

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***III Schadevergoeding bij
overlijden: een stoel die een
soort tafeltje is***

*Tijd voor een heroverweging in lijn met de
maatschappelijke ontwikkelingen?*

I. van der Zalm

*Published in
W.H. van Boom, J.H. van Dam-Lely & S.D. Lindenberg,
Rake remedies. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011,
p. 47-67.*

Abstract

In het aansprakelijkheidsrecht heeft een benadeelde in beginsel recht op volledige vergoeding van zijn schade. De gevolgen van de schadetoebrengende gebeurtenis dienen zoveel als mogelijk te worden weggenomen of te worden gecompenseerd. Daarbij wordt gekeken naar de situatie waarin de benadeelde zou hebben verkeerd indien de schadetoebrengende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Dat is bij overlijden per definitie problematisch. Er is iemand weggefallen, wat vele gevolgen heeft. De schade als gevolg van het overlijden komt maar beperkt voor vergoeding in aanmerking. In artikel 6:108 BW is een drietal beperkingen te vinden. Het gaat hier om beperkingen ten aanzien van de aard van de schade, de kring van gerechtigden en de omvang van de schade. Daarbij hinkt het recht op schadevergoeding bij overlijden op twee gedachten. Aan de ene kant is er het aansprakelijkheidsrecht, maar de geleden schade komt niet volledig voor vergoeding in aanmerking. Aan de andere kant is er het recht op alimentatie uit het familierecht, maar dat wordt bij overlijden niet consequent toegepast. De motieven voor de beperkingen van het recht op schadevergoeding zijn achterhaald en niet (langer) overtuigend. Het recht is niet bij de tijd, het sluit niet aan bij de maatschappelijke ontwikkelingen. De beperkingen die het recht op schadevergoeding bij overlijden in de huidige samenleving met zich meebrengt zorgen voor complexe methoden om de nabestaanden tegemoet te komen en oogsten daardoor veel kritiek. In deze bijdrage wordt die kritiek besproken. De bijdrage wordt afgesloten met enkele denkrichtingen voor nader onderzoek.

3.1 Inleiding

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is of het recht op schadevergoeding bij overlijden, gelet op de door de wet opgelegde beperkingen, een rake remedie is, of dat het recht op dit punt toe is aan een heroverweging. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zullen eerst de beperkingen, de structuur en de oorsprong van het recht worden geschetst. In aansluiting daarop komt de kritiek op de huidige benadering aan bod. Vervolgens zal worden gekeken naar mogelijke denkrichtingen, om tot slot terug te keren naar de in deze bijdrage centraal staande vraag: is het recht op dit punt nog bij de tijd?

3.2 Schadevergoeding bij overlijden: een recht met beperkingen

3.2.1 Drie typen beperkingen

In geval van overlijden wordt er een uitzondering gemaakt op het beginsel van volledige schadevergoeding. In artikel 6:108 BW zijn een drietal beperkingen te vinden. Ten eerste is de aard van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt beperkt tot derving van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging. Dit betekent dat bijvoorbeeld smartengeld en schade die een werkgever lijdt niet voor vergoeding in aanmerking komen. In de tweede plaats is er een beperking in de kring van gerechtigden. Recht op vergoeding van de kosten van lijkbezorging heeft degene te wiens laste deze kosten zijn gekomen. Wat betreft de derving van levensonderhoud kent het eerste lid van artikel 6:108 BW een limitatieve opsomming van de kring van gerechtigden. Hiertoe behoren echtgenoten en minderjarige kinderen (sub a), andere bloed- of aanverwanten (sub b) en gezinsleden (sub c). Een aantal categorieën van personen valt buiten de boot, zoals de voormalige echtgenoot die ten tijde van het overlijden recht had op alimentatie. Een derde beperking is de omvang van de schade. De kosten van lijkbezorging komen voor vergoeding in aanmerking voor zover dit redelijk is gezien de omstandigheden waarin de overledene heeft geleefd. Bij derving van levensonderhoud is naast de draagkracht die de overledene vermoedelijk zou hebben gehad de behoefte van de nabestaanden van belang.¹ Dat betekent dat een recht op schadevergoeding kan ontbreken als er een voordeel (bijvoorbeeld een uitkering uit levensverzekering) opkomt.

3.2.2 Doel schadevergoeding bij overlijden

Het recht op schadevergoeding bij overlijden (artikel 6:108 BW) maakt deel uit van afdeling 6.1.10 BW en behoort daarmee tot het schadevergoedingsrecht. Het recht op schadevergoeding maakt deel uit van het aansprakelijkheidsrecht, alwaar het doel is het volledig vergoeden van schade.²

¹ Parl. Gesch. Boek 6, Eindverslag I, p. 404.

² Zie hierover Mon. BW B34 (Lindenbergh), nr. 6 e.v.

In het aansprakelijkheidsrecht vormt de maatstaf voor de te vergoeden schade het verschil tussen de huidige situatie en de situatie indien de schadetoebrengende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden, iets wat bij overlijden per definitie problematisch is. Bij overlijden wordt voor het bepalen van de derving van levensonderhoud gekeken naar de behoefte van nabestaanden. Dit behoeftigheidsvereiste is afkomstig uit het familierecht, waar het niet gaat om het vergoeden van schade, maar om het voorzien in levensonderhoud.³ Het betreft een onderhoudsplicht waarbij draagkracht en behoeftigheid van belang zijn. Het recht op vergoeding van schade bij overlijden maakt dus deel uit van het aansprakelijkheidsrecht, maar heeft karaktertrekjes uit het familierecht. Dit tweeslachtig karakter vindt zijn oorsprong in de totstandkoming van het BW, na wijziging van het ontwerp in 1833.⁴ Vanaf het begin met het eerste ontwerp van artikel 1406 BW (de voorganger van het huidige artikel 6:108 BW) in 1807 tot aan de wijziging in 1833 zou zijn uitgegaan van een volledige schadeloosstelling aan de nabestaanden.⁵ Uiteindelijk kwam artikel 1406 BW zo te luiden, dat er bij de waardering van de schadevergoeding gekeken diende te worden naar 'den wederzijdschen stand en de fortuin der personen'.⁶ In de rechtspraak is daarna aangenomen dat hieruit volgde dat de behoeftigheid bepalend is voor de hoogte van de schadevergoeding.⁷ In het huidige artikel 6:108 BW ligt het behoeftigheidsvereiste besloten in het vergoeden van schade door 'het derven van levensonderhoud'.⁸ Wat het doel van de schadevergoeding bij overlijden is, komt niet duidelijk naar voren in de parlementaire geschiedenis en literatuur. Gaat het om het vergoeden van schade, of om het voorzien in levensonderhoud? Met betrekking tot het doel in het aansprakelijkheidsrecht en het familierecht is meer duidelijk.

Het aansprakelijkheidsrecht heeft ten doel aanspraken te handhaven. Indien dit mis gaat en er sprake is van een nadeel, komt het schadevergoedingsrecht aan bod. Het (hoofd)doel van het schadevergoedingsrecht is de benadeelde zoveel als mogelijk te plaatsen in de positie zoals deze zou zijn geweest zonder de schadetoebrengende gebeurtenis.⁹ Indien herstel niet mogelijk is, dient de schadevergoeding ertoe dit te compenseren. Deze schadevergoeding zal in beginsel volledig dienen te zijn, om te kunnen dienen als middel om de schade geheel te compenseren. Het doel is dus het vergoeden van de schade, iets waar het in het familierecht niet om gaat. Daar gaat het om een onderhoudsverplichting, welke strekt tot het voorzien in levensonderhoud in geval van behoeftigheid (artikel 1:392 lid 2 BW). Naast de behoeftigheid van de alimentatiegerechtigde is ook de draagkracht van de alimentatieplichtige van belang bij het bepalen van de hoogte van de te betalen alimentatie.

³ Asser/De Boer 1, nr. 1025 e.v.

