

## Grenzen rechterlijke rechtsvorming

Vranken, J.B.M.

*Document version:*  
Peer reviewed version

*Publication date:*  
2010

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*

Vranken, J. B. M., (2010). *Grenzen rechterlijke rechtsvorming*, No. 387, Oct 09, 2009. (Nederlandse jurisprudentie).

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Grenzen rechterlijke rechtsvorming bij overlijdensschade en derden*

1. In deze zaak houdt de Hoge Raad strikt vast aan de criteria van het Taxibus-arrest van 22 februari 2002, NJ 2002, 240. De daarin gegeven algemene gezichtpunten, waaronder het aspect dat het wettelijke stelsel in zaken van overlijdensschade en derden restrictief is en dat het de rechtsvormende taak van de rechter te boven gaat om hiervan in het concrete geval af te wijken, gelden volgens hem nog onverkort. Hij maakt in deze uitspraak dus pas op de plaats.

2. De materie van schadevergoeding aan naasten en verwanten is na Taxibus sterk in beweging, nationaal en internationaal. Nationaal met wetsvoorstellen of in het vooruitzicht gestelde wetsvoorstellen, met onderzoeksrapporten over de behoeften van slachtoffers en naasten waaruit blijkt dat erkenning, genoegdoening en schadevergoeding (in die volgorde) het meest in tel zijn, en met lagere rechtspraak die ruimer is dan Taxibus. Meer hierover later onder het kopje *Rechtspolitieke keuzen*. Internationaal is zo veel gebeurd dat Nederland in het commentaar op de Draft Common Frame of Reference wordt ingedeeld bij de meest behoudende landen op dit punt. Vergelijk, met veel verdere verwijzingen, Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Outline Edition, 2009, boek VI.-2:202, p. 3230/3237 (hierna DCFR), met name p. 3235, nr. 15. Nederland deelt deze behoudende positie overigens met Duitsland en Engeland: zie de overzichten van G. Wagner in de Deutsche Juristenzeitung, 2004, p. 319-331, S. Lindenbergh in AV&S 2008, nr. 10, Rogers, Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, 2001, en art. 10:301 van de Principles of European Tort Law (PETL). Text and Commentary. European Group on Tort Law, 2005, p. 171/178 (Rogers).

3. Hoe is tegen deze achtergrond de pas op de plaats die de Hoge Raad in deze zaak maakt, te waarderen? Hij zegt zelf niets over de latere ontwikkelingen, maar volstaat met een verwijzing naar Taxibus.

*Taxibus en de onderhavige zaak*

4. In Taxibus is beslist dat iemand die een veiligheids- of verkeersnorm overtreedt niet alleen onrechtmatig handelt jegens de getroffene, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht waaruit geestelijk letsel voortvloeit (shockschade). Met name zal dit zich kunnen voordoen als de derde een nauwe affectieve

relatie heeft met de getroffene. Om voor vergoeding krachtens art. 6:106 onder b in aanmerking te komen, zal het geestelijk letsel in rechte moeten kunnen worden vastgesteld en dat zal in het algemeen slechts het geval zijn bij een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

5. In het onderhavige geval was voldaan aan het element van een nauwe affectieve relatie: het ging om ouders, broers en een zus van degenen die om het leven waren gekomen als gevolg van een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval. Niet aan de orde was dus de vraag of ook *anderen* dan naasten en verwanten shockschade kunnen oplopen. Het antwoord daarop is vrijwel zeker bevestigend - denk bijv. aan degenen die getuige waren van het inrijden op het publiek tijdens Koninginnedag 2009 -, maar dit betekent nog niet dat zij ook recht hebben op vergoeding daarvan. Dit laatste is een vraag die beslist moet worden aan de hand van juridisch relevante gezichtspunten, waaronder verzekeraarbaarheid, afbakening van de groep derden, e.d.m. Zie over beide aspecten o.m. Engelhardt en Engelhardt, Schokschade, in: Van Boom, Giesen en Verheij, Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken, 2008, p. 227-244.

