



boven: Mw. mr. J.E. Hulst  
Mr. K.A.P.C. van Wees  
onder: Mw. mr. E.M. Uijttendijk  
Prof. mr. A.J. Akkermans\*

## 1. Inleiding

Sinds enkele jaren is er veel discussie over de plaats van immateriële belangen in het privaatrecht. Er verschenen belangwekkende proefschriften over smartengeld van Lindenberg<sup>1</sup> en Verheij.<sup>2</sup> Veel ophef werd veroorzaakt door het Jeffrey-arrest.<sup>3</sup> Andere aanleidingen voor debat waren het Shockschade-arrest<sup>4</sup> en het wetsvoorstel Affectieschade.<sup>5</sup> Een en ander heeft geleid tot de nodige aandacht voor de rol van het recht bij immateriële aangelegenheden zoals genoegdoening en de verwerking van persoonlijk leed.<sup>6</sup> Ons is gevraagd een bijdrage te leveren over excuses in het privaatrecht. Een onderwerp waarnaar met name in de VS al het nodige onderzoek is gedaan.<sup>7</sup> De strekking daarvan is steeds dat de betekenis van het fenomeen excuses wordt onderschat en dat het nut en de noodzaak ervan in het recht hoger zouden moeten worden gewaardeerd. Gezien de beperkingen in omvang van deze bijdrage is elke pretentie van volledigheid uitgesloten. Wij beperken ons tot het aanstippen van een aantal voor de hand liggende vragen. Kan er een rechtsplicht tot het aanbieden van excuses bestaan? Waarop kan die dan worden gebaseerd? Waaraan moeten excuses eigenlijk voldoen willen zij zinvol zijn? Staat het persoonlijke karakter van excuses niet aan afdwaling ervan in de weg? Maar voordat wij aan deze vragen toekomen moet eerst het perspectief wat breder: wat is de rol van het recht met betrekking tot de immateriële behoeften van een benadeelde?

## 2. De schaduw van het Jeffrey-arrest

In Nederland wordt de discussie over de plaats van immateriële belangen in het privaatrecht overschaduwd door het Jeffrey-arrest. Na afloop van een oefentherapie waarbij ook zijn moeder aanwezig was, verdrinkt de driejarige Jeffrey in een zwembad van het VU ziekenhuis. De ouders vorderen een verklaring voor recht dat de VU aansprakelijk is voor het overlijden van hun zoontje. Dit oordeel is voor hen een voorwaarde om een zinvol begin te kunnen maken met het verwerken van hun verdriet. De Hoge Raad oordeelde echter dat dit 'zuiver emotioneel belang' niet is aan te merken als een 'voldoende belang' in de zin van art. 3:303 BW. Deze uitspraak is in de literatuur hevig bekritiseerd omdat het in het recht niet 'alleen om de poen' behoort te gaan.<sup>8</sup> Dat het hier om een fundamentele discussie gaat, blijkt reeds uit de paradoxaal klinkende

formulering dat het gaat om de plaats van de niet-vermogensrechten in het vermogensrecht. Het samenvatten van deze discussie valt het bestek van deze bijdrage te buiten. Wij merken op dat het Jeffrey-arrest soms het zicht op de werkelijke stand van zaken lijkt te belemmeren.<sup>9</sup> Dat aan immateriële belangen een plaats toekomt in het vermogensrecht is in redelijkheid niet voor betwisting vatbaar. Op de aan deze problematiek gewijde jaarvergadering van de NJV werd een groot aantal situaties geïdentificeerd waarin emotionele belangen als het ware vanzelf kwalificeren als voldoende belang, zoals bij de aantasting

\* De auteurs zijn verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VUmc. Met dank aan Dineke de Groot, Siewert Lindenberg, Lodewijk Smeehuijzen en Masha Antokolskaia voor hun meedenken bij de totstandkoming van dit artikel.

