

## Nieuwe schadesoorten

NTBR 2018/1

Redactioneel

Over de precieze betekenis van het begrip schade in het burgerlijk recht bestaat weinig duidelijkheid; de term komt op diverse plaatsen voor, binnen en buiten het Burgerlijk Wetboek en wordt grofweg omschreven als 'feitelijk nadeel' dat voortvloeit uit een gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat.<sup>2</sup> Voor wettelijke verbintenissen tot schadevergoeding geldt een uniforme regeling die op hoofdlijnen aangeeft welke schade verhaalbaar is en binnen welke grenzen dat het geval is (Afd. 6.1.10 BW). Deze regeling heeft een ruim toepassingsbereik; zij geldt voor de meest uiteenlopende situaties, contractueel en buitencontractueel. Dat maakt het niet eenvoudig om *in algemene zin* de precieze betekenis en reikwijdte van het begrip schade te duiden. De uitleg én verdere afbakening van het begrip schade vinden plaats op het niveau van een casus (denk aan negatief/positief contractbelang, *wrongful birth/life*, schokschade, personenschade van derden, enz.). Aan de algemene regels die aangeven welke schade verhaalbaar is en hoe schade wordt vastgesteld en afgebakend, wordt op dát niveau invulling en toepassing gegeven. Discussie en rechtsvorming vinden eveneens op dat niveau plaats.

Dit gebrek aan (nadere) invulling en precisering van het begrip schade op het niveau van de algemene regeling is voelbaar als het gaat om rechtsontwikkeling in 'nieuwe' gevallen waarvoor richtinggevende rechtspraak nog ontbreekt. Privacy-schendingen, hinder en ongelijke behandeling zijn voorbeelden van terreinen waarop het concept schade nog nauwelijks tot ontwikkeling is gekomen. Nu hoeft dat op zichzelf, in theorie althans, geen probleem te zijn: de rechtspraak voor andere concrete, wel uitgekristalliseerde schadegevallen (zoals die hiervoor al werden genoemd) biedt – daargelaten wat men van het onderliggende normatieve rechtsoordeel vindt – alle vertrouwen dat de rechter ook bij nieuwe toepassingsvragen sturing zal geven. De beoordelingscriteria en maatstaven die in de rechtspraak zijn ontwikkeld voor reeds bestaande gevallen, kunnen bovendien aanknopingspunten bieden in 'nieuwe' gevallen.<sup>3</sup> Nieuwe gevallen waarin iemand vindt dat hij financieel gecompenseerd moet worden voor iets dat hij als nadelig ervaart, worden dan, impliciet of expliciet, langs de lat gelegd van andersoortige gevallen. Dat gebeurt welhaast automatisch: als op bepaalde deelterreinen de lat hoog wordt gelegd, dan gaat daar een signaal vanuit naar andere deelterreinen. Zo pleegt de wettelijke regeling voor immateriële schade (art. 6:106 BW) in die zin te worden geïnterpreteerd, dat er, bij persoonsaantastingen zoals voorzien in de slotwoorden van sub b, voor smartengeld slechts plaats is wanneer geestelijk letsel kan worden aangetoond of een fundamenteel recht is geschonden.<sup>4</sup> Voor nadeel dat slechts bestaat uit ergernis, ongemak of gederfd gebruiksgenot wordt geen financiële vergoeding toegekend.<sup>5</sup> Immaterieel nadeel is dan, kortom, rechtens relevant als het

1 Citeerwijze: E.F.D. Engelhard, I. Giesen & A.C. van Schaick, 'Nieuwe schadesoorten', *NTBR* 2018/1, afl. 1. Esther Engelhard is als universitair hoofddocent verbonden aan het Utrecht Centre of Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht en is tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Zij trad voor de gelegenheid van dit themanummer op als gastredacteur van het *NTBR*.

2 Zie A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 13; J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 245 (A.L.M. Keirse).

3 In gevallen van privacy-schending, hinder en discriminatie vraagt typisch niet alleen de vaststelling van de (veelal immateriële) schade, maar ook de begroting aandacht: de gevallen zijn veelal moeilijk onderling vergelijkbaar en het zal doorgaans gaan om lage vergoedingsbedragen. Privacy komt ook aan bod in de bijdrage van Tjong Tjin Tai (*NTBR* 2018/5) in deze aflevering.

4 Zie S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998 (diss. Leiden), par. 5.2.2 en hierover nader de bijdrage van Verheij (*NTBR* 2018/3) in deze aflevering.

5 M.Th. Beumers, 'Schadevergoeding voor genotsderving en teleurstelling', *NTBR* 2016/25, afl. 6.

kan worden gekwalificeerd als een ernstige inbreuk op een fundamenteel recht en/of tot geestelijk letsel leidt.

