

VAN VERPLAATSTE SCHADE EN OPGEOFFERDE VRIJE TIJD

Enige opmerkingen, naar aanleiding van HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 nt. ARB over vergoeding en berekening van verplaatste schade bij letsel

Eerder verschenen in A&V 1999, p. 85-93

1 Inleiding

Op 28 mei j.l. wees de Hoge Raad arrest in de zaak *Gemeente Lossler vs. De Vries en Kruidhof*. Het belang van dit arrest, dat vergoeding van zogenaamde ‘verplaatste schade’ bij letsel betreft, is hierin gelegen dat het duidelijkheid schept over het werkingsbereik van artikel 1407 BW (oud) en het aanwijzingen lijkt te geven voor de toepassing van artikel 6:107 BW. Bovendien wordt met dit arrest een nieuwe weg ingeslagen wat betreft (abstracte) schadeberekening bij letselschade.

In deze bijdrage wordt ingegaan op het arrest zelf (§ 3). Vervolgens zal, in het licht van het arrest, de vraag aan de orde komen wie tot vergoeding van verplaatste schade gerechtigd is (§ 4) en welke schadeposten daaronder kunnen worden begrepen (§ 5). Tenslotte zal kort worden stilgestaan bij enige aspecten van schadeberekening die in het arrest aan de orde komen (§ 6). Allereerst (§ 2) zal ik echter de problematiek van verplaatste schade uiteenzetten.

2 De beperkte kring van gerechtigden bij letselschade

Naar oud recht kon bij letsel slechts aanspraak worden gemaakt op schadevergoeding door de gekwetste zelf. Derden die schade leden tengevolge van het letsel van de gekwetste moesten hun schade zelf dragen; zij konden deze schade althans niet verhalen op de veroorzaker. Dit was sinds 1936 vaste rechtspraak op artikel 1407 BW.¹ Mogelijk is deze weinig ruimhartige behandeling van derden te rechtvaardigen met het argument dat aldus ongebreidelde uitdijing van het aantal schadevergoedingsvorderingen en claimgerechtigden wordt voorkomen,² maar dat argument gaat niet op waar het zo-

¹ HR 2-4-1936, NJ 1936, 752 nt. EMM, HR 10-1-1958, NJ 1958, 79 nt. LEHR, HR 16-6-1972, NJ 1972, 375, HR 12-12-1986, NJ 1987, 958 nt. CJHB. Vgl. ook HR 12-1-1906, W. 8324. Zie nader Asser-Hartkamp I, nr. 472, A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht 1965, nr. 198, A. Rigutto, ‘Iets over afgeleide schade bij onrechtmatige verwonding’, in: *Een internationale code* (BW Krant jaarboek 1989), blz. 223 e.v. en losbl. *Onrechtmatige Daad* (oud), II, aant. 356 (De Groot). Zie over de rechtshistorische en rechtspolitieke achtergronden van artikel 1407 BW (oud) en artikel 6:107 BW: F.J. de Jong, preadvies NJV 1940, blz. 28-29, C.J.H. Brunner, VR 1975, blz. 209, Rigutto, t.a.p., blz. 226-227, Mon. Nieuw BW B37 (Bouman/Tilanus), blz. 23-24, en ook H.M. Storm, ‘Door de werkgever gehanteerde cessie- en voorschotconstructies: het recht naar eigen hand gezet’, in: *Civiele constructies* (BW Krant jaarboek nr. 15), Deventer 1999, blz. 40-41.

² Ik laat gemakshalve daar of dat doel niet ook heel goed bereikt zou kunnen worden met gewone leerstukken als causaliteit en met name ook relativiteit. Zie daarover nader A.R. Bloembergen, NJB

genaamde ‘verplaatste schade’ betreft. Verplaatste schade betreft namelijk schade die in abstracto door de gekwetste zelf zou zijn geleden en die voor vergoeding in aanmerking zou zijn gekomen, ware het niet dat in concreto een derde – al dan niet verplicht – op de bres is gesprongen.

Strikt dogmatisch beschouwd werd met de verplaatsing de betreffende schade onverhaalbaar: de derde kon geen schadevergoeding vorderen omdat hij nu eenmaal derde was, terwijl de gekwetste de schade juist vergoed had gekregen (van de derde) en hem dus niet langer een recht op vergoeding jegens de aansprakelijke toekwam.³ De aansprakelijke zou in theorie aldus voor minder schade hoeven op te draaien om de enkele reden dat een ander deze reeds had vergoed. Die verhaalsom mogelijkheid spreekt niet aan, omdat zij de schade laat liggen waar ze niet thuishoort. Dat de schade niet bij de aansprakelijke terechtkomt, is bovendien afhankelijk van de toevallige omstandigheid dat de derde de schade op zich neemt; zou de gekwetste integendeel de aansprakelijke tot vergoeding hebben aangesproken⁴ dan zou de schade wél bij de aansprakelijke terecht zijn gekomen. Rechtsongelijkheid dreigt bovendien, omdat aan (sociale) verzekeraars die [86] uitkeringen aan (of uitgaven ten behoeve van) de gekwetste doen, wél verhaalsrechten op de aansprakelijke toekomen.

Er zijn dus genoeg argumenten tégen verhaalsom mogelijkheid van verplaatste schade. Het verbaast niet dat de rechtspraak, om de verhaalsom mogelijkheid te ontlopen, zich behielp met *constructies* (zoals voorschot en/of cessie van de vordering van de gekwetste) of met *ficties* (zoals de door rechters wel eens gehanteerde fictie dat tóch sprake was van een schadepost in het vermogen van de gekwetste zelf).⁵ Een voorbeeld van een constructie biedt het volgende geval waarover de Hoge Raad in 1976 moest oordelen. Een pater was betrokken bij een verkeersongeval; op grond van de rechtsverhouding met de Orde waartoe hij behoorde, had de pater recht op verzorging en vergoeding van ziektekosten door de Orde. Toen de Orde inderdaad deze kosten had voldaan en zij verhaal wilde nemen op de aansprakelijke, wierp deze tegen dat de pater zélf geen schade had geleden aangezien de Orde de kosten op zich had genomen. De Orde verweerde zich echter met de mededeling dat zij de kosten slechts bij wijze van voorschot had vergoed en dat B zo lijkt uit de beslissing van de Hoge Raad te volgen B de pater dus gerechtigd was gebleven tot de schadevergoeding.⁶ Deze constructie bleef in stand. De (lagere) rechtspraak was overigens verdeeld over de toelaatbaarheid van een en ander.⁷ Het hierna (in § 3) te bespreken arrest *Gemeente Losser vs.*

1982, blz. 1079, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 608 en Rigutto, t.a.p. Voor een vergelijkbare discussie die thans in Engeland speelt, zie men W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on tort*, 15e druk Londen 1998, blz. 807.