6. In bovenstaand arrest stonden centraal de twee andere voorwaarden van Taxibus, te weten waarneming van het ongeval c.q. de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, én het lijden aan een erkend psychiatrisch ziektebeeld. Aan geen van beide was voldaan, maar, anders dan in Taxibus, was wel sprake van een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval. De door de Hoge Raad te beslissen vraag was daarmee of ook in een geval van *opzet* strikt de hand moest worden gehouden aan de beide voorwaarden van Taxibus. Abstracter geformuleerd: brengt de aard of ernst van de normschending mee dat de twee voorwaarden van Taxibus opzijgezet kunnen worden dan wel kunnen worden afgezwakt? Hier ging het om een verkeersongeval, maar men kan ook denken aan medische missers, arbeidsongevallen en geweldsmisdrijven.

7. De Hoge Raad is ondubbelzinnig in zijn afwijzing. Hij wil niet weten van een verruiming van de betrekkelijk kleine groep van derden die voldoen aan de zware voorwaarden van Taxibus. Hij beroept zich daartoe op wat ik in nr. 1 heb weergegeven, waaronder het argument dat het wettelijk stelsel zeer restrictief is en dat het de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te boven gaat hiervan af te wijken (rov. 3.4).

8. Nu is dit laatste niet helemaal juist, omdat de Hoge Raad in Taxibus overduidelijk rechtsvormend *is* afgeweken van het toen geldende restrictieve wettelijke stelsel. Immers, een aanrijding van de dochter is in beginsel niet tevens onrechtmatig jegens de moeder. De ernst van het ongeval (de dochter overleed ter plaatse) en de ernst van de weerslag die dit

heeft op de moeder, maken dit op zichzelf niet anders. Toch heeft de Hoge Raad in Taxibus mede op grond van de ernst van de gevolgen voor de moeder (haar psychiatrisch ziektebeeld) tot onrechtmatigheid jegens haar geconcludeerd. Dat heeft hij gedaan door dit ziektebeeld en de twee andere feiten die ik hierboven onder 4 heb genoemd – confrontatie en affectieve relatie – tot norm te verheffen, d.w.z. door ze te construeren als elementen van onrechtmatigheid jegens de moeder. Is aan die elementen voldaan, dan is de aanrijding ook jegens haar onrechtmatig. Dat is precies wat de Hoge Raad had vooropgesteld in rov. 4.1 van zijn algemene gezichtpunten in Taxibus: er moet een rechtsgrond zijn, een onrechtmatige daad, die leidt tot aansprakelijkheid voor schade als de moeder heeft geleden.

9. Wanneer in Taxibus hetzelfde was gebeurd, maar de moeder had zonder psychiatrisch erkend ziektebeeld verder kunnen leven, zou in het algemeen geen sprake zijn geweest van een onrechtmatige daad jegens haar en zou zij dus ook geen immateriële schadevergoeding hebben ontvangen. Niet uitgesloten is daarom dat in de Taxibus-benadering jegens de ene ouder wel en jegens de andere ouder geen onrechtmatige daad wordt gepleegd, uitsluitend en alleen omdat bij overigens gelijke omstandigheden de ene ouder psychisch totaal instort en de andere ouder niet. Een duidelijker aanwijzing dat de ernst van de gevolgen voor naasten en verwanten de onrechtmatigheid jegens hen mede bepalen is er niet. Tegelijk is het een duidelijke aanwijzing van het noodverband dat de Hoge Raad heeft aangelegd (moeten aanleggen) om de moeder een aanspraak op schadevergoeding te kunnen toekennen.