1. S.D. Lindenberg, *Smartengeld*, Deventer, Kluwer, 1998.
2. A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2002.
3. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (ongeval na zwemtherapie).
4. HR 22 feb. 2002, NJ 2002, 240.
5. Het wetsvoorstel Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten (28781).
6. Zie bijv. A.C. Zijdeveld, C.P.M. Cleiren en C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer*, preadviezen NJV 2003, Deventer, Kluwer; G.E. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003.
7. Zie bijv. Daniel W. Shuman, The role of apology in tort law, 83 *Judicature* 4 (1999-2000) 180-189; J.K. Robbenolt (2003), Apologies and legal settlement: An empirical examination, *Michigan Law Review*, 102, 460-517. Hiroshi Wgatsuma, Arthur Rosett, The implications of apology: law and culture in Japan and the United States, 20 *Law and Society Review* 4 (1968) 461-498; Erin Ann O'Hara & Douglas Yarn, On Apology and consilience, 77 *Washington Law Review* 1121 (2002).
8. Zie voor een overzicht C.E. Du Perron, Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht, in: *Het opstandige slachtoffer*, Preadviezen NJV 2003, 105-161 (op 147 e.v.).
9. Zie bijv. Rb Arnhem 16 mei 2007, NJF 2007, 367: "een juridische procedure is niet bedoeld om erkenning te verkrijgen (zie HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853). Daarom kan het voeren van een procedure niet worden beschouwd als een redelijk middel ter beperking van schade (te weten: geestelijk letsel) in de zin van art. 6:96 lid 2 sub a BW. De kosten voor die procedure komen dus niet op de voet van die bepaling voor toewijzing in aanmerking." Deze motivering is niet juist. Dat het bieden van erkenning een doel van het burgerlijk recht kan zijn wordt expliciet verwoord door de Hoge Raad in het Shockschade-arrest en door de wetgever in de Toelichting bij het wetsvoorstel Affectieschade. Hiermee zij overigens niets gezegd over de door de rechtbank genomen beslissing als zodanig, om het stelsel van de art. 6:96 lid 2 jo 241 RV in het betreffende geval niet te doorbreken. Een oordeel dáarover valt buiten het bestek van deze bijdrage.

van eer en goede naam en van de persoonlijke levenssfeer, bij gelijke behandeling, persoonlijkheidsrechten, straat- en contactverboden, het portretrecht, en het recht op wetenschap van afstamming.<sup>10</sup> Du Perron had in zijn preadvies al gewezen op geschillen in kort geding over de afgifte van een deel van de as van de gecremeerde dochter van partijen, asverstrooiing op zee, toewijzing van een hond aan degene met de sterkste emotionele band, en een omgangsregeling met een hond.<sup>11</sup> En dat bijvoorbeeld het bieden van ‘erkenning’ een doel van het burgerlijk recht kan zijn wordt expliciet verwoord door de Hoge Raad in het Shockschade-arrest<sup>12</sup> en door de wetgever in de Toelichting bij het wetsvoorstel Affectieschade.<sup>13</sup> Men kan slechts concluderen dat de term ‘vermogensrecht’ in dit opzicht niet langer adequaat is.<sup>14</sup> De vraag is, zoals zo vaak, waar de grenzen zouden moeten liggen. Het is zonneklaar dat de overheidsrechter niet klaar kan staan om elk immaterieel belang te beoordelen.<sup>15</sup> Net als een claimcultuur is ook een klaagcultuur geen wenkend perspectief. Maar over die grenzen is de beslissing in het Jeffrey-arrest – ook als men meent dat die juist was – praktisch gezien maar weinig informatief. De omstandigheden waren namelijk nogal specifiek. Het is tamelijk zeldzaam dat alleen een verklaring voor recht gevorderd wordt en geen enkele veroordeling tot vergoeding of iets anders. Ook in het betreffende geval was er wel degelijk materiële schade waarvan de ouders vergoeding hadden gevorderd, namelijk aan de begrafenis van Jeffrey gerelateerde kosten ad 2500 gulden die niet werden gedekt door hun verzekering terzake. Maar de rechtbank had die vordering bij gebreke van specificatie afgewezen en – om redenen die niet duidelijk worden uit het arrest zoals gepubliceerd – hadden de ouders ook in hoger beroep nadere specificatie van deze vordering achterwege gelaten. Dat maakte de vordering ook naar het oordeel van het hof niet toewijsbaar, en daardoor bleef alleen de gevraagde verklaring voor recht over.

### 3. Het primaat van herstel noopt tot honoreren van immateriële behoeften

Waar de grenzen voor de plaats van emotionele belangen zouden moeten liggen is uiteraard niet zomaar in het algemeen aan te geven. Wij wijzen op een domein waar zij in elk geval ruim zouden moeten worden getrokken, namelijk dat van de personenschade. In opdracht van het Ministerie van Justitie is door een multidisciplinaire onderzoeksgroep van de VU empirisch onderzoek verricht naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot de afwikkeling van letselschade.<sup>16</sup> Uit dit onderzoek verrijst het beeld dat er tussen de behoefte aan financiële compensatie en immateriële wensen zoals erkenning en genoegdoening, geen tegenstelling bestaat. Beide behoeften zijn vaak nauw met elkaar verweven. Bepalend voor de behoefte aan financiële compensatie lijkt vooral de mate waarin de gevolgen van het ongeval de financiële bestaans-