³ Bloembergen, diss., nr. 173, Brunner, t.a.p., blz. 210.

⁴ Dit blijft mogelijk; de gekwetste behoudt namelijk de keuze om in plaats van de prestatie van de derde aan te nemen, zich tot de aansprakelijke te wenden. Zie HR 23-4-1976, NJ 1976, 451 nt. GJS.

⁵ Zie Bloembergen, diss., nr. 201 en losbl. *Onrechtmatige Daad* (oud), II, aant. 363 (De Groot). Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 6 Inv., blz. 1280-1281, blz 1308.

⁶ HR 23-4-1976, NJ 1976, 451 nt. GJS. Ik heb bij weergave van de casus vermelding achterwege gelaten van de schadeverzekeraar, die in de rechten van de pater gesubrogeerd werd. Deze complicatie is in dit verband niet relevant. Zie nader over de hierbedoelde constructie Bloembergen, diss., nr. 201-202. De constructie werd uitdrukkelijk geldig geacht door BGH 19-6-1952, BGHZ 7, blz. 30.

⁷ Zie nt. 5.

De Vries en Kruidhof lijkt een voorbeeld te zijn van een geval waarin door de rechter openlijk de genoemde fictie wordt gebruikt. Daarover later meer.

Zoals bekend heeft de wetgever met artikel 6:107 BW de restricties van artikel 1407 BW (oud) min of meer willen continueren, zij het dat thans naast de gekwetste ook aan derden een eigen recht op vergoeding toekomt van kosten die zij ten behoeve van de gekwetste hebben gemaakt. Daarmee lijken de gesignaleerde constructies en ficties te zijn achterhaald. Dat betekent overigens niet dat artikel 6:107 BW probleemloos kan worden toegepast. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling is namelijk niet altijd even duidelijk op te maken wat precies onder ‘kosten ten behoeve van de gekwetste’ in de zin van artikel 6:107 BW moet worden verstaan. Al dan niet vrijwillige loondoorbetaling door de werkgever aan de gekwetste kan daar volgens de wetgever bijvoorbeeld niet onder worden begrepen,⁸ terwijl zulks toch zonder meer als verplaatste schade in de hier bedoelde zin kan worden aangemerkt.⁹

Hoe dit ook zij (ik kom op het begrip ‘kosten ten behoeve van de gekwetste’ in § 5 nog terug), in essentie staat artikel 6:107 BW verhaal toe van naar de derde ‘verplaatste schade’. De aansprakelijke wordt daar in theorie niet slechter van, nu de totale omvang van de aansprakelijkheidslast gelijk blijft (dat wil zeggen: in vergelijking met de situatie waarin de gekwetste zelf aanspraak zou hebben gemaakt op vergoeding¹⁰).¹¹ Vandaar dat de verweermiddelen van de aansprakelijke jegens de gekwetste (denk bijvoorbeeld aan eigen schuld) tevens doorwerken in het schadevergoedingsrecht van de derde. Zie artikel 6:107 lid 2 BW.¹²

3 Hoge Raad 28 mei 1999 (Gemeente Losser vs. De Vries en Kruidhof)

Na deze algemene uiteenzetting van de problemen die bij ‘verplaatste schade’ spelen, wordt het tijd om het arrest *Gemeente Losser vs. De Vries en Kruidhof* te introduceren.

In 1990 werd een elfjarige leerlinge van een openbare basisschool slachtoffer van een ernstig ongeval. Het ongeval deed zich voor op school, en was te wijten aan fouten van de school en haar personeel. Als gevolg van het ongeval liep het slachtoffer ernstige brandwonden op. Zij is meermalen opgenomen in het ziekenhuis en het

⁸ Parl. Gesch. Boek 6 Inv., blz. 1289 (Toel. N.v.W. 1 Inv.). Zie voor kritiek over het werkingssfeer van artikel 6:107 BW vooral ook A.R. Bloembergen, ‘Verplaatsing van schade’, in: *Quod licet* (Kleyn-bundel), Deventer 1992, blz. 24-25.

⁹ Met de inwerkingtreding in 1996 van artikel 6:107a BW is verhaal van de kosten van verplichte loondoorbetaling overigens onbetwist mogelijk geworden.

¹⁰ Zie aldus ook A-G Spier, concl., noot 44.

¹¹ Parl. Gesch. Boek 6 Inv., blz. 1288. Vgl. M. Junker, *Die Vertretung im Vertrauen im Schadensrecht*, München 1991, blz. 6-7 en blz. 20. Overigens zal in werkelijkheid de totale aansprakelijkheidslast per saldo toenemen; de derde die op grond van artikel 6:107 BW ageert, kan – zo moet m.i. worden aangenomen – bijvoorbeeld aanspraak maken op door hem gemaakte redelijke kosten van schadevaststelling en incasso (kosten in de zin van artikel 6:96 BW). Zie in dit verband HR 5-12-1997, NJ 1998, 400. Deze kosten zullen in verhouding hoger zijn dan wanneer alle schadevergoedingsvorderingen in één hand bij de gekwetste zouden zijn gebleven. Zie over dat verschijnsel Th. Kremer, A&V 1996/5, blz. 93 e.v.

¹² Zie over deze verweermiddelenproblematiek ook hierna § 3.

brandwondencentrum; bovendien is zij thuis langdurig door haar ouders verpleegd en begeleid.

Partijen komen niet tot een minnelijke schaderegeling, zodat de ouders in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger namens het [87] slachtoffer¹³ de onderhavige rechtszaak aanspannen. Inzet van de procedure is vergoeding van allerhande schadeposten. In cassatie spitst het geschil zich echter toe op twee specifieke schadeposten. In de eerste plaats vorderen de ouders *q.q.* vergoeding van 74 vakantiedagen die zij hebben moeten gebruiken voor ziekenhuisbezoek, consulten en dergelijke. In de tweede plaats vorderen zij *q.q.* een geldelijke vergoeding van de tijd die zij hebben besteed aan begeleiding en thuisverpleging van hun dochter. Het Hof kent een naar redelijkheid en billijkheid geschatte vergoeding voor beide schadeposten toe. De Hoge Raad casseert. Hij overweegt onder meer:

‘Wanneer iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is ernstig letsel oploopt, waarvan het herstel niet alleen ziekenhuisopname en medische ingrepen vergt, maar ook intensieve en langdurige verpleging en verzorging thuis, is de aansprakelijke van de aanvang af verplicht de gekwetste in staat te stellen zich van die noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien. 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 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 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 inkomsten te derven.