10. In bovenstaand arrest had de Hoge Raad de in Taxibus ingeslagen rechtsvormende weg kunnen vervolgen met in essentie eenzelfde redenering: op zichzelf is het veroorzaken van een verkeersongeval niet tevens onrechtmatig jegens ouders, broers en zusters van de slachtoffers, maar dat is het wel als het opzettelijk is gebeurd en het geestelijk letsel voor de naasten ernstig is c.q. sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. De Hoge Raad heeft dit niet gedaan, maar heeft pas op de plaats gemaakt. Waarom? Ik loop een aantal mogelijke argumenten na, waarvan de Hoge Raad zelf slechts een deel noemt en dan nog vooral door te verwijzen naar Taxibus. Hij is, als gezegd, niet kenbaar ingegaan op nieuwe ontwikkelingen en wijzigingen sedertdien.

*Waarom geen rechtsvormende taak?*

*a. Restrictief wettelijk systeem alleen niet beslissend*

De enige redengeving voor zijn beslissing dat opzettelijke normschending aan naasten en verwanten geen recht geeft op immateriële schadevergoeding is de verwijzing in rov. 3.5 naar het restrictieve karakter zowel van art.6:108 als van de twee limitatieve uitzonderingen

in art. 6:106 onder a en b. Meer zegt hij niet. Natuurlijk zou het mooi zijn geweest als met zoveel woorden in de wet of in de toelichting had gestaan dat een opzettelijke normschending wel of niet onder art. 6:106 onder b begrepen kan worden. Helaas is dat niet zo, maar: in *Taxibus* was dat niet anders. Ook over de situatie die toen aan de orde was, hield de wet(sgeschiedenis) niets in. Toen was het geen bezwaar. Evenmin vormde het restrictieve wettelijke systeem toen een bezwaar voor een rechtvormende beslissing van de Hoge Raad. Nu is dat kennelijk anders. Daarom opnieuw de vraag: waarom toen wel rechtsvormend opgetreden en nu niet? Het restrictieve wettelijk systeem alleen kan niet beslissend zijn.

*b. Kan opzettelijke normschending geen afzonderlijk te onderscheiden categorie zijn?*

Een argument om opzettelijke normschending in Nederland niet als een afzonderlijke categorie aan te merken bij immateriële schade voor naasten en verwanten zou misschien art. 6:106 onder a kunnen zijn. In die bepaling wordt immateriële schadevergoeding toegekend aan degene jegens wie gehandeld is met het *oogmerk* zodanige schade te berokkenen. Oogmerk stelt andere, hogere eisen dan opzet en is ook moeilijker te bewijzen. Zie HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 (JBMV) over het geval van een vader die zijn kind opzettelijk van het leven beroofde om de moeder – zijn ex-vrouw - te raken. Art. 6:106 onder a zou geheel overbodig worden indien, zoals in deze zaak gevorderd, reeds bij opzettelijke onrechtmatigheid met de dood of ernstig letsel als gevolg, naasten en verwanten die daardoor serieus geestelijk letsel lijden, krachtens art. 6:106 onder b aanspraak hebben op immateriële schadevergoeding. Immers, als opzet voldoende is voor b – zonder de eisen van directe confrontatie en een psychiatrisch ziektebeeld -, dan is oogmerk dat zeker. Aan een aparte voorziening als onder a voor oogmerk zou dan geen behoefte meer bestaan. Maar: is dat erg? Neen, zou ik menen, omdat de onder a voorziene vergoeding gewoon blijft bestaan. Het leidt alleen tot een opschoning van wetsbepalingen en daar is niets mis mee. Kortom, ook hierbij zijn wetsystematische overwegingen niet beslissend.

Zijn er dan inhoudelijke argumenten die in de weg staan aan opzettelijke normschending als criterium? Rechtsvergelijkend luidt het antwoord ontkennend. Dat is niet beslissend voor de vraag of een dergelijk criterium ook in Nederland zou moeten worden erkend, maar het is wel van belang voor wat ik hier aan de orde stel, nl. of het als afzonderlijke categorie denkbaar en mogelijk is. Ja, dus. Opzet, met daarbij meestal in één adem grove roekeloosheid, was en is elders voorwaarde voor toekenning van immateriële schade aan naasten en verwanten. Bijv. in Zweden tot een wetwijziging in 2002, in Finland vanaf een wetwijziging van omstreeks dezelfde tijd, en in Denemarken nog steeds, ook na een wetwijziging van 2003. In Zweden is opzet en grove roekeloosheid sinds 2002 reden om hogere bedragen toe te kennen. Interessant is ook Oostenrijk: normaal is daar vereist

geestelijk letsel dat medisch gediagnosticeerd kan worden. Ontbreken medisch diagnosticeerbare klachten dan is desondanks schadevergoeding mogelijk, mits sprake is van, voor zover hier relevant, opzet of grove roekeloosheid. Zie DCFR, a.w., 2009, p. 3236 en 3234.