zekerheid bedreigen. Slachtoffers willen hun leven weer op de rails krijgen, en het veiligstellen van de financiële bestaanszekerheid is daarvoor doorgaans een eerste voorwaarde. Daarnaast speelden bij alle geïnterviewde slachtoffers en naasten immateriële behoeften een belangrijke rol. Centraal staat in dit verband het begrip erkenning. Hoewel slachtoffers het woord ‘erkenning’ niet altijd uit zichzelf in de mond namen, bleek een behoefte die als zodanig kan worden aangeduid meestal wel degelijk te bestaan, zij het dat deze voor verschillende mensen verschillende vormen aannam. Het begrip erkenning werd onder meer in verband gebracht met de behoefte aan erkenning van de aansprakelijkheid van de wederpartij, erkenning door de wederpartij en door de eigen sociale omgeving van wat er is gebeurd, het door de wederpartij toegeven een fout gemaakt te hebben en te voelen wat daarvan de consequenties voor het slachtoffer zijn, en de behoefte aan medeleven en excuses. Andere immateriële behoeften zijn het te weten komen wat er precies gebeurd is, het verkrijgen van gerechtigheid, en het willen voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt.

Op het punt van de vervulling van deze behoeften gaat echter veel mis. Slachtoffers raken betrokken in processen die in de psychologische en medische traditie worden aangeduid als ‘secundaire victimisatie’ en ‘secundaire ziekte-winst’. Deze processen hebben een negatief effect op het herstel van het slachtoffer in psychologische, sociale en medische zin. Er zijn echter ook positieve processen die worden aangeduid met ‘procedurele rechtvaardigheid’. Daarmee wordt het fenomeen bedoeld dat mensen in hun rechtvaardigheidsoordeel sterk worden beïnvloed door procesmatige aspecten en de wijze waarop beslissingen tot stand komen. De uitkomst van de procedure is daarbij minder bepalend dan algemeen wordt aangenomen. Het gaat mensen hierbij om de gelegenheid tot het vertellen van het eigen verhaal, participatie in het beslissingproces, eerlijkheid, respect, gepaste vragen, vertrouwen, vriendelijkheid, openheid, rechtvaardiging door de wederpartij

10. Zie L.E. Wiggers-Rust, Jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1999: ‘Gaaf het in het Burgerlijk Recht alleen om geld?’ *NTBR* 2004, 150-153. Zie met name de opsomming van C.E. Drion op 152.

11. Du Perron, a.w. (zie noot 8) p. 149.

12. ‘In het onderhavige geval is sprake van een tragische gebeurtenis die de moeder ernstig heeft getroffen. De toewijzing van een vordering tot immateriële schadevergoeding kan slechts in (zeer) beperkte mate haar leed verzachten, doch kan wel in zeker mate een erkenning van het ondervonden leed betekenen.’

13. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 1-2.

14. Vgl. Du Perron, a.w. (zie noot 8) p. 150.

15. Zie bijv. W.A.M. van Schendel, *Principes edelachtbare*, in: W.A.M. van Schendel (red.), *Naar ons voorlopig oordeel*, Prinsengrachtreeks 2001/1, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, p. 51-64 (op p. 61-63).

16. Zie het onderzoeksrapport: R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans en N.A. Elbers, *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Deel I, Terreinverkenning, Den Haag: WODC 2007. Te downloaden op [www.wodc.nl/](http://www.wodc.nl/) > zoeken op: slachtoffers en aansprakelijkheid.

van diens handelen in de interactie, en als een derde moet oordelen: vertrouwen in de neutraliteit van de besliser.

Het onderzoek concludeert dat er voldoende wetenschappelijk bewijs is om ervan uit te gaan dat de niet-ervulling van immateriële behoeften herstelbelemmerend werkt, en dat de vervulling van deze behoeften het herstel van slachtoffers in psychologische, sociale en medische zin ten goede komt. Aan deze constatering komen juridische consequenties toe. Voor het terrein van de letselschade staat immers buiten kijf dat herstel vóór schadevergoeding gaat.<sup>17</sup> Dit volgt uit het beginsel dat de schuldeiser zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als het schadeveroorzakende feit achterwege was gebleven. Bij personenschade kan financiële compensatie daarvoor niet meer zijn dan een tweederangs middel. Voor zover herstel mogelijk is komt aan het faciliteren daarvan het primaat toe. Dit brengt mee dat het voor de aansprakelijke partij juridisch geboden is om zich op zodanige wijze rekenschap te geven van de immateriële behoeften van het slachtoffer, dat secundaire victimisatie wordt tegengegaan en diens herstel optimaal wordt gefaciliteerd. De praktijk is echter uitsluitend gericht op het vaststellen van de omvang van de financiële schade. Op punten zoals het bejegenen, informeren en betrekken van het slachtoffer gaat van alles mis. Dit vraagt om een mentaliteitsverandering bij de betrokken professionele partijen en om het uitkristalliseren van meer 'slachtoffervriendelijke' gedragsnormen. De resultaten van het onderzoek zijn uitgewerkt in een groot aantal suggesties voor verbetering van de letselschadepraktijk.<sup>18</sup>

