen wordt er vanuit gegaan dat mantelzorg voor vergoeding in aanmerking komt.

De rechtspraak, die ziet op het vergoeden van de mantelzorg door gezinsleden, heeft betrekking op de situatie dat een derde, niet zijnde gezinslid van het slachtoffer, het letsel heeft veroorzaakt. In het door mij gegeven voorbeeld gaat het om de echtgenoot die zijn echtgenote letsel toebrengt en die zelf de mantelzorg verleent. Is de uitkomst dan anders?

Wettelijke mogelijkheden?

Alvorens daar antwoord op te geven is het zinnig na te gaan of de wet in dit soort gevallen een oplossing biedt. In de eerste plaats kom ik dan terecht bij art. 6:109 BW. Op grond van lid 1 van dat artikel kan de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen, indien toekenning van de volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden, waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. In de situatie dat de ene echtgenoot de ander letsel toebrengt, hebben wij zeker te maken met omstandigheden die tot matiging zouden kunnen leiden. Er bestaat een bijzondere rechtsverhouding en hun beider draagkracht zal in de meeste gevallen worden bepaald door het gezamenlijke gezinsinkomen. Nadere uitwerking behoeft dit echter allemaal niet, nu lid 2 van art. 6:109 BW matiging niet toestaat tot een lager bedrag dan waarvoor de aansprakelijke partij zich door verzekering heeft gedekt of verplicht was zich te dekken. Aangezien in de te verdedigen stelling nu eenmaal sprake is van een aansprakelijkheidsverzekering, lijkt daardoor matiging op grond van art. 109 lid 1 BW geen optie, nu lid 2 deze in de weg staat.

Nu het matigingsartikel geen uitkomst biedt, kom ik, gezien de bijzondere relatie tussen de aansprakelijk partij en het slachtoffer (echtgenoten) bij boek 1 BW terecht. Bij een huwelijksvoltrekking pleegt de ambtenaar van de burgerlijke stand de aanstaande echtgenoten er immers op te wijzen dat zij elkaar trouw, zorg en hulp dienen te bieden: Echtelijke plichten die kennelijk zo belangrijk zijn dat deze iedere keer opnieuw worden herhaald. De plichten zijn onder andere neergelegd in art. 1:81 BW. Onder hulp kan natuurlijk ook worden verstaan de huishoudelijke hulp en de vraag is of het redelijk is in de gegeven casus deze echtelijke plicht jegens elkaar zonder meer opzij te zetten, omdat het gezin een AVP-verzekering heeft afgesloten.
Tot nu toe heeft een beroep op boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, en in het bijzonder een beroep op de artikelen waarin zorgplichten van gezinsleden jegens elkaar zijn opgenomen, weinig resultaat gehad.[9] Of de diverse ‘gezinsverplichtingen’, zoals neergelegd in boek 1 BW, in het kader van de verdediging van deze stelling soelaas biedt is dan ook twijfelachtig.

De bijzondere verhouding van gezinsleden ten opzichte van elkaar komt ook tot uitdrukking in het toekomstig verzekeringsrecht, waarin een bepaling is opgenomen die regres krachtens subrogatie op een ander gezinslid uitdrukkelijk uitsluit. De ratio van die uitsluiting is in de eerste plaats het voorkomen dat de gelaedeerde verzekerde verstoken blijkt van een uitkering. Immers, wanneer de uitkerende verzekeraar verhaalsrecht zou hebben op het aansprakelijke gezinslid, zal dat verhaalde bedrag in feite worden betaald uit de gezamenlijke gezinsinkomsten, waaronder ook die uitkeringen, die aan het andere gezinslid (het slachtoffer) werden gedaan. Dat zou dan tot een onaanvaardbare vestzakbroekzak situatie leiden, aldus de wetgever. Daarnaast spelen ook ideële overwegingen een rol. Zo zou bijvoorbeeld de huwelijksvrede of gezinsvrede ernstig kunnen worden verstoord (en dat kan natuurlijk niet de bedoeling zijn ….).

Redelijkheid

Is er geen wetsartikel dat uitkomst biedt dan is er gelukkig altijd nog de rechtspraak en met name die rechtspraak waarin de redelijkheid een belangrijke rol speelt. Het arrest Kruidhof/Gemeente Losser dringt zich dan ook op.

De ouders van Johanna Kruidhof hebben er voor gekozen hun zwaar gewonde dochtertje zelf te verplegen en te verzorgen in plaats van deze taken aan professionele hulpverleners toe te vertrouwen. Door het zware

9 Bij mislukte sterilisaties en de daaruit voortvloeiende vordering van de ouders tot vergoeding van de kosten van de verzorging en opvoeding van het kind werd tevergeefs een beroep gedaan op de zorgplicht van de ouders ten opzichte van hun kinderen, zoals neergelegd in art. 1:247 lid 1 BW. In het arrest van de Kruidhof/Gemeente Losser werd dat beroep evenmin gehonoreerd en dit gold ook voor het beroep op art. 1:247 lid 2 BW waarin is neergelegd dat de ouders verantwoordelijk zijn voor het lichamelijk en geestelijk welzijn van hun kinderen.

letsel waren niet alleen ziekenhuisopnamen en medische ingrepen noodzakelijk, doch ook langdurige intensieve verpleging en verzorging thuis. Volgens de Hoge Raad bracht in een dergelijk geval de redelijkheid met zich mee dat het de rechter vrij staat bij het beantwoorden van de vraag of het kind vermogensschade had geleden[10] en op welk bedrag die schade kon worden begroot, te abstraheren van de omstandigheden dat die taken in feite niet door professionele hulpverleners werden vervuld, dat de ouders jegens het kind geen aanspraak op geldelijke beloning voor hun inspanningen konden doen gelden en dat zij, zoals hier, in staat waren die taken te vervullen zonder daardoor inkomen te derven.
De deur leek te zijn opengezet voor een min of meer onbeperkte abstracte benadering van de (schade)vergoeding. De vraag is of dat daadwerkelijk zo is. In zijn Conclusie heeft A-G Spier opgemerkt dat de kosten van vrije tijd, besteed ten behoeve van een benadeelde, onder bepaalde omstandigheden eveneens voor vergoeding in aanmerking kunnen komen door deze abstract te berekenen. Volgens hem is daarvoor tenminste vereist:
dat er een nauwe – niet noodzakelijkerwijs familiale – band bestaat tussen de benadeelde en degene die deze tijd aan hen heeft besteed;
dat het gaat om werkzaamheden die, indien door de benadeelde uitbesteed aan derden, voor vergoeding in aanmerking zouden zijn gekomen; en
dat sprake is van een wezenlijk schrijnende situatie wanneer deze werkzaamheden onvergoed zouden blijven waarvoor in elk geval nodig is dat het gaat om een relevant tijdsbeslag.

Naarmate de schuld lichter is, ontstaat er reden voor terughoudendheid. Voorts geeft Spier in zijn conclusie aan dat de algemene redelijkheidsmaatstaf het voordeel biedt dat deze alle ruimte laat voor nadere invulling door de rechtspraak.

Ik vraag mij af welk resultaat toepassing van de redelijkheidstoets zou hebben gegeven, indien de moeder van Johanna Kruidhof zelf uiterst onzorgvuldig zou zijn geweest waardoor een pan met kokend water over Johanna zou zijn gevallen met als gevolg vergelijkbaar zwaar letsel. In dat geval zou het letsel dus door schuld van de moeder zijn ontstaan. Zou de moeder in dat geval ook een groot deel van haar vrije tijd hebben besteed aan de verzorging en verpleging van haar dochter, dan zou daarmee een deel van de ‘schade’ (namelijk de kosten die anders voor externe hulpverleners hadden moeten worden gemaakt) reeds in natura zijn vergoed en dan nog wel rechtstreeks door de aansprakelijke partij aan de gelaedeerde. Mooier kan het bijna niet.

In het arrest van de gemeente Losser heeft onmiskenbaar een rol gespeeld dat de ouders met al hun inspanningen ten behoeve van hun dochter in natura aan een verplichting voldeden, die primair rustte op de aansprakelijke[11]. In zijn algemeenheid zal het inderdaad onredelijk worden gevonden, indien anderen al dan niet uit eigen morele overwegingen, zwoegen waardoor de aansprakelijke partij ‘vrijuit’ gaat. In het geval waarin een moeder haar eigen kind het letsel toebrengt, zal de verzorging en verpleging door de moeder niet snel onredelijk worden gevonden. Sterker nog, dit lijkt zelfs in de rede te liggen: het zal niet alleen een helende werking hebben op het gewonde kind, doch ook een helende werking op het schuldgevoel van de moeder.

Conclusie

Terug naar het voorbeeld. Het zal ook daarin van de omstandigheden van het geval afhangen of het redelijk is dat de echtgenoot (een deel van) zijn vrije tijd besteedt aan huishoudelijk werk en daarmee vergoeding van de schade, die zijn echtgenote in geval van inschakeling van een externe hulp daadwerkelijk zou hebben geleden, in natura voldoet. Als het om spaarzame vrije tijd gaat, die de echtgenoot hard nodig heeft om opnieuw energie op te doen voor zijn dagelijks werk, zou dat extra offers van hem vragen (de situatie zou daarmee schrijnend kunnen worden, in welk geval volgens Spier abstracte benadering is toegestaan). Het zou

10 In deze procedure werd de vergoeding van de ouders gevorderd als vermogensschade van het kind omdat de ouders q.q. optraden. Op zichzelf zou dit reeds tot afwijzing hebben moeten leiden nu van enige vermogensschade van het kind, in welke vorm dan ook geen sprake was. Ook daarin is de Hoge Raad de ouders tegemoet gekomen. Het probleem hoeft zich niet meer voor te doen: art. 6:107 BW kan in stelling worden gebracht.

11 Letterlijk luidde de overweging: *indien het dan, zoals in het onderhavige geval, gaat om een gewond kind waarvan de ouders op redelijke gronden zelf de voor genezing en herstel van het kind noodzakelijk verpleging en verzorging op zich nemen in plaats van deze taken aan professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners toe te vertrouwen, voldoen de ouders in natura aan hun verplichting die primair rust op de aansprakelijke. De redelijkheid brengt in een dergelijk geval mee ….*

zelfs ten koste van zijn werk kunnen gaan, waardoor hij op een gegeven moment ook zelf vermogensschade zou kunnen lijden. In dat geval zal een vergoeding voor de ten behoeve van de huishouding bestede vrije tijd op basis van zijn aansprakelijkheidsverzekering – die immers bedoeld is om het risico op vermogensschade van de aansprakelijke partij financieel af te dekken – redelijk kunnen zijn. Anders kan dit echter zijn indien de man ruim in zijn vrije tijd zit of sterker nog, helemaal niet werkt en bijvoorbeeld een WAO-uitkering ontvangt. Is het in zo'n geval niet redelijk van hem te verlangen dat hij van die vrije tijd een deel besteedt aan huishoudelijke werk, waarmee hij een deel van de schade van zijn echtgenote in natura vergoedt? Zou hij in dat geval met succes aanspraak kunnen maken op een vergoeding daarvoor, overeenstemmend met de vergoeding van een professionele hulp in de huishouding? Naar mijn oordeel niet want dat zou zelfs tot de merkwaardige (en mijns inziens onaanvaardbare) situatie leiden dat de aansprakelijke partij profiteert van de uitkering die de aansprakelijkheidsverzekeraar aan het andere gezinslid, in casu de echtgenote, uitkeert. Feitelijk zou de echtgenote dit bedrag aan haar man moeten betalen vanwege de door hem verrichte diensten. De man heeft daarmee niet alleen zijn vrije tijd verzilverd, bovendien zou dan sprake zijn van een beloning voor zijn handelen, dat tot aansprakelijkheid leidde.

De stelling die mij op 30 maart 2001 ter verdediging was aangeboden gaat mij iets te ver, omdat daarin geen mogelijkheid wordt gegeven voor nuancering. Het zal iedere keer van de omstandigheden van het geval afhangen of matigende invloed op de vergoedingsplicht voor hulp in en rond het huis, indien het ene gezinslid het andere gezinslid letsel toebrengt, redelijk is en ik zou de stelling dan ook willen herformuleren:

Indien één van de gezinsleden aansprakelijk is voor de personenschade van een ander gezinslid kan dit een matigende invloed hebben op de vergoedingsplichten voor hulp in en rond het huis, ook al is er een aansprakelijkheidsverzekeraar die de schade vergoedt.

Mr. R.M.J.T. van Dort

Door advocaat mr. J. Houkes werd ten tijde van het PIV symposium 2001 met advocate mevrouw mr. J. Meyst-Michels gediscussieerd over de ondehavige stelling:

Houkes verzocht mij in het kader van het naar aanleiding van dit symposium uit te geven boekwerk deze bijdrage te schrijven, waarin uiteraard zijn gedachten en mening omtrent voormelde stelling zijn verwerkt.

Om tot een correcte beoordeling en meningsvorming omtrent de inhoud en consequenties van deze stelling te komen, is het van belang de stelling goed te analyseren. De stelling heeft betrekking op aansprakelijkheid binnen het gezin. Het kan dan gaan om aansprakelijkheid van volwassenen jegens elkaar, van de ouder/volwassene ten opzichte van een minderjarig kind of van het kind ten opzichte van de ouder, al zal dit laatste niet snel voorkomen. Ik vat deze vormen van aansprakelijkheid gemakshalve samen onder de term gezinsaansprakelijkheid.

De stelling zegt vervolgens iets over het gevolg van gezinsaansprakelijkheid. Die zou namelijk leiden tot vermindering van de het slachtoffer c.q. getroffen gezinslid toekomende schadevergoeding, ongeacht de aanwezigheid van een AVP-verzekering. De vermindering van de schadevergoeding is echter alleen aan de orde, indien en voor zover vergoeding wordt geclaimd voor hulp en assistentie in en rond het huis.

In deze bijdrage zal ik onderzoeken of en zo ja in hoeverre deze stelling verdedigbaar is in ons huidige rechtsbestel. Daartoe zal ik allereerst ingaan op de vraag hoe een dergelijke matiging kan worden gekwalificeerd en gerechtvaardigd. Uiteraard zal aandacht worden geschonken aan de vraag of het, zoals in de stelling ligt besloten, in het kader van de matiging van de schadevergoeding, onverschillig is of er wel of geen aansprakelijkheidsverzekering is afgesloten ter dekking van de gezinsaansprakelijkheid. Ten slotte zal ik stilstaan bij de vraag of het (maatschappelijk) wenselijk is in geval van gezinsaansprakelijkheid, een dergelijke norm tot matiging te hanteren. Van belang is dan vast te stellen in wiens belang zulks zou zijn.

De korting of matiging van de toe te kennen schadevergoeding zou kunnen worden gerechtvaardigd als een consequentie van het feit dat de aansprakelijkheid binnen het gezin ligt. Het ‘gezin’ wordt beschouwd als een de het slachtoffer toe te rekenen omstandigheid, ofwel een omstandigheid die tot zijn risicosfeer behoort. De aard van de aansprakelijkheid is een min of meer familiaire of ‘eigen’ aangelegenheid. Met andere woorden een verkapte vorm van eigen schuld waarbij ‘eigen’ dan niet zozeer slaat op het slachtoffer zelf als wel op het gezin.

De andere grondslag om tot matiging over te gaan zou gelegen kunnen zijn in het feit dat er in geval van gezinsaansprakelijkheid binnen het gezin een soort natuurlijke verplichting bestaat om binnen het gezin de gevolgen van de aansprakelijkheid zoveel mogelijk zelf op te lossen of te compenseren en die derhalve niet zonder meer of uitsluitend uit te drukken in een op geld gewaardeerde vergoeding. Het slachtoffer wordt min of meer verplicht genoegen te nemen met een vergoeding (deels) in natura. De schade wordt (deels) vergoed door het aansprakelijke andere gezinslid, die hulp en assistentie verleent in en om het huis.

De ‘eigen schuld’ benadering

Is het rechtens verdedigbaar de omstandigheid dat de aansprakelijkheid is ontstaan binnen het gezin of de eigen familie, te beschouwen als een tot de risicosfeer van het getroffen andere gezinslid te beschouwen omstandigheid? Mogelijk biedt een gedateerd arrest van de Hoge Raad aanknopingspunten. In het arrest HR 20 maart 1959, NJ 1959/181 betrof het een aanrijding waarbij een gehuwde vrouw de ‘echtelijke’ auto bestuurde. Zowel de vrouw als de andere verkeersdeelnemer hadden schuld aan het ontstaan van de aanrijding. De echtgenoot van de vrouw vorderde volledige vergoeding van ‘zijn’ autoschade bij de andere bestuurder. De rechtbank wees de vordering voor de helft toe omdat de vrouw voor een gelijk deel schuld was aan het ontstaan van de aanrijding. De echtgenoot gaat in cassatie en betoogt, nu hij geheel buiten de schuldvraag stond en het zíjn auto betrof, dat de gehele schade had behoren te worden vergoed. De Hoge Raad overweegt:
Dat dit middel er terecht van uitgaat, dat degene, die voor de gevolgen van een aanrijding aansprakelijk is, door den benadeelde tot vergoeding van de gehele schade kan worden aangesproken ook indien de

aanrijding mede aan de schuld van een derde te wijten is; (.....) dat immers, indien de benadeelde in gemeenschap van goederen is gehuwd en de aanrijding mede aan de schuld van zijn echtgenote te wijten is, daarmede in dier voege rekening behoort te worden gehouden dat de vordering tot vergoeding der schade slechts gedeeltelijk wordt toegewezen en voor het overige ten laste van de gemeenschap blijft.

In deze casus wordt, vanwege de omstandigheid dat de auto behoorde tot de huwelijksgoederengemeenschap en het feit dat de echtgenote ook voor 50% schuld had aan de aanrijding, de schade die door de man werd gevorderd voor de helft toegewezen. Ik zal de theorieën over de rechtvaardiging van deze beslissing, die naar aanleiding van dit arrest door de annotatoren Polak en Rutten en door anderen zoals Van Wassenaer zijn ontwikkeld, verder onbesproken laten. Vastgesteld kan worden dat door de mede-eigendom van de auto van de echtgenote (als gevolg van de huwelijksgoederengemeenschap) in combinatie met de helft eigen schuld, de Hoge Raad niet via een omweg de eigen schuld buiten beschouwing wenste te laten, door de echtgenoot de volledige schade toe te wijzen. Door het huwelijksgoederenregime kwam de vergoeding dan immers ook weer voor de helft de echtgenote toe, die nu juist medeverantwoordelijk was voor het ontstaan van de schade. In zoverre kan ik mij bij die beslissing ook wel iets voorstellen.

In hoeverre kunnen we dit projecteren op onze stelling? Anders dan de echtgenote, die schuld had aan de aanrijding, kan het enkele zíjn van gezinslid niet als enige vorm van schuld of verantwoordelijkheid worden gekwalificeerd. Daarbij ga ik er gemakshalve van uit dat er geen andere omstandigheden, zoals eigen onvoorzichtigheid of iets dergelijks, aan de orde zijn die een toerekening aan het slachtoffer/gezinslid rechtvaardigen. In zoverre biedt het arrest geen soelaas. In hoeverre spelen dan de onderlinge verhoudingen een rol bij de beoordeling? Is het reëel de omstandigheid dat sprake is van gezinsaansprakelijkheid en het gegeven dat de schadevergoeding uiteindelijk weer binnen het gezin wordt aangewend ter compensatie van kosten in verband met extra hulp, waarvan mogelijk ook het aansprakelijke gezinslid ‘profiteert’, te zien als een rechtvaardiging voor matiging?

Het feit dat het verantwoordelijke gezinslid wellicht mede’profiteert’ van de vergoeding van kosten van de hulp is eigenlijk alleen aan de orde in geval sprake is van een verzekering die tot uitkering van de vergoeding overgaat. Immers, wanneer die verzekering er niet is en het verantwoordelijk gezinslid uit eigen middelen de schade moet vergoeden, kan nog moeilijk gesproken worden van ‘profiteren’. Het cruciale verschil in het met het hiervoor aangehaalde arrest uit 1959 is, dat het nu geen vergoeding van zaakschade betreft waarbij de eigendomsverhoudingen volgens de Hoge Raad van belang zijn in relatie tot de vastgestelde mate van eigen schuld, maar dat het persoonlijke schade betreft die zich onder andere manifesteert op het terrein van hulp en verzorging. Eigendomsverhoudingen spelen geen rol, terwijl moeilijk kan worden volgehouden dat enkel het deel uitmaken van een gezin, behoort te worden gezien als een omstandigheid die een ‘risicosfeer’ behelst waarmee in de vorm van een korting op de schadevergoeding rekening moet worden gehouden. Dat zou niet reëel zijn. Aan het ‘gezin’ als zodanig kleven immers geen bijzondere risico’s of omstandigheden die een oprekking van de ‘eigen schuld’ in die zin zouden kunnen rechtvaardigen. Feitelijk is, behalve het gegeven dat de onrechtmatige daad binnen het gezin werd gepleegd, de aard en grondslag van de aansprakelijkheid geen andere dan die welke buiten de gezinssfeer ligt, namelijk onrechtmatige gedrag. Daarvan uitgaande behoren de consequenties van die aansprakelijkheid dan ook niet op basis van andere normen te worden beoordeeld.
Via de weg van de ‘eigen schuld’ kan een matiging mijns inziens niet worden gerechtvaardigd.

In dit verband verdient het nog aanbeveling te wijzen op het arrest van de Hoge Raad in de kwestie Boon/Prenger, HR 31 mei 1986, VR 1986, 56. In die zaak was een minderjarig kind in haar gezicht gebeten door de hond van Boon. De vader van het kind werd verweten onvoldoende toezicht te hebben gehouden teneinde een en ander te voorkomen. Vraag was of en zo ja in hoeverre de fout van de vader het minderjarige kind moest worden toegerekend als eigen schuld. De Hoge Raad oordeelde dat de fout van de vader niet aan het kind als eigen schuld kan worden toegerekend. De Hoge Raad overwoog:
(...) Daarbij dient bedacht te worden dat het kind niet voor fouten van zijn ouders aansprakelijk is en dat het toerekenen van de fout van de ouder aan het kind het ongewenste gevolg zou hebben, dat het kind –teneinde zijn schade geheel vergoed te krijgen- genoodzaakt zou zijn om zowel de zijn ouder als de derde tot schadevergoeding aan te spreken. Voorts zou het risico van geldelijk onvermogen van de ouder dan op het kind drukken, hoewel dat – anders dan de derde - geen fout heeft gemaakt.