In Nederland kennen wij het begrippenpaar opzet en grove roekeloosheid vooral als voorwaarden voor aansprakelijkheid, bijv. in het arbeidsrecht en het vervoersrecht. De gedachte is steeds dezelfde: enerzijds een beperking van het aantal gevallen van aansprakelijkheid, anderzijds betekenis toekennen aan de mate van verwijtbaarheid. Op zeer ernstige normschending mag best stevig worden gereageerd. In *Taxibus* is gekozen voor een benadering die deels afstemt op de ernst van het gevolgen voor naasten en verwanten. Dat sluit echter niet uit, en is ook niet intrinsiek beter dan een benadering die afstemt op de ernst van de normschending (met daarbij meestal ook de eis van geestelijk letsel bij naasten en verwanten, zij het niet per se in de zware vorm van een psychiatrisch erkend ziektebeeld). Beide benaderingen zouden heel goed naast elkaar kunnen bestaan. In de literatuur en de lagere rechtspraak in Nederland wordt dit ook verdedigd resp. gedaan. Vergelijk voor een opgave en bespreking hiervan korthedshalve de noot van Kottenhagen onder dit arrest in *NTBR* 2010, p. 132-134. Zie voorts conclusie A-G Spier, nt. 56. Ook uit het hierna onder d te noemen rapport van Akkermans c.s., 2008, p. 3 blijkt dat de ernst van de normschending doorwerkt in de aard en omvang van de behoeften van naasten en verwanten aan erkenning, genoegdoening en compensatie.

### *c. Utdijende aansprakelijkheid?*

Het bezwaar tegen de uitbreiding van *Taxibus* met gevallen van opzettelijke normschending als rechtsgrond voor schadevergoeding aan naasten en verwanten, kan zijn dat “te ruim getrokken grenzen van aansprakelijkheid in maatschappelijk opzicht tot onaanvaardbare gevolgen zouden kunnen leiden.” Het citaat is een van de algemene gezichtspunten van de Hoge Raad in *Taxibus* waar hij in bovenstaand arrest naar verwijst. Er zijn geen cijfers of andere gegevens om vast te stellen of dit gevolg zich wel of niet zal voordoen, en zo ja, in welke omvang. Wij weten niet eens hoe veel gevallen van opzettelijke normschending met ernstige of dodelijke afloop er zijn.

Het is echter zeker niet ondenkbaar, eerder waarschijnlijk dat een andere beslissing nogal wat consequenties zou kunnen hebben die ook verder reiken dan de uitbreiding tot de categorie opzettelijke normschending (met in het kielzog daarvan grove roekeloosheid). Mogelijk heeft dit bij de Hoge Raad meegespeeld, maar hij zegt het niet. Zodra hij in de onderhavige zaak zou zijn gaan bewegen, zouden in literatuur en rechtspraak ook andere beperkingen opnieuw betwist kunnen gaan worden, zoals de kring van personen, de voorwaarde van een directe confrontatie, de vraag of de eis van een psychiatrisch

ziektebeeld niet te zwaar is, de beperking tot gevallen van overlijden, en uiteindelijk de afbakening met affectieschade. Rechtsvergelijkend valt op dat in veel landen de eisen voor toekenning van schade aan naasten en verwanten niet hoog (meer) zijn. Zie de literatuur hierboven vermeld in nr. 2. Moet het in Nederland ook die kant opgaan? Tot welke aantallen aanspraken zal of kan dit leiden en welke gevolgen zal dit hebben voor de verzekerbaarheid, toename van procedures e.d.m.? En is het aan hem, Hoge Raad, om daarin het voortouw te nemen?