⁴ J.C. Voorduyn V, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, Deel V, Utrecht: Robert Natan, academie-boekhandelaar 1838, p. 85. De wijziging bracht mee dat het woord 'winstderving' werd geschrapt en 'den wederzijdschen stand en de fortuin der personen' werd toegevoegd.

⁵ Zie over de aanzet tot het eerste ontwerp van Van der Linden in 1807 en over de wijziging ook L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 13.

⁶ Aldus art. 1406 BW (oud). Zie hierover ook L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 13.

⁷ Dit is af te leiden uit onder meer HR 6 december 1907, *W* 8630; HR 27 februari 1925, *NJ* 1925, 50; HR 23 januari 1959, *NJ* 1959, 190; HR 11 januari 1946, *NJ* 1946, 90; HR 30 januari 1959, *NJ* 1960, 85 en HR 19 juni 1970, *NJ* 1970, 380 m.nt. G.J. Scholten (NBM/Eagle Star). Zie hierover uitgebreid L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 46 e.v.

⁸ Parl. Gesch. Boek 6, Eindverslag I, p. 404. Zie hierover ook aant. 23 bij art. 6:108 BW (Bolt).

⁹ Zie Mon. BW B34 (Lindenbergh), nr. 6 e.v. en voor enkele andere – hier niet genoemde – doeleinden nr. 8.

De alimentatieverplichting eindigt bij de dood van de alimentatieplichtige en in geval van hertrouwen van de alimentatiegerechtigde.¹⁰ Het doel is hier niet het vergoeden van schade, maar het voorzien in levensonderhoud voor zover dit van de alimentatieplichtige verwacht mag worden.

Het recht op schadevergoeding mag dan wel veel weg hebben van een recht op alimentatie, het is het niet en mag er ook niet mee gelijk worden gesteld.¹¹ Het recht op schadevergoeding bij overlijden maakt deel uit van het aansprakelijkheidsrecht, terwijl de uitwerking – door het hanteren van het vereiste van behoefte – meer lijkt aan te sluiten bij het familierecht. De beperkingen die het recht op schadevergoeding bij overlijden mede door het tweeslachtige karakter met zich meebrengt roepen op diverse punten vragen op.

3.3 Schadeposten

3.3.1 Kosten van lijkbezorging en derving van levensonderhoud

De schade als gevolg van het overlijden komt beperkt voor vergoeding in aanmerking. Artikel 6:108 BW geeft recht op vergoeding van de kosten van lijkbezorging en de schade door derving van levensonderhoud. De kosten van lijkbezorging komen voor vergoeding in aanmerking voor zover deze in redelijkheid zijn gemaakt, rekening houdend met de omstandigheden waarin de overledene leefde.¹² In de praktijk bestaat nog al eens discussie over de kosten van lijkbezorging. Vaak is onduidelijk wat 'redelijk' is en wanneer deze kosten in overeenstemming zijn met de omstandigheden van de overledene.¹³ Ook is niet geheel duidelijk wat er onder het begrip 'lijkbezorging' dient te worden verstaan. Gaat het alleen om de kosten van de uitvaart zelf, of komen ook de kosten voor aankondigs- en dankberichten en de reiskosten van de nabestaanden voor vergoeding in aanmerking? De reiskosten zouden nog wel eens op kunnen lopen indien de overledene bijvoorbeeld volgens een bepaalde traditie – welke volgt uit de religie van de overledene – dient te worden begraven of gecremeerd.¹⁴ Vergoeding van deze kosten kan gevorderd worden door degene te wiens laste deze kosten zijn gekomen, aldus het tweede lid van artikel 6:108 BW. Hoewel deze schadepost dus niet zonder problemen is, zal ik mij hierna concentreren op de in de praktijk belangrijkere schade door derving van levensonderhoud.

¹⁰ Asser/De Boer 1, nr. 624 (dood alimentatieplichtige) en 624 (hertrouwen alimentatiegerechtigde).

¹¹ HR 5 juni 1981, *NJ* 1982, 221 m.nt. C.J.H. Brunner (Tijsterman/Hony), rov. 2; Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II*, nr. 162-163 en Spier in zijn conclusie bij HR 4 februari 2000, *LJN* AA4719, *NJ* 2000, 600 (Kwidama/Raphael-Richardson) onder 2.1. Zie voor een aantal verschillen tussen beide L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 46.

¹² Parl. Gesch. Boek 6, MvA II, p. 399 en Parl. Gesch. Boek 6, MvT Inv., p. 1286.

¹³ Zie hierover ook B. van Eijk, 'Vergoeding van de kosten van lijkbezorging', *TVP* 2001/4, p. 101-108 en G.M. van Wassenaer, 'Begraveniskosten, hoe redelijk is, gelet op de omstandigheden van de overledene, nu werkelijk redelijk?', *VR* 2008/10, p. 310-313.

¹⁴ Vgl. bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 december 1999, *VR* 2001, 29 (vergoeding van de kosten van overbrenging van het lichaam van de overledene naar het land van herkomst); Rb. Arnhem 4 juli 2007, *LJN* BG1631, *VR* 2008, 130 (kosten voor begravenis, reiskosten gezin en kosten huurauto komen deels voor vergoeding in aanmerking); Rb. Utrecht 30 januari 2008, *LJN* BC3215, *NJF* 2008, 176 (vergoeding van de kosten verband houdend met het volgens Marokkaanse traditie doen begraven) en Hof Arnhem 15 maart 2001, *Nieuwsbrief Personenschade* mei 2001, p. 2-3 (vergoeding van kosten voor begravenis in Marokko inclusief reis- en verblijfskosten voor begeleidende familieleden en kosten van inwoning van familie gedurende de gehele rouwperiode).

3.3.2 Schadeposten die niet voor vergoeding in aanmerking komen

In geval van overlijden geeft artikel 6:108 BW recht op vergoeding van de kosten van lijkbezorging en vergoeding van de schade door derving van levensonderhoud, maar de schade is in werkelijkheid divers.¹⁵ Er kan gedacht worden aan de arbeidskracht die is weggefallen: de nabestaanden missen zowel het inkomen als de hulp thuis. Indien de nabestaanden hulp nodig hebben bij de verwerking van het verdriet, dienen zij hier zelf in te voorzien. Eventuele schade als gevolg van opgelopen studievertraging, te maken kosten of andere schade komt evenmin voor vergoeding in aanmerking. Tevens heeft de werkgever geen recht op vergoeding van zijn schade, ook niet indien het om een lastig te vervangen werknemer gaat. Hoe redelijk de gevorderde schadevergoeding op het eerste gezicht ook mag lijken, artikel 6:108 BW laat de rechter op dit punt geen beoordelingsvrijheid. Deze vrijheid heeft de rechter ook niet als het gaat om vergoeding van immateriële schade als gevolg van overlijden. Een uitzondering hierop is schade als gevolg van een schokkende gebeurtenis, maar deze uitdrukkelijk niet op het verdriet van de nabestaanden als gevolg van het overlijden.¹⁶ Ten tijde van de totstandkoming van het huidige artikel 6:108 BW zouden er teveel nadelen kleven aan een immateriële schadevergoeding voor nabestaanden.¹⁷ Het wetsvoorstel affectieschade, dat ten doel heeft vergoeding van immateriële schade voor een beperkte kring van gerechtigden mogelijk te maken, is in maart 2010 verworpen.¹⁸ Of immateriële schade als gevolg van het overlijden van een naaste voor vergoeding in aanmerking dient te komen is een discussie op zich.¹⁹ Hier zal verder op deze plaats niet worden ingegaan.

De beperking in de te vorderen schadevergoeding zorgt er zo in sommige gevallen voor dat nabestaanden geen recht hebben op een schadevergoeding. Een sprekend voorbeeld is het overlijden van kind. Het kind onderhield de ouders veelal niet, waardoor de ouders na overlijden dus ook niet behoeftig zullen zijn (in de financiële behoeften van de ouders zal nog steeds worden voorzien) en dus hebben de ouders wat dit betreft ook geen vordering op de aansprakelijke partij; zij zijn zelfs goedkoper uit. Het enige wat zij zouden kunnen vorderen is vergoeding van de kosten van lijkbezorging, tenzij deze kosten al vergoed zijn door bijvoorbeeld een uitvaartverzekering.