In een situatie als deze, waarbij dus niet alleen gezinsaansprakelijkheid aan de orde is, maar ook aansprakelijkheid van een derde, kan het kind de derde aanspreken voor de volledige schade, waarna die

derde eventueel verhaal kan zoeken op de ouder of diens verzekeraar. Het kind kan ook de ouder rechtstreeks aanspreken. Stel dat het kind schade lijdt in de sfeer van kosten voor verzorging en hulp, gedurende de eerste maanden na het voorval. Het zou dan, in de sfeer van onze stelling, tot een onbillijk verschil leiden, indien het kind de derde tot volledige vergoeding van zijn schade kon aanspreken, maar zijn vader slechts voor een deel, namelijk niet voor de schade die verband houdt met de kosten van hulp en verzorging. Het kind zou er dan dus in zijn eigen belang altijd voor kiezen de derde voor de volledige schade aan te spreken. Vraag die zich dan zou voordoen, uitgaande van de stelling, is of de derde voor de door hem betaalde kosten van hulp en verzorging, verhaal zou kunnen nemen op de ouder. De ouder zou die kosten namelijk in het kader van de gezinsaansprakelijkheid niet hoeven hebben te voldoen. Kan hij dan wel verplicht worden die te voldoen aan de derde? Ook in dit opzicht zou dat dus leiden tot onduidelijkheid en mijns inziens onwenselijke situaties.

Als punitatieve maatregel

Kan de matiging wellicht anderszins worden gerechtvaardigd? Via de benadering dat bij gezinsaansprakelijkheid, op het aansprakelijke gezinslid, de verplichting rust, de noodzakelijke hulp en assistentie deels zelf te verlenen en aldus de financiële gevolgen van het letsel, zoveel mogelijk binnen het gezin op te lossen. Aldus geredeneerd behoort het gezinslid, dat aansprakelijk is voor het letsel of de schade, er voor te zorgen dat de financiële gevolgen van die aansprakelijkheid zoveel mogelijk beperkt blijven. In dat opzicht zou de matiging op de schadevergoeding kunnen worden gezien als een soort punitatieve maatregel als gevolg van de aard van de aansprakelijkheid. Het punitatieve karakter zit daarin dat van de dader c.q. het aansprakelijke gezinslid wordt verlangd dat hij of zij de noodzakelijke hulp en assistentie zelf biedt in belang van het getroffen slachtoffer/medegezinslid. De schadevergoeding wordt dan in financieel opzicht verminderd, omdat zij deels in natura door het verantwoordelijke gezinslid wordt voldaan.

Vastgesteld kan worden dat ons huidige recht niet zonder meer uitgaat van een vergoeding in natura. Art. 6:103 bepaalt dat uitgangspunt is de schadevergoeding in geld te voldoen. Slechts wanneer het slachtoffer zelf aandringt op vergoeding in een andere vorm, bijvoorbeeld in natura, kan van de hoofdregel worden afgeweken. Het primaat van die keuze is uitdrukkelijk het slachtoffer toebedeeld. Bij gezinsaansprakelijkheid is dat naar mijn idee niet anders. Slechts wanneer het slachtoffer zelf kiest voor een (gedeeltelijke) vergoeding van zijn schade in natura en er aldus genoegen mee neemt dat het aansprakelijke gezinslid de hulp in en om de woning voor zijn rekening neemt, zal de financiële vergoeding in evenredigheid afnemen. Van enige vanzelfsprekendheid als waar de stelling van uitgaat, is evenwel geen sprake.

Ook bij deze benadering kan niet zomaar worden voorbijgegaan aan het al dan niet bestaan van een verzekering die de aansprakelijkheid dekt. Is er geen verzekering, dan is voorstelbaar dat het gezinslid dat de schade heeft veroorzaakt, uitdrukkelijk aanbiedt de kosten als gevolg van noodzakelijke hulp in en om de woning te willen beperken door zelf in die hulpvraag te voorzien. Daar is niets op tegen, mits ook het slachtoffer op die wijze schadeloos wil worden gesteld. Wanneer er bovendien sprake zou zijn van een beperkte draagkracht aan de zijde van het aansprakelijke gezinslid, is het temeer billijk met een dergelijk uitdrukkelijk aanbod van de schadeplichtige rekening te houden.

Is er daarentegen wél sprake van een verzekering die uiteindelijk de schade vergoedt, dan is het, uitgaande van het bepaalde in art. 6:103 BW, aan het slachtoffer te bepalen op welke wijze hij zijn schade vergoed wenst te zien. Wanneer hij om welke reden dan ook de voorkeur geeft aan financiële afdoening ineens, is er naar mijn idee rechtens geen valide argument op grond waarvan de verzekeraar het slachtoffer zou kunnen verplichten de schadevergoeding deels in natura te laten toekomen. Om die reden is het reëel noch billijk bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding rekening te houden met een fictieve korting op de schadevergoeding als een soort punitatieve maatregel, omdat daarmee niet zozeer het aansprakelijke gezinslid wordt belast, als wel het getroffen gezinslid. Immers, het verzekerde aansprakelijke gezinslid kan door de verzekeraar geenszins worden verplicht - in natura - een bijdrage te leveren in de voor het slachtoffer noodzakelijke hulp. Wanneer dit gezinslid zich vervolgens onder zijn verplichtingen uitmaakt, kan ook het getroffen gezinslid alleen maar lijdzaam toekijken. Het getroffen gezinslid kan aldus het bij de berekening al gekorte bedrag niet langs andere weg, via het aansprakelijke gezinslid, compenseren. Niet de aansprakelijke partij wordt dan ‘gestraft’ maar het slachtoffer en in feite dubbel!
Ook via deze benadering kan de matiging dus niet op redelijke argumenten worden gerechtvaardigd.

Onderzocht kan nog worden of er op grond van de gezinsaansprakelijkheid of de bijzondere aard van de (rechts)verhouding waarin gezinsleden tot elkaar staan, reden is aan te nemen dat de rechter over zou gaan tot matiging op grond van de hem gegeven mogelijkheid in art. 6:109 BW. Zou dat het geval zijn, dan is daarin wellicht een argument gelegen om bij gezinsaansprakelijkheid meer in zijn algemeenheid te matigen. De aard van de aansprakelijkheid en de rechtsverhouding tussen partijen zijn in beginsel gronden die de rechter tot matiging kunnen doen besluiten.

Is gezinsaansprakelijkheid zodanig bijzonder dat dit aanleiding kan geven tot matiging? Het bijzondere van aansprakelijkheid binnen het gezin is slechts gelegen in de omstandigheid dat het onrechtmatig gedrag betreft van het ene gezinslid ten opzichte van het andere, een min of meer familiaire aangelegenheid. De grondslag voor de aansprakelijkheid is evenwel geen andere dan die welke buiten het gezin leidt tot de verplichting tot schadevergoeding, namelijk onrechtmatig gedrag.
In de parlementaire toelichting op art. 6:109 BW en in de literatuur, onder andere Asser Hartkamp 2000 (4-I nummer 495) en Spier e.a., Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding, nr. 258 e.v., valt af te leiden dat met 'aard der aansprakelijkheid' volgens de wetgever is gedoeld op aansprakelijkheden buiten schuld of risicoaansprakelijkheid. In die gevallen lijkt matiging eerder aan de orde dan in andere gevallen, waarbij er geen sprake is van risicoaansprakelijkheid en schuld onmiskenbaar is. Tot die andere gevallen behoort ook de gezinsaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. In dat opzicht is de aard der aansprakelijkheid geen bijzondere en kan zij als zodanig naar mijn mening geen aanleiding geven tot rechterlijke matiging.

De tussen partijen bestaande onderlinge rechtsverhouding dan. Die is in zoverre anders ten opzichte van aansprakelijkheid buiten het gezin, dat tussen partijen sprake is van een gezins- of familiaire band. In de literatuur en parlementaire geschiedenis wordt bij een bijzondere rechtsverhouding als bedoeld in art. 6:109 BW met name gedoeld op een rechtsverhouding zoals bijvoorbeeld bij belangenloze en vrijwillige zaakwaarneming of bij kosteloos verleende hulp als gevolg waarvan toerekenbare schade ontstaat. De bijzonderheid van de rechtsverhouding zit dan in het vrijblijvende of vrijwillige karakter, dat ongewild tot schade heeft geleid; een goed bedoelde actie die verkeerd heeft uitgepakt. Het vrijwillige of vrijblijvende karakter vormt dan de rechtvaardiging van de matiging. Een dergelijke bijzonderheid doet zich bij aansprakelijkheid binnen het gezin feitelijk niet voor. Zoals al opgemerkt, is de aard en grondslag van de aansprakelijkheid geen andere dan die welke buiten gezinsverband aan de orde kan zijn. Hoogstens wanneer het ene gezinslid in een goedbedoelde, volstrekt vrijwillige actie een ander gezinslid schade toebrengt, kan dat weer reden zijn te matigen, doch dan is de rechtvaardiging daarvan niet gelegen in de onderlinge familiaire band, maar in het vrijwillige karakter van de handeling.

Interessant is het in dit kader nog te vermelden dat art. 6:109 BW lid 2 bepaalt dat, wanneer sprake is van een aansprakelijkheidsverzekering, matiging niet aan de orde is tot een lager bedrag dan waarvoor de aansprakelijke zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken. Met andere woorden, zelfs al zou gezinsaansprakelijkheid een van de omstandigheden zijn op grond waarvan de rechter tot matiging van de schadevergoeding zou kunnen besluiten, dan behoort die matiging nooit verder te gaan dan tot het bedrag waarvoor de aansprakelijkheid was gedekt. Hieruit kan worden afgeleid dat het bestaan van een AVP-verzekering een min of meer van de werkelijke omstandigheden abstraherend karakter heeft. Doordat een dergelijke verzekering is afgesloten, is de aard van de aansprakelijkheid, de draagkracht of de bijzondere rechtsverhouding niet meer van zodanig belang, dat de rechter een matigingsrecht zou mogen hanteren dat verder gaat dan het bedrag waarvoor de aansprakelijkheid is gedekt. In het kader van onze stelling is dat natuurlijk een belangrijk gegeven. Waar in de stelling ervan wordt uitgegaan dat het bestaan van een AVP-verzekering niet van invloed is op het veronderstelde matigingsrecht, denkt de wetgever daar in geval van rechtelijke matiging contrair over. Op grond hiervan kan worden verdedigd dat juist in geval van het bestaan van een AVP-dekking, matiging niet aan de orde is, derhalve ook niet bij aansprakelijkheid die zich binnen gezinsverband heeft gemanifesteerd.

Resumerend kan worden vastgesteld dat ons huidige rechtsbestel niet zonder meer een basis biedt voor een matiging van of korting op de schadevergoeding bij gezinsaansprakelijkheid. Is er geen sprake van een AVP-dekking, dan zijn er in sommige gevallen argumenten om de vergoeding te matigen, mits het benadeelde gezinslid daar een voorkeur voor uitspreekt en wanneer het aansprakelijke lid de taak op zich neemt de noodzakelijke hulp en assistentie zelf te bieden. Door de aansprakelijke partij zullen dan wel voldoende waarborgen jegens het getroffen gezinslid moeten worden geboden voor wat betreft de wijze waarop en de looptijd gedurende welke de hulp wordt verleend. Bij het bestaan van een verzekering die de schade dekt,

bestaan daar, behalve dat de verplichtingen voor de verzekeraar lager uitvallen, overigens geen reële argumenten voor.

Zou een dergelijke matigingsbevoegdheid wellicht dan toch maatschappelijk wenselijk of zelfs billijk kunnen zijn? In onze slachtofferbeschermende cultuur kan ik mij niet voorstellen dat er, anders dan verzekeraars, voorstanders zijn van een systeem waarbij enkel het gegeven dat er sprake is van gezinsaansprakelijkheid, bijvoorbeeld uit punitatieve overwegingen jegens de aansprakelijke partij, wordt gekort op de schadevergoeding. Immers, niet zozeer die aansprakelijke partij wordt daardoor direct getroffen, maar het al getroffen gezinslid dat schade lijdt. Een dergelijke matiging zou dan gekoppeld moeten worden aan een de dader op te leggen verplichting een deel van de schade in natura te compenseren door hem te verplichten zelf de noodzakelijke hulp te bieden. Afgezien van de vraag of zulks juridisch te arrangeren is, ziet het slachtoffer zich in zo'n situatie geconfronteerd met allerlei problemen en onduidelijkheden.

Allereerst de vraag of de 'dader' in staat is die wijze van hulp te bieden, waaraan bij het slachtoffer behoefte bestaat. Moet het slachtoffer in het kader van de gezinsaansprakelijkheid misschien ook genoegen nemen met wat minder adequate hulp? Wordt gedurende de gehele looptijd die hulp geboden en zo niet, hoe wordt de hulpbehoefte dan ingevuld? Wat gebeurt er als het verantwoordelijke gezinslid het gezin, al dan niet plotseling, verlaat? Is er een morele of levenslange verplichting de hulp te verlenen?

Zonder ook deze vragen in de totale afweging te betrekken, is het niet reëel van een vanzelfsprekende matiging op de schadevergoeding uit te gaan bij gezinsaansprakelijkheid. Kan aan die onzekerheden op enigerlei wijze tegemoet worden gekomen? Dat zou slechts kunnen via allerlei contractueel vast te leggen verplichtingen tussen slachtoffer en verantwoordelijk gezinslid. Contractuele afspraken met betrekking tot looptijd en invulling van de hulpbehoefte. Als dat al juridisch te realiseren zou zijn, hetgeen mij bijzonder lastig en omslachtig lijkt, blijft het slachtoffer bij voortduring afhankelijk van de toegewijdheid en welwillendheid van het aansprakelijke gezinslid met betrekking tot de hulpverlening. Met name bij meer ernstige aandoeningen met een grote hulpafhankelijkheid, is dat een voor het slachtoffer ongunstige situatie. Zeker, wanneer die wordt vergeleken met de gebruikelijke wijze van afdoening bij aansprakelijkheid van derden, de afdoening in een bedrag ineens. Doel van de afdoening ineens is niet alleen een financiële regeling te treffen waarin alle schadeposten voor zover redelijk zijn verdisconteerd, maar ook om verder onafhankelijk van de 'dader' of diens verzekeraar, te kunnen voortbestaan. Bij een regeling waarbij voor wat betreft de hulpbehoefte afhankelijkheid blijft bestaan van de feitelijke veroorzaker van de schade, is eigenlijk nimmer sprake van een afronding van de zaak.

In feite is de gehele matiging van de schadevergoeding bij gezinsaansprakelijkheid in de veronderstelling dat de 'dader' het ontbrekende deel der schadevergoeding in natura zal opvangen, ingeval van het bestaan van een AVP-verzekering, onlogisch, zeg maar tegendraads. Partijen bij een schade als gevolg van gezinsaansprakelijkheid zijn het slachtoffer, de verantwoordelijke en de verzekeraar. De verantwoordelijke heeft ter dekking van zijn risico's en aansprakelijkheid premie betaald voor een AVP-verzekering. De verzekeraar heeft de verplichting de schade voor zover gedekt door de polis, te vergoeden. Daarvoor heeft de verzekerde nu juist premies betaald en heeft de verzekeraar dat verzekerbare risico op zich genomen. Het kan dan niet zo zijn dat de verzekeraar een deel van zijn verplichting de schade te vergoeden neerlegt bij zijn eigen verzekerde omdat er sprake is van aansprakelijkheid die binnen het gezin is ontstaan. Dat zou min of meer hetzelfde effect hebben als wanneer ingeval van gezinsaansprakelijkheid er een regresmogelijkheid zou zijn op het aansprakelijke gezinslid. Daarvan is echter in de regel geen sprake, zodat de verzekerde er op mag vertrouwen dat hij op grond van de door hem afgesloten verzekering en betaalde premie niet financieel of in persoon wordt belast met de te betalen schadevergoeding. Dat is zijn doel geweest bij het sluiten van de verzekeringspolis. De verzekeraar kan zich van zijn verplichtingen evenmin onttrekken als de verzekerde bij het betalen van de verschuldigde premies.

Door niet te onderscheiden naar aansprakelijkheid binnen of buiten het gezin, ontstaan naar mijn mening geen onbillijke situaties, zelfs niet in de door Meyst aangehaalde gezinssituatie waarbij de 'dader' een volledig thuis in de WAO-zittende persoon is. Ook die heeft immers zijn AVP-premie betaald en heeft derhalve evenzeer recht op volledige betaling door de verzekeraar als elke andere verzekerde. Bovendien wordt het slachtoffer dan niet belast met onzekerheden over de manier en de looptijd van de hulpverlening, terwijl ook de verzekeraar niets te klagen heeft. Die heeft immers net als van alle andere verzekerden de premie ontvangen en behoort zijn deel van het verzekeringscontract na te komen.

Ik kom tot een afronding.

Schuld speelt niet bij alle vormen van aansprakelijkheid een rol. Schuldgevoel is evenmin steeds vanzelfsprekend aan de orde. De ene heeft daar meer ‘last’ van dan de ander. Bij aansprakelijkheid binnen het gezin, zeker wanneer het betreft aansprakelijkheid van de ouder ten opzichte van het kind, zal schuldgevoel veelal in sterkere mate aan de orde zijn, dan bij aansprakelijkheid ten opzichte van een derde. De stelling zoals hier uitvoerig besproken lijkt in zekere mate in te spelen op dat schuldgevoel. Het ligt immers voor de hand dat, eerder dan bij aansprakelijkheid ten opzichte van een derde, het schuldgevoel het verantwoordelijke gezinslid zal bewegen zelf inspanningen te leveren om niet alleen het slachtoffer ter wille te zijn, maar ook en wellicht vooral het eigen schuldgevoel te bevredigen. Niet uitgesloten kan worden dat de verzekeraar die daar in het kader van de schaderegelingsdiscussie op anticipeert, het verantwoordelijke gezinslid bereid vindt een deel van de hulp en verzorging zelf te verlenen c.q. voor zijn rekening te nemen, hoe juridisch onlogisch dat in feite ook zou zijn. Het getroffen gezinslid is daar vanwege de hiervoor beschreven onzekerheden, niet bij gebaat. Bovendien is kenmerkend voor schuldgevoel dat het met de loop der tijd slijt en afneemt. De uit dergelijk gevoel ingegeven bereidheid zelf hulp te verlenen zwakt dan ook af met alle voor het slachtoffer nadelige consequenties van dien. De verzekeraar heeft daar in een dergelijk geval geen last meer van. De zaak is dan immers al lang geregeld!

4 Hulp en geld (binnen het gezin)

Stelling
Voor vorderingen van gezinsleden van benadeelden geldt het beginsel van de concrete schadevergoeding. Slechts in uitzonderingsgevallen is een vergoeding op abstracte basis redelijk.

Toelichting
Verplaatste schade kan ontstaan door extra uitgaven van gezinsleden. Deze uitgaven zijn als zodanig gewoon vorderbaar. Problemen ontstaan, als gezinsleden extra inspanningen na en door een ongeval verrichten ten behoeve van het benadeelde gezinslid. Concreet worden hier geen uitgaven gedaan, maar wordt 'slechts' vrije tijd ingeleverd. De regels van het Verbond van Verzekeraars schrijven voor, dat voor deze inspanningen een 'redelijke' vergoeding moet worden verstrekt. Onduidelijk is, wat een redelijke vergoeding is. In de praktijk worden geregeld vorderingen ingediend die zijn gebaseerd op de kosten die betaald zouden zijn, als de inspanningen door een professionele derde zouden zijn verricht. Voor de hulp in het huishouden die door de echtgenoot wordt verricht, wordt dan minstens *ƒ* 15 per uur gevorderd, soms gekapitaliseerd tot 75-jarige leeftijd. Een dergelijke vordering behoeft slechts in uitzonderingsgevallen te worden gehonoreerd. Zie in dit verband ook het arrest 'Kruidhof' (HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, nt. ARB).

Auteurs/pleiters
Mr. P. van der Nat, Van der Nat Litigation
Mr. J.M. Tromp, Maarten Tromp Advocaten

Hulp en geld (binnen het gezin) *Mr. P. van der Nat*

De schadevergoeding voor huishoudelijke hulp dient, behoudens in enkele uitzonderingsgevallen, concreet te worden berekend

Als in een gezin de taken opnieuw verdeeld moeten worden, omdat een van de gezinsleden door ongevalsbeperkingen zijn aanvankelijke taken niet meer kan vervullen, heeft dat als regel geen financiële consequenties voor de gewonde en evenmin voor de gezinsleden gezamenlijk. Men zou menen dat geen schade wordt geleden en dat er dus ook geen schade valt te vergoeden.

De Verbondscommissie Schaderegelingsbeleid - ik maakte daar destijds deel van uit - heeft in 1980 de aanbeveling gedaan, dat een benadeelde voor hulp niet naar gezinsleden, familieleden of buren zou worden verwezen. Zou dergelijke hulp niettemin worden verleend, vervolgt de aanbeveling, dan wordt desgevraagd een redelijke vergoeding verstrekt. (De aanbeveling is gepubliceerd in VR 1984, p. 231.) Naar de wijze waarop aan deze aanbeveling uitvoering werd gegeven heb ik navraag gedaan bij schaderegelaars van verzekeraars die dat werk ook destijds al verrichtten. In de schaderegelingspraktijk konden de schaderegelaars en de belangenbehartigers van benadeelden goed met de aanbeveling uit de voeten. Aan de aanbeveling een vergoeding te verstrekken werd invulling gegeven naar gelang van de concrete omstandigheden van het geval. Als voorbeelden konden worden genoemd dat er door beide partijen redelijk geachte, altijd ronde en nooit berekende, bedragen werden betaald; dat de kosten van een vakantie voor de hulpverlener werden betaald; dat het geld beschikbaar werd gesteld voor een door de hulpverlener gewenst geschenk; e.d. Met het bedrag van de redelijke vergoeding had men niet het oog op de uitgespaarde kosten van professionele hulp. De partijen richtten zich meer op een vergoeding van een aard en een omvang zoals deze in het gezin ook zonder de betrokkenheid van de verzekeraar aan de orde zou kunnen komen. De aanbeveling leverde aldus een bijdrage aan de mogelijkheid letselschaden soepel en tot tevredenheid af te wikkelen. De aanbeveling beantwoordt niet de vraag of voor deze hulp een recht op schadevergoeding bestaat, in welke gevallen, hoe de schade moet worden berekend, etc.