#### 4. Mogelijke grondslagen voor een rechtsplicht tot het aanbieden van excuses

Uit het VU onderzoek blijkt dat bepaalde immateriële behoeften van slachtoffers van letselschade ook de vorm kunnen krijgen van het verlangen van excuses. Door verschillende geïnterviewden werd het uitblijven daarvan expliciet als een gemis genoemd. Het primaat van het herstel in de oorspronkelijke toestand en de plicht om secundaire victimisatie tegen te gaan lijken dan mee te brengen dat op de aansprakelijke partij de verplichting kan rusten tot het maken van excuses. De beperkte praktische betekenis van het Jeffrey-arrest laat zich hier eenvoudig illustreren. Wie aarzelt omdat het hier om een 'zuiver emotioneel belang' zou gaan, dient te bedenken dat bij de afwikkeling van letselschade partijen bijna altijd óók aanwijsbare financiële belangen hebben, waardoor praktisch gesproken de horde van 'voldoende belang' ex art. 3:303 BW steeds zal kunnen worden genomen. Daarnaast – en dat is fundamentele – wijst het zojuist besproken onderzoek uit dat een 'zuiver emotioneel belang' bij slachtoffers van letselschade en hun naasten eigenlijk niet bestaat: emotioneel herstel is veelal nodig voor financieel herstel<sup>19</sup> en omgekeerd, de hele tegenstelling materieel/immaterieel is op dit terrein maar zeer betrekkelijk.

Een eerste redenering zou kunnen zijn dat het maken van excuses onder omstandigheden moet worden gezien als een schadevergoeding in natura die noodzakelijk is voor het daadwerkelijk herstel van het slachtoffer. Er is niets in het systeem van de wet wat daaraan in de weg staat. Een slachtoffer van letselschade komt in aanmerking voor vergoeding van 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat' (6:106 lid 1 sub a BW), de rechter kan deze schade begroten 'op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is' (6:97 BW), en 'op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen' (6:103 BW). Maar ook andere gedachtegangen zijn mogelijk. Een tweede benadering is om het maken van excuses aan te merken als beperking van toegebrachte schade. En zoals we in de volgende paragraaf zullen zien, kan het aanbieden van excuses ook worden begrepen als het herstel van een soort moreel en emotioneel evenwicht dat door de fout werd verstoord. Vanuit dat perspectief kan worden geredeneerd dat door de fout een onrechtmatige toestand in het leven is geroepen, bestaande uit een bepaalde morele en emotionele achterstelling van de benadeelde die door het aanbieden van excuses kan worden opgeheven. Niet zozeer het vergoeden of beperken van schade dus, maar het opheffen van een onrechtmatige toestand. In beide laatste benaderingen komt als wettelijke grondslag art. 3:296 BW in beeld. Dat heeft ook het voordeel dat niet perse sprake hoeft te zijn van vergoedbare schade in de zin van afdeling 6.1.10 BW. Met name de beperkingen van de art. 6:106 t/m 108 BW kunnen zo worden vermeden. Een vierde grondslag kan uiteraard de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid zijn (art. 6:2 lid 1 BW). Dit veronderstelt echter wel dat er al een verbintenis is die kan worden aangevuld, bijvoorbeeld doordat tussen partijen reeds een verplichting tot schadevergoeding of een contractuele relatie bestaat.

#### 5. Wat zijn excuses eigenlijk?

Het fenomeen excuses kan worden ontleed in een aantal onderdelen. Op dit punt treft men in de literatuur enigszins verschillende onderscheidingen aan. In het, ook voor juristen zeer toegankelijk geschreven boek *On Apology* van de psychiater Aaron Lazare,<sup>20</sup> worden vier elementen onderscheiden: (1) De erkenning van de normschending

17. Op het terrein van de letselschade wordt dit voor zo vanzelfsprekend gehouden dat het niet nader pleegt te worden geïmpliciteerd. Buiten dit specifieke terrein ligt deze kwestie meer gecompliceerd. Dat laat zich verklaren doordat herstel door een prestatie van de laedens in de meeste gevallen praktisch geen aantrekkelijk perspectief is, aldus terecht Mon. Nieuw BW B34 (Lindenbergh) nr 7. Zie voorts J.M. Barendrecht, H.M. Storm, *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, p. 16-17.

18. Zie A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, Het letselschadeprocess in therapeutisch perspectief, *TVP* 2007 p. 103-118.