Aan het voorgaande doet niet af dat het kind jegens zijn ouders aanspraak kan maken op verpleging en verzorging in geval van ziekte: het is immers primair de aansprakelijke die verplicht is de voor het herstel nodige middelen te verstrekken.(...)

Opmerking verdient nog dat de rechter bij deze wijze van begroten geen hogere vergoeding ter zake van verpleging en verzorging zal mogen toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.’ (r.o. 3.3.2)

Hieruit volgt volgens de Hoge Raad dat het oordeel van het Hof over de tweede schadepost (vergoeding voor de tijd die de ouders hebben besteed aan begeleiding en

¹³ Zie arrest Hof (eerste tussenarrest), r.o. 4.13, concl. A-G Spier, ad 2.1.2 en ad 4.8, en arrest HR, r.o. 3.2.

thuisverpleging) in stand kan blijven. Het naar redelijkheid en billijkheid geschatte bedrag was namelijk gerelateerd aan de uitgespaarde kosten van professionele hulp.¹⁴

Echter: 's Hofs oordeel over de eerste schadepost (vergoeding van 74 vakantiedagen, die de ouders hebben moeten gebruiken voor ziekenhuisbezoek, consulten en dergelijke) blijft niet in stand. De Hoge Raad overweegt namelijk:

‘Het verlies van vakantiedagen van de ouders door de tijd die gemoeid was met hun bezoeken aan het kind tijdens verblijf in het ziekenhuis, kan niet op één lijn worden gesteld met de hiervoor besproken schadepost, nu het niet aanmerkelijk is dat professionele – betaalde – hulpverleners worden ingeschakeld voor ziekenhuisbezoek ingeval de ouders niet in de gelegenheid zijn zelf het kind te bezoeken. De heilzame invloed van bezoeken op het genezingsproces moet worden toegeschreven aan de persoonlijke band tussen het kind en de ouders. Het verlies van vakantiedagen kan derhalve, *hoezeer het ook als een vorm van vermogensschade valt aan te merken*, niet als door Johanna geleden schade worden aangemerkt.’ (r.o. 3.4.1, curs. toegevoegd)

De hiervoor geciteerde overwegingen van de Hoge Raad vangen overigens in r.o. 3.3.1 aan met de vaststelling dat de vraag of en in hoeverre de hiervoor genoemde posten in het onderhavige geval voor vergoeding in aanmerking komen, wordt beheerst door het bepaalde in artikel 1407 BW (oud). De Raad voegt daar enigszins raadselachtig aan toe:

‘De door het middel aan de orde gestelde vraag of hier kan worden gesproken van door de gekwetste zelf geleden (vermogens)schade, kan echter ook rijzen in gevallen waarin art. 6:107 BW van toepassing is.’

Ik kom op deze frase terug in § 4.2.

4 Wie is bij verplaatste schade tot de schadevergoeding gerechtigd?

4.1 naar oud recht

De Hoge Raad heeft uitspraak gedaan in een zaak waar het oude BW nog op van toepassing was. De vraag of en in hoeverre de genoemde schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen, wordt dus beheerst door artikel 1407 BW (oud). Zoals ik hiervoor (in § 2) reeds uiteenzette, konden derden naar oud recht op grond van artikel 1407 BW (oud) geen verhaal uitoefenen voor verrichte werkzaamheden of gedane uitgaven ten behoeve van de gekwetste. Vandaar dat de ouders niet *pro se*, maar in hun kwaliteit van vertegenwoordiger optreden. Het reeds hiervoor gesignaleerde probleem [88] dat het kind zélf geen schade heeft geleden en haar in theorie dus geen schade-

¹⁴ Het incidenteel cassatieberoep tegen de vaststelling van de hoogte van het bedrag strandt overigens: de feitenrechter heeft op grond van artikel 6:97 BW grote vrijheid bij de schadebegroting (r.o. 3.5.3).

vergoedingsrecht toekomt, wordt door de Hoge Raad terzijde geschoven met een vorm van abstracte schadeberekening. De *redelijkheid* brengt mee, aldus de Hoge Raad, dat het de rechter in een geval als dit vrijstaat te abstraheren van de omstandigheid dat de verzorgingstaken om niet zijn uitgevoerd door de ouders, en dat de gekwetste zelf geen uitgaven heeft gedaan voor de verzorging. Daarmee is de weg vrijgemaakt voor een schadevergoedingsvordering van de gekwetste.¹⁵ Over de mogelijke implicaties van deze abstractie zal ik hierna (in § 6) nog komen te spreken. Waar het mij hier om gaat, is dat toelaatbaarheid van abstractie voor het oude recht de dogmatische angel haalt uit de in de praktijk gehanteerde voorschot- en/of cessieconstructies. Werd voorheen nog wel getwijfeld over de toelaatbaarheid van dergelijke constructies,¹⁶ zoveel is thans duidelijk: steeds wanneer de bedoelde abstractie mag worden gehanteerd, zijn er geen belemmeringen voor bijvoorbeeld cessie (aan de derde) van de (abstract berekende) schadevergoedingsvordering.¹⁷

Duidelijk is ook – de Hoge Raad overweegt dit met zoveel woorden – dat aan verhaalbaarheid van de (verplaatste) schade niet afdoet¹⁸ dat de derde jegens de gekwetste verplicht is tot verpleging en verzorging in geval van ziekte: ‘het is immers primair de aansprakelijke’ die verplicht is de schade te dragen.¹⁹ De juridische rechtsverhouding tussen gekwetste en derde is dus irrelevant voor de verhaalbaarheid van de schade.²⁰ Of de derde nu verplicht of onverplicht handelt, het is een prestatie die primair door de aansprakelijke moet worden verricht. De Hoge Raad gebruikt in dit ver-

¹⁵ Ook naar Duits recht lijkt soms een dergelijke benadering te worden gekozen. Bepaalde bezoeken kunnen als schade van de gekwetste zelf worden gevorderd. Zie bijv. BGH 22-11-1988, BGHZ 106, blz. 28, VersR 1989, blz. 188 en, zij het iets minder royaal, BGH 19-2-1991, VersR 1989, blz. 559. Vgl. BGH 21-5-1985, VersR 1985, blz. 784. Wat betreft abstractie: de gekwetste blijft recht houden op vergoeding van de kosten van verzorging, ook wanneer een derde de verzorging om niet heeft verricht. Zie bijv. OLG München 14-4-1981, VersR 1982, blz. 376. Let wel: naar Duits recht wordt de vergoeding in de regel gerelateerd aan (door de derde) daadwerkelijk verloren inkomsten; verlies van vrije tijd als zodanig komt waarschijnlijk niet voor vergoeding in aanmerking. Zie bijv. Geigel/Schlegelmilch, *Der Haftpflichtprozeß*, 21e druk München 1993, nr. 8-2. Vgl. BGH 11-1-1983, BGHZ 86, blz. 212 (geen vergoeding van de door onrechtmatige daad verloren gegane vakantiedagen).