Op 28 mei 1999 wees de Hoge Raad arrest in de zaak van Kruidhof/Gemeente Losser (NJ 1999, 564, nt. ARB). Johanna liep op 11-jarige leeftijd ernstige brandwonden op. Haar beide ouders besteedden veel tijd aan de noodzakelijke verzorging van Johanna. Zij spendeerden ook vakantiedagen aan ziekenhuis en artsenbezoek. De ouders hadden niet minder inkomsten. In cassatie ging het om:
De toewijzing door het hof van een geschatte vergoeding van *f* 15.000 (± € 6.800) voor 1.386 uur die door de ouders aan verpleging en begeleiding werd besteed.
De toewijzing van *f* 5.000 (± € 2.250) voor vakantiedagen die werden opgenomen voor bezoek aan artsen en het ziekenhuis.

De Hoge Raad oordeelt de vordering ter zake van de verpleging en begeleiding toewijsbaar, waarbij wordt overwogen:
De aansprakelijke is van de aanvang af verplicht de gekwetste in staat te stellen zich van de noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien.
De ouders voldoen in natura aan de primair op de aansprakelijke rustende verplichting, indien:
- *het noodzakelijke verzorging en verpleging betreft;*
- *de beslissing van de ouders om verzorging en verpleging zelf op zich te nemen op redelijke gronden berust;*
- *het alternatief zou zijn om betaalde professionele hulp in te schakelen.*

In een dergelijk geval heeft de rechter de vrijheid de vraag of vermogensschade is geleden en zo ja tot welk bedrag te beantwoorden, abstraherend van het feit dat:
- *De verzorging en verpleging niet aan betaalde professionele hulp werd gelaten,*
- *De ouders jegens het kind geen aanspraak op beloning hebben,*
- *De ouders geen inkomsten derven.*

Als wordt geabstraheerd van de omstandigheid dat geen betaalde professionele hulp wordt ingeschakeld, is daarmee de weg geopend naar het oordeel dat vermogensschade is geleden. De overweging van de Hoge Raad, dat de vergoeding niet meer kan bedragen dan het voor professionele hulp uitgespaarde bedrag, ligt in het verlengde van deze abstractie. In de begroting van de schade is de rechter voor het overige vrij.

Het verlies van vakantiedagen kwalificeert de Hoge Raad, zonder abstracties, als vermogensschade. Dat oordeel is (zie ook de noot van Bloembergen onder het arrest) verklaarbaar uit het feit dat vakantiedagen ook daadwerkelijk economische waarde hebben. De vordering tot vergoeding van vakantiedagen wordt evenwel afgewezen, nu de op die dagen vervulde taken - bezoek aan artsen en aan het ziekenhuis - niet aan professionele hulp worden uitbesteed. Hierbij gaat het dus niet om een inspanning waarmee de ouders in natura voldoen aan een verplichting van de veroorzaker.

De uitkomst van deze procedure is redelijk. Wie de casus leest, zal de ouders de aan hen toegewezen vergoeding niet willen ontzeggen. De omvang van de gevorderde bedragen, die een dergelijke procedure niet rechtvaardigt, doet vermoeden dat het partijen vooral om een principiële uitspraak te doen was. In die opzet is men geslaagd. Bloembergen voorspelde aan het begin van zijn noot dat het arrest tekstverwerkers in beweging zou brengen en dat het zou kunnen '*prikkelen tot opbouw van een nieuw stukje claimcultuur*'. Spier spreekt in zijn conclusie (4.22) van een niet onbegrijpelijke vrees voor een lawine van claims. Bloembergen en Spier hebben, zowel ten aanzien van de tekstverwerkers als met betrekking tot de claims, gelijk gekregen.

De vraag hoe de praktijk na dit arrest verder moet is eenvoudig te beantwoorden voor, als zodanig gemakkelijk herkenbare, met die van Johanna K. vergelijkbare vorderingen. Dat zijn er, gelukkig, niet zo veel. Ook als het minder ernstig letsel betreft en het gaat om overeenkomstige tijdsbesteding, biedt dit arrest de sleutel voor de oplossing. Als het letsel van een gezinslid betreft waarbij er wél ziekenhuisbezoek is, maar geen thuisverpleging van een aard en omvang dat professionele hulp wordt uitgespaard, zal er als regel geen aanspraak op vergoeding voor bestede (vrije) tijd bestaan. Een veel groter aantal gevallen heeft betrekking op problematiek die niet zo schrijnend is als de problematiek die in de zaak van Johanna K. aan de orde was. Net als Tromp in diens bijdrage voor dit boek beperk ik mij nu verder tot de binnen het gezin verleende huishoudelijke hulp. Daarbij gaat het er dus om dat het ene gezinslid huishoudelijke taken van de ander overneemt, omdat die ander door ongevalsgevolgen die taken (tijdelijk) niet meer kan vervullen. Het aantal zaken waarin dit aan de orde kan komen rechtvaardigt te spreken van een potentiële lawine van claims.

De vraag of vermogensschade wordt geleden kan, zoals de Hoge Raad ons in het arrest Johanna K. heeft geleerd, niet reeds ontkennend beantwoord worden met de constatering dat er in de vermogenspositie door het ongeval (ten aanzien van dit aspect) geen verandering is opgetreden. Dat gold voor Johanna en haar ouders immers ook, niettemin is een vergoeding voor geleden vermogensschade toegekend. In de zaak van Johanna K. kon vermogensschade aanwezig worden geacht als gevolg van het abstraheren van het feit dat geen betaalde professionele hulp werd ingeschakeld.

Bij herverdeling van taken binnen het gezin zal in het overgrote deel van de gevallen reeds niet van schade kunnen worden gesproken, omdat geen sprake is van (relevante) opoffering van vrije tijd. Indien - ik realiseer mij dat ik een eenvoudige voorstelling van de omvang van het huishoudelijke werk geef - de taakverdeling binnen het gezin voor het ongeval inhield dat de vrouw kookte en de was deed, terwijl de man stofzuigde en de ramen lapte, is er geen schade als zij na een ongeval van taken wisselen. Een dergelijke aanpak is redelijk. Het feit dat er een voor het ongeval aansprakelijke partij is, impliceert niet dat (ook) geabstraheerd zou moeten worden van de normale gang van zaken binnen gezinsverband en dat de door het ongeval in het gezin veroorzaakte veranderingen gecommercialiseerd zouden moeten worden. Deze aanpak verschilt niet van, bijvoorbeeld, de gang van zaken in kleine samenwerkingsverbanden als een winkel of een boerenbedrijf, waar een dergelijke herverdeling van taken na een ongeval, waarvoor een derde aansprakelijk is, al evenzeer gebruikelijk is. De aanpak vertoont ook overeenstemming met de reïntegratie van een arbeidsongeschikte in ander werk, met dien verstande dat de betrokkenheid van gezinsleden daarbij afwezig is of minder op de voorgrond staat.

De tijdens de 1e PIV-Jaarconferentie voorliggende stelling luidde:
Voor vorderingen van gezinsleden van benadeelden geldt het beginsel van concrete schadevergoeding. Slechts in uitzonderingsgevallen is een vergoeding op abstracte basis redelijk.
Van abstracte schadeberekening wordt gesproken als geabstraheerd wordt van de concrete omstandigheden van het geval. Zonder dergelijke abstracties is de schadeberekening concreet. Tot de beginselen van het schadevergoedingsrecht behoort dat vermogensschade volledig moet worden vergoed[12]. Bij dat beginsel past

12 O.m. Barendrecht/Storm, *Berekening van schadevergoeding*, p. 19, zie ook de daar vermelde literatuur.

dat de schade zoveel mogelijk concreet wordt berekend. Dat geldt met name naarmate de schade meer persoonsgebonden is. Personenschade zal dan ook in de regel 'concreet' en 'subjectief' vastgesteld moeten worden[13]. Hartkamp noemt (nr. 417) als voordeel van de abstracte schadeberekening de doelmatigheid, terwijl de uitkomst van de berekening in de meeste gevallen redelijk is. In zijn visie (nr. 418) is abstracte schadeberekening geen rechtsregel, maar een praktisch hulpmiddel, dat in sommige gevallen bij het vaststellen van de schadeomvang goede diensten kan bewijzen.

Waar in de literatuur over het verschil in uitkomst tussen de concrete en de abstracte schadeberekening wordt gesproken, bevinden de voorbeelden zich veelal op het gebied van de niet nagekomen koopovereenkomst. In literatuur waarin het gaat om op een verzekeraar verhaalbare schade, wordt gemakkelijker aansluiting gezocht bij de autoschade: de te vergoeden autoschade bedraagt het naar objectieve maatstaven berekende bedrag van de herstelkosten, ongeacht of de eigenaar dat bedrag er ook daadwerkelijk aan uitgeeft. De eigenaar kan er ook voor kiezen de schade te laten bestaan, de schade zelf te herstellen of de auto, misschien zelfs wel met winst, te verkopen. Er wordt dus geabstraheerd van deze, met name bij de krassen en deuken wel voorkomende, door de eigenaar van de auto gemaakte keuzen ten aanzien van zijn beheer van dit vermogensbestanddeel. Een praktische aanpak, die veel discussie voorkomt en die vrijwel steeds tot een redelijke uitkomst leidt. Ik ben het met Zwitser[14] eens, dat in dergelijke gevallen wellicht beter kan worden gesproken van toepassing van het economisch begrip waarde, dan van abstracte schadeberekening. Ten tijde van de aanrijding ondergaat het vermogen van de benadeelde een vermindering die gelijk is aan de waardevermindering van de auto, c.q. het bedrag dat nodig is om die waardevermindering op te heffen. De veroorzaker heeft (van de aanvang af) de schadevergoedingsplicht. Door het bedrag van de herstelkosten aan de benadeelde te voldoen is diens vermogen weer in evenwicht. De schadeveroorzaker heeft niets te maken met het verdere vermogensbeheer van zijn wederpartij[15].

De abstracte schadeberekening is goed toepasbaar bij de berekening van zaakschade, heeft ook een voldoende theoretische basis, biedt praktische voordelen en leidt tot een redelijke uitkomst. Onder omstandigheden kan de abstracte schadeberekening er toe leiden dat de benadeelde beter af is (de reparatie kost hem minder dan het berekende bedrag) of dat de benadeelde voor eigen werk betaald krijgt (hij repareert zelf). Dat impliceert niet dat het bedrag van de schadevergoeding te hoog is geweest, het is een gevolg van de keuze van de besteding van het bedrag van de schadevergoeding. In het feit dat in deze (uitzonderings)gevallen de schadelijder er beter van wordt, is mijns inziens geen argument te vinden voor het toekennen van een vergoeding voor in het gezin verleende huishoudelijke hulp. Het een heeft met het ander niets te maken. Het voordeel dat voortvloeit uit het niet repareren van een deuk is een gevolg van een berekeningsmethode dan wel van waardebegrip; daarin schuilt geen theoretische basis voor vergoeding van 'schade' van geheel andere aard.

Het huishouden vormt, anders dan een auto, geen vermogensbestanddeel. De keuze van de taakverdeling in het gezin pleegt ook niet gebaseerd te zijn op een waardevergelijking, maar op bekwaamheden, voorkeuren, traditie, samenhang met andere taken, gezondheid, gezinssamenstelling, de aanwezigheid van betaalde hulp, enzovoorts. Het is dan ook niet zo, dat op het moment dat – ik noem maar een veel voorkomend voorbeeld - een kop/staartaanrijding plaats vindt een vermogensverlies ontstaat omdat betrokkene nadien beperkt kan blijken in het bovenhands werken. De methode van abstracte schadeberekening, zoals deze wordt toegepast bij de autoschade, kan hier dan ook niet het praktische hulpmiddel zijn met een doorgaans redelijke uitkomst. Er is geen objectief vaststelbare waardevermindering, waarbij het niet uitmaakt wie de schadelijder is. Of schade wordt geleden en tot welk bedrag schade wordt geleden hangt uitsluitend van concrete omstandigheden af.

Als er voor wordt gepleit binnen het gezin verleende huishoudelijke hulp het systeem van abstracte schadeberekening toe te passen, gaat het niet (in de eerste plaats) om een praktische wijze van vaststellen van vermogensschade, maar gaat het om het kwalificeren als vermogensschade in een geval waarin de vermogenspositie van de benadeelde (en zijn gezinsleden) door het ongeval geen verandering heeft ondergaan. Er wordt niet om praktische redenen geabstraheerd van het uitzonderingsgeval waarin de benadeelde zijn schade ongerepareerd laat, de abstractie heeft ten doel weg te denken dat geen

13 Zie ook Asser-Hartkamp IV 1 nr. 416, 417 en 418; Bloembergen Monografie *NBW* B-34 nr. 30; Bouman-Tilanus Monografie *NBW* B-37 nr. 20b; Barendrecht/Storm t.a.p p. 177.

14 R. Zwitser, *Een plus een is billijkheidshalve soms drie*, *NJB* 1999, p. 2058 e.v.

15 Zie ook HR 13.12.1963, *NJ* 1964, 449.

(vermogens)schade wordt geleden en te bewerkstelligen dat de vermogenspositie van het gezin beter wordt ter compensatie van het feit dat binnen het gezin bepaalde huishoudelijke taken door een ander gezinslid worden verricht dan voor het ongeval.

Schadevergoeding impliceert dat de vermogenspositie van de benadeelde op het (hypothetische) niveau van voor het ongeval wordt gebracht. Het systeem van de abstracte schadeberekening kan bij zaakschade een praktisch hulpmiddel zijn. Bij personenschade, waarvan de omvang per definitie van subjectieve en concrete omstandigheden afhangt, hebben wij aan de abstracte schadeberekening niets. De zaak van Johanna K. maakt duidelijk dat er niettemin gevallen zijn, waarin het rechtsgevoel vraagt om een financiële compensatie, hoewel van een financieel nadeel geen sprake was. Tot dat resultaat kan worden gekomen door te abstraheren van het feit dat geen, hoewel dat een denkbaar alternatief was, betaalde professionele hulp werd ingeschakeld. Door weg te denken dat geen professionele hulp werd ingeschakeld wordt de afwezigheid van vermogensschade weggedacht en kan de aandacht vervolgens gericht worden op de omvang van de voor die schade toe te kennen redelijke vergoeding. Spier wenst (conclusie 3.33, ad 3.2) aan deze vergoeding tamelijk strenge eisen gesteld te zien, onder meer moet sprake zijn van een wezenlijk schrijnende situatie wanneer deze werkzaamheden onvergoed zouden blijven. Bloembergen, onderdeel 6 van zijn noot, concludeert dat de Hoge Raad de deur niet ver open heeft willen zetten en vreest (onderdeel 10) dan ook geen vloedgolf van claims.

Het pleidooi voor abstracte schadeberekening van in het gezin verleende huishoudelijke hulp heeft geen betrekking op wezenlijk schrijnende situaties en is een pleidooi voor een vloedgolf van claims. Toepassing van het systeem van abstracte schadeberekening kan daartoe niet leiden, de wet biedt hiertoe - gezien de beperkingen van de artt. 6:97, 6:106 en 6:107 - geen ruimte en het arrest van 28 mei 1999 opent voor deze gevallen de deur niet. Er zijn vast gevallen denkbaar waarin de situatie zo ernstig is dat voor binnen het gezin opgevangen huishoudelijke taken een aanzienlijke vergoeding moet worden gegeven; tot die gevallen is de voor Johanna K. gekozen oplossing beperkt.

Een pleidooi voor abstracte schadeberekening *Mr. J.M. Tromp*

X - Y = Schade
D. de Poter († 2001)

1. Inleiding

De inspiratie voor mijn pleidooi voor een abstracte schadeberekening is ontstaan doordat in de praktijk verschil bestaat tussen de schadeafwikkeling van zaakschade en personenschade. De vraag is of dat wel terecht is. Een abstracte schadeberekening bij personenschade lijkt op sociale, juridische en praktische gronden zeer verdedigbaar.[16]

In deze bijdrage wil ik mij beperken tot de in gezinsverband vaak voorkomende schadecomponent huishoudelijke hulp. De bij de schaderegeling betrokken partijen zullen worden aangeduid als slachtoffer en verzekeraar, waarbij ervan wordt uitgegaan dat alle partijen mannelijk zijn. Taalkundig is het slachtoffer overigens onzijdig.

Gaarne draag ik deze bijdrage op aan Dirk de Poter, die in januari 2001 - helaas veel te vroeg - is overleden. Hij was met recht een expert op het terrein van de personenschade. Ik voel mij vereerd dat ik meerdere zaken met hem heb mogen regelen. In die zaken toonde hij zich een groot voorstander van het vereenvoudigen van de problematiek. Ook was hij een voorstander van wat ik de 'grote stappen – snel thuis'-methode zou willen noemen. Een van de dingen die ik mij altijd van Dirk de Poter zal blijven herinneren is de formule X - Y = Schade, waarmee hij elke zaak te lijf ging. De X staat daarbij voor de situatie zonder ongeval. De Y staat voor de situatie met ongeval. Wat een heerlijk simpele formule als uitgangspunt in de doorgaans zo complexe en bewerkelijke schaderegelingpraktijk.

Na een korte toelichting op de huishoudelijke hulp als schadecomponent en een bespreking van de concrete en abstracte schadeberekening bij zowel zaakschade als personenschade, zal ik bepleiten dat een abstracte schadeberekening bij personenschade sommige problemen aanzienlijk kan vereenvoudigen, terwijl het past in ons wettelijk systeem. Tenslotte wil ik als een soort toegift enkele praktische problemen behandelen, waarna ik zal eindigen met enkele stellingen en aanbevelingen.

2. Huishoudelijke hulp

De huishoudelijke hulp als schadecomponent kan worden gedefinieerd als het functieverlies van een slachtoffer uitgedrukt in taken en uren. Die taken kunnen variëren van bed opmaken, koken en boodschappen doen tot ramen lappen en kinderen naar school brengen. Men moet per taak bekijken of het slachtoffer daarvoor is uitgevallen en, zo ja, voor welk gedeelte. Anders gezegd: wat kon hij in de X-situatie, wat hij in de Y-situatie niet meer kan. Daarbij is de assistentie van een medicus nodig. Hij zal een beperkingenprofiel moeten opstellen of beoordelen. Vervolgens is (vaak) de assistentie nodig van een arbeidsdeskundige. Die zal aan de hand van statistische gegevens en standaard taaktijden de uitval bepalen en toetsen aan de feitelijke situatie en de overige omstandigheden van het geval.

De uitval voor huishoudelijke werkzaamheden is meetbaar, al is het wel een multidisciplinaire aangelegenheid. Als de uitval (X - Y) eenmaal in kaart is gebracht, is het vervolgens aan de betrokken partijen om die uitval in het kader van de schaderegeling op geld te waarderen.

3. Concrete en abstracte schadeberekening bij zaakschade

Stel dat iemand een deuk in uw auto rijdt. U kunt dan drie dingen doen, te weten:
a) de auto laten repareren;
b) de auto zelf uitdeuken;

16 Eerder heb ik mij schriftelijk al een voorstander getoond van een abstracte schadeberekening. Zie bijv. *Personenschade in de Praktijk*, tweede druk, Alphen a/d Rijn 1998, p. 76-77. Zie ook 'Huishoudelijke hulp als schadecomponent', *Assurantie Magazine*, 12 juni 1998, special personenschade, p. 10.

c) de deuk zo laten.

Als u kiest voor optie a, zult u een nota krijgen van de garage. Het bedrag van de nota kunt u vervolgens claimen bij de schadeveroorzaker, althans diens verzekeraar. De schade is dan concreet berekend. Dat wil zeggen dat de schadevergoeding is gebaseerd op de werkelijke uitgaven.

Als u kiest voor optie b of c, heeft u geen kosten. Toch heeft u in die beide situaties (ook) een aanspraak op schadevergoeding. De vergoeding wordt dan gesteld op het bedrag dat u aan de garage had moeten betalen, als u de auto zou hebben laten repareren. De schade is dan abstract berekend. Dat wil zeggen dat bij de schadevergoeding wordt geabstraheerd van het feit dat u geen kosten heeft gemaakt.

Voor een aanspraak op schadevergoeding ter zake van zaakschade maakt het niet uit of de auto wel of niet wordt gerepareerd. En als de auto wordt gerepareerd, maakt het vervolgens niet uit door wie de auto wordt gerepareerd.

4. Concrete en abstracte schadeberekening bij personenschade

Stel nu dat de aanrijding wat ernstiger was en dat u bij de aanrijding blijvend ernstig letsel heeft opgelopen. Dat is niet leuk. Maar gelukkig heeft u begripvolle gezinsleden. Zij leggen u letterlijk en figuurlijk in de watten. Ook vangen zij de aan u toebedeelde huishoudelijke taken op, al zaten zij daar niet op te wachten en gaat dat wellicht iets minder van harte. Zij hadden per slot van rekening liever iets anders gedaan in hun vrije tijd.

Nog liever hadden zij uw huishoudelijke taken aan een professionele derde overgelaten. Maar ja, dat kost geld en u heeft al zoveel ellende. U bent ten einde raad. Bovendien: hoe komt u zo snel aan de benodigde hulp? Overal gelden wachtlijsten!

Ook nu heeft u de keuze uit drie dingen, te weten:
de taken tegen betaling door een derde laten verrichten;
de taken onbetaald intern opvangen; of
de taken verzaken.

Maakt het bij zaakschade niet uit voor welke optie u koos, bij personenschade ligt dat gevoeliger. Nu maakt het – in de praktijk – wel degelijk verschil of de huishoudelijke werkzaamheden na het ongeval wel of niet worden verricht. En ook maakt het uit voor de vraag naar de omvang van de schadevergoeding in de praktijk verschil door wie de taken zijn verricht.