Maar de beoordeling van nieuwe typen nadeel of verlies langs deze meetlat van bestaande gevallen is niet altijd passend. Er zijn vormen van nadeel of verlies die buiten de algemeen aanvaarde categorieën van verhaalbare schade vallen, maar waarvoor desondanks overwogen zou kunnen, of zelfs moeten, worden of deze recht geven op een vergoeding. Drie voorbeelden daarvan komen in dit themanummer aan bod: klimaatschade, angstschade en het verlies van het eigen leven; maar vermoedelijk zijn er vele andere voorbeelden te geven (denk bijv. aan een gedwongen verhuizing door wateroverlast of het per abuis vernietigd zijn van afgedragen sperma). De beoordeling van deze nieuwe vormen van nadeel binnen het kader zoals dat is gecreëerd voor andere gevallen, kan leiden tot de – terechte of onterechte – kritiek dat het schadebegrip te beperkt is (zoals ook blijkt uit sommige bijdragen aan dit themanummer, waarover hierna meer).

Nu kan men zich afvragen of dat op zichzelf een probleem is. Vanzelfsprekend behoeft het recht grenzen en niet alles wat als nadeel wordt ervaren, is daarmee ook meteen rechtens relevant, in de zin dat er een recht op financiële compensatie tegenover staat. Essentieel is echter wel dat er niet louter 'geschermd' wordt met bestaande schadecategorieën: nadeel zou dan pas rechtens relevant (kunnen) zijn als het voldoet aan de maatstaven en criteria zoals ze in andere schadegevallen zijn gecreëerd en toegepast. De term schade heeft, als uitgangspunt, een open karakter: leidend zou moeten zijn hoe mensen negatieve ervaringen beleven, aangezien schade een door en voor mensen bedacht construct is.<sup>6</sup> Het algemene schadebegrip biedt hierbij evenwel te weinig sturing. Daarnaast is de vraag of het schadebegrip voldoende (snel) kan 'mee' veranderen met hetgeen door mensen als 'schade' wordt ervaren (een nieuw windmolenpark, maatschappelijk onverantwoord ondernemen, enz.). De visie op wat 'schade' is of zou moeten zijn, verandert immers ook onder invloed van nieuwe kennis en inzichten over en de behoefte aan handhaving van bijvoorbeeld normen aangaande CO<sub>2</sub>-reductie.

Hiermee is het spanningsveld geschetst dat ontstaat bij geheel nieuwe schade-soorten, het onderwerp van dit NTBR themanummer. Enerzijds behoeft het recht zekerheid, die wordt geboden door categorisering van gevalstypen en nadere invulling en afbakening van het begrip schade op deelterreinen. Anderzijds moet er ruimte blijven bestaan voor nieuwe vormen van ervaren nadeel, ook buiten eenmaal tot stand gebrachte kaders, opdat het recht herkenbaar en invoelbaar blijft en openstaat voor nieuwe inzichten en ontwikkeling. Dat vraagt dan ook bij nieuwe schadevormen om een kritische reflectie op de bestaande kaders en een analyse van wat het algemeen begrip schade behelst, en om een (meer) coherente rechtsontwikkeling. Dat wil zeggen: rechtsontwikkeling die het niveau van 'pigeon holes' kan overstijgen en ook op dat overstijgende niveau een coherent beeld laat zien.

Kortom, het schadebegrip en de nieuwe ontwikkelingen op dat terrein bieden voldoende stof om hier een speciaal nummer aan te wijden. Hiertoe is door de gastredactie een selectie gemaakt van mogelijk relevante onderwerpen in de vorm van een viertal bijdragen:

De bijdrage van Bleeker gaat over de negatieve gevolgen van klimaatverandering: de vraag of die verhaalbare schade kunnen opleveren, neemt volgens hem de vorm aan van een driekoppige draak. Het accent ligt echter op de betekenis van het schadeconcept in de context van de gebodsactie: indirect blijft klimaatschade ook dan een rol spelen.

6 Lezenswaardig in dit verband is de uitvoerige analyse van de onderliggende normatieve keuzes bij het schadeconcept naar Engels recht van N. Prialix, 'Reproducing the Properties of Harms that Matter: The Normative Life of the Damage Concept in Negligence', *Journal of Medical Law and Ethics* 2017-1, Vol. 5, p. 17-56.

Verheij onderzoekt in zijn bijdrage of 'angstschade', die zowel vermogensschade als immateriële schade kan betreffen, verhaalbare schade is. Hij bepleit een flexibele benadering waarbij de feitenrechter aan de hand van fundamentele rechten en/of de ernst van de normschending bepaalt of smartengeld gerechtvaardigd is.

Kan het verlies van eigen leven in ons geldend recht als schade worden aanvaard? Dat is het centrale thema in de bijdrage van Rijnhout en zij onderzoekt in het bijzonder hoe zich dit verhoudt tot het wettelijk kader voor de vergoeding van overlijdensschade (art. 6:108 BW).

Tjong Tjin Tai werpt de vraag op of er zoiets is als 'een Europees schadebegrip'. Verkend wordt het schadebegrip op nationaal niveau, in de *principles* en in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Dit brengt hem tot de stelling dat het Hof van Justitie een relatief coherente visie op schade heeft ontwikkeld.