¹⁶ Zie nt. 5.

¹⁷ De vraag is alleen of hier niet het gevaar van doelredenering op de loer ligt: voor de vraag of er überhaupt een vordering op de aansprakelijke is die gecedeerd kan worden aan de derde, moet eerst een abstractie plaatsvinden. Die abstractie wordt met name gerechtvaardigd door de inspanningen verricht door de derde.

¹⁸ Ik zou menen dat dit naar huidig recht zelfs een extra rechtsgrond voor verhaalbaarheid zou opleveren, namelijk regres wegens hoofdelijke aansprakelijkheid (artikel 6:6 BW) van derde en laedens jegens de aansprakelijke.

¹⁹ Hierop wees ook reeds HR 21-2-1997, NJ 1999, 145 nt. CJHB (Wrongful birth), r.o. 3.7: ‘Anders dan het Hof heeft aangenomen, staat de wettelijke verplichting van de ouders ter zake van de verzorging en opvoeding van het kind daaraan niet in de weg; veeleer vloeit uit deze verplichting voort dat het hier inderdaad om kosten gaat die noodzakelijk moeten worden gemaakt en die juist daarom een financieel nadeel en derhalve vermogensschade vormen.’ Vgl. ook BGH 19-6-1952, BGHZ 7, blz. 30 (het bestaan van een loonverplichting van de werkgever doet niet af aan de aansprakelijkheid van de laedens jegens de gekwetste werknemer).

²⁰ Vgl. Engels recht, dat ook ingeval van ‘voluntary payment’ door de gekwetste aan de derde een vergoeding lijkt toe te staan. Zie J. Munkman, *Damages for personal injury and death*, 10e druk Londen 1996, blz. 83.

band de uitdrukking ‘de ouders (voldoen) in natura aan een verplichting die primair rust op de aansprakelijke’. Dat roept het idee op dat de derde niet zozeer zijn eigen schuld voldoet, maar die van een ander (artikel 6:30 BW). Veel meer dan een idee is dit echter niet, vooral niet wanneer de derde door zijn prestatie primair beoogt zijn eigen verplichtingen na te komen.

Uit het feit dat de gekwetste vergoeding van de verplaatste schade kan vorderen, volgt mijns inziens dat deze vordering in het vermogen van de gekwetste valt. Weliswaar kan uit de specifieke rechtsverhouding tussen gekwetste en derde voortvloeien dat de gekwetste verplicht is de vordering te cederen aan de derde, maar zolang deze cessie niet heeft plaatsgevonden, kan de vordering ten prooi vallen aan crediteuren van de gekwetste. De derde kan zich er niet bij voorrang op verhalen. De derde moet bovendien ook maar afwachten óf de gekwetste tot inning overgaat, tenzij de derde – zoals in de onderhavige zaak – wettelijk vertegenwoordiger is van de gekwetste. Dan heeft de derde de vordering min of meer in eigen handen.

Niet alleen de zogenaamde anterieure verweermiddelen van de aansprakelijke jegens de gekwetste (dat wil zeggen: anterieur aan de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis, zoals eigen schuld van de gekwetste of een contractuele uitsluiting of limitering van aansprakelijkheid), maar ook posterieure handelingen van de gekwetste binden de derde. Gaat de gekwetste bijvoorbeeld een vaststellingsovereenkomst met de aansprakelijke aan met betrekking tot de verplaatste schade, dan is de derde daar aan gebonden.²¹ Hetzelfde geldt voor afstand van het vorderingsrecht of een afbetalingsregeling. Dit is slechts anders indien voordien cessie aan de derde heeft plaatsgevonden.

Na inning van de vordering door de gekwetste moet het bedrag uiteindelijk ten goede komen [89] aan de derde, dat moge duidelijk zijn.²² Maar welke rechtsgrond bestaat daarvoor? Behoudens bijzondere rechtsgrond zal m.i. een ongerechtvaardigde verrijksactie (artikel 6:212 BW) van de derde jegens de gekwetste moeten leiden tot afdracht van het geïnde aan de derde.²³

4.2 naar huidig recht

Artikel 6:107 BW geeft aan de derde een eigen vorderingsrecht²⁴ jegens de laedens, dat aanknoopt bij de aansprakelijkheid jegens de gekwetste. Die aanknopng komt tot uitdrukking in het tweede lid: verweren jegens de gekwetste werken door in de vordering van de derde. Dit betreft in ieder geval de anterieure verweermiddelen die bestaan en omvang van de totale aansprakelijkheidslast bepalen. De parlementaire geschiedenis noemt eigen schuld, risico-aanvaarding²⁵ en exoneratie tussen aansprakelijke en gekwetste.²⁶ Dat zijn allemaal anterieure verweermiddelen. Welk effect heeft echter

²¹ Vgl. A-G Spier, concl. ad 3.2.

²² Aldus ook A-G Spier, concl. ad 3.10.2 en ad 4.9.

²³ Vgl. Munkman, a.w., blz. 84 (m.n. ook voetnoot 6).

²⁴ Zo ook het Duitse recht voor de vorderingen uit § 844 en 845 BGB; zie Geigel/Schlegelmilch, nr. 8-4.

²⁵ Dit voorbeeld kunnen we denk ik, gezien het natrap-arrest (HR 28-6-1991, NJ 1992, 622 nt. CJHB) wel als achterhaald beschouwen.

²⁶ Parl. Gesch. Boek 6 Inv., blz. 1286. Zie ook losbl. Schadevergoeding, art. 107, aant. 61 (Bolt). Bloembergen, t.a.p. (Quod Licet-bundel), blz. 31, laat in het midden welke werking exoneraties toe-

een posterieur verweermiddel, zoals een schikking (vaststellingsovereenkomst, afstand of betalingsregeling) tussen gekwetste en aansprakelijke? Ik zou menen dat het reëel is om van de aansprakelijke te verwachten dat hij rekening houdt met de mogelijkheid van het bestaan van derden in de zin van artikel 6:107 BW en dat de aansprakelijke in beginsel niet te goeder trouw kan menen dat de posterieure handeling met de gekwetste zondermeer mede ziet op eventuele vorderingsrechten van derden.²⁷ Een alternatieve – maar minder verkieslijke – benadering, die aansluit bij hetgeen geldt voor de subrogatie van vorderingsrechten, zou zijn dat de posterieure handeling weliswaar aan de derde kan worden tegengeworpen, maar dat deze vervolgens de gekwetste tot schadevergoeding kan aanspreken wegens verkorting van het vorderingsrecht dat hij (de derde) meende te krijgen.²⁸ Die schadevergoedingsactie tussen gekwetste en derde is natuurlijk in veel gevallen illusoir vanwege de bijzondere verhouding tussen beiden (zoals bijvoorbeeld de familieband). De eerste benadering zou daarom mijn voorkeur hebben: belast de aansprakelijke met het probleem, aangezien deze de meest aangewezen persoon is om tot waakzaamheid te worden geprikkeld als het gaat om het werkingsbereik van schikkingsvoorstellen. Aldus beschouwd zou het vorderingsrecht uit artikel 6:107 BW qua ‘techniek’ gelijkenis vertonen met de zogenaamde zelfstandige verhaalsrechten van sociale verzekeraars:²⁹ anterieure verweren bepalen het ‘verhaalsplafond’, maar posterieure verweren deren de derde niet.