Als de werkzaamheden niet of onbetaald intern zijn opgevangen komt men vaak het verweer tegen dat geen sprake is van schade omdat er geen kosten zijn gemaakt. En áls een professionele derde de benodigde hulp conform markttarief heeft geleverd, komt men vaak het verweer tegen dat de hulp van een regionale Stichting Thuiszorg had moeten worden betrokken, waarvoor dan een geringe eigen bijdrage verschuldigd zou zijn geweest.

Op grond van sociale, juridische en praktische argumenten lijkt deze tegenstelling in de vergoeding van zaak- en personenschade niet terecht. Leest u mee?

5. Sociale argumenten

De tijden veranderen. Weliswaar gaan er nog steeds 24 uren in een dag, maar gedurende die 24 uren draait de economie op volle toeren. Het aanbod aan informatie is sterk toegenomen. De mobiliteit van mensen kent geen grenzen. Het werk is ‘druk, druk, druk’ en het thuisfront vraagt meer aandacht dan vroeger. En dat terwijl men geen concessies wil doen aan de sociale contacten. Onder al deze omstandigheden is sprake van een veranderende waardering van tijd in het algemeen en van vrije tijd in het bijzonder. Vrije tijd is een schaars goed geworden.

De roep om schadevergoeding in die gevallen waarin vrije tijd moet worden ingeleverd of noodgedwongen anders moet worden ingevuld, is de laatste jaren dan ook steeds sterker geworden. Abstracte schadeberekening is een passend middel om dat gewenste doel te bereiken.

Daarbij komt dat een slachtoffer in de praktijk graag de behoefte aan huishoudelijke hulp intern wil opvangen, althans zelf wil regelen. In de volgende paragraaf zal worden bezien of voor die wens juridische grondslagen bestaan.

6. Juridische argumenten

Een abstracte schadeberekening bij personenschade zou heel goed passen in ons wettelijk systeem. Steun daarvoor kan worden gevonden in:
a) de literatuur;
b) de aanbevelingen uit de verzekeringsbranche;
c) art. 6:107 BW;
d) de jurisprudentie.

6.1 De literatuur

In het compendium van het Nederlands vermogensrecht[17] staat op p. 267:
'*Abstracte schadeberekening leidt tot een minimum bedrag: indien de benadeelde in werkelijkheid meer schade heeft geleden, behoudt hij recht op vergoeding van deze concrete schade*.'

Als na een ongeval de benodigde huishoudelijke hulp onbetaald intern wordt opgevangen, is er geen concrete schade. Er zijn immers geen kosten gemaakt. Op grond van het algemene uitgangspunt van ons schadevergoedingsrecht kan op basis van een abstracte schadeberekening toch aanspraak op schadevergoeding worden gemaakt.

Dat sluit ook (beter) aan bij de causaliteitsleer. Zo wordt algemeen verkondigd dat personenschade eerder moet worden toegerekend dan zaakschade, zaakschade eerder dan zuivere vermogensschade en geleden verlies eerder dan gederfde winst.[18] Zo beschouwd is het opmerkelijk dat het – zoals wij net zagen – in de praktijk kan gebeuren dat bij personenschade minder snel een abstracte schadeberekening wordt toegepast, terwijl dat met betrekking tot een zaakschade doorgaans geen discussie oplevert.

6.2 Aanbevelingen uit de branche

De Verbondscommissie Schaderegelingsbeleid heeft reeds in 1980 (dus meer dan twintig jaar geleden!) namens het Verbond van Verzekeraars een aantal aanbevelingen opgesteld. Voor schade in gezinssituaties is aanbeveling 7.5 van belang, luidende:
'(...) in geen geval is het juist de benadeelde te verwijzen naar gezins- en/of familieleden. Evenmin kan worden verlangd, dat een beroep op burenhulp wordt gedaan. Wordt niettemin dergelijke hulp verleend, dan dient desgevraagd hiervoor een redelijke vergoeding te worden gegeven.'

Het vaak gehoorde verweer, dat geen sprake is van schade omdat er geen kosten zijn gemaakt, doet tegen de achtergrond van deze aanbeveling vreemd aan.

6.3 Art. 6:107 BW

In principe heeft alleen een slachtoffer een vorderingsrecht met betrekking tot de door hem geleden personenschade, wettelijke uitzonderingen daargelaten. Art. 6:107 BW is een van die uitzonderingen. Het artikel regelt de zogenaamde 'verplaatste schade'.[19] Als de schade niet bij het slachtoffer is ontstaan maar bij een derde, heeft die derde een eigen recht op schadevergoeding.

In de praktijk wordt de abstracte schadeberekening toegepast in verband met de claim van het slachtoffer. Onder omstandigheden kan dat gekunsteld aandoen. Als het slachtoffer en de verzekeraar het op dit punt niet

17 Hijma/Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht, Leidraad voor het nieuwe BW* (zevende druk), Deventer 1999, p. 267.

18 Asser/Hartkamp, Verbintenissenrecht deel 4-I (elfde druk), Deventer 2000, nr. 434; zie ook T. Hartlief, 'Letselschade en toerekening naar redelijkheid', *VR* 1995, p. 161.

19 Voor een nadere beschouwing van het leerstuk van de verplaatste schade zij verwezen naar het Handboek Personenschade, hoofdstuk 3040.

eens kunnen worden, is het een alternatief om helemaal niets te regelen. De schade valt dan niet mee, zoals men wel eens hoort, maar valt gewoon bij iemand anders.

Vervolgens zou die derde, die al dan niet in gezinsverband onbetaald hulp heeft verleend, de verzekeraar op basis van het eigen recht van art. 6:107 BW kunnen aanspreken met betrekking tot een redelijke vergoeding voor de door hem verrichte werkzaamheden.

6.4 De jurisprudentie
De abstracte schadeberekening met betrekking tot de huishoudelijke hulp als schadecomponent is in de jurisprudentie herhaalde malen aan de orde geweest. En ook zijn er uitspraken met betrekking tot de vraag of het voor de omvang van de vordering verschil maakt wie de benodigde hulp heeft verleend. Laten wij kijken hoe diverse instanties over de problematiek hebben geoordeeld.

6.4.1 Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf (RvT III-96, 41)
In deze zaak werd de behoefte aan huishoudelijke hulp niet betwist. Het slachtoffer stelde dat de verzekeraar op een bepaald moment zou hebben toegezegd om de interne hulp te vergoeden. De verzekeraar betwistte dat zij dat zou hebben toegezegd. De klachtzaak richt zich vervolgens op die 'toezegging'. De raad oordeelde dat de verzekeraar niet een vergoeding had toegezegd, zoals door klaagster was gesteld.

Door verzekeraars wordt deze uitspraak wel aangehaald ter onderbouwing van de stelling dat zij geen vergoeding hoeven te betalen voor onbetaald verleende hulp. Bij een nadere beschouwing van de uitspraak kan die conclusie echter niet uit deze zaak worden getrokken. Een vergoeding voor de onbetaalde interne hulp was namelijk niet de inzet van de klacht. Dat was het wel in de volgende kwestie.

6.4.2 Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf (RvT III-98, 36)
In deze kwestie was ook sprake van een onbetwiste uitval van het slachtoffer voor huishoudelijke werkzaamheden. De inzet van de klacht was een vergoeding voor de interne werkzaamheden door andere gezinsleden welke 3,5 uur per week in beslag namen. De verzekeraar stelde zich op het standpunt dat het om een geringe stijging ging. De verzekeraar betoogde dat zulks normaal was en derhalve niet behoefde te worden vergoed. De raad was het daar niet mee eens en overwoog:
'*Bij iedere overstijging van het normaal gangbare aandeel in het huishouden is sprake van mantelzorg die voor vergoeding in aanmerking komt.'*

6.4.3 Rechtbank Amsterdam 3 mei 1996 (te kennen uit Kennis, 6 april 1996)
Ook in deze kwestie was de behoefte aan huishoudelijke hulp onbetwist. Zuiver en alleen was aan de orde of er een vergoeding moest worden betaald voor de intern verleende hulp. De rechtbank oordeelde van wel en bepaalde dat die vergoeding kon worden gebaseerd op basis van het markttarief.

6.4.4 Rechtbank Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41
In deze zaak was een kind slachtoffer geworden van een eenzijdig ongeval. Tijdens de medische behandeling die daarop volgde ging iets mis. De huishoudelijke hulp werd becijferd op *ƒ* 100.000 (thans € 45.378), waarvan 10% causaal was met de 'medische misser'.

De inzet van de procedure was de hulp van de moeder in de eerste drie maanden na het ongeval. De rechtbank heeft die claim afgewezen met als dragende overweging dat moeders hun kinderen bij calamiteiten onbetaald terzijde plegen te staan.

Bij deze afwijzende uitspraak kunnen kanttekeningen worden geplaatst. De Hoge Raad heeft in 1976 namelijk al bepaald dat aanspraken op basis van het familierecht niet op een lijn mogen worden gesteld met de aanspraken op basis van het schadevergoedingsrecht.[20]

6.4.5 Rechtbank Middelburg 7 november 2001, zaaknummer 27770/HA ZA 00-654[21]

20 Vgl. HR 23 april 1976, *NJ* 1976, 451 en recent HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (Kruidhof/Gemeente Losser). Zie voor een soortgelijke redenering bij overlijdensschades HR 5 juni 1981, *NJ* 1982, 221.

21 Het betreft een ongepubliceerd tussenvonnis. Ten tijde van het inleveren van de tekst voor dit hoofdstuk was nog niet bekend of een van beide partijen van het tussenvonnis in hoger beroep is gegaan.

In deze zaak werd de behoefte aan huishoudelijke hulp betwist. Op basis van een indicatiestelling van een regionaal indicatieorgaan (RIO) oordeelde de rechtbank dat het voorshands redelijk was om aan te nemen dat er sprake was van een behoefte aan huishoudelijke hulp. De verzekeraar werd toegelaten om tegenbewijs te leveren. De hulp werd geleverd door de echtgenoot van het slachtoffer. De rechtbank overwoog dat die werkzaamheden - voor zover ongevalsgerelateerd - voor vergoeding in aanmerking komen. Het slachtoffer vorderde *ƒ* 25 per uur (thans € 11,34) voor zowel de verschenen schade als de toekomstige schade. De rechtbank overwoog dat het tarief iets onder het huidige gemiddelde uurtarief van een professionele huishoudelijke hulp ligt en derhalve als redelijk kan worden aangemerkt. De rechtbank zag geen aanleiding om van een lager uurtarief uit te gaan op grond van het feit dat de behoefte aan huishoudelijke hulp binnen het gezin werd opgevangen.

6.4.6 Hof Arnhem 16 februari 1999, NJ 2000, 200
Ook het Hof Arnhem heeft een claim beoordeeld ter zake van de huishoudelijke hulp. Wederom stond de behoefte aan huishoudelijke hulp niet ter discussie. En ook hier was de vraag of voor de onbetaalde interne hulp moest worden betaald. Het hof overwoog dat een vergoeding strookt met hetgeen in de schaderegelingspraktijk, mede op basis van de aanbevelingen van de Verbondscommissie Schaderegelingsbeleid, gebruikelijk was.

6.4.7 . Hof Amsterdam 25 juni 1998, VR 1999, 65
Ook in deze zaak was de uitval van het slachtoffer onbetwist. Vervolgens stelde de verzekeraar zich op het standpunt dat het slachtoffer verplicht was om de schade zoveel mogelijk te beperken, in welk verband hij een beroep kon doen op hulp van de Stichting Thuiszorg. Als het slachtoffer daar aanspraak op zou maken, zou hij slechts een geringe eigen bijdrage hoeven te betalen, welke eigen bijdrage het slachtoffer dan vervolgens in het kader van de schaderegeling op de verzekeraar zou kunnen verhalen.

De discussie gaat vervolgens over de vraag of wel of niet van het slachtoffer mag worden verwacht dat hij aanspraak maakt op de hulp van de Stichting Thuiszorg. Het hof heeft daaromtrent overwogen dat het slachtoffer recht heeft op huishoudelijke hulp die adequaat is, in het bijzonder met betrekking tot de continuïteit en de kwaliteit. Vervolgens overweegt het hof dat de hulp van de Stichting Thuiszorg wat dat betreft hinderlijke onzekerheden kent[22].

Het hof wijst aan het slachtoffer een vergoeding toe voor de uren huishoudelijke hulp. De uren worden over het verleden gerekend voor *ƒ* 16 (thans € 7,26) per uur. Voor de toekomst worden ze doorgerekend voor *ƒ* 28 (thans € 12,70) per uur.

6.4.8 . Hof Leeuwarden 30 december 1998, VR 1999, 66
Ook in deze zaak was discussie ontstaan over de vraag of een slachtoffer aanspraak moest maken op de hulp van de Stichting Thuiszorg, of dat hij de hulp naar eigen inzicht zelf mocht regelen. Het hof overwoog dat de vergoeding voor huishoudelijke hulp niet beperkt is tot de vergoeding van de goedkoopste vorm van zorgverlening. Het hof merkte op dat bij de claim voor huishoudelijke hulp onder andere moet worden gekeken naar:
het prijsniveau van de gewenste hulp
de aansluiting op de behoefte van het slachtoffer
de (subjectieve) beleving van het slachtoffer
de gezinsomstandigheden.

Vervolgens maakte het hof een onderscheid tussen de vergoeding van de toekomstschade en de vergoeding van de verschenen schade. De toekomstschade werd abstract toegewezen, hetgeen resulteerde in een aanzienlijke aanspraak.

Met betrekking tot de verschenen schade werd de abstracte schadevergoeding voor de door derden verleende zwarte en/of kostenloze hulp afgewezen. Het hof stelde dat met betrekking tot de verschenen schade alleen

22 Het is verdedigbaar om te stellen dat deze overweging ook heeft te gelden voor persoonsgebonden budgetten (de zogenaamde PBG's). Verzekeraars wijzen slachtoffers nog wel eens op de mogelijkheid om een PGB aan te vragen. Dat is een hele bewerkelijke, administratieve klus. Als een PGB wordt toegewezen, kunnen slachtoffers daarvan (binnen bepaalde voorwaarden) naar eigen inzicht hulp regelen. Men moet zich daarbij wel realiseren dat een PGB voor meer dingen is bedoeld dan alleen hulp in de huishouding. De aanvraag voor een PGB moet ieder jaar worden herhaald. Ook ten aanzien van een PGB bestaat dus een hinderlijke onzekerheid met betrekking tot de continuïteit.

de concrete kosten voor vergoeding in aanmerking kwamen.

6.4.9 Hof Amsterdam 24 december 1998 (te kennen uit het PIV-Bulletin 1999/03)
In deze zaak werd de behoefte aan huishoudelijke hulp betwist. Anders gezegd: de uitval van het slachtoffer stond niet vast. Het slachtoffer stelde wel dat hij was uitgevallen voor huishoudelijke werkzaamheden, maar zijn stellingen waren tegenstrijdig. Bovendien was er geen medische onderbouwing. Er was slechts een anonieme getuigenverklaring (ondertekend door 'Truus'). Het slachtoffer kreeg in deze zaak een bewijsopdracht, waaraan hij vervolgens niet kon voldoen. Kortom, een mooi voorbeeld van een bewijsrisico dat tot een procesrisico leidt.

Door verzekeraars wordt dit arrest nog wel eens genoemd ter ondersteuning van een afwijzend standpunt met betrekking tot een abstracte waardering van de kosten van huishoudelijke hulp. Bij een nadere beschouwing is dat niet terecht. Aan een toewijzing van de vordering, al dan niet op abstracte basis, is het hof namelijk niet toegekomen. Uit het arrest mag dan ook niet de conclusie worden getrokken dat het hof een abstracte schadeberekening heeft afgewezen.

6.4.10 Hoge Raad 28 mei 1999, NJ 1999, 564
In dit arrest gaat het om Johanna Kruidhof, die op 17 mei 1990 (op 11-jarig leeftijd) op school ernstige brandwonden heeft opgelopen. De gemeente werd, in haar hoedanigheid van exploitant van de school, door de rechtbank en het Hof aansprakelijk gehouden voor de door Johanna geleden schade.

Voor de Hoge Raad spelen vervolgens nog maar twee punten, te weten (i) een gevorderde vergoeding voor de gemiste vakantiedagen van de ouders in verband met het veelvuldig ziekenhuisbezoek en (ii) een vergoeding voor de tijd die de ouders aan de intensieve verzorging van Johanna hebben besteed.

De Hoge Raad moest de kwestie beoordelen naar het voor 1992 geldende (oud) BW. Het BW kende toen nog geen regeling van de zogenaamde 'verplaatste schade'. Mede om die reden was de claim ook geformuleerd alsof het schade van Johanna betrof.

Omtrent de verpleging en verzorging door de ouders overwoog de Hoge Raad dat de aansprakelijke van aanvang af verplicht is een slachtoffer in staat te stellen zich van de noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien. Daaraan doet volgens de Hoge Raad niet af dat een kind jegens zijn ouders aanspraak kan maken op verpleging en verzorging ingeval van ziekte. Het is immers, aldus nog steeds de Hoge Raad, primair de aansprakelijke die verplicht is de voor het herstel benodigde middelen te verstrekken. De Hoge Raad verwijst daarbij naar haar eerdere arrest uit 1976.[23] De Hoge Raad meent dat een vergoeding geïndiceerd is, omdat sprake was van uitgespaarde kosten van een professional. Omdat het in het arrest ging om verpleging en verzorging rijst de vraag of het arrest ook van toepassing is op de intern opgevangen huishoudelijke werkzaamheden. Verdedigbaar is dat wel. Ook huishoudelijke werkzaamheden kan men immers aan een derde uitbesteden.

De vordering met betrekking tot de 'gemiste' vakantiedagen in verband met het veelvuldig ziekenhuisbezoek werd door de Hoge Raad afgewezen. Die schade kan volgens de Hoge Raad niet op een lijn worden gesteld met de andere schadepost, nu het niet aannemelijk is dat professionele – betaalde – hulpverleners worden ingeschakeld voor ziekenhuisbezoek, in geval de ouders niet in de gelegenheid zijn het kind zelf te bezoeken. Het gaat buiten het bestek van deze bijdrage om gedetailleerd in te gaan op de afwijzing van deze schadecomponent. Kort merk ik op dat het niet op een lijn kunnen stellen van de twee schadecomponenten op zich nog niet hoeft te betekenen dat de gemiste vakantiedagen dus niet behoeven te worden vergoed. Voorts zij opgemerkt dat de Hoge Raad het gemis van vakantiedagen wel beschouwt als vermogensschade. Het is zeer verdedigbaar te stellen dat een claim ter zake van de gemiste vakantiedagen onder het huidig recht wél toewijsbaar is op grond van art. 6:107 BW.[24]

---

23 HR 23 april 1976, *NJ* 1976, 451.

24 Zie in die zin ook J. Spier in zijn uitvoerige en goed onderbouwde conclusie bij het arrest van de Hoge Raad; G.M. Tilanus in haar noot onder het arrest, zoals opgenomen onder *VR* 1999, 166; S.D. Lindenbergh in zijn bespreking van het arrest in *NTBR* 1999/7, p. 227 e.v.; W.H. van Boom, 'Van verplaatste schade en opgeofferde vrije tijd', *A&V* 1999, nr. 4 en 5, p. 85 e.v.; M.T. Spronk, *TVP*, 1999, nr. 3, p. 70 en – iets twijfelender – C.A. Joustra in *Bedrijfsjuridische Berichten*, 1999, nr. 20, p. 198 e.v. Anders: S.C.J.J. Kortman, *Ars Aequi*, 1999, nr. 9, p. 656 e.v.. Zijn afwijzend standpunt baseert hij op de beperkingen die destijds in de concepttekst voor het huidige art. 107 zijn aangebracht. Hij lijkt daarbij over het hoofd te zien dat het met name om een tekstuele beperking ging. Voor de geschrapte afzonderlijke categorieën

7. Praktische argumenten

Een abstracte schadeberekening lijkt in de praktijk ook veel praktischer te werken dan de concrete schademethode. Het gezooi met bonnen is niet altijd even chique.

Voorts lijkt een concrete schadevergoeding op gespannen voet te staan met de vaak gehoorde wens van verzekeringszijde om te komen tot enige vorm van normering. Het lijkt mij dat een abstracte schadeberekening eerder een bepaalde vorm van normering mogelijk maakt dan het hardnekkig vasthouden aan de 'klassieke' concrete schadeberekening.

Daarbij komt dat het alternatief vooralsnog weinig aantrekkelijk is en zeer schadeverhogend zou zijn. Als verzekeraars zich op het standpunt blijven stellen dat de huishoudelijke hulp concreet moet worden berekend, is een toename van kort geding procedures te verwachten. De inzet zal dan zijn het verkrijgen van een voorschot onder algemene titel. Als dat wordt toegewezen kan een slachtoffer daarvan witte hulp inkopen, waarmee hij vervolgens aan zijn stelplicht en bewijslast kan voldoen ten aanzien van de concreet ingekochte huishoudelijke hulp.

8. Een semantisch argument: wat betekent 'concreet' eigenlijk?

Bij een concrete schadeberekening gaat men uit van de werkelijke kosten. De vraag is of dat wel als voorwaarde kan worden gesteld. In het kader van de schaderegeling lijkt een concrete schadevergoeding een illusie te zijn.

Keren wij terug naar de formule X - Y = Schade (waarbij de X staat voor de situatie zonder het ongeval en de Y voor de situatie met het ongeval), dan zal duidelijk zijn dat in het kader van de afwikkeling nogal wat abstraheringen moeten worden gemaakt. Want na het ongeval weten wij niet hoe het met het slachtoffer zou zijn vergaan als het ongeval hem niet was overkomen. En op het moment van de afwikkeling nemen wij afscheid van het slachtoffer. Wij weten dan ook niet meer hoe het met slachtoffer verder zal gaan. Kortom: een concrete schadeberekening is een illusie. Ons wettelijk systeem houdt daar ook rekening mee. Art. 6:97 BW laat de rechter namelijk vrij in de begroting van de schade. Er bestaat in ieder geval geen dwingend voorschrift om in bepaalde gevallen voor een concrete of een abstracte schadeberekening te kiezen. Art. 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade moet begroten op een wijze die met de aard van de schade in overeenstemming is. En als de schade niet kan worden begroot, moet de schade worden geschat, aldus nog steeds art. 6:97 BW.