¹⁵ Vgl. L. Mok, 'Schadeberekening bij dood door schuld', *Het Verzekerings-archief* 1970/2, p. 51-75.

¹⁶ HR 22 februari 2002, *LJN AD5356*, *NJ* 2002, 240 m.nt. J.B.M. Vranken (Woudsend/Veldeman).

¹⁷ Parl. Gesch. Boek 6, Eindverslag I, p. 388-389 en VV I Inv., p. 1273. Zie voor een opsomming van de bezwaren ook R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Eerste Kamer', *TVP* 2010/2, p. 38.

¹⁸ Zie voor het wetsvoorstel *Kamerstukken I* 2004/05, nr. A, welke met 36 stemmen tegen is verworpen: stenogram van de vergadering d.d. 23 maart 2010, p. 1-2. Zie hierover M.P.G. Schipper & I. van der Zaalm, 'Verwerping van het wetsvoorstel affectieschade', *AV&S* 2010/3, nr. 16, p. 112-114.

¹⁹ Zie daarover bijvoorbeeld S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten; tijd voor een wettelijke regeling', *NJB* 2001/2, p. 61-66; W.H. van Boom, 'Troostgeld voor nabestaanden ondoordacht', *NJB* 2001/28, p. 1301-1302; T. Hartlief, 'Affectieschade: vergoeden of erkennen?', *NTBR* 2003/2, p. 72-82 en S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten: de rechter heeft zijn werk gedaan en de wetgever moet de klus afmaken', *AV&S* 2008/5, p. 255-263.

Wanneer er een vergelijking wordt gemaakt met bijvoorbeeld de volledige vergoeding in geval van zaakschade, komt de vraag op wat daar een recht op volledige schadevergoeding rechtvaardigt in tegenstelling tot het beperkte recht op vergoeding van schade bij overlijden.²⁰ De in de parlementaire geschiedenis naar voren gebrachte argumenten voor de beperking van de te vorderen schadevergoeding in geval van overlijden zijn mijns inziens niet steekhoudend.²¹

3.4 Derving van levensonderhoud: uitwerking

3.4.1 *Kring van gerechtigden*

In het eerste lid van artikel 6:108 BW is een limitatieve opsomming te vinden van nabestaanden die recht hebben op schadevergoeding wegens het derven van levensonderhoud. Hiertoe behoren zowel echtgenoten en minderjarige kinderen (sub a) als andere bloed- of aanverwanten (sub b) en gezinsleden (sub c). Ten opzichte van artikel 1406 BW (oud) is de kring van gerechtigden uitgebreid. Het doel van de wetgever was dan ook 'de kring der nabestaanden (...) uit te breiden tot allen, die tegenover de overledene een recht op levensonderhoud hadden'.²² De uiteindelijke uitwerking hiervan is echter anders. Er zijn een aantal categorieën van nabestaanden die ingevolge artikel 6:108 BW geen vorderingsrecht hebben. Ten tijde van het wetsontwerp is dan ook de vraag gesteld of het nog wel wenselijk is om, gegeven de snelle en nog steeds voortdurende veranderingen in samenlevingsvormen, een limitatieve opsomming te hanteren. Daarbij werd opgemerkt dat er ook aan andere criteria kan worden gedacht, zoals financiële afhankelijkheid in plaats van het in gezinsverband samenleven.²³ Het antwoord daarop was dat het in verband met de rechtszekerheid geen aanbeveling zou verdienen de kring van gerechtigden uit te breiden met de categorieën van nabestaanden die nu buiten de opsomming vallen. Een dergelijke uitbreiding zou daarnaast ook niet voor de hand liggen, nu het zou gaan om 'relaties waarbij de partners juist hun zelfstandigheid willen behouden.' Aan het verstrekken van levensonderhoud door een ander zou dus geen behoefte bestaan.²⁴ Het resultaat hiervan is dat de categorieën van vorderingsgerechtigden zich niet hebben kunnen aanpassen aan de tijd. Het betreft een opsomming van gerechtigden gebaseerd op de samenlevingsvormen die ten tijde van de totstandkoming van het artikel gangbaar waren, terwijl er inmiddels een verandering in samenlevingsvormen plaats heeft gevonden. Zo heeft de niet met de overledene samenwonende echtgenoot geen vorderingsrecht. Bovendien komt ook de alimentatiegerechtigde ex-echtgenoot en de werkgever die een praktisch onvervangbare kracht mist geen vorderingsrecht toe. Terwijl deze laatste in geval van letsel wel een vorderingsrecht heeft (artikel 6:107a BW).

²⁰ Vgl. in dezelfde zin W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', *AV&S* 2001/4, p. 96.

²¹ Het zou onder andere gaan om angst voor overbelasting van de rechterlijke macht met de invoering van het Nieuw BW, Parl. Gesch. Boek 6, Eindverslag I, p. 388-389 en p. 1272-1273. Hierover ook W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', *AV&S* 2001/4, p. 97.

²² Parl. Gesch. Boek 6, MvA II (2846), p. 391.

²³ Parl. Gesch. Boek 6, VV I Inv., p. 1314.

²⁴ Parl. Gesch. Boek 6, MvA I Inv., p. 1315.

In een eerder wetsontwerp was de alimentatiegerechtigde ex-echtgenoot als aparte categorie opgenomen, die uiteindelijk is geschrapt.²⁵ Er zou onvoldoende reden zijn om in een dergelijke situatie het recht op alimentatie, dat normaal gesproken eindigt met het overlijden van de alimentatieplichtige, te continueren indien het overlijden wordt veroorzaakt door een derde.²⁶ De vermelding dat het recht op alimentatie normaal gesproken eindigt in geval van overlijden roept vragen op. Het lijkt beter te rechtvaardigen wanneer het recht op schadevergoeding door zou lopen tot het moment dat het recht op alimentatie naar verwachting zou zijn gestopt en dus rekening te houden met de levensverwachting van de alimentatieplichtige en overige omstandigheden die daarbij van belang zijn. Op de uitsluiting van de alimentatie gerechtigde ex-echtgenoot is in de literatuur kritiek geuit.²⁷ Tot de kring van gerechtigden behoren nabestaanden die door de overledene werden onderhouden zonder dat daar een verplichting aan ten grondslag ligt. Gesteld wordt dat de tot alimentatie gerechtigde ex-echtgenoot, jegens wie wel een (alimentatie)verplichting bestond, op zijn minst ook een vorderingsrecht zou moeten hebben en eigenlijk zelfs voor zou dienen te gaan op enkele andere vorderingsgerechtigden.²⁸

Er is al eens geopperd de limitatieve opsomming van vorderingsgerechtigden los te laten en de begrenzing aan de rechter over te laten.²⁹ De wetgever is hier niet toe overgegaan met als argument de rechtszekerheid.³⁰ Wanneer de beperkte kring van gerechtigden bij overlijden vergeleken wordt met bijvoorbeeld de niet beperkte kring van vorderingsgerechtigden bij zaakschade, roept dit vragen op. Het lijkt niet te rechtvaardigen waarom in geval van zaakschade geen afbakening van de kring van mogelijk vorderingsgerechtigden bestaat, maar wanneer het gaat om fataal letsel wel, met als argument de rechtszekerheid.

3.4.2 Omvang schadevergoeding

De tot de kring van gerechtigde behorende personen hebben recht op vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud. Deze kan worden gevorderd indien de overledene ten tijde van het overlijden in het levensonderhoud voorzorg. Hieronder dient het voorzien in levensonderhoud zowel in financiële zin als in natura, bijvoorbeeld door het verrichten van huishoudelijke- of opvoedingstaken, te worden begrepen. De omvang van deze schade hangt af van de behoefte van nabestaanden en in hoeverre de overledene dit levensonderhoud zou hebben verschaft.