19. Dit is uiteraard het meest tastbaar bij het herstel van het vermogen om loonvormende arbeid te verrichten.

20. Aaron Lazare, *On Apology*, Oxford University Press, 2004.

en de verantwoordelijkheid daarvoor; (2) het geven van uitleg; (3) het vertonen van bepaalde gevoelens zoals spijt, berouw en schaamte; en (4) het aanbieden van compensatie. Het dient te worden benadrukt dat, op het eerste element na, het relatieve belang en zelfs de noodzaak van deze elementen varieert van geval tot geval, afhankelijk van de omstandigheden. Wel is de volledigheid van excuses veelal van invloed op de mate waarin zij door de benadeelde als passend worden beschouwd en op diens beoordeling van de normschender.<sup>21</sup>

In de psychologische wetenschap zijn verscheidene hypothesen geformuleerd over het belang en de functie van excuses. Zo wordt aan het maken van excuses een sociaal adaptieve functie toegekend.<sup>22</sup> Door het maken van excuses toont de normschender dat hij weet dat hij een norm heeft geschonden, commiteert hij zich in sociaal opzicht om niet nogmaals hetzelfde gedrag te vertonen en toont hij sociale betrokkenheid.<sup>23</sup> Psychologisch onderzoek wijst erop dat excuses de gevoelens van boosheid en wrok bij de benadeelde verminderen.<sup>24</sup> Ook blijken ontvangers van excuses een meer positief beeld van de normschender te hebben (als een mens die nu eenmaal fouten maakt).<sup>25</sup> Door excuses kan het conflict tussen normschender en benadeelde afnemen.<sup>26</sup> In de zogenoemde *equity theory* wordt het maken van excuses vooral geduid als het herstel van een moreel (en emotioneel) evenwicht.<sup>27</sup> In de beleving van het slachtoffer heeft de normschending ertoe geleid dat hij als het ware omlaag is gehaald. Door het maken van excuses stelt de normschender zich nederig op en wordt de achtergestelde positie van de benadeelde hersteld, waardoor de zelfwaardering van de benadeelde kan toenemen.<sup>28</sup> Excuses blijken een zelfstandige toegevoegde waarde te hebben voor het herstel van de benadeelde, naast financiële compensatie.<sup>29</sup>

Aan de werking van excuses zit dus twee kanten. Ten eerste kunnen excuses een niet te onderschatten helende werking hebben voor het slachtoffer door afname van gevoelens van boosheid en verbittering en door herstel van zelfwaardering. Bovendien wordt het slachtoffer in staat gesteld zelf invloed uit te oefenen op het proces, doordat deze na de gemaakte excuses de normschender kan vergeven en het conflict tussen partijen in scherpte kan afnemen.<sup>30</sup> Over het algemeen wordt verondersteld dat zowel afname van boosheid als controle op het eigen herstelproces een gezondheidsbevorderende functie hebben.<sup>31</sup> Ten tweede houden excuses de bevestiging in van gedeelde waarden, en brengen zij voor de normschender sociale druk mee om gedragingen van soortgelijke aard in de toekomst te voorkomen.<sup>32</sup>

## 6. Kunnen afgedwongen excuses zinvol zijn voor het slachtoffer?

In de juridische literatuur is wel verondersteld dat door de rechter afgedwongen excuses voor een benadeelde niet

zinvol zijn omdat daaraan de oprechtheid ontbreekt.<sup>33</sup> Echter ook van excuses waarvan de oprechtheid kan worden betwijfeld of zelfs afwezig moet worden geacht, kan een herstellende werking uitgaan.<sup>34</sup> Aan het ritueel van excuses maken wordt wel een educatieve functie toegevoegd. Verondersteld wordt dat zelfs niet oprechte excuses de normschender aanzetten om verantwoordelijkheid te nemen voor zijn handelen en het slachtoffer kunnen helpen om te vergeven.<sup>35</sup> Zoals we zagen houden de elementen waaruit excuses kunnen bestaan ook bepaalde gevoelsaspecten van de normschender in (spijt, berouw, schaamte). Vooral bij persoonlijke verhoudingen zal dit gevoelselement door het slachtoffer veelal als onmisbaar worden beschouwd. Maar het speelt veel minder een rol