Het ligt meer voor de hand dat met 'concreet' het concrete slachtoffer wordt bedoeld. Dat sluit ook beter aan bij de Angelsaksische spreuk: '*You have to take the victim as you find him*'. Zo beschouwd is sprake van een Babylonische spraakverwarring. Wij zijn de begrippen concrete schade*vergoeding* en concrete schade*berekening* door elkaar gaan halen.

Een concrete schadevergoeding bestaat namelijk uit meer dan alleen maar een ritueel dansje om de bonnetjes. De schaderegeling behoort een proces te zijn waarbij het slachtoffer serieus wordt genomen en centraal wordt gesteld. Daarbij kan het heel goed zijn dat bepaalde schadecomponenten concreet worden berekend en enkele andere abstract.[25]

9. Enkele praktische problemen

9.1 Tempoverlies

Het komt voor dat een slachtoffer de huishoudelijke werkzaamheden nog wel zelf kan verrichten, maar er langer over doet dan vroeger. Ook in dergelijke gevallen stellen verzekeraars zich wel eens op het standpunt

---

bestonden namelijk alternatieve verhaalsmogelijkheden in de vorm van contractuele constructies. Dat was een belangrijke overweging om de tekst van het huidige art. 107 zo beperkt mogelijk (lees: zo kort mogelijk) te houden. Dat betekent echter niet dat ook de reikwijdte van het artikel beperkt moet worden uitgelegd.

25 Zie ook W.J.G. Oosterveen, *Burgerlijk Wetboek, Tekst & Commentaar*, art. 6:97 BW, aantekening 2.

dat er geen sprake is van schade.

Tegen de achtergrond van de definitie van huishoudelijke hulp als schadecomponent (het functieverlies van een slachtoffer uitgedrukt in taken en uren) is dat niet juist. Als een slachtoffer voor het ongeval bijvoorbeeld de werkzaamheden in twee uur per week kon doen, maar er na het ongeval vier uur per week over doet, is sprake van een uitval van twee uur per week. Als dit zich voor zou doen bij het verlies aan arbeidsvermogen, maken wij er doorgaans geen probleem van.[26] Waarom bij huishoudelijke hulp dan wel?

9.2 Verschuiving van taken?
Verzekeraars stellen wel dat binnen gezinsverband een zekere verschuiving van taken mag worden verwacht. Zie omtrent die stelling van verzekeraars ook hoofdstuk 2, met bijdragen van mr. Luiten en mr. Sleeuw. Het komt mij voor dat hier terughoudendheid moet worden betracht. Wij vragen een appelboom toch ook niet voortaan peren te maken? Voorts is het zo dat ook een gezin uit elkaar kan vallen. Bij lange looptijden past daarom extra terughoudendheid.

9.3 Het slachtoffer had al hulp
Als een slachtoffer voor het ongeval al een betaalde hulp in de huishouding had, stellen verzekeraars zich ook vaak op het standpunt dat er geen sprake is van schade. Tegen de achtergrond van de definitie van huishoudelijke hulp als schadecomponent is ook dat niet juist. Het gaat om functieverlies. Het gaat niet om de invulling ervan. Voor het ongeval was de externe huishoudelijke hulp een soort luxe, maar na het ongeval is dat pure noodzaak. Bovendien wordt de toekomst veelal niet bij de overwegingen betrokken. Hoeveel mensen die nu een huishoudelijke hulp hebben, gaan ervan uit dat zij dat voor altijd zullen behouden in dezelfde frequentie voor hetzelfde aantal uren?

9.4 Uren na 65-jarige leeftijd, althans na pensionering van de partner
Ten aanzien van vrouwelijke slachtoffers komt men soms nog wel het verweer tegen dat de behoefte aan huishoudelijke hulp in de situatie zonder ongeval na de pensionering van de partner zou verminderen. Want, zo stellen verzekeraars, dan hebben de partners meer vrije tijd en dragen zij meer bij aan het huishouden.

Als dat al waar zou zijn, heeft dat ook een keerzijde. Voor mannelijke slachtoffers zou dan standaard, in ieder geval vanaf datum pensionering, sprake zijn van een behoefte aan huishoudelijke hulp. Het is niet ondenkbaar dat die behoefte al vlak na het ongeval kan worden gemeten. De schadecomponent zou ook alvast – uiteraard op abstracte basis – contant kunnen worden gemaakt.

9.5 Hulp in natura?
Verzekeraars opperen wel eens dat zij de behoefte aan huishoudelijke hulp van een slachtoffer in natura zouden willen vergoeden. De vraag is of dat wel zo'n goed idee is.

Allereerst rijst de vraag of een verzekeraar zich op de (commerciële?) markt van de interieurverzorging zou moeten gaan begeven. Die vraag is van belang in verband met de continuïteit van de te leveren hulp in natura. Het opnemen van een voorbehoud in de vaststellingsovereenkomst (voor het geval de hulpverlening ooit stopt) lijkt in ieder geval wenselijk. Met het opnemen van een voorbehoud in de vaststellingsovereenkomst worden evenwel weer andere (praktische en/of administratieve) bezwaren geïntroduceerd. En ook kan worden getwijfeld aan de vraag of het verzekeraars wel zal lukken om zonder wachttijden aan slachtoffers hulp in natura te bieden.

Het komt mij voor dat de eventueel door verzekeraars te leveren hulp in natura geen reële optie is. Het gevaar bestaat dat het slachtoffer de hulpverlener gaat identificeren met de dader. Dat is niet de bedoeling. Om soortgelijke redenen wordt het smartengeld ook niet in natura vergoed, bijvoorbeeld door middel van het ter beschikking stellen van een sieraad. Het is ook niet voor niets dat een slachtoffer de benodigde hulp graag zelf wil regelen.

10. Conclusie
Een abstracte schadeberekening is redelijk, billijk en praktisch. Met name bij schadecomponenten zoals

26 Neem bijv. een fysiotherapeut die vanwege handletsel meer rust moet nemen tussen de behandelingen van zijn patiënten in. Hij maakt dan langere dagen om hetzelfde te verdienen. Die extra tijd kan op geld worden gewaardeerd.

bijvoorbeeld de huishoudelijke hulp. Het is ook een sympathieke oplossing[27] die past in de huidige tijd. Als de concrete schade hoger is, kan men die hogere schade vorderen.

11. Stellingen en aanbevelingen

Na al het voorgaande wil ik eindigen met vijf stellingen / aanbevelingen:

1. De thuiszorg is (per definitie) niet bedoeld ter beperking van de schadelast van verzekeraars.
2. Het ware te overwegen slachtoffers, die een derde voor hun schade aansprakelijk kunnen stellen, de aanspraak op thuiszorg en/of een persoonsgebonden budget te ontnemen. Dat zou de discussie een stuk eenvoudiger maken. Het zou ook passen binnen de huidige tendens om de schade daar te leggen waar deze wordt veroorzaakt.
3. Het zou wenselijk zijn de meetmethode voor het bepalen van de uitval voor huishoudelijke werkzaamheden te uniformeren. Daarbij is het een goed recht van verzekeraars de behoefte aan huishoudelijke hulp te betwisten. Dat onderstreept eens te meer de wenselijkheid van een uniforme meetmethode.
4. Als de hulp door anderen onbetaald wordt verleend, valt de schade niet mee, maar ergens anders. Er is dan sprake van verplaatste schade in de zin van art. 6:107 BW.
5. Er is geen sprake van een tendens tot hogere schadevergoedingen. Het is eerder zo dat wij nu pas beseffen dat vroeger te weinig is betaald.

27 Vgl ook J. Spier in zijn conclusie als advocaat-generaal bij HR 28 mei 1999, 1999, 564, sub. 3.18.1, onder noot 25. Hij verwijst daar naar enkele voorstanders van een abstracte schadeberekening, waaronder schrijver dezes. Hij noemt ze dissidenten met een sympathiek standpunt.

5 Smart en geld (binnen het gezin)

Stelling:
Indien de Nederlandse wetgever zou besluiten een vergoeding van smartengeld toe te kennen aan anderen dan de gewonde, dient zo'n vergoeding beperkt te blijven tot bepaalde nabestaanden van een overledene.

Toelichting
Momenteel heeft alleen de gewonde recht op vergoeding van smartengeld. Indien de wetgever aan anderen een recht op vergoeding van smartengeld zou willen toekennen, zouden onder deze anderen slechts een beperkte kring van vorderingsgerechtigde nabestaanden moeten vallen.
Aan gezinsleden van een ernstig gewonde benadeelde dient geen recht op vergoeding van smartengeld te worden toegekend. Het is moeilijk het begrip 'ernstig gewond' te definiëren. Voorts zou, als smartengeld aan gezinsleden van een ernstig gewonde zou worden betaald, een bedrag per gezinslid worden betaald niet alleen ter compensatie van het leed, maar ook ter compensatie van alle extra inspanningen die de gezinsleden verrichten na en door een ongeval. Indien een dergelijk smartengeld zou worden geïntroduceerd, zou dat bedrag meteen gelden als 'redelijke vergoeding voor genoemde inspanningen' en zou er geen reden zijn om daarvoor aparte vergoedingen beschikbaar te stellen.

Auteurs/pleiters
Mr. F.B. Reijnen, Cunningham Boschman /Mr. A.J. Van, Top de Witte Roth Advocaten/
Mr. F.Th. Kremer, Stichting PIV

De begroting van affectieschade

Mr. D.B. Reijnen
Mr. A.J. Van

1. Inleiding

In tien jaar kan veel gebeuren. Was het bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 nog zo dat de mogelijkheid van smartengeld voor nabestaanden en naasten angstvallig buiten de deur werd gehouden, thans lijkt ook onder verzekeraars de gedachte gemeengoed dat deze 'tweedelijns slachtoffers'[28] erkenning moeten krijgen voor het verdriet dat zij hebben over het verlies of het ernstige letsel van hun dierbaren. De vraag is dus niet meer zozeer *of* de kring van smartengeldgerechtigden moet worden uitgebreid, maar veeleer *met welke personen* die kring moet worden vergroot: alleen de nabestaanden van een overledene, of ook de ouders van een kind dat door een medische fout blijvend ernstig gehandicapt is geworden? Deze vraag moet eigenlijk eerst worden beantwoord, voordat men de boven deze bijdrage geplaatste stelling leest. Want als men het recht op vergoeding van wat we maar zullen noemen 'affectieschade' beperkt tot de nabestaanden van een overledene, bestaat nog slechts discussie over de vraag: welke nabestaanden? Gaat men er daarentegen van uit dat ook de naasten van een (ernstig) gewond slachtoffer recht moeten krijgen op vergoeding van smartengeld, dan is de discussie aanmerkelijk breder. Moeten er bijvoorbeeld eisen worden gesteld aan de ernst van het letsel, of dienen hier het verdriet en de beperkingen die de naasten zichzelf moeten opleggen centraal te staan? En is het reëel aan de naasten van een ernstig gelaedeerd slachtoffer een even hoog bedrag toe te kennen als aan de nabestaanden van een overledene? Of dient ieder genoegen te nemen met eenzelfde bedrag?

Teineinde deze interessante vragen in de discussie te kunnen betrekken, hebben wij de stelling in ruime zin opgevat[29]. Achteraf bezien is dat een gelukkige keuze geweest. Kort na de PIV-Jaarconferentie liet de Minister van Justitie namelijk weten dat hij van plan is de kring van smartengeldgerechtigden uit te breiden tot zowel de nabestaanden van een overledene als de naasten van een ernstig gewond slachtoffer. Het voorstel van de minister, dat hieronder meer in detail zal worden besproken, gaat verder uit van een vaste vergoeding van € 10.000 voor ieder die behoort tot de kring van gerechtigden. Dat is volgens ons een te gemakkelijke keuze, die waarschijnlijk meer leed zal veroorzaken dan compenseren. Want waarom, zo vraagt Van Boom[30] zich terecht af, zou een moeder die psychisch geheel ten onder gaat aan de ervaring van de dood van haar jonge kind hetzelfde bedrag moeten krijgen als de nuchtere, incasserende weduwe die thuis hoort dat haar 75-jarige echtgenoot bij een verkeersongeval is omgekomen? In deze bijdrage zullen wij een voorstel presenteren waarin wordt getracht meer recht te doen aan de verschillen die bestaan tussen de nabestaanden en naasten onderling. Dit voorstel zullen wij vervolgens toetsen aan de hand van een achttal praktijkgevallen. Voorafgaand hieraan zullen wij de plannen van de minister meer uitgebreid in beeld brengen.

2. Het discussievoorstel van minister Korthals

Naar aanleiding van het *Baby Joost*-arrest[31]. vroeg het Tweede-Kamerlid O.P.G. Vos in september 2000 aan minister Korthals een wetsvoorstel op te stellen dat voorzag in het toekennen van smartengeld aan de nabestaanden van een overledene en de verwanten van een ernstig gewonde. Op 20 juni 2001 reageerde de minister op dit verzoek met een brief aan de Tweede Kamer, waarin hij de hoofdlijnen schetst van een wettelijke regeling zoals die hem voor ogen staat.[32] Met een verwijzing naar het *Baby Joost*-arrest maakt de minister duidelijk dat het leed van de naasten in geval van ernstige invaliditeit volgens hem niet veel onderdoet voor dat van de nabestaanden van een overledene. Weliswaar kunnen de eersten nog een affectieve relatie met het slachtoffer blijven onderhouden, maar daar staat tegenover dat zij - omdat zij veelal

---

28Deze term is ontleend aan W.H. van Boom, ‹Troostgeld voor nabestaanden ondoordacht›, *NJB* 2001, p. 1301 e.v.

29Helaas hebben niet alle respondenten van de enquête die tijdens de PIV-Jaarconferentie werd gehouden deze stelling in dezelfde, ruime zin opgevat. De resultaten van de enquête leveren daarom weinig inzicht in de vraag, hoe binnen de verschillende 'bloedgroepen' in de schaderegelingsbranche wordt gedacht over smartengeld voor tweedelijns slachtoffers. In het vervolg van deze bijdrage zal dan ook niet worden ingegaan op deze resultaten.

30Van Boom, o.c., p. 1302; in dezelfde zin: A.J. Verheij, ‹Contouren wetsvoorstel vergoeding affectieschade›, *NJB* 2001, p. 1562 e.v.

31HR 8 september 2000, *NJ* 2001, 734.

32Brief van 20 juni 2001, Kamerstukken II, 27 400 VI, nr. 70.

de verzorging op zich nemen - langduriger met de gevolgen in aanraking komen. Dit rechtvaardigt volgens de minister dat ook zij recht krijgen op vergoeding van smartengeld.

Niet iedere verwonding doet evenwel een recht op smartengeld ontstaan voor de naasten van het slachtoffer. Het dient te gaan om een 'ernstige verwonding met blijvende ernstige gevolgen', omdat het vooral het blijvende karakter van het letsel is waardoor het leed van de naasten wordt veroorzaakt. De minister merkt op dat in de toelichting op een mogelijk wetsvoorstel meer duidelijkheid zal moeten worden gegeven over de uitleg van het begrip 'ernstig blijvend letsel'. De minister zal laten onderzoeken in hoeverre hierbij aansluiting kan worden gezocht bij internationaal erkende systemen van medisch objectief vaststelbare percentages van blijvende functionele invaliditeit. Aangenomen mag worden dat hij hier het oog heeft op de bekende *AMA-guides* uit de Verenigde Staten, waarin voor vrijwel alle vormen van lichamelijk letsel in tabellen is vastgesteld in welke mate het slachtoffer daardoor wordt beperkt in de uitvoering van alledaagse taken en bezigheden[33].

Met betrekking tot de vraag *welke* nabestaanden en naasten recht krijgen op vergoeding van smartengeld, zoekt de minister aansluiting bij de kring van gerechtigden zoals die is vastgesteld in art. 6:108 BW. Hiertoe behoren de volgende personen:
de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner;
de levensgezel die met het slachtoffer meer dan een jaar een gemeenschappelijke huishouding heeft gevoerd;[34]
de ouders van een minderjarig slachtoffer;
de minderjarige kinderen (als het slachtoffer een ouder is);
de voogd die meer dan een jaar met een minderjarig slachtoffer in gezinsverband heeft samengewoond en andersom.
Voor hen geldt, aldus de minister, dat men mag aannemen dat zij een zeer nauwe affectieve band hebben of hebben gehad met het slachtoffer, waardoor zij degenen zijn die emotioneel het zwaarst worden getroffen. De minister kiest derhalve uitdrukkelijk voor een limitatief stelsel; een hardheidsclausule zou volgens hem slechts leiden tot discussie over de ernst van het geleden verdriet en dat was nu juist wat de wetgever in 1992 ertoe heeft bewogen af te zien van vergoeding van affectieschade.

Tot slot wil de minister bij de vaststelling van de omvang van het smartengeld geen onderscheid maken tussen overlijden en ernstige verwonding. In beide gevallen gaan zijn gedachten uit naar een gefixeerd bedrag van € 10.000 per gerechtigde. Dit bedrag is volgens de minister vergelijkbaar met hetgeen in de ons omringende landen in soortgelijke situaties wordt uitgekeerd. Toekenning van een dergelijk bedrag aan de groep slachtoffers die de minister voor ogen staat, zal volgens het Verbond van Verzekeraars leiden tot een verhoging van de WA-schadelast voor motorrijtuigenverzekeringen met ongeveer € 27 miljoen per jaar, oftewel een stijging van de WAM-premies met 2%.

3. De gezichtspunten benadering

Het voorstel van de minister gaat uit van het principe *one size fits all*: iedere rechthebbende ontvangt een gelijk bedrag, ongeacht de omvang van de geleden smart. Dit is naar onze mening te rigide. Maatwerk - het individueel vaststellen van de omvang en beleving van het verdriet - is echter ook geen oplossing. Dit zal in de meeste gevallen immers een expertise vereisen en dat is een te zware psychische belasting voor de rechthebbenden en een te zware financiële belasting voor de verzekeraars. Bovendien vertraagt dit de schadeafwikkeling en daarmee mogelijk ook het verwerkingsproces van de betrokkenen.

Waar wij naar gezocht hebben is maatconfectie: een set van makkelijk hanteerbare, objectieve criteria aan de hand waarvan de affectieschadevergoeding meer in verhouding kan worden gebracht tot de ernst van het geleden verdriet, zonder dat dit verdriet bij iedere rechthebbende afzonderlijk hoeft te worden 'gemeten'. Dit impliceert enerzijds dat wordt geabstraheerd van de individuele verdrietbeleving en anderzijds dat niet aan

33*Guides to the Evaluation of Permanent Impairment*, American Medical Association, 4th edition. Daarnaast zou kunnen worden gedacht aan de *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, American Psychiatric Association, 4th edition (DSM IV). Dit handboek is voor dit doel evenwel minder praktisch, omdat daarin geen invaliditeitspercentages worden genoemd.

34Onder levensgezellen moeten ingevolge Aanwijzing 72a van de Aanwijzingen voor de regelgeving worden verstaan twee meerderjarigen die, anders dan als wederzijdse echtgenoot, met elkaar een nauwe persoonlijke betrekking hebben.

alle rechthebbenden eenzelfde bedrag wordt uitgekeerd. Gelet op de symboolfunctie die toekomt aan de vergoeding van affectieschade, lijkt ons een bedrag van minder dan € 5.000 ongewenst. Om niet te zeer uit de pas te geraken met de hoogte van het smartengeld dat wordt toegekend aan 'eerstelijns' slachtoffers, moet aan de andere kant niet meer worden uitgekeerd dan € 45.000. Dit zijn voor ons de belangrijkste uitgangspunten voor een regeling van het smartengeld voor nabestaanden en naasten.

De verschillen tussen de benadering zoals wij die voor ogen hebben en het voorstel van de minister betreffen in hoofdzaak de vaststelling van de hoogte van de smartengeldvergoeding. Een aantal gezichtspunten achten wij daarvoor bepalend. Op basis daarvan hebben wij een eenvoudige systematiek ontwikkeld waarmee de hoogte van de affectieschadevergoeding op een gestructureerde wijze kan worden bepaald. Hieronder zetten wij deze systematiek uiteen. Verderop wordt het één en ander schematisch weergegeven.

Gezichtspunten

Ons eerste aanknopingspunt is de ernst van de verwondingen van het ongevalslachtoffer. Het meest ernstig is uiteraard letsel dat overlijden tot gevolg heeft. Daarom menen wij dat in geval van overlijden een hogere vergoeding op zijn plaats is dan in geval van ernstig letsel. Binnen de categorie van gevallen van ernstig letsel kan vervolgens worden gedifferentieerd, al naargelang het slachtoffer al of niet hulpbehoevend is en de naasten zich dus opofferingen moeten getroosten om te voorzien in de zorg voor de gekwetste. Op basis van dit aanknopingspunt rangschikken wij daarmee in de volgorde overlijden, ernstig letsel mét blijvende hulpbehoevendheid en ernstig letsel zonder dat deze hulpbehoevendheid zich voordoet. Wij realiseren ons dat er gevallen zijn van ernstig blijvend letsel die voor de naasten van het slachtoffer qua zwaarte niet of nauwelijks onderdoen voor overlijden en die voor de nabestaanden wellicht moeilijker te dragen zijn dan de situatie waarin het slachtoffer zou zijn overleden. Voorbeelden daarvan bieden de uitspraken Hof Amsterdam 14 januari 1999, VR 1999, 82 en Hof Arnhem 7 december 1999, VR 2000, 90. In beide gevallen is sprake van zware lichamelijke en geestelijke invaliditeit en zijn de slachtoffers zich bovendien bewust van wat hun is overkomen en van de uitzichtloosheid van de situatie waarin zij verkeren. Met het oog op dit soort uitzonderlijke gevallen hebben wij in het schema hieronder bewust een *overlap* aangebracht tussen de categorieën A (€ 35.000 tot € 45.000) en B (€ 30.000 tot € 40.000). Daarmee hebben wij de mogelijkheid willen openen dat in bepaalde gevallen van ernstig blijvend letsel (categorie B) een gelijke of soms zelfs hogere vergoeding aan de naasten wordt uitgekeerd dan in (sommige) gevallen van overlijden (categorie A).