²⁵ Parl. Gesch. Boek 6, MvT Inv., p. 1310.

²⁶ Parl. Gesch. Boek 6, MvA I Inv., p. 1316.

²⁷ J.B.M. Vranken, 'De verhouding van wettelijke onderhoudsplichten en het recht op schadevergoeding bij doodslag of verwonding', in: R. Lubbers (red.), *Met het oog op het belang van het kind* (Rood-de Boer bundel), Deventer: Kluwer: 1988, p. 156-157 en G.T. de Jong, 'De alimentatie gerechtigde ex-echtgenote verdient een plaats in art. 6:108 BW', *NTBR* 2000/8, p. 360-364.

²⁸ G.T. de Jong, 'De alimentatie gerechtigde ex-echtgenote verdient een plaats in art. 6:108 BW', *NTBR* 2000/8, p. 362.

²⁹ Zie hierover bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, 'De verhouding van wettelijke onderhoudsplichten en het recht op schadevergoeding bij doodslag of verwonding', in: R. Lubbers (red.), *Met het oog op het belang van het kind* (Rood-de Boer bundel), Deventer: Kluwer: 1988, p. 156-157 en T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade?', *TVP* 2006/4, p. 98-104.

³⁰ Parl. Gesch. Boek 6, VV I Inv., p. 1315.

3.4.2.1 Behoeftigheid

Het werken met een vereiste van behoeftigheid heeft wat weg van het alimentatierecht, maar mag daar niet mee gelijk worden gesteld.³¹ Het vereiste van behoeftigheid in geval van overlijden is bekritiseerd.³² Het vereiste zou niet passen bij het schadevergoedingskarakter en onduidelijk is waarop dit vereiste gebaseerd is. Het hanteren van de behoeftigheidseis is tot stand gekomen in de rechtspraak.³³ Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat de grondslag voor het behoeftigheidsvereiste gevonden zou kunnen worden in de tekst en geschiedenis van artikel 1406 BW (oud).³⁴ In de literatuur wordt echter gesteld dat het vereiste van behoeftigheid niet uit de tekst en geschiedenis van het artikel valt op te maken.³⁵ Ingevolge de tekst van artikel 1406 BW (oud) dient bij het bepalen van de schadevergoeding te worden gekeken naar 'den wederzijdschen stand en de fortuin der personen, en naar de omstandigheden.' Hiermee zou de rechter een bevoegdheid tot matiging van de schadevergoeding worden gegeven en hierin zou niet het vereiste van behoeftigheid besloten liggen. Dat hierin niet het vereiste van behoeftigheid besloten ligt valt mede af te leiden uit het feit dat deze woorden ook in artikel 1407 BW (oud) te vinden zijn, welk artikel de benadeelde in geval van letselschade in beginsel recht geeft op een volledige vergoeding van de schade (en dus niet voor zover daar behoefte aan bestaat).³⁶ Ook in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 1406 BW (oud) is niets te vinden waaruit volgt dat de behoefte van nabestaanden bepalend is. Een eerder ontwerp van het artikel ging zelfs meer richting een volledige schadevergoeding. Er was namelijk ook winstderving opgenomen en onder schade diende tevens te worden begrepen 'gemis aan dagloon en andere vruchten van zelfwerkzaamheid.'³⁷ Nadat de behoeftigheid als criterium is aangenomen in de rechtspraak en werd gehanteerd ten tijde van artikel 1406 BW (oud), is dit voortgezet onder het huidige artikel 6:108 BW en blijft het recht op schadevergoeding bij overlijden daarmee het eerder geschetste 'tweeslachtige' karakter behouden.

Mok noemt de tweeslachtigheid van schadevergoeding bij overlijden 'uit den boze' en acht weinig leerstukken aanwijsbaar 'met zulk een gebrek aan logische samenhang', wat de voorspelbaarheid van de hoogte van de schadevergoeding niet ten goede komt.³⁸ Wat betreft het vereiste van behoeftigheid stelt hij nog mee te kunnen gaan met de gedachte dat echtscheiding een aan het huwelijk klevend risico is (waar alimentatie alleen in geval van behoeftigheid op de plaats is), maar bij bijvoorbeeld verkeersongevallen is er van echtscheiding geen sprake; daar ligt het volledige risico op de schuldige partij en zijn verzekeraar.

³¹ Zie § 3.2.1 en voetnoot 11.

³² Zie A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 59-60 en aant. 22 bij art. 6:108 BW (Bolt) en de verwijzingen aldaar.

³³ Zie hierboven onder 3.2.1.

³⁴ Dit blijkt uit bijvoorbeeld HR 6 december 1907, W 8630; HR 27 februari 1925, NJ 1925, 566 en HR 19 juni 1970, NJ 1970, 380 m.nt. G.J. Scholten (NBM/Eagle Star).

³⁵ Aldus onder meer L. Mok, *Onrechtvaardige rechtspraak* (rede Rotterdam), Deventer: Kluwer 1979, p. 9; L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 55 e.v. en A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 60.

³⁶ Zo ook A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 60.

³⁷ J.C. Voorduin V, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, Deel V, Utrecht: Robert Natan, academie-boekhandelaar 1838, p. 89 en 91 (art. 10b van het Ontwerp van 13 februari 1833). Zie hierover ook A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 60.

³⁸ L. Mok, *Onrechtvaardige rechtspraak* (rede Rotterdam), Deventer: Kluwer 1979, p. 8.

Uit de omstandigheid, dat bij dood door schuld een tekort in levensonderhoud moet worden hersteld, zou zijns inziens geenszins volgen, dat bij de bepaling van dit tekort de voorschriften betreffende de alimentatie bij echtscheiding moeten worden toegepast.³⁹ De uitspraak dat schadevergoeding bij overlijden 'een enigszins bijzondere alimentatie-actie' is, is volgens Mok te vergelijken met de stelling 'een stoel is een soort tafeltje' of ook wel een 'tafeltje met bijzonderheden'. Een dergelijke definitie zou verwarring wekken, een stoel dient onderscheiden te worden van een tafel door te letten op de functie.⁴⁰

3.4.2.2 Voordeelstoerekening

In het aansprakelijkheidsrecht dient, indien een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens een voordeel heeft opgeleverd, voordeelstoerekening plaats te vinden voor zover dit redelijk is, aldus artikel 6:100 BW. Daarnaast dient er ook voldoende causaal verband te bestaan tussen het voordeel en de schadetoebrengende gebeurtenis. In geval van letselschade komen diverse uitkeringen voor verrekening in aanmerking. Zo is veelal in sociale zekerheidswetgeving bepaald dat uitkeringen uit sociale verzekering verrekend dienen te worden. Ook uitkeringen uit schadeverzekering worden verrekend, dit hangt samen met het karakter van deze verzekering.⁴¹ Met een uitkering uit sommenverzekering ligt dit anders. Deze komt niet voor verrekening in aanmerking indien de verzekering door de benadeelde zelf is afgesloten en bekostigd.⁴² De uitkering dient niet te worden meegenomen bij het berekenen van de schade; er mag geen voordeelstoerekening plaats vinden. De reden daarvan is dat 'het afsluiten van een dergelijke verzekering in de huidige maatschappelijk een zuiver individuele en persoonlijke beslissing is, zowel wat betreft de vraag of men een zodanige verzekering zal afsluiten, als wat betreft de vraag voor welke bedragen men zich wenst te verzekeren en welke premie men in verband daarmee bereid is te betalen'.⁴³ Maar wanneer als gevolg van de schadetoebrengende gebeurtenis geen letsel wordt toegebracht maar iemand overlijdt, ligt dit anders.⁴⁴ In geval van overlijden is bij het bepalen van de derving van levensonderhoud de hele financiële positie van de nabestaanden van belang. Behoefteverminderende omstandigheden dienen in beginsel dus in de berekening te worden meegenomen.⁴⁵ Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld de uitkeringen uit sommenverzekering, erfenis, sociale zekerheid enz., maar het kan ook gaan om uitkeringen die niet in causaal verband staat met het overlijden, zoals bijvoorbeeld het winnen van een loterij.⁴⁶

³⁹ L. Mok, *Onrechtvaardige rechtspraak* (rede Rotterdam), Deventer: Kluwer 1979, p. 8-9.