Heikel punt in dit verband is nog de vraag welke verjaringsbepaling moet worden toegepast op de vordering uit artikel 6:107 BW. Leveren kosten gemaakt ten behoeve van de gekwetste een vordering ‘tot vergoeding van schade’ op als bedoeld in artikel 3:310 BW? Het lijkt voor de hand te liggen, maar er zijn ook argumenten om integendeel artikel 3:306 BW toepasselijk te achten.³⁰

Wat betreft het werkingsbereik van artikel 6:107 BW geeft de Hoge Raad nog een in mijn ogen raadselachtige overweging ten beste. Ik gaf dit in § 3 al aan. De Hoge Raad geeft in r.o. 3.3.1 namelijk te kennen dat de door het middel aan de orde gestelde vraag of hier kan worden gesproken van door de gekwetste zelf geleden (vermogens)schade, *ook kan rijzen in gevallen waarin artikel 6:107 BW van toepassing is*. Dat is op zichzelf juist, maar het zal toch niet zo zijn dat ook naar huidig recht het vor-

komt. Voor Engels recht (dat exoneraties laat doorwerken) zie men LCCP no. 148, § 2.4 en *Winfield & Jolowicz*, blz. 808.

²⁷ Vgl. voor eenzelfde benadering naar Duits recht (voor wat betreft de schadevergoedingsrechten uit § 844 en 845 BGB) Wussow/Dressler, *Unfallhaftpflicht*, 14e druk Keulen 1996, rdnr. 1693. Een enigszins ander, maar niet minder interessante benadering kiest het Engelse recht; zie *Winfield & Jolowicz*, blz. 808.

²⁸ Artikel 6:154 jo. artikel 6:74 BW.

²⁹ Zie over die techniek W.H. van Boom en H.M. Storm, A&V 1995/6, blz. 149 e.v. en W.H. van Boom, ‘Uniformiteit gewenst - Naar een eenvormig verhaalsrecht voor verzekeraars en risicodragers’, in: *Regresrechten*, Zwolle 1996, blz. 95 e.v.

³⁰ Zie nader (over verjaring van het regresrecht van de sociale verzekeraar) A.J. Akkermans, TVP 1998/2, blz. 33 e.v. Vanuit het idee dat de totale aansprakelijkheidslast niet mag toenemen (zie hiervoor noot 11), is er misschien zelfs iets voor te zeggen de verjaring van de vordering te koppelen aan de verjaring van de rechten van de gekwetste zelf. Ik zou echter meer voelen voor een min of meer zelfstandige behandeling van de vordering uit artikel 6:107 BW, gezien ook mijn standpunt dat deze vordering geen doorwerking ervaart van posterieure verweermiddelen.

deringsrecht voor tijd besteed aan thuisverpleging toekomt aan de gekwetste zelf?³¹ Artikel 6:107 BW beoogt toch de derde een eigen vorderingsrecht te geven, zodat niet langer behoefte is aan de abstractie dat de schade in feite niet is geleden in het vermogen van de gekwetste zelf? Of zou het zo zijn dat naar huidig recht de vordering zowel aan de gekwetste (door deze geheel abstract te berekenen) als aan de derde (door deze iets minder abstract te berekenen) toekomt? Als dat waar is, [90] dan zou sprake kunnen zijn van twee samenlopende vorderingen, zodat betaling aan de één mede bevrijdend is tegenover de ander.³² Ik voel hier weinig voor; het strookt niet met het zelfstandige karakter van de vordering uit artikel 6:107 BW.

Hoe moeten we de opmerking van de Hoge Raad dan begrijpen? Het is juist dat ook naar thans geldend recht de vraag kan rijzen wie de schade heeft geleden, maar dan strekt de vraag tot een ander doel, namelijk afbakening van de schadevergoedingsrechten van de gekwetste zelf ten opzichte van die van de derde. Wellicht is er niet meer dan dat mee bedoeld. Maar misschien ook ziet de opmerking op een ander aspect van de bedoelde schadepost. De Raad geeft namelijk aan dat bij beantwoording van de vraag of de gekwetste schade heeft geleden ter zake van thuisverpleging, geabstraheerd mag worden van de omstandigheid dat er geen professionele hulpverlening voor is ingeschakeld. Wellicht moet de opmerking aldus worden verstaan dat ook als er in het geheel geen kosten van thuisverpleging zijn gemaakt, noch inspanningen door derden om niet zijn verricht, maar de gekwetste integendeel ‘zichzelf heeft verzorgd’ – alhoewel het inroepen van professionele hulp alleszins redelijk was geweest –, dat dan tóch kan worden gesproken van een (abstract berekende) schadepost in het vermogen van de gekwetste, die voor vergoeding in aanmerking komt. Kort gezegd: de gekwetste heeft recht op vergoeding van kosten van thuisverpleging indien en voor zover het maken van deze kosten redelijk zou zijn geweest; het bedrag wordt ook toegekend als in werkelijkheid geen kosten zijn gemaakt. Misschien is dit de juiste interpretatie van de overwegingen van de Hoge Raad, maar vooralsnog acht ik ze te speculatief, ook al omdat bij deze uitleg onduidelijk is wat artikel 6:107 BW hiermee van doen heeft.

Een minder verstrekkende uitleg zou tenslotte nog kunnen zijn dat de overwegingen van de Hoge Raad onbedoeld raadselachtig zijn en dat in essentie bedoeld is te zeggen dat de problemen van verplaatste schade naar thans geldend recht in wezen niet anders zijn dan onder het oude recht. Dit lijkt mij een onwaarschijnlijke uitleg. Aangenomen mag namelijk worden – ik kom daar nog op terug in § 5 – dat bezoekkosten (bijvoorbeeld in de vorm van verlies van vakantiedagen) naar thans geldend recht wél voor vergoeding in aanmerking komen. Om kort te gaan: het is mij onduidelijk wat de Hoge Raad precies bedoelt.