In de tweede plaats zouden wij belang willen toekennen aan de aard van de affectieve relatie tussen het slachtoffer enerzijds en de nabestaanden of naasten anderzijds. Volgens deskundigen, die in de praktijk veel worden geconfronteerd met de gevolgen van ernstig letsel en overlijden, is het verlies van een kind het ergste dat iemand kan overkomen, op korte afstand gevolgd door het verlies van een partner. Uit praktische overwegingen stellen wij beide situaties op één lijn. Deze gebeurtenissen zijn, met alle respect voor het verdriet van de betrokkenen, doorgaans ingrijpender dan het ernstig letsel of verlies van een broer of zus, een ouder, of een hartsvriend(in). Ook dit kan tot uiting komen in de hoogte van de smartengeldvergoeding, zodat aan een ouder die een kind verliest een hoger bedrag kan worden toegekend dan aan een broer of zus van de overledene.

In de derde plaats zouden wij rekening willen houden met de mate waarin het overlijden of het ontstaan van het letsel een afwijking vormt van wat wij zouden willen aanduiden als de 'natuurlijke loop der dingen'. Dit vereist enige toelichting. Naar onze mening dient aan de nabestaanden van een kind of een persoon die zich in de kracht van zijn leven bevond een hoger bedrag aan smartengeld toe te komen dan aan de nabestaanden van iemand die het grootste deel van zijn leven reeds achter zich had. In het eerste geval komt het overlijden namelijk op een moment waarop de nabestaanden dat niet verwachtten en gezien de levensverwachting van de getroffene ook niet behoefden te verwachten. Daardoor heeft het overlijden doorgaans een veel grotere impact op het leven van de nabestaanden. Een dergelijke afwijking van het natuurlijke verwachtingspatroon rechtvaardigt een hogere vergoeding. Dit principe gaat natuurlijk ook op als het gaat om ernstig letsel. In de systematiek hieronder wordt de mate waarin het gebeuren afwijkt van de natuurlijke loop der dingen gebruikt om te variëren binnen de bandbreedte van de verschillende categorieën.

Tot slot moet naar onze mening rekening worden gehouden met de aard van de gebeurtenis waardoor het ernstige letsel of het overlijden van het slachtoffer is ontstaan. Voor de naasten en nabestaanden zal het namelijk ook belangrijk verschil maken of het letsel of overlijden van de dierbare(n) het gevolg is geweest

van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, dan wel van roekeloos gedrag van de kant van een aansprakelijke. In dat laatste geval zal de inbreuk op het rechtvaardigheidsgevoel ernstiger zijn. Ook dit kan tot uiting worden gebracht door te variëren binnen de bandbreedte van de verschillende categorieën.

Met betrekking tot de kring van gerechtigden zijn wij het in grote lijnen eens met de minister. Wel achten wij de invoering van een 'hardheidsclausule' wenselijk. De kring van gerechtigden van art. 6:108 BW is namelijk vastgesteld met het oog op de vraag wie in 'materiële' zin schade lijden als gevolg van het overlijden van een ander, terwijl bij affectieschade de 'immateriële' aspecten juist van belang zijn. Enkele voorbeelden van situaties waarin de kring van gerechtigden van art. 6:108 duidelijk te krap is, zijn die waarin het gaat om het overlijden van een broer of zus of het overlijden van een pleegkind[35]. In deze gevallen is sprake van samenleven in gezinsverband of een wijze die daar zozeer op lijkt, dat zij daarmee gelijkgesteld dient te worden. Daardoor geldt voor deze personen dat zij geacht mogen worden een zeer nauwe affectieve band te hebben of te hebben gehad met het slachtoffer. In het schema hieronder zullen degenen die niet direct behoren tot de kring van gerechtigden van art. 6:108 in de meeste gevallen worden ingedeeld in de groep 'Overige affectieve relaties'.

Op basis van deze gezichtspunten hebben wij een vijftal categorieën van affectieschade gemaakt. Voor elk daarvan is met behulp van een interval aangegeven wat naar onze mening een passende smartengeldvergoeding zou zijn. Daarbij hebben wij aansluiting gezocht bij de bedragen, zoals die onder het huidige recht worden toegekend aan ongevalslachtoffers zelf. Binnen deze intervallen, waarvan sommige een bepaalde mate van *overlap* vertonen, kan vervolgens een afronding naar boven of naar beneden plaatsvinden al naar gelang de omstandigheden in mindere of meerdere mate een afwijking inhouden van de 'natuurlijke loop der dingen'. Aldus ontstaat een stelsel dat enige vergelijking vertoont met de wijze waarop in Engeland de hoogte van de smartengeldbedragen voor gevallen van psychisch letsel worden vastgesteld[36].

	Overlijden	Ernstig letsel (hulpbehoevend)	Ernstig letsel (niet-hulpbehoevend)
Affectieschade ouder	A	B	C
Affectieschade partner	A	B	C
Overige affectieve relaties	D	D	E

	van	tot
A	€ 35.000	€ 45.000
B	€ 30.000	€ 40.000
C	€ 20.000	€ 30.000
D	€ 15.000	€ 25.000
E	€ 5.000	€ 15.000

Bandbreedte: invullen aan de hand van de afwijking van de 'natuurlijke loop der dingen' en de aard van de gebeurtenis waardoor het letsel of overlijden is ontstaan.
Ernstig blijvend letsel: hiervan is sprake als het percentage blijvende invaliditeit volgens de richtlijnen van de *AMA-guides* groter is dan of gelijk is aan 70% van de gehele mens.
Hulpbehoevend: hiervan is sprake bij een blijvende noodzaak tot persoonlijke verzorging voor de activiteiten van het Algemeen Dagelijks Leven (ADL) binnen de gezins- of samenlevingssituatie, waardoor de naasten zich opofferingen moeten getroosten en steeds met het leed van het ongevalsslachtoffer worden geconfronteerd.

4. Toetsing aan de praktijk

Tijdens de workshops van de PIV-Jaarconferentie hebben wij een aantal praktijkgevallen gepresenteerd om te illustreren welke vragen en problemen de vergoeding van affectieschade oproept in de praktijk. Hieronder zullen wij dezelfde praktijkgevallen gebruiken om te laten zien tot welke resultaten het voorstel van de minister leidt en de door ons ontwikkelde gezichtspunten benadering te toetsen.

35Zie S.D. Lindenbergh,'Smartengeld voor naasten; tijd voor een wettelijke regeling', *NJB* 2001, p. 66.

36Zie de *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, uitgegeven door de Judicial Studies Board.

Casus 1 (gemiste vakantie)
In januari wordt de 9-jarige Jan aangereden op de fiets als hij van school naar huis rijdt. Zijn gebroken been wordt in het ziekenhuis poliklinisch gezet en naar verwachting zal hij een drietal maanden 'uit de running' zijn. De voor februari geboekte wintersportvakantie moet helaas worden geannuleerd, omdat hij nog te klein is om thuis te blijven. Zijn ouders en twee grote zussen zijn het er snel over eens dat het ook wel erg zielig zou zijn om hem bij familie achter te laten. Gelukkig worden de reeds betaalde kosten voor het gehuurde vakantieverblijf door de annuleringsverzekering gedekt. Ook de ziektekosten komen voor rekening van een verzekering. Na een voorspoedig herstel komt er een vergoeding voor smartengeld en wat kleine materiërelativiteitsvereistele posten van € 1.500. De familie van Jan komt tot de conclusie dat de grootste schadepost eigenlijk het gemis van de vakantie is geweest. Niet alleen voor Jan zelf, maar ook voor zijn ouders en zusjes. Normaal gesproken wordt door het gezin een bedrag van € 3.000 aan de wintersportvakantie besteed. Je mag er dan toch ook van uitgaan dat de (immateriële) waarde van die vakantie minstens op datzelfde bedrag te stellen is?

Commentaar:
De bedoeling van dit voorbeeld is te laten zien dat niet alle immateriële schade die ontstaat als gevolg van het letsel (of overlijden) van een naaste automatisch te kwalificeren is als affectieschade. Affectieschade zouden wij willen definiëren als het verdriet dat ontstaat door de aantasting van een affectieve band. In deze casus is daarvan geen sprake. Het gaat hier veeleer om het gemis van genot[37]: de familieleden moeten omwille van het letsel van Jan hun vakantie opgeven. Ter onderscheiding van affectieschade zouden wij deze vorm van immateriële schade willen aanduiden als 'defectieschade'. Deze vorm van schade komt noch volgens het voorstel van de minister, noch volgens onze benadering voor vergoeding in aanmerking[38].

Casus 2 (Kees I)
De 14-jarige Kees is door een verkeersongeval blijvend invalide geworden, zowel lichamelijk als geestelijk, en hij zal voor de rest van zijn leven hulpbehoevend zijn. Zijn ouders besluiten zijn verzorging zelf op zich te nemen. De benedenverdieping van de woning wordt aangepast, zodat Kees niet steeds van boven naar beneden behoeft te worden vervoerd. De ouders van Kees moeten zich veel ontzeggen om Kees te kunnen verzorgen, maar gelukkig ontvangen zij daarvoor een schadevergoeding van € 4,50 per uur. Het gaat immers om 'verplaatste schade'.
Bestaat er naast de vergoeding voor verplaatste schade nog aanleiding de ouders een vergoeding wegens affectieschade te verstrekken? Zo ja, wat is dan een redelijk bedrag?

Commentaar:
Er is hier sprake van blijvend ernstig letsel. Tussen het slachtoffer en de rechthebbenden bestaat een ouder/kindrelatie. Kees is blijvend hulpbehoevend en zijn ouders moeten zich opofferingen getroosten om te voorzien in de verzorging. Op basis hiervan is sprake van affectieschade naar categorie B (vergoeding tussen € 30.000 en € 40.000). Gelet op de jeugdige leeftijd van Kees, gaat het hier om een forse afwijking van het natuurlijk verloop der dingen. Op basis hiervan komen wij voor dit geval uit op een smartengeld van circa € 37.500 voor elk van de ouders. Volgens het voorstel van de minister zouden de ouders aanzienlijk minder ontvangen, namelijk ieder € 10.000.

Casus 3 (Kees II)
De moeder van Kees heeft veel verdriet over het ongeluk dat haar veelbelovende zoon is overkomen. Zij kan de gebeurtenissen niet goed verwerken en de huisarts heeft haar doorverwezen naar een psycholoog die haar langdurig heeft begeleid, maar het leven wordt voor haar niet meer zoals het was. '*Je staat er eigenlijk nooit bij stil hoe kwetsbaar je bent, maar zo'n ongeluk drukt je wel met de neus op de feiten.'* De vader van Kees lijkt het verdriet makkelijker te verwerken. Na een korte periode kan hij de draad weer gewoon oppakken. Heeft de moeder van Kees recht op een hogere vergoeding van affectieschade, omdat zij psychologische behandeling nodig heeft gehad en haar echtgenoot niet[39]?

37 Vgl. het onderscheid dat Schut maakt tussen 'verdriet' en 'gederfde levensvreugd' wanneer hij de vraag bespreekt wat precies moet worden verstaan onder een 'aantasting in de persoon' (G.H.A. Schut, ‹In de persoon aangetast›, *RM Themis* 1999, nr. 7, p. 305-6.

38 Van Boom heeft naar aanleiding van de brief van de Minister van Justitie voorgesteld de positie van schadelijdende derden integraal onder de loep te nemen, dat wil zeggen: inclusief de hier genoemde 'defectieschade' en andere vormen van vermogensschade; zie Van Boom, o.c., p. 1302.

39Vgl. Rb. Den Haag 2 februari 2000, *L&S* 2000, nr. 1, p. 38 v. (Baby Kelly).

Commentaar:
Een van de uitgangspunten van onze benadering is dat wordt geabstraheerd van de individuele beleving van het verdriet. Dat houdt in dat beide ouders naar onze mening recht hebben op een zelfde vergoeding. Dit lijkt misschien onrechtvaardig tegenover de moeder van Kees; uit de casus blijkt duidelijk dat het letsel van Kees haar meer heeft aangegrepen dan haar echtgenoot. Het alternatief zou zijn dat de moeder van Kees door een psychiatrische expertise of op andere wijze bewijst dat haar verdriet om het ongeval van haar zoon groter is dan men normaal gesproken had mogen verwachten. Daargelaten of het mogelijk is dergelijk bewijs te leveren, menen wij dat dit geen wenselijke situatie is. In het voorstel van de minister kan evenmin worden gedifferentieerd: daarin bestaan überhaupt geen mogelijkheden om een ander bedrag uit te keren dan € 10.000.

Casus 4 (Arie)
Arie heeft na het overlijden van zijn vader zijn moeder in huis genomen. Dat was altijd heel plezierig, want moeder zorgde voor het huishouden, zodat haar ongetrouwde zoon veel tijd aan zijn winkel kon besteden. De laatste jaren is zij helaas met wat verschillende klachten aan het sukkelen geraakt en kort voor haar 80e verjaardag overlijdt zij plotseling in het ziekenhuis. Naar later blijkt is de diagnose niet goed geweest en met een betere medische verzorging zou zij wellicht nog tijdelijk naar huis hebben kunnen terugkeren. Mede omdat Arie verder geen naaste familie heeft, is het voor hem wel heel triest dat het zo moest aflopen.
Heeft Arie recht op vergoeding van affectieschade?

Commentaar:
Het betreft hier een geval van overlijden. Tussen Arie en zijn moeder bestaat een kind/ouder- (en dus geen ouder/kind-) relatie. Op basis hiervan is sprake van affectieschade in categorie E (vergoeding tussen € 5.000 en € 15.000). Gelet op de leeftijd van de moeder van Arie, bestaat in feite geen afwijking van de natuurlijke loop der dingen. Onder deze omstandigheden achten wij een smartengeldvergoeding gerechtvaardigd van € 5.000 tot € 7.500. Volgens het voorstel van de minister ontvangt Arie een bedrag van € 10.000.

Casus 5 (Erik en Suzanne)
Erik en Suzanne besluiten na de geboorte van hun derde kind dat hun gezin groot genoeg is. Erik ondergaat in het ziekenhuis een sterilisatie. Bij het uitvoeren van de operatie wordt een zenuw geraakt, waardoor Erik blijvend impotent wordt. Ondanks al hun goede bedoelingen deze tegenslag met elkaar te verwerken, merken Erik en Suzanne dat hun relatie door de verstoring van hun seksleven onder druk komt te staan. Beiden hebben hier veel verdriet door.
Heeft Suzanne recht op een vergoeding van affectieschade?

Commentaar:
Van alle hier besproken casussen, biedt deze wellicht de meeste stof tot discussie. Enerzijds geldt dat seksualiteit een integraal onderdeel is van een relatie tussen twee partners of geliefden. Als dit wegvalt, betekent dat voor beide partners een forse aantasting van de affectieve band die zij delen. Het valt derhalve moeilijk te ontkennen dat bij Suzanne sprake zal zijn van verdriet over de aantasting van de affectieve band die zij heeft met Erik. Anderzijds kan het letsel van Erik moeilijk worden gekwalificeerd als ‘ernstig blijvend letsel’. Op basis daarvan bestaat voor Suzanne geen recht op vergoeding van affectieschade, hoezeer ook sprake is van verdriet over de aantasting van een affectieve band. Een vergelijkbaar probleem doet zich voor, indien een van beide partners bij een verkeersongeval licht hersenletsel oploopt en als gevolg daarvan een persoonlijkheidsverandering ondergaat. Dit zal ontegenzeggelijk van invloed zijn op de affectieve relatie die tussen beiden bestaat, maar ook hier geldt dat het letsel niet ernstig genoeg is om voor de naasten een recht op vergoeding van affectieschade in het leven te roepen. Ondanks langdurige discussies, zijn wij er niet in geslaagd overeenstemming te bereiken over de vraag of in dit soort situaties al dan niet een vergoeding van affectieschade dient te worden uitgekeerd. Het discussievoorstel van de minister biedt evenmin volledige duidelijkheid; hij laat weten dat hij nog zal laten onderzoeken in hoeverre bij de invulling van het begrip ‘ernstig blijvend letsel’ aansluiting kan worden gezocht bij internationaal erkende systemen van medisch objectief vaststelbare percentages van blijvende functionele invaliditeit.

Casus 6 (Harry)

Harry woont sinds de tumultueus verlopen scheiding van zijn vrouw in een andere stad. Hij had het graag anders gezien, maar al vijf jaar heeft hij geen contact meer gehad met zijn zoon. Zijn verdriet hierover heeft hij weggestopt. Mogelijk wordt het nog anders, als het kind volwassen is geworden. De schrik slaat hem dan ook om het hart als hem het bericht bereikt dat zijn inmiddels 15-jarige zoon als duopassagier op een brommer bij een ongeval is overleden.
Heeft Harry recht op vergoeding van affectieschade?

Commentaar:
Er is sprake van overlijden en van een ouder/kindrelatie. Dat zijn zwaarwegende factoren. Bovendien is sprake van een forse afwijking van de natuurlijke loop der dingen. Wat hier evenwel ontbreekt, is een samenlevingsverband of een daarop gelijkend verband. Op grond hiervan komt Harry - hoe triest het ook is - in onze benadering niet in aanmerking voor vergoeding van smartengeld. Om dezelfde reden kan hij volgens het voorstel van de minister evenmin aanspraak maken op een vergoeding van affectieschade.

Casus 7 (Eva en Henriëtte)
Eva is een 21 jaar oude studente. Zij woont met haar hartsvriendin Henriëtte op dezelfde gang van een studentenhuis. De twee kennen elkaar al van de lagere school en zijn vanaf dat moment onafscheidelijk. Ze volgen dezelfde studie, ze eten met elkaar, ze gaan samen uit en ze zijn lid van dezelfde studentenvereniging. Onder de mannelijke leden van de studentenvereniging wordt wel gefluisterd dat ze lesbisch zijn, maar dat is niet waar. Het zijn gewoon twee hele goede vriendinnen. Op een kwade dag wordt Eva voor de ogen van Henriëtte aangereden door een auto. Enkele minuten na het ongeval overlijdt zij in de armen van Henriëtte. Na het ongeval verliest Henriëtte alle plezier in haar leven en raakt zij in een diepe depressie. Slechts na langdurige en intensieve psychotherapie lukt het haar om de draad weer op te pakken.
Heeft Henriëtte recht op vergoeding van smartengeld?

Commentaar:
In deze casus dient een onderscheid te worden gemaakt tussen shockschade en affectieschade. Op basis van hetgeen is voorgevallen, is zeer goed verdedigbaar dat Henriëtte aanspraak kan maken op vergoeding van shockschade (zie Hof Amsterdam 27 april 2000, VR 2000, 87). Voor de affectieschade geldt dat er geen situatie is van duurzaam samenleven in gezinsverband, zodat er geen recht bestaat op vergoeding van affectieschade.

Casus 8 (Boerenzoons)
Harm en Teun waren twee boerenzoons. Tijdens hun jeugd waren ze onafscheidelijk. En ondanks het feit dat Harm sinds een jaar bij een oom in Canada op het bedrijf werkte, onderhielden ze veel contact. Hij was daar mogelijk zelfs wel gebleven, als Teun niet door een ongeval was overleden kort voordat hij het ouderlijk bedrijf had overgenomen.
Heeft Harm recht op vergoeding van affectieschade nu Teun is overleden? Zou dit anders geweest zijn als Harm ten tijde van het overlijden van Teun nog thuis had gewoond? Hoe zit het met de ouders van Teun?

Commentaar:
Harm en Teun leefden op het moment waarop Teun overleed niet samen in gezinsverband of een daarop gelijkend verband. Harm behoort derhalve niet tot de kring van gerechtigden als het gaat om de vergoeding van affectieschade. Als Harm ten tijde van het overlijden van Teun nog thuis had gewoond, had hij volgens het voorstel van de minister evenmin recht gehad op vergoeding van smartengeld. Hij behoort immers niet tot de kring van gerechtigden van art. 6:108 BW. In onze benadering zou hij in dat geval een beroep kunnen doen op de hardheidsclausule, omdat wellicht sprake is van samenleven in gezinsverband of een daarop gelijkend verband.
Voor de beoordeling van het vorderingsrecht van de ouders van Teun is volgens het voorstel van de minister van belang of Teun ten tijde van het overlijden nog minderjarig was. Als dat zo is, komen de ouders volgens het voorstel van de minister zonder meer in aanmerking voor een smartengeldvergoeding. Bij meerderjarigheid vervalt de vordering volgens het voorstel van de minister, omdat de ouders dan niet langer behoren tot de kring van gerechtigden.
Volgens onze benadering maakt het geen verschil of Teun al dan niet minderjarig was. Beslissend is of hij met zijn ouders in gezinsverband samenleefde of niet. Verder is van belang dat het hier gaat om een ouder/kindrelatie. Op basis hiervan vallen zijn ouders in de hoogste categorie (vergoeding tussen € 35.000

en € 45.000). Het gaat hier om overlijden op een relatief jonge leeftijd. Daardoor is hier sprake van een forse afwijking van de natuurlijke loop der dingen. Dit betekent in onze benadering dat beiden recht hebben op een vergoeding van circa € 40.000.

5. Conclusies

Het juridische debat over de vergoeding van smartengeld aan 'tweedelijns' slachtoffers is jarenlang beheerst door angst. Niemand zal de nabestaanden van een overledene of de naasten van een ernstig gewonde ter verzachting of erkenning van hun verdriet een financiële vergoeding misgunnen. Ons rechtsgevoel vraagt daar gewoon om. Maar we durfden er nooit aan te beginnen, uit angst voor smakeloze debatten, commercialisering van verdriet en een '*flood*' aan claims. Het valt daarom te prijzen dat minister Korthals het nu heeft aangedurfd een voorstel te lanceren waarin voor een kleine, scherp omschreven groep van nabestaanden en naasten de mogelijkheid tot vergoeding van smartengeld wordt gecreëerd. Door de gefixeerde schadevergoeding waarvan dit voorstel uitgaat, vrezen wij echter dat dit voorstel het rechtsgevoel eerder zal teleurstellen dan bevredigen. Het levert namelijk resultaten op die in strijd zijn met het beginsel dat gelijke gevallen zo veel mogelijk gelijk moeten worden behandeld, hetgeen impliceert dat ongelijke gevallen een ongelijke behandeling behoeven. Door iedere rechthebbende een zelfde bedrag toe te kennen, wordt geen recht gedaan aan de verschillen tussen de rechthebbenden onderling.