21. S.J. Scher & J.M. Darley (1997). How effective are the things people say to apologize? Effects of the realization of the apology speech act. *Journal of Psycholinguistic Research*, 26, p. 127-140.
22. Deze sociaal adaptieve functie van excuses kan worden verklaard vanuit de Social Status Theory.
23. E.R. Smith & D.M. Mackie (2000). *Social Psychology*, Taylor & Francis Group. P. 390 (norm of social commitment); E. Goffman (1971). *Relations in Public: Microstudies of the Public Order*. New York: Harper & Row; N. Schnabel & A. Nadler (2008). A Needs-Based Model of Reconciliation: Satisfying the Differential Emotional Needs of Victim and Perpetrator as a key to Promoting Reconciliation, *Journal of Personality and Social Psychology*, 94, 1, pp. 116-132.
24. M. Bennett & D. Earwaker (1994). 'Victims; Responses to Apologies: the effects of offender Responsibility and Severity of Offense', *Journal of Social Psychology*, 134, pp. 457-464; G.J. Gold & B. Weiner. (2000). Remorse, confession, group identity, and expectancies. *Basic and Applied Social Psychology*, 22, 291-300; K. Ohbuchi, M. Kameda & N. Agarie (1989). Apology as aggression control: Its role in mediating appraisal and response to harm. *Journal of Personality and Social Psychology*, 56, 219-227.
25. Zie empirische literatuur in voetnoot 24.
26. P. Schonbach (1990). *Account episodes: The management of escalation of conflict*. New York: Cambridge University Press.
27. E. Walster and G.W. Walster (1975). 'Equity and social justice', 31, *Journal of Social Issues*, 21
28. T.G. Okimoto & T.R. Tyler (2007). Is compensation enough? Relational concerns in responding to unintended inequity. *Group Processes & Intergroup Relations*, 10(3), 399-420; E. Walster, E. Berscheid and G.W. Walster (1973). New directions in equity research, *Journal of Personality and Social Psychology*, 25, p. 151-176.
29. T.G. Okimoto & T.R. Tyler (2007), zie noot 28; C. Witvliet, E.L. Worthington, & N. G. Wade (2002). Victims' heart rate and facial EMG responses to receiving an apology and restitution. *Psychophysiology*, 39, S88-S88.
30. B.W. L. Taft (2000). Apology subverted: The commodification of apology. *Yale Law Journal*, 109, pp. 1135-1160; N. Tavuchis (1991). *Mea Culpa: A sociology of apology and reconciliation*. Stanford, CA: Stanford University press; A.Allan, M.M. Allan, D. Kammer, D.J. Stein (2006). Research Report. Exploration of the Association between Apology and Forgiveness amongst Victims of Human Rights Violations. *Behavioral Sciences and the Law*, 24, pp. 87-102.
31. R. Williams (1989). The trusting heart. *Psychology Today*, pp. 36-42. E. P. Sarafino (2000). *Health Psychology: Biopsychosocial interactions*, John Wiley & Sons, Inc.
32. P.Vines (2007). The Power of Apology: Mercy, Forgiveness or Corrective Justice in the Civil Liability Arena? *The Journal of Law and Social Justice*, 1, 1; E.R. Smith & D.M. Mackie (2000). *Social Psychology*, Taylor & Francis Group. P. 390 (norm of social commitment).
33. Du Perron, a.w. (zie noot 8) p. 156. Vgl ook F.F. Langemeijer, Verslag NJV 13 juni 2003 (zie noot 10) p. 70: 'excuses op bevel van de rechter zijn geen echte excuses'.
34. J. L. Risen & T. Gilovich (2007). Target and observer differences in the acceptance of questionable apologies. *Journal of Personality and Social Psychology*, 92, 3, pp. 418-433.
35. Stephen P Garvey (1998). Can shaming punishments educate? *The University of Chicago Law Review*, 65(3), 733-794.

bij excuses waarin bijvoorbeeld de bevestiging van gedeelde waarden voorop staat. Wel dient er in alle gevallen sprake te zijn van een erkenning van de normschending.

Lazare illustreert dit in zijn boek met het volgende voorbeeld. Een kind van een blanke vrouw en haar Afro-Amerikaanse echtgenoot komt met een schedelvervorming ter wereld en overlijdt nog dezelfde dag. Het wordt naast haar grootvader van moederskant begraven op de begraafplaats van de kerkgemeente van de vrouw. Als het kerkbestuur drie dagen later te weten komt dat de vader van Afro-Amerikaanse origine is, wordt besloten het kind van de begraafplaats te laten verwijderen teneinde het exclusief blanke karakter daarvan te behouden. Voordat het zo ver komt ziet het kerkbestuur zich door commotie in de betreffende gemeente en in de media gedwongen zijn besluit in te trekken en publiekelijk zijn excuses aan te bieden.<sup>36</sup> In een geval als dit is de functie van excuses vooral gelegen in de bevestiging van gedeelde waarden, het herstel van het morele evenwicht en de versterking van het commitment van de normschender om zich in de toekomst van dergelijke normschendingen te onthouden. Het was natuurlijk wel mooier geweest als de leden van het kerkbestuur een meer persoonlijk element van inkeer en berouw had kunnen worden toegedacht. Maar de vermoedelijke afwezigheid daarvan maakte de excuses bepaald niet zinloos. Het is eenvoudig in te zien dat de afdwongen excuses voor de ouders een cruciale bijdrage vormden voor de verwerking van de door het kerkbestuur toegebrachte krenking.

Het nut van excuses hangt dus niet zozeer af van de oprechtheid ervan, maar veeleer van de context in samenhang met de elementen. Die dienen op elkaar afgestemd te zijn. Bij meer persoonlijke relaties, waarin het ook gaat om het herstel van vertrouwen, zal oprechtheid in het algemeen een noodzakelijk element zijn. Zonder het vertrouwensaspect ligt dat anders. Ons lijkt het oordeel van de benadeelde zelf hierin van groot gewicht. Ook in een context waarin men als buitenstaander zou kunnen twijfelen aan de zin van afdwongen excuses, is het niet snel passend dat de rechter, wanneer een vordering daartoe door de benadeelde wordt ingesteld, weigert om die toe te wijzen omdat zij de benadeelde toch niet zouden kunnen baten. Op dit punt behoort men de afweging primair aan de benadeelde zelf te laten.