⁴⁰ L. Mok, 'Schadeberekening bij dood door schuld', *Het Verzekerings-archief* 1970/2, p. 69-70.

⁴¹ Parl. Gesch. Boek 6, Nota II Inv., p. 1294.

⁴² HR 28 november 1969, *NJ* 1970, 172 m.nt. G.J. Scholten (IBC/Derxx).

⁴³ HR 28 november 1969, *NJ* 1970, 172 m.nt. G.J. Scholten (IBC/Derxx).

⁴⁴ Eerder is er wel een voorstel geweest met dergelijke uitkeringen in geval van letsel en overlijden op de zelfde manier om te gaan. Dit betrof een voorstel voor de toevoeging van een vierde lid aan zowel art. 6:107 als 6:108 BW. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1291-1312.

⁴⁵ HR 19 juni 1970, *NJ* 1970, 380 m.nt. G.J. Scholten (NBM/Eagle Star); HR 8 maart 1963, *NJ* 1963, 317 m.nt. L.J. Hijmans van den Berg (Stad Rotterdam/Brunt) en HR 3 april 1970, *NJ* 1970, 379 (Centrale Werkgevers Risicobank/Staat).

⁴⁶ Zie voor meer voorbeelden en verwijzing naar jurisprudentie aant. 24 en 39 e.v. bij art. 6:108 BW (Bolt).

Aan voordeelstoerekening wordt in geval van overlijden niet toegekomen, omdat deze uitkeringen al worden meegenomen bij het bepalen van de behoefte en dus van de schade. De behoefteverminderende omstandigheden zullen hetgeen de aansprakelijke partij dient te betalen laten afnemen. Wanneer er vervolgens dan ook voordeelstoerekening zou plaatsvinden, zou dat betekenen dat de desbetreffende uitkering dubbel in mindering wordt gebracht op de door de nabestaanden te ontvangen schadevergoeding.

Het meenemen van de gehele positie van de nabestaanden bij het berekenen van de schadevergoeding klinkt logisch wanneer de schadevergoeding afhangt van wat de nabestaanden nodig hebben om in de behoeften te kunnen voorzien. Opgekomen voordelen vallen immers in het vermogen van de nabestaanden en daardoor neemt hetgeen nog nodig is om in de behoefte te voorzien af. Maar wanneer het recht op schadevergoeding van de nabestaanden wordt gezien in het licht van het aansprakelijkheidsrecht, waar in beginsel schade volledig voor vergoeding in aanmerking komt, is het meenemen van alle behoefteverminderende omstandigheden bij de berekening van de schade onbegrijpelijk. Het kan wrang zijn bepaalde uitkeringen of bijvoorbeeld een erfenis te moeten verrekenen en een aansprakelijke partij hiervan te laten 'profiteren', soms is de uitkering zelfs meer dan het recht op schadevergoeding dat de nabestaanden zonder de uitkering zouden hebben. Ondanks het grote verlies dat de nabestaanden hebben, komt hun dan geen recht op schadevergoeding toe. In 2000 is door de Hoge Raad een opening gelaten om sommige uitkeringen niet mee te nemen bij het bepalen van de behoefte van nabestaanden. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het aan de lagere rechter is om te onderzoeken in hoeverre en op welke wijze behoefteverminderende omstandigheden dienen te worden meegenomen bij het bepalen van de behoefte van de nabestaanden, waarbij rekening dient te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.⁴⁷ Spier stelt in zijn conclusie bij dit arrest dat wanneer de Hoge Raad om zou gaan, en het niet te rechtvaardigen verschil tussen de benadering van uitkeringen in geval van letsel en overlijden gelijk zou trekken, de consequenties daarvan niet zijn te overzien.⁴⁸ Dit zou dan namelijk met terugwerkende kracht het geval zijn en daar zijn de premies niet op berekend. In zijn conclusie heeft hij een aantal punten opgenomen waar bij het al dan niet meenemen van uitkeringen uit verzekering op gelet kan worden. Van belang bij de beslissing tot het al dan niet verrekenen van de uitkering kan zijn wie de premie betaald heeft, wat de omvang van de behoefte en van de verzekeringsuitkering is in relatie tot de betaalde premie, wat de aard van de aansprakelijkheid is en de mate van schuld van de aansprakelijke partij en wat tot slot het doel en de strekking van de uitkering zijn.⁴⁹

Er wordt wel gesteld dat het niet meenemen van uitkeringen uit sommenverzekering een 'gekunstelde constructie' is om een kennelijk onredelijk eindresultaat te voorkomen.⁵⁰ Beter zou het zijn wanneer het gewenste resultaat ook zonder 'gekunstelde constructie' zou kunnen worden bereikt. Hiertoe zou de overheersende rol van het behoeftigheidsvereiste bij de berekening van overlijdensschade dienen te worden overwogen. Deze zou namelijk te rigide zijn en ten onrechte geen ruimte laten voor de redelijkheid.

⁴⁷ HR 4 februari 2000, *LJN AA4719, NJ 2000, 600* (Kwidama/Raphael-Richardson).

⁴⁸ Conclusie Spier conclusie bij HR 4 februari 2000, *LJN AA4719, NJ 2000, 600* (Kwidama/Raphael-Richardson) onder 3.17.

⁴⁹ Aldus Spier in zijn conclusie bij HR 4 februari 2000, *LJN AA4719, NJ 2000, 600* (Kwidama/Raphael-Richardson) onder 3.21.

⁵⁰ A.T. Bolt, 'Sommenverzekering, schadevergoeding en redelijkheid', *VR 2008/10*, p. 301.

Hierbij dient opgemerkt te worden dat in het familierecht bij het bepalen van de behoefte in geval van alimentatie in sommige gevallen ook plaats is voor het meewegen van niet-financiële omstandigheden en het dus geen gek idee is om in geval van overlijdensschade de omstandigheden van het geval en redelijkheid en billijkheid een rol te laten spelen.⁵¹ Het lijkt voor de hand te liggen de betekenis van het behoeftevereiste te heroverwegen. Wellicht is het een idee eens goed naar het alimentatierecht te kijken.

3.4.2.3 Complexe schadeberekening

Om schade als gevolg van derving van levensonderhoud te berekenen dient er dus te worden gekeken wat de behoefte is van nabestaanden. Hiertoe zal eerst de behoefte moeten worden bepaald (wat hebben de nabestaanden nodig om in het levensonderhoud te kunnen voorzien?), om vervolgens te kunnen zien wat het tekort is (de behoefte). Bij deze berekening zal de gehele financiële positie van de nabestaanden, alle inkomsten en uitgaven, op tafel moeten. Dit is veelal erg belastend voor de nabestaanden en daarnaast ook erg tijdrovend, maar nodig om de derving van levensonderhoud te berekenen. Er is iemand weggefallen; de overledene brengt niets meer binnen, maar levert tegelijkertijd ook een besparing op. Om de hoogte van de schadevergoeding te bepalen is ten eerste het gezinsinkomen van voor het overlijden van belang. Hierbij zijn ook de te maken carrièrestappen van belang. Niet alleen van de nabestaanden, maar ook van de overledene. De hoogte van de schadevergoeding is namelijk mede afhankelijk van de draagkracht van de weggefallen persoon. Wanneer het gezinsinkomen bekend is dient dit te worden opgesplitst in vaste en variabele lasten. Aangezien elk gezinslid een eigen vorderingsrecht heeft, is het van belang dat er een verdeling van het gezinsinkomen plaats vindt om zo te berekenen tot welk bedrag de verschillende gezinsleden een vorderingsrecht hebben, al worden sommige inkomsten niet aan de gezinspot toebedeeld, daar zij te persoonlijk zijn.⁵² Na het bepalen van de vaste lasten worden deze toebedeeld aan de nabestaanden in de verhouding twee staat tot één.⁵³ Volwassenen hebben een aandeel in de vaste lasten dat twee maal zo groot is als het aandeel van een kind. Bij de verdeling van de vaste lasten wordt de overledene niet meegenomen, omdat het uitgangspunt is dat de lasten niet zullen afnemen als gevolg van het overlijden. Om de variabele lasten aan de gezinsleden toe te delen wordt tegenwoordig nog steeds gebruik gemaakt van de – enigszins aangepaste; de man en vrouw zijn gelijkgesteld – Amsterdamse schaal uit 1917.⁵⁴ Hierbij wordt gewerkt met vaste percentages. Deze schaal wordt ook wel ‘de aardappelschaal’ genoemd, aangezien de percentages gebaseerd zijn op het aantal aardappels dat werd gegeten door de verschillende gezinsleden.