Een affectieschadevergoeding op maat zou dit bezwaar wegnemen, maar door de hoge transactiekosten en de psychische belasting voor de rechthebbenden is dit geen realistische oplossing. De beste manier om het kind niet met het badwater weg te gooien, is een benadering waarin wordt getracht rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van elk geval, zonder te vervallen in het 'meten' van verdriet. De hier gepresenteerde benadering komt naar onze mening in behoorlijke mate aan deze eisen tegemoet. Door de overeenkomst met de manier waarop voor primaire slachtoffers de hoogte van het smartengeld wordt vastgesteld, is de benadering bovendien voor praktijkjuristen goed te hanteren.

Er zullen evenwel, ook bij toepassing van de door ons gepropageerde benadering, altijd schrijnende gevallen blijven bestaan waarin uiteindelijk geen smartengeld kan worden toegekend. Voorbeelden daarvan komen voor in verschillende casus. Dit wordt met name veroorzaakt door het nog steeds vrij 'harde' criterium ter bepaling van de kring van gerechtigden. Een mogelijkheid die wij niet hebben onderzocht is het aanbrengen van gradaties binnen dit criterium, zodat ook de sterkte van het gezins- of samenlevingsverband een factor kan worden waarmee men rekening kan houden bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld. Tot dusverre zijn wij er evenwel niet van overtuigd dat dit mogelijk is zonder al te dicht in de buurt te komen van hetgeen de minister in 1992 nu juist wilde vermijden.

Toepassing van onze benaderingswijze zal in de praktijk leiden tot hogere kosten dan het voorstel van de minister. In enkele gevallen wordt een lager bedrag uitgekeerd, maar in meer gevallen is dat juist hoger. Daarnaast bestaan er situaties waarin volgens onze benadering wél een vergoeding dient te worden toegekend, terwijl dat volgens het voorstel van de minister niet het geval is. Het zal nog enige tijd duren voordat de vergoeding van affectieschade gemeengoed is geworden. Tot die tijd heeft de praktijk nadrukkelijk behoefte aan normering. Aan de zijde van rechtshulpverleners bestaat een kritische houding ten opzichte van normering als het gaat om het in de norm vastleggen van schadevergoedingsbedragen en dat is goed te begrijpen. Een normering van de systematiek van schade toemeten en begroten wordt door de deskundigen die bij de praktijk van schadeafwikkeling zijn betrokken algemeen echter positief ontvangen. Ons voorstel sluit ook hier goed op aan.

Smart en geld (binnen het gezin); een verzekeraarsvisie

Mr. F.Th. Kremer

1. Enige dogmatische aspecten van smartengeld

1.1 Inleiding

De vergoeding van immateriële schade (hierna te noemen 'smartengeld') in Nederland kenmerkt zich door een drietal beperkingen:
Het kent nog slechts een beperkte geschiedenis; immers pas in 1943 heeft de Hoge Raad[40] deze schade post expliciet aanvaard;
Smartengeld wordt beperkt tot het slachtoffer zelf en er is dus geen recht op smartengeld zijdens gezinsleden van het slachtoffer. De enige uitzondering hierop is de mogelijkheid dat zo'n gezinslid ook zelf als slachtoffer moet worden beschouwd. Met name gaat het hier om de zogenaamde shock- of schrikschade, doch ons recht is terughoudend, wanneer het om een dergelijke schade gaat (zie hierna in 1.2 en 1.3).
De omvang van de smartengeldbedragen is evenzeer beperkt. Tot ver in de tachtiger jaren werd een uitkering inzake smartengeld ad *ƒ* 100.000 (± € 45.500) à *ƒ* 125.000 (± € 56.750) als de 'hoogste categorie'gezien. Pas na het AMC/Aidsbesmettingsarrest[41], waarin de Hoge Raad de door het Hof Amsterdam toegekende smartengeldvergoeding ad *ƒ* 300.000 (± €136.000) in stand laat, zijn de bedragen, althans voor zware letsels, enigszins gestegen, maar ook nog na 2000 geldt een smartengeldvergoeding van *ƒ* 250.000 (± € 113.500) als hoog[42].

1.2 Invoering NBW

Ook bij de invoering van ons Nieuw Burgerlijk Wetboek in de 1992 is aan hiervoor genoemde beperking van smartengeld tot het slachtoffer zelf niets gewijzigd.
Wel is daarover bij de parlementaire discussie fors gediscussieerd. In de parlementaire geschiedenis zijn daarover 'bloemrijke' passages[43] terug te vinden. Wél heeft het NBW een anker uitgeworpen voor de verdere en toekomstige discussie over smartengeld voor anderen dan het slachtoffer zelf.
Ik doel daarbij op art. 6:106 BW en wel lid 1 sub b, waar het criterium *'... op andere wijze in zijn persoon is aangetast*' als mogelijk recht op smartengeld wordt geïntroduceerd. Hoewel in de jurisprudentie bij dit criterium vooreerst aan inbreuken op de persoonlijke levenssfeer (privacy) invulling werd gegeven (waarbij het zogenaamde naturistengidsarrest[44] wel het bekendste voorbeeld is), is één en ander uiteraard niet beperkt tot privacy-inbreuken. In de latere jurisprudentie gaat het dan ook vooral om geestelijk letsel, zonder dat dit gevolg is van een ongeval[45].
Het eerste arrest op dit punt was het arrest Ontvanger/Bos[46]. Hierbij ging het om geestelijk letsel door vermogensschade, mede in de hand gewerkt door onrechtmatig handelen van de fiscus.
De Hoge Raad oordeelde hierbij dat geestelijk letsel onder omstandigheden kan worden aangemerkt als een aantasting in de persoon, maar dat daarvoor niet voldoende is dat er schade is van meer of minder sterk psychisch onbehagen of zich gekwetst voelen. Er moet dus meer aan de hand zijn.
Later is het criterium 'aantasting in de persoon' ook als kapstok gebruikt voor het waarnemen van of geconfronteerd worden met een dodelijk ongeval, de zogenaamde shock- of schrikschade. Hiertoe had de Hoge Raad al in 1983 in het arrest Van der Heijden/Holland[47] de basis gelegd.
Wél moet er dan een verschil worden gemaakt tussen het verdriet om het overlijden van een derde als zodanig, de zogenaamde affectieschade en het psychisch leed hierdoor; voor zover deze zaken al überhaupt te scheiden zijn (mijns inziens niet).

1.3 Shockschade

40 HR 21 mei 1943, *NJ* 1943, 455 (Van Kreuningen/Bessem).

41 HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714.

42 Zie bijv. HR 17 november 2000, RvdW 2000, 235; opgemerkt dient te worden dat A-G Spier zich in zijn Conclusie onder 3.16 e.v. afvraagt of de terughoudende benadering, die uit de hoogste in Nederland toegekende bedragen blijkt, geen heroverweging verdient. Zie in dit kader ook S.D. Lindenbergh, 'De hoogte van het smartengeld in Nederland; een verkenning van de top', in *VR* 1999/5, p. 129 e.v. en de daarbij gememoreerde jurisprudentie.

43 Zie bijv. MvA Inv, PG Boek 6, p. 1275.

44 HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 270.

45 Zie over het begrip persoonsaantasting met name S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*; diss. Leiden 1998, hoofdstuk 5.

46 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366.

47 HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 717.

Wil er een schadevergoeding inzake shockschade plaatsvinden, waarbij het op zich niet uitmaakt of het om materiële of immateriële schade gaat, dan moeten er tenminste drie hobbels worden genomen.

- De Schutznorm;
- De confrontatie met een dodelijk ongeval; en
- Het hebben van medisch objectiveerbaar psychisch letsel.

Ad a

Het moeilijke leerstuk van de zogenaamde Schutznorm is in ons recht gecodificeerd in art. 6:163 BW: '*Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden*'.
Het in dit artikel bepaalde wordt ook wel het relativiteitsvereiste genoemd. Het moge duidelijk zijn dat met name het directe slachtoffer van bijvoorbeeld een verkeersongeval de persoon is wiens belang en schade onder de Schutznorm vallen. Naarmate de ander, die shockschade wil claimen, verder van het ongeluk af staat kan art. 6:163 BW een beletsel vormen voor een schadevordering.
Ten aanzien van degene die in hetzelfde voertuig zat ten tijde van het ongeval, zal de Schutznorm geen probleem opleveren, maar als het om iemand anders gaat die het ongeval van een afstand heeft zien gebeuren, laat staan pas na het ongeluk ter plaatse is, wordt het al veel moeilijker, zo niet onmogelijk.
In de jurisprudentie wordt hier omtrent ook wisselend geoordeeld[48].

Ad b

Mede in het kader van het bepaalde inzake de *Schutznorm* wordt wel een onderscheid gemaakt tussen

- *Zone of physical danger*; en
- *Zone of emotional danger*.

Bij de *physical danger zone* moet vooral worden gedacht aan de inzittenden van het aangereden voertuig dan wel bijvoorbeeld de voetgangers die opzij moesten springen om de auto te ontwijken. Hier zal de drempel voor shockschade, althans op dit punt, erg laag zijn.
Anders ligt dat ten aanzien van de *emotional danger zone*. Daarbij moet worden gedacht aan bijvoorbeeld het telefoontje dat de achtergeblevene ontvangt in verband met het dodelijk ongeval van zijn partner. Dit is dan meer een confrontatie op afstand, waarbij ook niet voldaan lijkt aan het relativiteitsvereiste[49]. Wél heeft de Hoge Raad op 22 februari 2002 in het Kindertaxi-arrest bepaald (zaaknr. C00/227 HR; zie ook nt. 49) dat de betrokkene rechtstreeks moet zijn geconfronteerd met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden. Dit behoeft dan niet specifiek het waarnemen zelf te zijn, maar kan ook de confrontatie zijn met de ernstige gevolgen ervan (zoals in casu).

Ad c

Zoals reeds eerder gezegd, moet het bij shockschade gaan om dusdanig psychisch letsel, dat aanleiding geeft voor medische behandeling. Een normaal rouwproces, hoe triest ook, zal hiertoe doorgaans niet voldoende zijn.
Een ander vereiste voor een vergoeding van shockschade kan zijn een bepaalde verwantschap met de overledene. Duidelijk is dat een gezinslid eerder aanspraak kan maken op shockschade, als overigens de andere drempels zijn genomen, dan een willekeurige derde, hoewel ook deze laatste categorie niet kansloos is (zie bijvoorbeeld in dat kader de Bijlmerramp).
De bedoeling van deze korte verhandeling over shockschade is niet het geven van een uitputtend juridisch betoog[50], maar slechts om aan te geven dat het voor gezinsleden een moeilijke en ook moeizame weg is om immateriële schade ten gevolge van het overlijden van een naaste vergoed te krijgen.

---

48 In afwijzende zin recentelijk Rb. 's-Gravenhage 5 december 2001; rolnr 00/3600 en Rb. Middelburg 21 januari 2001, *NJkor*t 2001, 17.
In toewijzende zin bijv. Hof 's-Gravenhage 26 april 2000; VR 2000, 84 en Hof Amsterdam 27 april 2000, *VR* 2000, 87 (het Kindertaxi-arrest). Een 'twijfelgeval'vormt het vonnis Rb. Assen 14 juni 1994; *VR* 1996, 123. De vermogensschade werd wél toegewezen, doch de immateriële schade niet.

49 Een ruime opvatting ter zake huldigt A-G Strikwerda in zijn Conclusie bij HR 22 februari 2002 (Kindertaxi-arrest; zie ook het in noot 8 genoemde Hof-arrest in deze zaak). In nr. 21 stelt hij dat 'beslissend is of de dader bedacht had kunnen zijn op shockschade. De ervaring leert dat een naaste van een slachtoffer shockschade kan oplopen, ook als die naaste zelf niet in gevaar heeft verkeerd, doch buiten de directe gevarenzone of kort na het ongeval de schokkende gevolgen daarvan waarneemt.'
Niet geheel duidelijk is hoe ver Strikwerda hierbij wil gaan. Valt hier bijv. ook een telefoontje onder met de mededelingen van het ongeval?.

50 Zie hiervoor bijv. A.J. Verheij, ‹Shockschade›, *NJB* 1999/afl. 30, p. 1409 e.v. en R.J.P. Kottenhagen, ‹Shockschade in Nederland›; opgenomen in *Immateriële schade: tendensen en wensen* (Redactie Pepita Kottenhagen-Edzes), p. 61 – 101.

Ik zou dit ‘smartengeld voor nabestaanden via de achterdeur’ willen noemen. Beter lijkt het dan om smartengeld door de voordeur te ontvangen, doch hiervoor zal verdere wetgeving nodig zijn, dan wel een baanbrekend arrest van de Hoge Raad. Dit laatste is echter niet te verwachten.

1.4 Europees perspectief
In veel Europese landen bestaat reeds sinds jaar en dag recht op vergoeding van immatriële schade voor anderen dan het slachtoffer zelf.
Met name is dit zo in de Angelsaksische en Romaanse landen.
Evenmin als Nederland, kennen de Scandinavische landen en Duitsland een smartengeld voor anderen dan het slachtoffer.
Hieronder volgt een beperkt overzicht[51]:

Wel	Niet
België	Denemarken
Frankrijk	Duitsland
Griekenland	Oostenrijk
Groot Brittannië	Nederland
Ierland	Zweden
Italië	Noorwegen
Luxemburg	Tsjechië
Portugal	
Spanje	
Turkije	
Zwitserland	

2. De positie en belangen van verzekeraars

2.1 Slachtofferbescherming
Aan verzekeraars wordt geregeld gevraagd hoe zij denken over slachtofferbescherming in het algemeen en ‘oprekkingen’ van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het bijzonder. Dit is eigenlijk niet de goede vraag die gesteld moet worden.

De visie van verzekeraars inzake dit soort zaken is op zich interessant, maar zeker niet doorslaggevend. Het gaat om wat ‘de BV Nederland’ wil met slachtofferbescherming. Aan verzekeraars is dan de taak om aan te geven of:
- Uitbreiding van aansprakelijkheden en/of verruiming van schadevergoedingen kunnen worden meegedekt en onder welke voorwaarden; en zo ja,
- Wat dat voor premieconsequenties zou hebben.

Voor ‘de BV Nederland’ is het dan vervolgens de vraag of men er dat voor over heeft. Uiteraard is dit een zeer theoretische benadering, maar daarmee niet onjuist.
Onjuist zouden uitspraken zijn als ‘*verzekeraars zijn vóór vergoeding van shockschade’* of ‘*verzekeraars zijn tégen smartengeld voor nabestaanden*’. Deze uitspraken zouden verzekeraars niet passen.
Wel moeten verzekeraars zich pro-actief opstellen bij het debat over aspecten van slachtofferbescherming en dus niet afwachten, maar dan niet alleen als verzekeraars als zodanig, maar ook als onderdeel van het maatschappelijke krachtenveld en vanuit hun kennis en ervaring.
Het de laatste jaren gevoerde ‘debat’ over smartengeld voor anderen dan het slachtoffer zelf is nu een goed voorbeeld van een dergelijke pro-actieve opstelling.

2.2 Calculeerbaarheid
De opstelling van verzekeraars ten aanzien van uitbreidingen van de slachtofferbescherming zal met name afhangen van de criteria ‘bepaalbaarheid’ en ‘betaalbaarheid’.
Verzekeren is pas mogelijk wanneer het te verzekeren risico, hetzij op grond van statistieken inzake het verleden hetzij op grond van bepaalde toekomstverwachtingen, redelijkerwijs te calculeren is.
Hiervoor wordt vaak de volgende formule gebruikt:

51 Ontleend aan de Smartengeldbundel van Verkeersrecht/ANWB, p. 14 e.v.; zie ook Lindenbergh diss. p. 185 e.v.

R = K x S

Hierbij staat R voor ‘het te verzekeren risico’, K voor de kans dat dit risico zich verwezenlijkt en S voor de schadeomvang die de verwezenlijking van deze kans met zich meebrengt.
Dit is echter niet het enige dat telt. Daarnaast moet de premie die dan vervolgens voor dat bepaalde risico gevraagd wordt ook nog door kandidaat-verzekerden betaald worden.
Dit is uiteraard de algemene economische vraag/aanbod discussie.
Dure polissen ten aanzien van bijvoorbeeld weinig voorkomende risico’s lijken niet zo aantrekkelijk en kunnen ‘uitlokken’ dat het risico dan maar zelf gedragen gaat worden. Dit werkt dan contra-productief op het aspect slachtofferbescherming, omdat in geval van schade het slachtoffer afhankelijk is van de financiële positie van de aansprakelijke partij.
In het kader van verplichte verzekeringen (zoals de WAM) lijkt dit een vrij theoretische discussie. Immers op het niet sluiten van een verzekering staat een strafrechtelijke sanctie, terwijl het slachtoffer in dat geval gebruik kan maken van een vangnet (i.c. het Waarborgfonds).
Bij andere - en niet verplichte aansprakelijkheidsverzekeringen kan dit echter wel een reëel probleem vormen (bijvoorbeeld met betrekking tot medici en kleinere bedrijven); in Amerika zijn hiervan voldoende (negatieve) voorbeelden te vinden.
De vraag of een verzekeraar bepaalde risico’s (ook al zijn ze misschien nog wel te calculeren) wel wíl verzekeren is daarbij ook actueel.
Het recente verleden leert ons dat er sprake is van enige ‘uitval’ bij schadeverzekeraars; denk hierbij bijvoorbeeld aan het verzekeren van risico’s inzake medische beroepsaansprakelijkheid, ziekenhuizen, bromfietsen.
Ook dit fenomeen kan contraproductief werken ten aanzien van slachtofferbescherming.

2.3 Transactiekosten
In toenemende mate is er sprake van zogenaamde transactiekosten in het kader van een personenschaderegeling. Enerzijds betreffen dit directe kosten van verzekeraars, zoals kosten van schadebehandeling, medische adviezen, reïntegratiedeskundigen, advocaten etc. Anderzijds zijn er de kosten die het slachtoffer moet maken ter onderbouwing van zijn claim, zowel medisch als juridisch, die dan binnen zekere grenzen onder de noemer ‘buitengerechtelijke kosten’ als schadecomponent ook voor rekening van de verzekeraar komen.
Hoewel transactiekosten op zich in de premie verdisconteerd worden, hebben verzekeraars er belang bij deze kosten zo laag mogelijk te houden, daar dit een drukkend effect heeft op het premieniveau. Dit betekent macro een maatschappelijk en micro een concurrentievoordeel.
Het huidige recht kent al een aantal zogenaamde open normen die op zich aanleiding kunnen geven voor - soms uitgebreide - discussies[52].
Dat betekent dat verzekeraars er geen voorstander van zullen zijn te worden geconfronteerd met verruimingen van het schadevergoedingsrecht, als een en ander weer tot allerlei nieuwe discussies aanleiding zou kunnen geven. Ook staat dit haaks op de wens van de verzekeraars (eigenlijk van wie niet!) de duur van het regelingsproces te verkorten, terwijl te veel open normen ook niet positief uitwerken op de calculeerbaarheid van het risico.
Kortom, enige standaardisatie zou hier van pas kunnen komen; een voorbeeld hiervan is normering[53].
Bij de discussie over smartengeld voor anderen dan het slachtoffer zelf spelen met name drie vragen:
Wie?
Wat?
Wanneer?
Het behoeft geen betoog dat verzekeraars er een groot voorstander van zullen zijn, als er sprake is van normering ten aanzien van deze drie vragen.

In de volgende hoofdstukken zal hierop nader worden ingegaan, dit mede ten aanzien van een (eventuele) toekomstige wettelijke regeling van vergoeding van immateriële schade van anderen dan het slachtoffer zelf, hierna te noemen ‘affectieschade’.

52 Denk aan aspecten als toerekening, causale afweging en billijkheid.

53 Hierbij moet onderscheid worden gemaakt tussen normering ten aanzien van het schaderegelingsproces en normering ten aanzien van schadecomponenten.

3. Een genormeerd stelsel van vergoeding van affectieschade

3.1 Drie hoofdvragen
Het gaat met name om de volgende drie vragen:
Wie behoren tot de kring van gerechtigden?
Hoe hoog is de vergoeding?
Wat wordt verstaan onder 'ernstig blijvend letsel'?

3.2 Kring van gerechtigden
In ieder geval zal de kring van gerechtigden de partner van het slachtoffer moeten omvatten, zoals de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner, maar ook de levensgezel die met het slachtoffer reeds gedurende een bepaalde tijd (bijvoorbeeld minimaal één jaar voor het ongeval) een gemeenschappelijke huishouding voert. Ook de ouders van een minderjarig slachtoffer en de minderjarige kinderen zelf, indien een ouder het slachtoffer is.
Ten aanzien van de categorie kinderen zou het ook denkbaar zijn de grens niet te leggen bij het minderjarig zijn, maar bij het feit of er in gezinsverband werd samengewoond. Qua aantallen zal het waarschijnlijk niet veel uitmaken, maar een zo objectief mogelijk criterium (zoals minderjarig) verdient de voorkeur.

Andere categorieën, zoals broers en zussen, grootouders en meerderjarige (uitwonende) kinderen zouden buiten het vergoedingssysteem moeten vallen. Hiermee zou het Nederlandse systeem wel minder ver gaan dan het voorbeeld van het Franse[54], maar uit meerdere oogpunten (zoals beperking van de extra schadelast) lijkt een te wijde kring niet gewenst.
Ook een 'hardheidsclausule' ten behoeve van degenen die op zich buiten de kring van gerechtigden vallen, maar wél een zeer hechte affectieve relatie met het slachtoffer kunnen aantonen, is niet aantrekkelijk, omdat dit allerlei moeizame discussies kan opleveren met navenante consequenties voor de transactiekosten.

3.3 De hoogte van de vergoeding
Ten aanzien van de omvang is een tweetal systemen denkbaar:
- Verschillende bedragen al naar gelang de graad[55] van affectie en/of familierechtelijke relatie (is in veel landen gangbaar);
- Eén vast bedrag voor elke gerechtigde.

De hoogte van het bedrag is uiteraard arbitrair, maar het door de Minister van Justitie[56] genoemde bedrag ad € 10.000 is zeer verdedigbaar en in ieder geval redelijk in lijn met het gemiddelde van soortgelijke bedragen in andere Europese landen.