5 Welke schadeposten van derden komen voor vergoeding in aanmerking?

5.1 het verplaatsings‘scharnier’

³¹ Vgl. Bloembergen, NJ 1999, 564, nt. sub 8.

³² Kwalificeert men deze samenloop evenwel als gezamenlijk vorderingsrecht in de zin van artikel 6:15 BW, dan kan slechts bevrijdend worden betaald aan derde en gekwetste gezamenlijk (artikel 3:170 BW; zie Asser-Hartkamp I, nr. 131). Dat lijkt mij onwenselijk en onwerkbaar.

Na deze algemene beschouwingen over de vraag in welk vermogen het recht op vergoeding van verplaatste schade valt, is het tijd om concreter te kijken naar de vraag welke schadeposten wel en welke niet voor vergoeding in aanmerking komen. Het ‘scharnier’ tussen vergoedbare en niet-vergoedbare schade is de *verplaatsing*: een vergoeding voor de uren besteed aan thuisverpleging is toegestaan, omdat de inspanningen van de ouders de schade van de gekwetste (kosten professionele verzorging) wegnemen. Deze (abstract berekende) schade wordt dus verplaatst naar de ouders, en is daarmee (door de abstractie) schade van de gekwetste. Andere schadeposten die aldus beschouwd zonder meer tot de categorie verplaatste schade kunnen worden gerekend zijn bijvoorbeeld: ziekenvervoer van de gekwetste,³³ geneeskundige kosten en verpleegkosten, revalidatiekosten en kosten van hulpmiddelen, een en ander bekostigd door een derde.³⁴

5.2 *oud recht: bezoekkosten geen verplaatste schade?*

Het behulp van het verplaatsings‘scharnier’ wijst de Hoge Raad de vordering tot vergoeding van de aan ziekenhuisbezoek³⁵ bestede vakantiedagen van de ouders af: het betreft geen schade van de gekwetste zelf. De redenering die gevolgd wordt is er een van het volgende type: denk de prestatie van de derde weg en vraag je af of de gekwetste de prestatie dan op eigen kosten van een ander zou hebben betrokken. Met behulp van deze denkmethode komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de prestatie van de ouders (het ziekenhuisbezoek aan de gekwetste)³⁶ juist door de affectieve relatie zinvol is. De gekwetste zou [91] die prestatie waarschijnlijk niet van een willekeurige derde hebben betrokken³⁷ (laat staan tegen betaling), en dus zou hier geen schadepost bij de gekwetste zelf zijn ontstaan.

De door de Hoge Raad gebruikte denkmethode is niet zonder bezwaren. Zij lijkt een soort ‘gemiddelde gekwetste’ als uitgangspunt te nemen; door te speculeren over wat de gekwetste zou hebben gedaan, objectiveert men het gedrag van de gekwetste. Dat is minst genomen opmerkelijk, nu in het letselschaderecht veeleer adagia als ‘men moet het slachtoffer nemen zoals het is’ opgeld lijken te doen.

Afgezien van de vraag of de helende werking van aanwezigheid van familieleden

³³ Verhaal van verplaatste kosten van vervoer werden door HR 16-6-1972, NJ 1972, 375 onder werking van artikel 1407 BW (oud) nog onmogelijk geacht.

³⁴ Zie Parl. Gesch. Boek 6 Inv., blz. 1288 en losbl. Schadevergoeding, art. 107, aant. 43-44 (Bolt). Vgl. Barendrecht/Storm c.s., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle 1995, blz. 168 e.v.

³⁵ Als ik de gepubliceerde stukken goed begrijp, betreft de vordering tot vergoeding van (het verlies van vrije besteding van) vakantiedagen overigens niet alleen bezoek aan de gekwetste, maar ook begeleiding door de ouders bij consult, etcetera. Zie Hof (1e tussenarrest), r.o. 4.19, r.o. 4.21. Ik vraag mij dan ook sterk af of begeleiding van de gekwetste niet ook (in de abstracte schadeberekeningsbenadering van de HR) als schade van de gekwetste zelf kan worden gezien. De gekwetste moet toch in redelijkheid gehaald en gebracht worden en in het ziekenhuis worden bijgestaan?

³⁶ Zie mijn opmerkingen in noot 35.

³⁷ Van deze denkmethode lijkt ook A-G Spier, concl. ad 4.21 uit te gaan, zij het in verband met de abstracte berekening van de schade; hij stelt waarschijnlijk daarom ook voor om de schade te stellen op de bijdrage die de bezoeken hebben geleverd aan het herstel van de gekwetste (concl. ad 4.26).

den geheel kan worden teruggevoerd op het bestaan van een affectieve relatie (misschien heeft ook de aanwezigheid van willekeurig welke gezelschapspersoon reeds enige heilzame werking³⁸), denk ik dat de Hoge Raad hier een verkeerde benadering kiest. Het lijkt mij juist om slechts de vraag te stellen of de gekwetste, wanneer deze daadwerkelijk de prestatie van een derde zou hebben betrokken, de kosten daarvan zou hebben kunnen verhalen. Zo benadert artikel 6:107 BW het probleem namelijk ook, en daarmee vermijdt men de (lastige) vraag of het in het algemeen *aannemelijk* is dat de gekwetste de prestatie door een derde zou hebben laten leveren. Het gaat niet om de (algemene) waarschijnlijkheid maar om de (concrete) redelijkheid van de (hypothetische) uitgave. Zou de gekwetste, wanneer deze zich daadwerkelijk zou laten bezoeken door een derde tijdens het verblijf in het ziekenhuis (denk aan: vertrouwenspersoon, geestelijke, gezelschapspersoon), de kosten die daarmee gemoeid zijn kunnen verhalen op de aansprakelijke? Ik denk dat dergelijke uitgaven inderdaad goede zin kunnen hebben en dus binnen redelijke grenzen voor vergoeding in aanmerking komen. Ik geloof dat er aldus beschouwd wél sprake is van verplaatste schade die voor vergoeding in aanmerking komt.³⁹

De redenering van de Hoge Raad sluit aan bij hetgeen Bloembergen over bezoeken heeft verdedigd. Bloembergen heeft namelijk betoogd dat bezoeken in werkelijkheid geen vorm van verplaatste schade zijn omdat zij gewoonlijk niet door de gekwetste zelf worden gemaakt.⁴⁰ In het ‘aannemelijk’ van het Hoge Raad klinkt het ‘gewoonlijk’ van Bloembergen door. De toelichtende stukken bij artikel 6:107 BW laten echter een heel ander geluid horen: verdedigd wordt dat bezoeken van naaste familieleden voor vergoeding in aanmerking komen, ‘mits de gekwetste, zo hij zelf de betreffende kosten (...) zou hebben betaald (...), deze schade als door hem zelf geleden, van de aansprakelijke persoon had kunnen vorderen.’⁴¹ Wat betreft het schadebegrip is de wens vaak de vader van de gedachte. Zo ook hier: de wetgever acht het wenselijk dat bezoeken door de gekwetste als schadepost kunnen worden opgevoerd, en *dus* is het schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Lijdt een derde deze schade, dan is het *dus* verplaatste schade. En zo is het ook: het is een volstrekt redelijke eis van een gekwetste om bij een ernstig ongeval dat tot langdurig ziekenhuisverblijf aanleiding geeft, bezocht te willen worden door naaste familieleden.⁴² Niet minder redelijk kan het zijn om andere derden (vertrouwenspersoon, religieus raadgever,