⁵¹ J. van Duijvendijk-Brand, ‘Overlijdensschade, een hybride figuur’, in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak!*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 84.

⁵² Het gaat hierbij om bijvoorbeeld studiefinanciering, ANW-uitkering, weduwe- en halfwezenpensioen. Zie hierover P. Meijer, *Overlijdensschade*, Cursusmateriaal KSU oktober 2009, p. 16-17.

⁵³ HR 21 februari 1992, *NJ* 1992, 339 (Reinders/Delta Lloyd), rov. 3.4.

⁵⁴ Zie over de Amsterdamse schaal onder andere L. Mok, ‘Berekeningsmethoden van schadevergoeding krachtens art. 1406 B.W.’, *VR* 1965/4, p. 76; L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1983, p. 125; L. Mok e.a., *Schadevergoeding in een som*, Antwerpen-Apeldoorn: Maarten Kluwer’s internationale uitgeverijonderneming 1984, p. 21 en J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 239.

Uitgangspunt is dat volwassenen meer consumeren dan kinderen en dus ook een groter aandeel in de variabele lasten hebben. Wanneer de situatie zonder overlijden bekend is, dient ook de situatie met overleden bekeken te worden. Op deze manier wordt de behoefte van de nabestaanden duidelijk. Het lijkt een logische berekening, maar op diverse punten biedt zij aanleiding tot discussie. Zo dient er bijvoorbeeld te worden geschat wanneer de kinderen zelfstandig zullen gaan wonen en wat naar verwachting de hertrouwkans van de overgebleven echtgenoot is. Daarnaast zijn de levensverwachtingen van zowel de overledene als de overgebleven echtgenoot van belang om te bepalen tot wanneer er in levensonderhoud zou zijn voorzien. Om dit te bepalen wordt er gewerkt met sterftetabellen, maar zelfs op dit punt is discussie. Deze discussie gaat over leeftijdscorrecties.⁵⁵ Er wordt in sommige gevallen gewerkt met tabellen die bestemd zijn voor een jonger of ouder iemand. Het wordt in de literatuur soms redelijk gevonden om bijvoorbeeld wanneer iemand gezond is de schadevergoeding te berekenen aan de hand van een sterftetabel die gebaseerd is op een jongere leeftijd dan de daadwerkelijke.⁵⁶ Zo komt het voor dat wanneer er voor verzekeraars een berekening wordt gemaakt er met bepaalde aspecten zoals deze – in het belang van de verzekeraar – anders wordt omgegaan, dan wanneer de berekening voor een letselschadeadvocaat is die de nabestaanden bij staat. Er zijn nog meer uitgangspunten waarover van mening verschild kan worden, waarbij de te maken keuze het schadebedrag aanzienlijk kunnen beïnvloeden. Door de verschillende manieren van berekenen, ontstaat er ook verschil in de uitkomst (de schade). Er kan dan ook niet gesteld worden dat een uitgerekend schadebedrag het juiste is.⁵⁷

De berekening van de schade is dus complex. De daarbij betrokken professionals hebben hier al moeite mee, laat staan dat het uit valt te leggen aan de nabestaanden.⁵⁸ Er wordt in de literatuur dan ook wel gesteld dat er eens kritisch naar de berekeningssystematiek zou moeten worden gekeken.⁵⁹ De berekeningssystematiek bij overlijdensschade wordt gezien als een lappendeken van op wet en jurisprudentie gebaseerde regels,⁶⁰ welke verschillend worden geïnterpreteerd.⁶¹ Zo is er bijvoorbeeld ook onduidelijk wat er onder 'vaste lasten' dient te worden begrepen. Er is niet duidelijk afgebakend waar deze uit bestaan. Wat daar wel en niet toe behoort is veelal een belangrijk punt van discussie. De hoogte van de vaste lasten weegt namelijk zwaar mee in de uiteindelijke schade.

⁵⁵ Zie hierover ook C. Visser, 'Rekenen wij correct?', *VR* 2008/10, p. 303.

⁵⁶ H.K. Köster, 'Bezwaren en gevaren verbonden aan de actuariële berekeningen bij het bepalen der schadevergoeding volgens art. 1406 of art. 1407 B.W.', *Verzekeringsarchief* 1963/3, p. 212 en L. Mok, 'Berekeningsmethoden van schadevergoeding krachtens art. 1406 BW', *VR* 1965/4, p. 99. Iets wat niet in overeenstemming met het gebruik van de statistieken is, die juist een gemiddelde weergeeft, zo merkt Visser op; C. Visser, 'Rekenen wij correct?', *VR* 2008/10, p. 303.

⁵⁷ Zo ook C. Visser, 'Rekenen wij correct?', *VR* 2008/10, p. 302-308 en A.M. Schneider, 'Reactie op C. Visser, Rekenen wij correct?', *VR* 2008/10, p. 309.

⁵⁸ Zie in dezelfde zin onder andere L. Mok, 'Berekeningsmethoden van schadevergoeding krachtens art. 1406 B.W.', *VR* 1965/4, p. 73-80; C. Visser, 'Rekenen wij correct?', *VR* 2008/10, p. 302-308; A.M. Schneider, 'Reactie op C. Visser, Rekenen wij correct?', *VR* 2008/10, p. 309 en M.J. Neeser, 'Overlijdensschade 21^e eeuw, een update', *VR* 2009/12, p. 361-367.

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld F.A.R.M. Zwarts, 'Hoe overleef ik een overlijdensschaderegeling?', *VR* 2008/10, p. 297-299; C. Visser, 'Rekenen wij correct?', *VR* 2008/10, p. 302-308; A.M. Schneider, 'Reactie op C. Visser, Rekenen wij correct?', *VR* 2008/10, p. 309 en M.J. Neeser, 'Overlijdensschade 21^e eeuw, een update', *VR* 2009/12, p. 361-367.

⁶⁰ A.M. Schneider, 'Reactie op C. Visser, Rekenen wij correct?', *VR* 2008/10, p. 309.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld C. Visser, 'Rekenen wij correct?', *VR* 2008/10, p. 302-308, die een aantal verschillende berekeningsmethoden (zoals Schade A-letsel, Pals, BSA en zijn eigen methode, Visser) naast elkaar heeft gezet en verschillen zichtbaar worden.