Er zijn - tenminste - drie goede redenen aan te geven die voor een gefixeerd bedrag pleiten, te weten:
- Affectie laat zich niet meten en dat willen wij ook helemaal niet;
- Hoe kleiner de kring van gerechtigden is (zoals voorgesteld in 3.2) des te meer er te zeggen valt voor een gefixeerd bedrag; en
- Het voorkomt allerlei discussies, zeker wanneer voor een systeem met bandbreedtes zou worden gekozen.

3.4 Kring van gerechtigden
De discussie over affectieschade is vooral gevoerd vanuit de vraag of er smartengeld voor nabestaanden zou moeten komen. Vooral door de Baby Joost-zaak[57] is de discussie in een breder gezinsverband getrokken, waarbij het immers gaat om gezinsleden van een ernstig gewond slachtoffer.

Hoewel het een gelopen koers lijkt dat de vergoeding van affectieschade niet beperkt dient te blijven tot nabestaanden (van overleden slachtoffers), zijn er toch wel goede gronden dat wél te doen.
Een van de redenen ook aan gezinsleden van ernstig gewonden een vergoeding voor affectieschade te geven, is het feit dat deze (mede) de verzorging van het slachtoffer op zich nemen. Dit lijkt mij geen

54 Zie hierover Lindenbergh, diss. p. 188.

55 Althans objectief gezien.

56 In zijn brief d.d. 20 juni 2001 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer.

57 HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734; zie over dit arrest bijv. C.C. van Dam, De ouders van Joost, *VR* 2001/1, p. 1 e.v. en de daarbij gememoreerde literatuur.

doorslaggevend argument, omdat immers de Hoge Raad[58] hier de mogelijkheid heeft gegeven voor een materiële schadevergoeding. Bovendien is een tendens waar te nemen dat ernstig gewonde slachtoffers zelf steeds hogere immateriële schadevergoedingen kunnen eisen, die dan - indirect - ook weer ten goede zouden komen van het gehele gezin. Het belangrijkste argument evenwel de vergoeding van affectieschade te beperken tot nabestaanden, ligt in het feit dat het zeer moeilijk lijkt exact af te bakenen wat moet worden verstaan onder 'ernstig blijvend letsel', zodat hier talloze moeilijke (en vaak smakeloze) discussies opdoemen. De beperking van de extra schadelast zou eveneens een contra-argument kunnen vormen.

4. Het criterium 'ernstig blijvend letsel'nader beschouwd

Aannemende dat toch wordt gekozen voor een ruimere kring van gerechtigden dan alleen nabestaanden, is het zaak een zo objectief mogelijk criterium te kiezen met betrekking tot 'ernstig blijvend letsel'.
Drie mogelijkheden zouden hiertoe wellicht een oplossing kunnen bieden:
- Een relatie met de omvang van het smartengeld van het slachtoffer zelf;
- Een relatie met de mate van blijvende invaliditeit van het slachtoffer zelf; en
- Een - limitatieve?- lijst met voorbeelden van ernstig blijvend letsel.

De eerstgenoemde mogelijkheid lijkt dan nog het minst aantrekkelijk, zodat de oplossing waarschijnlijk zal moeten worden gezocht bij de andere twee opties. Wél lijkt het zaak bij het criterium 'ernstig blijvend letsel' nog het adjectief 'medisch objectiveerbaar' toe te voegen.

Uit de in mijn voorwoord gememoreerde expertmeeting d.d. 22 maart 2001 is naar voren gekomen dat niet van de wetgever verwacht mag (en kan) worden het criterium 'ernstig blijvend letsel' wettelijk te omlijnen. Wel zou de wetgever in de toelichting een aantal criteria en handvatten moeten aangeven, waardoor de discussies in de praktijk zoveel mogelijk beperkt zouden kunnen worden. De overgrote meerderheid aanwezig op 22 maart 2001 zou met de wetgever willen meedenken bij de invulling van deze passages uit de toelichting. Hierbij zouden met name vier punten centraal moeten staan:
- Het moet gaan om zeer ernstig letsel (uitgedrukt in een minimum percentage blijvende invaliditeit);
- Het moet gaan om een blijvend en lichamelijk letsel dan wel aantoonbaar geestelijk letsel;
- Dat letsel moet het persoonlijk leven van het slachtoffer blijvend en ingrijpend veranderen (in een negatieve zin); en
- Daardoor in de confrontatie met de gezinsleden voor hen (blijvend) een ernstige emotionele belasting vormen.

In de meeste Europese landen waar ook anderen dan het slachtoffer zelf een recht op smartengeld hebben wordt geen onderscheid gemaakt tussen overlijden en ernstig blijvend letsel.
Een uitzondering hierop vormt Engeland, waar in beginsel slechts recht op smartengeld voor bepaalde naasten van een overledene geldt, maar niet bij een ernstig gewonde naaste. Dit is geregeld in de Fatal Accidents Act.
Wel biedt de rechtspraak mogelijkheden voor een ruimere opvatting, maar dan moet de naaste lijden aan een zogenaamd '*recognisable psychiatric illness*'[59].

5. Gevolgen voor de schadelast

5.1 Inleiding
Een wettelijke invoering van een vergoeding voor affectieschade heeft uiteraard een verhoging van schadelast van aansprakelijkheidsverzekeraars tot gevolg.
Het gaat hierbij vooral om een viertal verzekeringsvormen:
- WAM
- AVB
- AVP
- Medische Beroepsaansprakelijkheid.

58 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 (Kruidhof/Gemeente Losser).

59 Zie hierover Lindenbergh, diss. p. 189/190.

Het is zeer lastig voor al deze verzekeringsvormen de precieze effecten voor de schadelast in te schatten. Als een en ander beperkt zou worden tot alleen nabestaanden, zou nog wel een vrij zuivere inschatting te maken zijn met betrekking tot dodelijke ongevallen.
Voor gevallen van 'ernstig blijvend letsel' ligt dat echter geheel anders.
De hier eventueel hanteerbare statistieken zijn doorgaans gerelateerd aan ziekenhuisopnames, hetgeen op zich niet impliceert dat het een ernstig letsel is, laat staan blijft. Hierbij komt dan nog de reeds eerder gememoreerde discussie inzake de afbakening van het criterium 'ernstig blijvend letsel', zodat het reeds hierom onmogelijk is een nauwkeurige schatting te geven.
Dit kan eigenlijk alleen maar ten aanzien van smartengeld voor nabestaanden (op basis van de huidige ideeën van de Minister van Justitie) in relatie tot de WAM-schadelast.

5.2 Gevolgen voor de WAM
Volgens berekeningen van het CVS[60] zal invoering van smartengeld voor nabestaanden van verkeersslachtoffers leiden tot een verhoging van de WA-schadelast voor motorrijtuigen met ongeveer *f* 30 (ca. € 13,615) miljoen per jaar ofwel een verhoging van 1%. Hierbij is uitgegaan van de kring van gerechtigden en het bedrag vermeld in de brief van de Minister van Justitie.

Deze schatting kan vrij nauwkeurig worden gemaakt aan de hand van het bekende aantal doden in het verkeer. Er is geschat welk aantal doden geen nabestaanden achterlaat die in aanmerking komen voor vergoeding. Bij eenzijdige ongevallen is dat 100% en bij de overige ongevallen 50% van de gevallen. Voor fietsers, voetgangers en passagiers wordt aangenomen dat de nabestaanden altijd in aanmerking komen voor smartengeld. Vervolgens zijn de slachtoffers verdeeld naar type huishouden (alleenstaand/samenwonend/aantal kinderen) en naar leeftijdscategorie.
Per categorie is het gemiddeld aantal nabestaanden geschat aan de hand van de CBS-cijfers van de huishoudenssamenstelling. Op deze wijze is aangenomen dat de nabestaanden van ongeveer 700 verkeersdoden in aanmerking komen voor smartengeld.
Als er een zeer restrictieve interpretatie van het begrip 'ernstig blijvend letsel' zou worden gehanteerd, wordt dit (nog steeds ten aanzien van de WAM) geschat op ergens tussen de 500 en 1.000 gevallen per jaar.
Dit zou dan aanleiding geven tot een schadestijging in dezelfde orde van grootte als ten aanzien van nabestaanden, zodat de totale schadestijging WAM dan zou uitkomen op ongeveer 2% per jaar, voorwaar een te overkomen omvang (ook voor de premiebetaler).
Wel moet worden opgemerkt dat de transactiekosten behoorlijk zullen stijgen (en daardoor dus ook de premie), wanneer er veel discussie zou optreden omtrent het begrip 'ernstig blijvend letsel' dan wel belangenbehartigers een beroep zouden gaan doen op allerlei (ongeschreven) hardheidsclausules, bijvoorbeeld in de vorm van de billijkheid.

5.3 Andere verzekeringsvormen
Ten aanzien van de andere in 5.1 genoemde verzekeringsvormen kan ik geen schatting maken voor de gevolgen van de schadelast. Wél moet hierbij worden bedacht dat de totale WAM-schadelast een veelvoud is van de andere genoemde typen aansprakelijkheidsverzekeringen. Hiervoor tellen nominale schadelaststijgingen als genoemd in 5.2 (bijvoorbeeld ten aanzien van AVB-verzekeringen) veel harder door dan bij de WAM-schadelast het geval is, laat staan als het gaat om medische beroepsaansprakelijkheid. Wellicht zou een beperking van de vergoeding van affectieschade tot verkeersongevallen hiertoe een zinnige optie zijn.

6. Conclusies
Nu er vanuit verschillende maatschappelijke geledingen steeds meer stemmen opgaan om ook in Nederland tot vergoeding van affectieschade te komen, is het een goede zaak dat de wetgever hiertoe het initiatief lijkt te nemen. Dit zou ook de juiste weg zijn.

Verzekeraars hebben er groot belang bij dat in een dergelijke wettelijke regeling normeringen worden opgenomen (een zogenaamd gesloten stelsel), enerzijds inzake de kring van gerechtigden, anderzijds met betrekking tot de omvang van de vergoeding.

60 Centrum voor Verzekeringsstatistiek; onderdeel van het Verbond van Verzekeraars.

Het belang van verzekeraars bij normering als zodanig is daarbij groter dan de mate van ruimhartigheid van deze normen.
Bij dit laatste is ook meer het belang van de premiebetaler in het geding. In dat kader lijkt enige terughoudendheid gewenst. Ik neem dan ook afstand van de in de literatuur wel geuite visie[61] dat de huidige ideeën van de wetgever ter zake (veel) te beperkt zijn.

Bedacht moet worden dat vergoeding van smartengeld in het algemeen (dus ook ten aanzien van affectieschade) toch ook een zekere symbolische functie heeft, zeker in de (op dit punt wat zuinige) Nederlandse rechtspraktijk. Daarbij komt dat een vergoeding van € 10.000 in vergelijking met veel andere Europese landen ook niet echt uit de pas loopt.

In ieder geval moet worden gewaakt voor een open stelsel: dat zou discussies opleveren, waarop wij toch niet zitten te wachten.

61 Zie bijv. W.H. van Boom, ‹Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk›, *AV&S* 2001/4, p. 95 e.v. en A.J. Verheij, ‹Contouren wetsvoorstel vergoeding affectieschade›, *NJB* 2001, afl. 32, p. 1562 e.v.

Epiloog Schade vergoed (binnen het gezin)

Auteur
Prof.mr. J.H. Wansink Dagvoorzitter Hoogleraar Verzekeringsrecht Directeur Verzekeringsinstituut (EUR)

Epiloog

Schade lijden binnen het gezin, schade vergoeden buiten het gezin?

Prof.mr. J.H. Wansink

Het familierecht geeft duidelijke regels voor het leven in gezinsverband. Echtgenoten zijn elkander getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd. Zij zijn verplicht elkander het nodige te verschaffen (art. 1:81 BW). Ouders zijn verplicht hun minderjarige kinderen op te voeden en te verzorgen, met name ook in geval van ziekte (art. 1:247 BW). Zij dienen naar draagkracht te voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen (art. 1:404 BW). Echtgenoten – en dat geldt ook voor partners in een samenlevingsverband - mogen evenwel ook - in toenemende mate - tegenover elkaar en de kinderen aanspraak maken op een eigen indeling van hun leven. Dat zulks de onderlinge rolverdeling en – na schade – de bereidheid tot rolwisseling beïnvloedt, spreekt bijna voor zich.

Tijdens de eerste PIV-Jaarconferentie zagen drie van de vier stellingen *de facto* op de vraag of (de verzekeraar van) de aansprakelijke partij zich op de bovengenoemde verplichtingen kan beroepen tegenover het slachtoffer ter beperking of zelfs afwending van zijn eigen schadevergoedingsplicht.[62] De vergoeding van mantelzorg staat in feite centraal. Mantelzorg die Sleeuw omschrijft als de vrijwillige en belangenloze inzet van naasten die op grond van persoonlijke betrokkenheid zijn begaan met het slachtoffer en om die reden bereid zijn taken van de benadeelde over te nemen zonder dat daar een geldelijke vergoeding tegenover staat. Bij de beantwoording van die vraag kan een onderscheid worden gemaakt tussen schade die een derde aan een lid van het gezin toebrengt en de schade die gezinsleden elkaar toebrengen.

Zeker wanneer een derde schade aan een gezinslid toebrengt, rijst de vraag waarom – zoals Luiten stelt - de aansprakelijkheidsverzekeraar met een beroep op de redelijkheid van de andere gezinsleden zou mogen vragen zonder enige vergoeding zorgtaken van de gelaedeerde over te nemen zodanig dat er aan de zijde van de laatste geen schade meer bestaat. Daarmee wordt voorbij gegaan aan de autonomie van het gezin over de interne rolverdeling. Die autonomie behoort onaantastbaar te zijn tegenover een buitenstaander, zeker in het kader van het afwentelen van de schadelijke gevolgen van een ongeval waarvoor die buitenstaander aansprakelijk kan worden gehouden. Sleeuw verdient steun daar waar hij betwist dat het in de risicosfeer van de benadeelde ligt wanneer de overige gezinsleden weigeren om te participeren in mantelzorg of om mee te werken aan een wisseling van taken.

Zoals in een aantal bijdragen ook doorklinkt, speelt het Kruidhof/Gemeente Losserarrest van de Hoge Raad van 28 mei 1999 een belangrijke rol bij de juridische onderbouwing van deze stellingname.[63] Daarin overweegt de Hoge Raad met een verwijzing naar zijn eerdere arrest van 23 april 1976 uitdrukkelijk dat de verplichting van de ouders tot verpleging en verzorging van een gelaedeerd kind niet in de weg staat aan de verplichting van de aansprakelijke derde tot het verstrekken van de voor het herstel nodige middelen.

Indien het dan, zoals in het onderhavige geval, gaat om een gewond kind waarvan de ouders op redelijke gronden zelf de voor genezing en herstel van het kind noodzakelijke verpleging en verzorging op zich nemen in plaats van deze taken aan professionele, voor hun diensten gehonoreerde hulpverleners toe te vertrouwen, voldoen de ouders in natura aan een verplichting die primair rust op de aansprakelijke. De redelijkheid brengt in een dergelijk geval mee dat het de rechter vrijstaat bij het antwoorden van de vraag of het kind vermogensschade heeft geleden en op welk bedrag deze schade kan worden begroot, te abstraheren van de omstandigheden dat die taken in feite niet door dergelijke hulpverleners worden vervuld, dat de ouders jegens het kind geen aanspraak op geldelijke beloning voor hun inspanningen kunnen doen gelden, en dat zij – zoals hier – in staat zijn die taken te vervullen zonder daardoor inkomen te derven. Aan het voorgaande doet niet af dat het kind jegens zijn ouders aanspraak kan maken op verpleging eb verzorging in geval van ziekte: het is immers primair de aansprakelijke die verplicht is de voor het herstel nodige middelen te verstrekken. De rechter zal bij deze wijze van begroten geen hogere vergoeding ter zake van verpleging en verzorging mogen toewijzen dat het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.

62 Ter verlevendiging van de discussie is bij de opzet van de dag gekozen voor pro- en contrapleiters.

63 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, *NJ* 1999, 564 m.nt. ARB, *VR* 1999, 139.

Het arrest schept mijns inziens in tweeërlei zin duidelijkheid. De autonomie van het gezin over de interne rolverdeling blijft onaantastbaar voor (de verzekeraar van) de aansprakelijke derde en voor zover de naaste gezinsleden kiezen voor verpleging en verzorging, kunnen zij in beginsel aanspraak maken op een vergoeding van het offer dat zij binnen het gezinsverband brengen in de vorm van 'het prijsgeven van vrije tijd'. In beginsel, want de door Luiten bepleite toetsing aan de redelijkheid wordt in de benadering van de Hoge Raad niet geheel genegeerd. Bloembergen wijst erop dat de Hoge Raad – zij het in verkapte vorm – hier de redelijkheidsmaatstaf van de A-G Spier hanteert: alleen vergoeding indien en voor zover het redelijk zou zijn geweest derden in te schakelen om de betrokken werkzaamheden te verrichten. Een benadering die op zichzelf steun verdient vanuit het oogpunt om – wat Bloembergen noemt – de opbouw van een nieuw stukje claimcultuur tegen te gaan. De redelijkheidsmaatstaf klinkt voort door in de abstracte berekening van de schadevergoeding: niet meer dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.

Wordt het voorgaande nu anders indien de schade zowel wordt geleden als ook veroorzaakt binnen het gezin en speelt daarbij de dekking op een aansprakelijkheidsverzekering een rol? Die vraag ligt besloten in de derde stelling: *Indien een van de gezinsleden aansprakelijk is voor de personenschade van een ander gezinslid, heeft dit een matigende invloed op de vergoedingsplicht voor hulp in en rondom het huis, ook al is er een aansprakelijkheidsverzekeraar die de schade vergoedt*. Van Dordt wijst de stelling zonder meer af, maar ook Meyst-Michels betoont zich in haar bijdrage uiterst terughoudend in het aanvaarden daarvan. Zo noemt zij wel de helende werking die de verzorging en verpleging van het gewonde kind kan hebben op het schuldgevoel van de moeder door wiens toedoen het letsel is ontstaan, maar – mijns inziens met recht – spreekt zij tegelijkertijd niet uit dat de aansprakelijkheidsverzekeraar zich daarop zou kunnen beroepen. Steun verdient ook Van Dort daar waar hij geen grondslag in ons geldend recht ziet voor een schadebeperkingsplicht voor het schadeveroorzakende gezinslid in de vorm van het verschaffen van kosteloze zorg in natura, ook niet bij wijze van een soort punitatieve maatregel, eigen aan de aard van de aansprakelijkheid binnen het gezin. Beiden stuiten in dit verband ook op het bepaalde in art. 6:109 BW dat matiging door de rechter van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding niet toestaat tot een lager bedrag dan waarvoor de aansprakelijke partij zich door verzekering heeft gedekt of verplicht was zich te dekken. Een verbod dat gelet op de van voor de invoering van het huidige BW stammende jurisprudentie van de Hoge Raad, geacht moet worden ook in een geval van aansprakelijkheid binnen het gezinsverband te gelden.[64]

Tot slot aandacht voor de laatste – vierde - stelling die ziet op smart en geld binnen het gezin: '*Indien de Nederlandse wetgever zou besluiten een vergoeding van smartengeld toe te kennen aan anderen dan de gewonde, dient zo'n vergoeding beperkt te blijven tot bepaalde nabestaanden van een overledene*'. Het gaat daarbij niet om de zogenaamde shockschade of wel de schade die ontstaat door een shock als gevolg van het waarnemen of geconfronteerd worden met een dodelijk ongeval, maar om de zogenaamde affectieschade: een vergoeding voor het verdriet dat nabestaanden en naasten hebben over het verlies of het ernstig blijvend letsel van hun dierbaren. De term 'troostgeld' is mij in dat kader een gruwel. De angst voor de opbouw van een nieuw stukje claimcultuur lijkt ook hier verzekeraars in de greep te hebben. Kremer bepleit de vergoeding van affectieschade te beperken tot nabestaanden met als belangrijkste argument dat het zeer moeilijk lijkt exact af te bakenen wat moet worden verstaan onder 'ernstig blijvend letsel' als tweede grondslag naast overlijden voor de vergoeding van affectieschade. Bovendien wijst hij op de tendens dat ernstig gewonde slachtoffers zelf steeds hogere immateriële schadevergoedingen kunnen eisen, die dan – indirect – ook weer ten goede zouden komen van het gehele zin. Aldus duikt ook hier de miskenning van de gezinsautonomie weer op. In navolging van de Minister van Justitie betonen Van en Reijnen zich in hun gemeenschappelijke bijdrage wel een voorstander van een vergoeding van affectieschade ook in geval van ernstig blijvend letsel, zij het – anders dan de minister – niet op basis van het principe '*one size fits all*', maar aan de hand van een uitgewerkt schema voor vijf categorieën van affectieschade. Zij spreken zelf van maatconfectie: een set van gemakkelijk hanteerbare, objectieve criteria aan de hand waarvan de affectieschadevergoeding meer in verhouding kan worden gebracht tot de ernst van het geleden verdriet, zonder dat dit verdriet bij iedere rechthebbende afzonderlijk behoeft te worden gemeten. Hun voorstel verdient in de hoofdlijnen steun. Het heeft oog voor het zogenaamde '*floodgate*'-argument als ook voor aspecten van praktische uitvoerbaarheid. Wel plaats ik een vraagteken bij de stelling dat in geval van overlijden een hogere vergoeding op zijn plaats is dan in geval van ernstig letsel. Zal niet vaak in geval van overlijden de smart 'slijten', en zal daarentegen het verdriet van de naasten niet tot in lengte van jaren intens blijven bij de voortdurende confrontatie met ernstig blijvend letsel, zeker bij jonge mensen (denk aan de

64 HR 11 april 1975, *NJ* 1975, 373 m.nt. GJS (Zopp/Mijnwerkersfonds).

cafébrand in Volendam)? Dat lijkt toch nauwelijks of niet te ontkennen en daarmee ontvalt mijns inziens elke rechtvaardiging aan een pleidooi voor een beperking van de vergoeding van affectieschade tot gevallen van overlijden.

Het wordt tijd om af te sluiten. De conclusie uit het voorgaande lijkt helder: verzekeraars zullen eraan moeten wennen dat *schade lijden binnen het gezin* doorgaans en voor de toekomst in meer gevallen leidt tot *schade vergoeden buiten het gezin*!