³⁸ Opmerking verdient in dit verband dat bijvoorbeeld naar Duits recht de kosten van het aanstellen van een ‘Ersatzkraft’ voor de ‘persönliche Zuwendung, die aus der elterlichen Liebe fließt’ voor vergoeding in aanmerking komen. Wordt deze ‘Ersatzkraft’ niet aangesteld, dan kan met behulp van abstracte schadeberekening toch een bedrag worden gevorderd. Zie nader Geigel/Schlegelmilch, nr. 8-81. Vgl. OLG München 14-4-1981, VersR 1982, blz. 376.

³⁹ Een vergelijkbare redenering treft men aan, zij het in ander verband, bij OLG München 14-4-1981, VersR 1982, blz. 376: de vergoeding voor het (om niet) opvoeden van een kind door een oma wordt bepaald aan de hand van de vraag hoeveel de kosten van willekeurige adoptieouders zouden bedragen. Vgl. ook LCCP no. 148, § 2.33 i.f.

⁴⁰ Bloembergen, t.a.p. (Quod Licet-bundel), blz. 24. In dezelfde zin als Bloembergen: M.v.T. Inv., Parl. Gesch. Boek 6 Inv., blz. 1282-1283.

⁴¹ Parl. Gesch. Boek 6 Inv., blz. 1288-1289 (N.v.W. 1 Inv.).

⁴² Zie nader over hetgeen de redelijkheid in dit verband in concreto zou meebrengen Barendrecht/Storm c.s., a.w., blz. 174.

gezelschapspersoon) tegen vergoeding aanwezig te laten zijn. Mijns inziens pleit er daarom veel voor om bezoekkosten toch als (verplaatste) schade van de gekwetste te beschouwen.⁴³ De Hoge Raad denkt hier als gezegd anders over.

5.3 *bezoekkosten binnen bereik van artikel 6:107 BW*

Hoe zou de beslissing luiden naar huidig recht?⁴⁴ De Hoge Raad geeft expliciet aan dat het verlies van (vrije besteding van) vakantiedagen als zodanig als een vorm van vermogensschade valt aan [92] te merken. Dat is op zichzelf genomen al een belangrijke vaststelling. Een voorbeeld: indien en voor zover het redelijk is om vakantieuren of -dagen te gebruiken om een onrechtmatig beschadigde auto ter reparatie naar de garage te brengen, kan de waarde van (een deel van) de vakantiedag als schadepost worden opgevoerd.⁴⁵

Maar de relevantie van de overweging van de Hoge Raad gaat verder. Als de Raad trouw is aan de wil van de wetgever (zie het citaat uit de parlementaire geschiedenis hiervoor), dan moet naar mijn mening de conclusie zijn dat verlies van vrije besteding van vakantiedagen door bezoek aan de gekwetste onder vigore van artikel 6:107 BW voor vergoeding in aanmerking komt.⁴⁶ Bezoekkosten komen immers in beginsel voor vergoeding in aanmerking, en als daarvoor vakantiedagen moeten worden opgeofferd, dan levert dat onmiskenbaar vermogensschade van de derde op.⁴⁷ De voornaamste beperking die artikel 6:107 BW in dit verband lijkt te stellen is dat het bezoek wordt gerechtvaardigd door de persoonlijke relatie, waarin de derde tot de gekwetste stond.⁴⁸ Naar mijn mening zou deze kring van ‘persoonlijke relaties’ niet tot gezins- en familieleden beperkt moeten blijven, maar integendeel ook omvatten de door de gekwetste als zodanig aangewezen vertrouwenspersoon, religieus raadgever of

⁴³ In vergelijkbare zin, zij het in de sleutel van schadebeperkende maatregelen, Rechtbank en Hof in deze zaak (zie concl. A-G Spier, ad 2.2.1 en ad 4.24), alsmede A-G Spier, concl. 4.26. Spier wil de vergoeding overigens maximeren tot het bedrag dat het bezoek aan heilzame invloed op het genezingsproces heeft opgeleverd. Dat lijkt mij in beginsel onjuist: acht men de schadebeperkende maatregel redelijk en proportioneel, dan is in beginsel volledige vergoeding van de daarmee gepaard gaande kosten aangewezen.

⁴⁴ Zie voor onverbloemde anticipatie op de voorloper van artikel 6:107 BW: Rb. Assen 14-6-1988, VR 1989, 145 nt. HAB.

⁴⁵ In de parlementaire geschiedenis waren reeds aanknopingspunten voor de stelling dat verlies van (de vrije inrichting van) vakantiedagen vermogensschade oplevert: zie Parl. Gesch. Boek 6, blz. 379.

⁴⁶ Anders: Bloembergen, NJ 1999, 564 nt. sub 13, die meent dat verloren vakantiedagen geen ‘kosten’ zijn. Het is in dit verband opvallend dat de Hoge Raad hierover geen mededelingen doet in het arrest. Striktgenomen was dat niet noodzakelijk aangezien het geval oud recht betrof.

⁴⁷ En zo zijn er meer kosten die in verband met bezoek voor vergoeding in aanmerking kunnen komen: reis- en (eventuele) verblijfkosten, kosten van oppas voor achterblijvende kinderen (zo althans BGH 24-10-1989, VersR 1989, blz. 1308), enzovoorts.

⁴⁸ Zie artikel 6.1.9.11a lid 1 sub d (Parl. Gesch. Boek 6 Inv., blz. 1278), zoals daar naar wordt verwezen in latere stukken (Parl. Gesch. Boek 6 Inv., blz. 1288-1289). De zesde Senaat van het Duitse BGH lijkt een (m.i. onwenselijke) strengere eis te stellen: het bezoek van de familieleden komt alleen voor vergoeding in aanmerking als er aantoonbare ‘medizinische Notwendigkeit’ voor bestaat en slechts voor zover de bezoeker er alles aan heeft gedaan om de kosten binnen de perken te houden. Zie BGH 19-2-1991, VersR 1991, blz. 559.

gezelschapspersoon, mits de aanwezigheid van dergelijke personen – mede gezien de ernst van het letsel – redelijk kan worden genoemd.