#### *d. Rechtspolitieke keuzen*

Met deze vragen komen twee andere algemene gezichtspunten uit Taxibus aan de orde. Het eerste is dat er ook andere vormen van compensatie en erkenning dan schadevergoeding denkbaar zijn voor wat naasten en verwanten is aangedaan, maar dat het niet aan de rechter is daarover een allesomvattend oordeel te geven. Het tweede is dat het in de wet neergelegde restrictieve stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de huidige maatschappelijke behoeften op dit punt, maar dat het aan de wetgever is om de voor- en nadelen ervan opnieuw te overwegen, zoals het ook aan de wetgever is om zowel de gevallen waarin en de kring van personen voor wie een vergoeding passend wordt gevonden, af te bakenen, als om te beslissen of er financiële plafonds moeten worden ingebouwd.

De Hoge Raad actualiseert deze Taxibus-gezichtspunten niet. Daar zou wel reden voor zijn geweest omdat na dat arrest het nodige is gebeurd. Zo is, mede naar aanleiding van Taxibus een wetsvoorstel affectieschade ingediend (februari 2003, kamerstukken 28781) dat in maart 2005 met algemene stemmen door de Tweede Kamer is aangenomen. Het wetsvoorstel voorzag “in een vergoeding voor het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat en dat men lijdt doordat een persoon met wie men een affectieve relatie heeft, ernstig gewond raakt of overlijdt als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is.” (EK, 28781, G, p. 1, brief van de MvJ van 9 februari 2009). De behandeling in de Eerste Kamer is vertraagd omdat er twijfel was aan de empirische onderbouwing van de aannames waarop het voorstel berustte. Daarop zijn door het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht van de VU Amsterdam en het WODC twee onderzoeken uitgevoerd. Het eerste betrof de algemene verwachtingen en behoeften die slachtoffers en naasten hebben van het aansprakelijkheidsrecht. Het tweede, een vervolgonderzoek, bracht de specifieke behoeften van naasten en nabestaanden aan vergoeding van affectieschade in kaart.<sup>1</sup> Kort en goed komt het er op neer dat in

---

<sup>1</sup> Huver, Van Wees, Akkermans, Elbers, Slachtoffers en aansprakelijkheid. Deel I. Terreinverkenning, 2007 WODC; Akkermans, Hulst, Claassen, Ten Boom, Elbers, Van Wees, Bruinvels, Slachtoffers en aansprakelijkheid. Deel II. Affectieschade, 2008 WODC.

meerderheid naasten en verwanten behoefte hebben aan vergoeding van affectieschade en dat daarvan een positief effect wordt verwacht op het verwerken van het gebeurde. Maar een soepele afdoening en een erkenning van de fout, inclusief excuses en medeleven, door de aansprakelijke, worden nóg belangrijker gevonden. Dat past bij de doelstellingen van het wetsvoorstel waarin erkenning en genoegdoening voorop stonden en compensatie op de achtergrond bleef.

Dit was de situatie toen de Hoge Raad de onderhavige zaak in oktober 2009 moest beslissen. De DCFR (hierboven onder 2) was nog niet verschenen, maar de toename in andere Europese landen van vergoedingsrechten aan naasten en verwanten hoefde niet onbekend te zijn. Het ook in de psychiatrische praktijk vaak arbitraire onderscheid tussen shock- en affectieschade – Engelhard en Engelhard, 2008, p. 240 - is in de meeste van die landen veel minder scherp, zo het al bestaat. De strenge eisen van Taxibus zijn vrijwel alleen herkenbaar in Duitsland en Engeland. De ontwikkeling is er een in de richting van affectieschade met soms de eis van diagnoseerbaar geestelijk letsel dan wel dat een medische behandeling nodig is.