## 7. Staat het persoonlijke karakter van excuses aan afdwinging in de weg?

Als het gaat om de rol van het recht met betrekking tot excuses is de ultieme vraag uiteraard in hoeverre de verplichting tot het maken van excuses met behulp van de rechter kan worden afdwongen. Strikt genomen veronderstelt een vordering tot het aanbieden van excuses dat de gedaagde kennelijk niet uit vrije wil bereid is om daartoe over te gaan, al zal dat in de praktijk vaak minder

zwart/wit liggen. Voorzover uit het gevorderde voortvloeit dat de rechter wordt gevraagd om een normschender op te leggen een ander standpunt dan het zijne te vertolken, kan dat überhaupt wel? Het gaat hier om een ingewikkelde kwestie waarin diverse normatieve, feitelijke en praktische aspecten samenkomen.

In het kader van de nauw met de vordering tot excuses verwant te achten vordering tot rectificatie van art. 6:167 BW is de heersende leer dat excuses en spijtbetuigingen niet mogen worden opgelegd<sup>37</sup> (al gebeurt dat soms toch).<sup>38</sup> Dat heeft te maken met de spanning met de vrijheid van meningsuiting waardoor dit leerstuk wordt beheerst. De redenering is dat de te rectificeren publicatie een meningsuiting is, dat de inbreuk op de vrijheid daartoe zoveel mogelijk moet worden beperkt, en dat daarom de gedaagde niet behoort te worden veroordeeld tot het herroepen van zijn eigen mening, c.q. tot het verklaren dat zijn uitlatingen onjuist, beledigend of grievend waren, maar slechts tot het publiceren van het feit dat de rechter aldus heeft geoordeeld en op die grond de uitlatingen onrechtmatig heeft bevonden.<sup>39</sup> In deze lijn passen inderdaad niet excuses en spijtbetuigingen. Wel worden die regelmatig vrijwillig aangeboden.

Kennelijk met het leerstuk van de rectificatie in het achterhoofd wees de president van de rechtbank Utrecht, in een kort geding over een onzorgvuldig ontslag door de politieregio Utrecht, de vordering dat de korpsbeheerder zijn excuses zou maken af, omdat '[n]iemand kan [...] worden gedwongen tot het uitspreken van een mening die niet de zijne is'.<sup>40</sup> Daarvoor in de plaats werd de politieregio veroordeeld tot een publicatie in het Utrechtse politiebld die inhoudelijk gezien op hetzelfde neerkwam als het gevorderde, zij het dat daarin ieder persoonlijk element ontbrak.

Een eerste vraag die in dit verband opkomt is of excuses inderdaad geacht moeten worden een 'mening' van de aanbieder weer te geven. We zagen zojuist dat oprechtheid niet altijd noodzakelijk is om excuses zinvol te laten zijn. Op grond hiervan kan men echter niet zeggen dat excuses zelfs niet de 'mening' van de aanbieder hoeven in te houden. In het ritueel van excuses moge het element van oprechtheid onder omstandigheden kunnen ontbreken, het element van erkenning van de normschending is onontbeerlijk en dat houdt onvermijdelijk een zekere

36. Lazare, a.w. (zie noot 20) p. 150.

37. Zie Onrechtmatige daad I, art. 167 (Van Nispen) aant. 8; Onrechtmatige Daad VII (Schuijt) aant.184.4. Zie voorts Onrechtmatige daad II (Deurvorst) aant. 197 en 203.

38. Zie bijv. de rectificatie opgelegd door de voorzieningenrechter in de procedure die leidde tot het arrest van het Hof Den Bosch 27 sept. 2005, NJF 2006, 54 (kenbaar uit rov. 4.3).

39. Zie A-G Hartkamp in zijn Conclusie onder 3 bij HR 2 feb. 1990, NJ 1991, 291, alsmede de verwijzingen ter plaatse.

40. Pres. Rb Utrecht 14 juni 1994, KG 1994, 262 (rov. 4.8).

‘meningsuiting’ in, ook als die niet oprecht is en daarmee vooral symbolisch. Spanning met de vrijheid van meningsuiting is dus een reëel probleem.