Van de vaste lasten valt zoals aangegeven niets weg; uitgangspunt is dat deze na het overlijden gelijk blijven en door de nabestaanden betaald zullen moeten worden. Hoe meer uitgaven dus tot de vaste lasten kunnen worden gerekend, des te meer de nabestaanden ingevolge de berekening nodig hebben om in de behoefte te kunnen voorzien en hoe hoger de schade uitvalt. Dat het voor beide partijen veelal van belang is wat er wel en niet onder de vaste lasten valt, mag dus duidelijk zijn. Bepaalde uitgaven lijken op het eerste gezicht niet tot de vaste lasten te behoren, maar kunnen dat toch (deels) zijn. Zo bijvoorbeeld de kosten van een vakantie; de helft van de prijs van een tweepersoonskamer ligt veelal lager dan de prijs van een eenpersoonskamer. Er zou dus gesteld kunnen worden dat hier deels een vaste component in zit. Ook kunnen elders gebruikte begrenzings van het begrip vaste lasten niet zomaar worden overgenomen. Als het om studiekosten gaat, wordt dit door bijvoorbeeld het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (NIBUD) gezien als vaste last, iets wat bij de berekening van de schadevergoeding niet zo behoort te worden gezien. Studiekosten dienen aan het desbetreffende studerende gezinslid toegerekend te worden en niet als vaste last van het hele gezin te worden meegenomen, tenzij het gehele gezin de desbetreffende studie doet.⁶² Er wordt gesteld dat het werken met een vast percentage van het gezinsinkomen veel discussie over de inhoud van het begrip ‘vaste lasten’ zou kunnen voorkomen.⁶³ Dit zou natuurlijk veel papierwerk, tijd – niet alles hoeft meer op tafel – en daarmee ook kosten schelen, maar er zijn ook nadelen aan verbonden. Er dient voor opgelet te worden dat de omstandigheden van het geval – die kunnen zorgen voor een percentage aan vaste lasten dat ver van het gemiddelde ligt – niet uit het oog worden verloren. Eventueel zou er een middenweg gezocht kunnen worden. Er wordt dan ook wel voorgesteld van het desbetreffende percentage af te wijken wanneer er een aanleiding is te vermoeden dat de vaste lasten in het desbetreffende geval ver van dat percentage afwijken.⁶⁴ In die gevallen zou dan gekozen kunnen worden voor het concreet berekenen van de schade.⁶⁵

3.4.2.4 Kritiek

De uitgangspunten die gebruikt worden bij de berekening van de derving van levensonderhoud zijn verouderd. De schadevergoeding voor de derving van levensonderhoud is gebaseerd op een ‘klassieke’ gezinssamenstelling waarbij de man werkt en de vrouw de huishouding doet en zorgt voor de kinderen,⁶⁶ terwijl er in de huidige samenleving in veel gevallen sprake van een andere gezinssituatie, zo oordeelt ook de Hoge Raad.⁶⁷ Aangezien hier door de wetgever geen rekening mee is gehouden roept dit vragen op, wat terug is te zien in de rechtspraak.

⁶² Vgl. Rb. Den Bosch 8 maart 2006, *LJN AX9125*, *Nieuwsbrief Personenschade* juli 2006, waar voor bepaling van de vaste lasten een op budgetonderzoeken gebaseerd percentage wordt gebruikt.

⁶³ A.M. Schneider, ‘Reactie op C. Visser, Rekenen wij correct?’, *VR* 2008/10, p. 309 (die dit voorzichtig als eventuele oplossing opwerpt) en P. Meijer, bijdrage aan PIV-jaarconferentie 2010.

⁶⁴ Vgl. Rb. Arnhem 17 januari 2007, *LJN AZ9274*.

⁶⁵ Zie in dezelfde zin P. Meijer, bijdrage aan PIV-jaarconferentie 2010.

⁶⁶ Parl. Gesch. Boek 6, MvA II, p. 398.

⁶⁷ HR 16 december 2005, *LJN AU6089*, *NJ* 2008, 186 m.nt. J.B.M. Vranken (Pruisken/Organice), rov. 3.3.2.

De laatste jaren zijn er in de jurisprudentie een aantal ontwikkelingen op dit punt geweest, waarbij geprobeerd wordt het recht op derving van levensonderhoud bij de tijd te brengen.⁶⁸ De rechter probeert met de geldende (verouderde) wetgeving de voorliggende vragen te beantwoorden en daarbij rekening te houden met de huidige samenleving, wat soms lastig is. Zo probeert de Hoge Raad in geval van derving van levensonderhoud in natura het recht op vergoeding bij de tijd te brengen door te werken met abstracties.⁶⁹ Dit roept de vraag op waar van geabstraheerd mag worden en wat er dan precies voor vergoeding in aanmerking komt, wat zorgt voor puzzels in de literatuur en jurisprudentie en verschil in benadering van soortgelijke problematiek in geval van letsel en overlijden.⁷⁰

Daarnaast zijn bijvoorbeeld – de in paragraaf 3.3.3.2 aan bod gekomen – verdeling van de vaste en variabele lasten niet van deze tijd. Als uitgangspunt wordt genomen dat het aandeel van volwassenen in de vaste lasten twee maal zo groot is als dat van een kind en worden de variabele lasten verdeeld met behulp van de Amsterdamse schaal uit 1917. Tegenwoordig lijkt het niet meer zo te zijn dat kinderen veel lagere lasten hebben in vergelijking met volwassenen. Kinderen gaan niet meer direct werken en studeren is duur. Er zou zelfs verdedigd kunnen worden dat de uitgaven aan voeding, kleding en studie hoger liggen dan de uitgaven die volwassenen hebben.⁷¹ Maar ook de kosten van een baby zijn niet gering, gedacht kan worden aan de speciale voeding en dure luiers.⁷² Kortom, de uitgangspunten bij de berekening van de schadevergoeding voor het derven van levensonderhoud bij overlijden zijn niet meegegaan met de ontwikkelingen die de maatschappij heeft doorgemaakt.

3.5 Tijd voor heroverweging?

3.5.1 Algemeen

Op diverse punten is er kritiek op de huidige uitwerking van het recht op schadevergoeding bij overlijden. De meeste kritiek hangt samen met het fundament: in geval van schadevergoeding bij overlijden hebben de nabestaanden geen recht op vergoeding van de volledige schade. Het is een beperkte schadevergoeding voor het meest fatale letsel. De schade die nabestaanden lijden komt veelal deels voor vergoeding in aanmerking, maar het recht biedt nabestaanden in sommige gevallen zelfs helemaal niets.

Het recht op schadevergoeding bij overlijden hinkt op twee gedachten. Aan de ene kant is er het aansprakelijkheidsrecht, maar de schade die er is komt niet volledig voor vergoeding in aanmerking.

⁶⁸ Zie hiervoor HR 16 december 2005, *LJN* AU6089, *NJ* 2008, 186 m.nt. J.B.M. Vranken (Pruisken/Organice); HR 11 juli 2008, *LJN* BC9365, *NJ* 2009, 385 m.nt. J.B.M. Vranken (Bakkum/Achmea); HR 10 april 2009, *LJN* BG8781, *NJ* 2009, 386 m.nt. J.B.M. Vranken (Philip Morris/Bolink) en HR 12 juni 2009, *LJN* BH6533, *RvdW* 2009, 740.

⁶⁹ HR 11 juli 2008, *LJN* BC9365, *NJ* 2009, 385 m.nt. J.B.M. Vranken (Bakkum/Achmea). Zie hierover I. van der Zalm & S.D. Lindenbergh, 'Abstractie bij overlijdensschade', *MvV* 2008/10, p. 235-239 en T. Hartlief, 'Vergoeding van overlijdensschade; abstract of concreet?', *AA* 2008, p. 896-901.

⁷⁰ Een voorbeeld hiervan is het verschil in berekening van de schadevergoeding voor verzorging en huishoudelijke hulp. Zie hierover S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, 'Vergoeding ter zake van verzorging en huishoudelijke hulp bij letsel en overlijden', *MvV* 2009/6, p. 146-151.

⁷¹ P. Meijer, *Overlijdensschade*, cursusmateriaal KSU oktober 2009, p. 16.

⁷² Kritisch op dit punt M.J. Neeser, 'Overlijdensschade 21^e eeuw, een update.', *VR* 2009/12, p. 365.