Tot de situatie ten tijde van de beslissing in de onderhavige zaak behoorde voorts dat de lagere rechtspraak ruimer oordeelde dan Taxibus (hierboven onder b) en ook dat de Hoge Raad in drie uitspraken van 2008 en 2009 gaten in het stelsel van vergoeding van huishoudkosten bij overlijden van een van de ouders of de partner had gedicht en duidelijke, krachtige lijnen had uitgezet (NJ 2009, 385-387). Als gevolg hiervan doet zich na de onderhavige uitspraak de bizarre situatie voor dat men wel schadevergoeding kan krijgen voor het missen van de huishoudelijke bijdrage van de overledene, maar voor het veel ingrijpender missen van de persoon zelf alleen bij hoge uitzondering als voldaan is aan de eisen van Taxibus. Dit is overigens slechts een van de vele inconsistenties op dit rechtsgebied. Degene wiens bedrijf onrechtmatig over de kop wordt gejaagd, kan recht hebben op immateriële schadevergoeding (NJ 1997, 662, Kip en Sloetjes/Rabo). Degene wiens leven helemaal overhoop wordt gegooid door het overlijden of ernstig gewond raken van een kind of partner kan dat soms wel, maar meestal niet. Is sprake van een geweldsmisdrijf dan is de kans op vergoeding door art. 2 Besluit schadefonds geweldsmisdrijven groter dan bij verkeersongevallen of medische missers. Enz. enz. Zie voor nog meer voorbeelden de conclusie A-G Spier, nr. 3.2 en meer algemeen in 6.3.

Iedere uitspraak van de Hoge Raad leidt tot nieuwe inconsistenties en tot nieuwe vragen. Dat zou ook het geval zijn geweest als hij in het onderhavige geval opzettelijke normschending wél erkend had. Hij zal er nooit in kunnen slagen in zijn eentje een samenhangend stelsel tot stand te brengen. Dat moet, althans in hoofdlijnen, van de wetgever komen. Jarenlang is al een wetsvoorstel inkomensschade derden in het vooruitzicht gesteld waarin de problematiek als geheel zal worden geregeld. Het



wetsvoorstel komt er echter maar niet. Zie voor meer informatie hierover mijn noot onder NJ 2009, 385 (sub 22, 23 en 26), en NJ 2009, 386 (sub 21 en 22). Intussen is op 23 maart 2010 het wetsvoorstel affectieschade in de Eerste Kamer met 36 tegen 30 stemmen verworpen. Acht jaar na Taxibus en ruim zes-en-een-half jaar na indiening van het wetsvoorstel is daarmee de wetgever in Nederland terug bij af. Zal het nog wel lukken? G. Wagner, J.Z. 2004, p. 331 heeft voor de vergelijkbare situatie in Duitsland de hoop opgegeven dat overlijdensschade en derden op nationaal niveau bevredigend geregeld zal worden. Hij zet zijn kaarten op de Europese ontwikkelingen, maar die reiken voorlopig niet verder dan de soft law van de DCFR en van de PETL.

### *Een rol voor de Hoge Raad?*

Het is verleidelijk om in deze situatie te zeggen dat de HR geen taak had en in deze zaak terecht de boot heeft afgehouden. De wetgever was bezig, zij het slechts op een betrekkelijk klein onderdeel dat in deze zaak niet rechtstreeks aan de orde was (affectieschade), maar zelfs dat kleine onderdeel leverde in het parlement grote, en naar korte tijd later in de Eerste Kamer bleek, onoverkomelijke moeilijkheden op. Het grotere geheel, de wet inkomensschade derden, was de fase van een houtkoolschets nog niet te boven gekomen. Zoals de minister van justitie in een brief van 20 januari 2010 aan de Eerste Kamer liet weten was de schets wel in consultatie geweest, maar wilde hij wachten met het vervolg tot na afronding van het wetsvoorstel affectieschade (EK 28781, H). Ook juridisch-technisch is het niet gemakkelijk de afbakening van de gevallen van opzet binnen aanvaardbare en betaalbare grenzen te houden, mede gelet op het ontbreken van voldoende relevant cijfermateriaal.