6 Abstracte schadeberekening en de vergoeding van vrijetijdsschade

De Hoge Raad kent een vergoeding toe voor de uren besteed aan thuisverpleging. Die vergoeding wordt toegekend ongeacht of de ouders inkomsten of vakantiedagen moeten missen door hun werkzaamheden ten behoeve van de gekwetste. Dat is bijzonder te noemen.⁴⁹ De gevolgde aanpak is ook bijzonder: door te abstraheren van de vraag of de tijd van de ouders geld waard is, maar door integendeel als verhaalsmaximum de kosten te nemen van professionele thuisverpleging, haalt de Hoge Raad het probleem weg uit het *terra incognita* van de ‘vrijetijdsschade’.⁵⁰

De vraag is in welke andere gevallen de gehanteerde abstracties mogen worden gebruikt.⁵¹ Heeft iemand die afziet van medische zorg, niettemin recht op vergoeding van de kosten die hij in redelijkheid had *kunnen* maken?⁵² Dat zal niet snel worden verdedigd, ook omdat er een onzedelijk idee achter schuilt: winst maken uit het eigen lichamelijk gebrek zonder het gebrek te bevechten, dat hoort niet. Maar minder onwaarschijnlijk is bijvoorbeeld dat dit arrest de deur opent voor vergoeding van in redelijkheid verrichte huishoudelijke werkzaamheden door een derde tijdens de bedlegerigheid van een gekwetste, ook als de derde geen kosten of vakantiedagen hiervoor heeft geofferd. Het is echter moeilijk te voorspellen hoe ver de werking van de gebruikte abstracties reikt, nu het arrest wat dit aangaat geheel op de omstandigheden van het geval is toegeschreven. In algemene zin kan denk ik wel worden gezegd dat, nu de abstractie rechtvaardiging vindt in de redelijkheid – de redelijkheid van de beslissing om te verzorgen en de noodzaak van de verzorging –, het veelal niet zal gaan om onzinnige of overbodige tijdsbestedingen. Het zal gaan om werkelijk en in redelijkheid verrichte intensieve *zorg*. Dat daar een vergoeding tegenover staat, ook als geen kosten zijn gemaakt, is juist.⁵³

7 Afsluitende opmerkingen

Zodra iemand letsel oploopt waarvoor een ander aansprakelijk is, kan vrij gemakkelijk [93] worden geïnventariseerd welke derden door deze gebeurtenis schade lijden. Veel moeilijker is het soms om vast te stellen of deze derden recht hebben op vergoeding

⁴⁹ Al was het maar omdat vergoeding van ‘vrije tijd’ (en vanuit een bepaalde optiek gaat het daar om), ook in rechtsvergelijkend perspectief, zeker geen gemeengoed is. Zie bijv. BGH 22-11-1988, BGHZ 106, blz. 28, VersR 1989, blz. 188 (geen vergoeding voor vrije tijd besteed door ouders aan ziekenhuisbezoek, omdat – kort gezegd – vrije tijd als zodanig geen concrete vermogenswaarde en dus geen schadepost oplevert). Zie over e.e.a. nader concl. A-G Spier, ad 3.21.2-4, alsmede het (enigszins verouderde) overzicht bij U. Magnus, *Schaden und Ersatz: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbussen*, Tübingen 1987, blz. 225-237.

⁵⁰ Zie daarover de (rechtsvergelijkende) beschouwingen van A-G Spier, m.n. concl. ad 4.4.

⁵¹ Zie daarover ook Bloembergen, NJ 1999, 564, nt. sub 5.

⁵² Vgl. A-G Spier, concl. ad 3.18.2-3.18.3.

⁵³ Vgl. A-G Spier, concl. ad 3.18.1.

van hun schade. Dat geldt niet alleen voor ons land; veel rechtsstelsels hebben met vergelijkbare afbakeningsproblemen te maken. Soms wordt de kring van gerechtigden klein gehouden met een uitputtende wettelijke regeling.⁵⁴ Soms ook is in naam alleen de gekwetste zelf gerechtigd tot schadevergoeding, omdat de overtreden norm nu eenmaal slechts zijn persoon beoogt te beschermen.⁵⁵ Maar daarmee lijkt het probleem vaak alleen maar te worden ‘verplaatst’, en wel terug naar de gekwetste: welke schadeposten van derden kunnen als (ware het) zijn eigen schade voor vergoeding in aanmerking komen? Soms ook worden constructies bedacht en ficties gehanteerd – overigens met wisselend succes – die de onmogelijkheid van verhaal moeten bevechten. Een fraai voorbeeld biedt een oudere Engelse uitspraak. Twee circusartiesten (echtelieden) hadden een gezamenlijke lilliputter-act. Door de trap van een olifant raakte de vrouw gewond en was de man niet langer in staat om de act uit te voeren. De man koos er voor om zijn vrouw gezelschap te houden in het ziekenhuis. Het Engelse recht stond hem echter niet toe zijn inkomensschade die het gevolg was van het uitvallen van zijn ‘act partner’ op de aansprakelijke te verhalen. Niettemin kreeg hij toch een gedeelte van zijn inkomensschade vergoed, omdat zijn beslissing om zijn vrouw gezelschap te houden kon worden gezien als – kort gezegd – een schadebeperkende maatregel. Zou hij namelijk niet bij zijn vrouw zijn gebleven, dan had hij recht kunnen doen gelden op een vergoeding wegens ‘loss of consortium’...⁵⁶

W.H. van Boom.

⁵⁴ Voor Engels recht zie men bijv. (zij het met betrekking tot overlijdensschade) de Fatal Accidents Act 1976, afgedrukt bij LCCP no. 148, App. B; vgl. ook LCCP no. 148, § 2.12 e.v., § 3.18 e.v. en *Winfield & Jolowicz*, blz. 806. Zie voor Duits recht Geigel/Schlegelmilch, nr. 8-109: de kring van gerechtigden is beperkt tot de personen genoemd in § 844 en 845 BGB.

⁵⁵ Voor Duitsland is dit uitgangspunt verwoord in BGH 19-6-1952, BGHZ 7, blz. 30. Vgl. H. Lange, *Schadenersatz*, 2e druk Tübingen 1990, blz. 318-319, blz. 452-453. Zie voor het Engelse recht J. Munkman, a.w., blz 80 e.v.

⁵⁶ *Behrens v Bertram Mills Circus Ltd* [1957] 2 QB 1, [1957] 1 All ER 583, beschreven door J. Munkman, a.w., blz. 82. De common law- vordering voor ‘loss of consortium’ (die slechts aan de man toekwam) is overigens inmiddels afgeschaft. Zie Munkman, a.w., blz. 81.