Aan de andere kant steunt het op gedachten achter het recht op alimentatie uit het familierecht, maar gebeurt dit niet consequent. De argumenten voor de beperkingen in artikel 6:108 BW – de angst voor onvoorzienbare vorderingen en overbelasting van de rechterlijke macht⁷³ – zijn achterhaald en niet (langer) overtuigend. Al helemaal wanneer de vergelijking wordt gemaakt met de vorderingsgerechtigden en voor vergoeding in aanmerking komende schade in geval van zaakschade, lijken de beperkingen in geval van overlijden niet te rechtvaardigen.⁷⁴

Het recht is niet bij de tijd, het sluit niet aan bij de maatschappelijke ontwikkelingen. De levensvormen zijn tegenwoordig anders, er wordt anders gedacht over immateriële schade, er is een andere kijk op huishoudelijke arbeid enz. De beperkingen die het recht op schadevergoeding bij overlijden in de huidige samenleving met zich meebrengt zorgen voor complexe methoden om de nabestaanden tegemoet te komen en daarmee voor veel kritiek. De kritiek op dit recht is niet van de laatste tijd. Zo is er bijvoorbeeld in een preadvies uit 1959 te lezen:

*'(...) het wonderlijke verschijnsel dat, zoals in Rome het doden van een slaaf een duurder zaak was dan het doden van een vrije, thans nog veel zwaardere schadeloosstellingen worden toegekend wegens verminking dan terzake van dood door schuld.'*⁷⁵

Inmiddels is het meer dan vijftig jaar later en nog niet veel anders. Het lijkt tijd om naar een rake remedie tegen dit 'wonderlijke verschijnsel' te zoeken. Daartoe worden hierna enkele denkrichtingen voor nader onderzoek verkend.

3.5.2 Mogelijke denkrichtingen

Verskillende richtingen voor verbetering zijn denkbaar. Eerst zal bepaald moeten worden wat het doel is van de schadevergoeding bij overlijden. Dient er in de behoefte te worden voorzien, of gaat het om het daadwerkelijk vergoeden van de schade die er door het wegvallen van de overledene is? Afhankelijk daarvan kan er voor de uitwerking gekeken worden naar het familierecht of het aansprakelijkheidsrecht. Het tweede lijkt aantrekkelijker, het vergoeden van de schade die de nabestaanden lijden en niet enkel voorzien in levensonderhoud voor zover er behoefte bestaat. Dit zou ook tegemoet komen aan de kritiek: het beperkte recht dat de nabestaanden toekomt. Verschillende manieren zijn denkbaar om dit uit te werken. Er zou bijvoorbeeld meer binnen de kaders van het aansprakelijkheidsrecht kunnen worden gedacht.⁷⁶ Indien de beperkingen en de begrenzings van het recht op vergoeding van schade bij overlijden losgelaten zouden worden, zouden de grenzen van dit recht bepaald kunnen worden door relativiteit en causaliteit. De nabestaanden worden dan gezien als 'benadeelde' en hebben een eigen vorderingsrecht op grond van onrechtmatige daad.

⁷³ Parl. Gesch. Boek 6, Eindverslag I, p. 388-389 en VV I Inv., p. 1272-1273. Hierover ook W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', AV&S 2001/4, p. 97.

⁷⁴ Vgl. W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', AV&S 2001/4, p. 96-97.

⁷⁵ P.J. Verdam, 'Voordeelsaftrek bij schadevergoeding', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, 1959/1, p. 177.

⁷⁶ Vgl. R. Rijnhout, 'Vergoeding voor naasten: bittere ironie en bittere waarheid', in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaf 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 155-171.

Er zou geen beperking in de kring van gerechtigden meer in de wet opgenomen hoeven te zijn en ook geen beperking met betrekking tot de aard van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Bij deze uitwerking is een grotere, maar zeker ook lastige, rol voor de rechter. De beperkingen zijn niet meer in de wet te vinden, maar de rechter zal de grenzen moeten bepalen in zaken met aan de ene kant veelal emotionele nabestaanden en aan de andere kant in de meeste gevallen een verzekeraar. Nadeel hiervan is dat de grenzen op het eerste gezicht niet duidelijk zijn. Valt bijvoorbeeld ook schade als gevolg van studievertraging van de nabestaanden hieronder? En verlies aan arbeidsvermogen van de nabestaanden als gevolg van psychische problemen door het overlijden?

In plaats van het schrappen van artikel 6:108 BW zou er ook kunnen worden gedacht aan uitbreiden. Daarbij zou de limitatieve opsomming van de kring van gerechtigden verruimd kunnen worden of eventueel aan de rechter kunnen worden overgelaten.⁷⁷ Zo zou er voor gezorgd kunnen worden dat bepaalde personen met schade niet buiten de kring van gerechtigden vallen. Daarnaast zou de voor vergoeding in aanmerking komende schade kunnen worden verruimd, zodat ook andere schadeposten – naast schade door derving van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging – voor vergoeding in aanmerking komen. Of het vereiste van behoefteigheid stand zou kunnen houden voor de schade door derving van levensonderhoud is een andere vraag. Op dit moment is er kritiek op, wat mede lijkt te zijn ontstaan doordat wanneer naast de kosten van lijkbezorging alleen de derving van levensonderhoud voor vergoeding in aanmerking komt, er soms totaal geen schade is die voor vergoeding in aanmerking komt. De nabestaanden blijven dan met lege handen achter. Uit de kritiek komt tevens naar voren dat het berekenen van de schade door derving van levensonderhoud eenvoudiger mag. Dit kan dan misschien wel bereikt worden door het laten vallen van het behoefteigheidsvereiste, maar wellicht zou oriëntatie op de uitwerking van het behoefteigheidsvereiste in het familierecht ook behulpzaam kunnen zijn.⁷⁸

3.6 Tot slot

Op de huidige benadering van overlijdensschade bestaat op diverse punten kritiek. De beperking van schadeposten en van de kring van gerechtigden, de alimentatietrekjes en het vereiste van behoefteigheid belemmeren de remedie bij schade door overlijden. Daarom verdient het recht op schadevergoeding bij overlijden heroverweging. Het zou een rake remedie zijn wanneer het aansprakelijkheidsrecht beter zou kunnen zorgen voor de nabestaanden. De in paragraaf 3.5 aan bod gekomen denkrichtingen betreffen slechts enkele eerste gedachten. Het is tijd dat naar de uitwerking hiervan onderzoek wordt gedaan. Er zou gekeken moeten worden wat het doel is van de schadevergoeding bij overlijden en wat dit betekent voor de uitwerking ervan.

Zoals een stoel is om op te zitten, dient een schadevergoeding ertoe de schade die er is te compenseren.

⁷⁷ T. Hartlief, 'Wie heeft er recht op vergoeding van personenschade?', *TVP* 2006/4, p. 98-104; H.M. Storm, 'Een zelfstandig verhaalsrecht voor de werkgever: de juiste keuze?', *NTBR* 1996/4, p. 94-95 en W.H. van Boom, 'Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk', *AV&S* 2001/4, p. 97.

⁷⁸ J. van Duijvendijk-Brand, 'Overlijdensschade, een hybride figuur', in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak!*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 59-88.

Een stoel is geen tafel, net als dat het recht op schadevergoeding geen alimentatie is; het recht op alimentatie is een onderhoudsverplichting die thuis hoort in het familierecht en niet in het aansprakelijkheidsrecht. De vraag die beantwoord zou moeten worden is of er in geval van schadevergoeding bij overlijden in de behoeften dient te worden voorzien die de nabestaanden hebben, of dat het gaat om het vergoeden van de schade die er door het wegvallen van de overledene is. Van daaruit kan verder gedacht worden over de vormgeving van het recht op schadevergoeding bij overlijden. Daarbij dient in gedachten te worden gehouden dat een snelle afwikkeling gewenst is,⁷⁹ evenals het kunnen uitleggen van de totstandkoming van het schadebedrag aan nabestaanden.

⁷⁹ Voor zover de desbetreffende omstandigheden van het geval dit toestaan; het is wenselijk dat de berekeningssystematiek op zich door de complexiteit daarvan in elk geval geen vertraging in de afwikkeling oplevert.