Zo bezien heb ik dus wel begrip voor de keuze van de Hoge Raad een pas op de plaats te maken, ook al actualiseert hij de argumenten voor zijn keuze niet. Het is echter de vraag of hij zich nog afzijdig kan houden totdat misschien over tien of vijftien jaar een wettelijke regeling zal komen. Net als Lindenbergh, a.w. 2008, nr. 11 denk ik dat het best wel eens zo lang kan gaan duren. En net als hij denk ik dat in die tijd de druk op de rechterlijke macht om emotionele schade te vergoeden, onder meer aan naasten en verwanten, sterk zal toenemen. De rechter zal veel directer dan de wetgever met actuele knelpunten worden geconfronteerd, bijvoorbeeld met gruwelijke moorden die brede media-aandacht trekken waardoor weinig details onbekend blijven. Naasten zullen niet netjes buiten de rechtszaal afwachten totdat de wetgever gesproken heeft. De rechter zal hier een antwoord op moeten vinden. De boot afhouden uit vrees de wetgever voor de voeten te lopen, zal op zeker moment niet overtuigend meer zijn. Zelfs bij een betrekkelijk afgebakend onderwerp als de vergoeding van huishoudkosten bij overlijden of letsel van een van de ouders of de partner, is niet te vermijden dat de Hoge Raad een uitspraak doet waarvan de wetgever later zal

afwijken. Zie NJ 2009, 386, noot onder 21 en 22, waarin wordt aangegeven dat de uitspraak van de Hoge Raad waarschijnlijk niet strookt met wat bekend is over de wet inkomensschade derden. Maar er volgt ook uit dat dit voordelen kan hebben, omdat de concrete casus die de rechtspraak moet beslissen attent maken op aspecten, omstandigheden en samenhangen die men anders niet zo snel op het spoor kan komen.

De Hoge Raad kan op voorhand aan de wetgever aangeven dat wanneer niet binnen een bepaalde periode wetgeving tot stand is gebracht, hij zelf aan de slag gaat. Maar ook als hij het niet expliciet doet, komt het op zeker ogenblik vanzelf, omdat uiteindelijk publiek vertrouwen de enige echte legitimatie is van rechtspraak en die zal de Hoge Raad niet willen laten ondermijnen door een treuzelende wetgever.

### *Tot slot*

Ik denk dat het tijd is voor een bundeling van krachten. Men zou natuurlijk een commissie kunnen instellen die een wetsvoorstel voorbereidt. Er is genoeg deskundigheid in wetenschap en praktijk aanwezig om dit te kunnen doen. Maar misschien is een ongebruikelijker aanpak wel beter: creeping legislation. Kort gezegd houdt het in dat de problematiek stukje bij beetje wordt gereguleerd in een samenspel van rechterlijke uitspraken, niet alleen van de Hoge Raad, met ervaringen in de schadep praktijk, met kennis vanuit andere disciplines over, ruim gezegd, emotionele schade, en met een wetgever die begint met een of meer hoofdlijnen en vervolgens die hoofdlijnen langzaam uitbreidt of bijstelt, mede op basis van wat rechtspraak, praktijk en nieuwe ontwikkelingen laten zien. Het is zeer wel mogelijk dat men na verloop van tijd uitkomt op iets dat men in het begin niet voor ogen had. Uiteindelijk zal het een mix van verschillende soorten regels opleveren, waaronder soft law in de vorm van Gedragscodes of Richtlijnen. Ik zal dit elders nader uitwerken, maar het past bij de ontwikkeling van een nieuw privaatrecht dat niet langer bestaat uit een (Europese) codificatie oude stijl met daar omheen rechtspraak, zoals nu het geval is, maar uit een gelaagde structuur van Europese, statelijke en niet-statale regels en concretisering daarvan, die materieel- en procesrechtelijk zijn, en met misschien publiekrechtelijke elementen als het om handhaving en toezicht gaat.

JBMV