Men kan echter aanvoeren dat die spanning niet steeds zo groot is als bij het leerstuk van de onrechtmatige publicatie. Een arts die wordt gevraagd zijn spijt te betuigen over een kunstfout die grote consequenties had voor de patiënt, wordt niet opgedragen zijn mening te herroepen, maar slechts te voldoen aan zijn verplichting om het toegebrachte nadeel zoveel mogelijk te beperken of te herstellen. Het toebrengen van letsel door het maken van een beroepsfout, het veroorzaken van een ongeval, of het plegen van een geweldsmisdrijf, is niet iets beschermenswaardigs zoals het uiten van een mening. Maar dat is uiteraard nog maar één kant van de medaille. Er hoeft weliswaar geen mening te worden herroepen, maar er moet er nog steeds wel een worden uitgesproken. Ook daarvoor kan men echter aanvoeren dat het beschermenswaardige element niet altijd zo voorop staat als in het kader van een rectificatie.

Dat hangt samen met de hoedanigheid van de persoon van wie de excuses worden gevraagd. Ook hier is de arts een goed voorbeeld. Openheid over incidenten en fouten behoort tot de professionele verantwoordelijkheid van de arts. Ook het maken van excuses kan daartoe worden gerekend.<sup>41</sup> De KNMG beveelt al jaren aan om bij fouten excuus aan te bieden aan de patiënt.<sup>42</sup> Medische fouten betreffen het domein bij uitstek waar openheid en excuses ook overigens betere resultaten geven dan enkel financiële compensatie. Dat is de centrale boodschap van de ‘Sorry Works! Coalition’ in de VS.<sup>43</sup> Er is inmiddels ook empirisch bewijs dat openheid en excuses kunnen leiden tot minder klachten en claims en meer bereidheid tot schikken.<sup>44</sup> Van een dokter kunnen kortom, excuses worden verlangd in zijn professionele hoedanigheid, ook wanneer hij daar persoonlijk weinig voor voelt. Als van iemand kan worden verlangd dat hij zich in woord en daad het belang van het herstel van het slachtoffer en zijn naasten aantrekt is het de dokter wel. Op grond hiervan zou men kunnen zeggen dat het minder bezwaarlijk is om van een dokter in de context van een beroepsfout te verlangen om in zijn hoedanigheid van arts zijn excuses aan te bieden, dan in de context van een burengeschil in zijn hoedanigheid als particulier.

Zo bezien valt ook wat af te dingen op het zojuist genoemde vonnis van de president van de rechtbank Utrecht. De president had vastgesteld dat de ontslagprocedure onzorgvuldig en derhalve onrechtmatig was geweest. De benadeelde verkeerde in ernstige psychische problemen. Levert het dan echt per definitie een ontoelaatbare inbreuk op de vrijheid van meningsuiting van de korpsbeheerder op, wanneer van hem in zijn professionele hoedanigheid wordt verlangd om zijn excuus te maken?

En wat wanneer die excuses van de rechtspersoonlijkheid bezittende politieregio Utrecht zouden worden gevorderd? Of in het geval van een medische fout, van het ziekenhuis? In beide voorbeelden kan dat zelfs erg voor de hand liggen, omdat binnen organisaties veel fouten meer ‘systeemfalen’ zijn, een kwestie van zwakke punten in de organisatie, dan verwijtbaar aan één of meer specifieke individuen.<sup>45</sup> ‘[Corporations] cannot commit treason, nor be outlawed, nor excommunicated, for they have no souls’, zo citeert Tjittes een oude Engelse uitspraak in zijn verhandeling over de toerekening van kennis aan organisaties.<sup>46</sup> Organisaties hebben als zodanig inderdaad geen ziel, hun ‘kennis’ is een kwestie van juridische constructie, en ook met hun ‘mening’ ligt het anders dan bij natuurlijke personen. In de afweging tegen de verplichting tot beperking of herstel van toegebrachte nadeel komt aan hun vrijheid van meningsuiting niet automatisch hetzelfde gewicht toe.<sup>47</sup>

Deze constatering is praktisch gezien van groot belang vanwege de mogelijke rol van verzekeraars. Uit het VU onderzoek blijkt dat voor veel letselschadeslachtoffers de verzekeraar gaandeweg als het ware de plaats inneemt van de veroorzaker. Dat is minder sterk wanneer de veroorzaker een aanzienlijk verwijt valt te maken (zoals bij misdrijven) en wanneer het gaat om de verstoring van een vertrouwensrelatie (zoals bij medische fouten vaak het geval is). Maar ook dan worden veroorzaker en diens verzekeraar qua beleving soms uiteindelijk op één hoop gegooid. Dat maakt dat er op het punt van excuses een grote rol is weggelegd voor de verzekeraar. Te denken valt aan het bevorderen en overbrengen van excuses van de veroorzaker, of het namens deze maken van excuses. Maar ook aan het excuseren van zichzelf, want uit het onderzoek blijkt dat zich daarvoor in de loop van het afwikkelingsproces redenen genoeg kunnen voordoen. In de praktijk is misschien met betrekking tot de verzekeraars nog de meeste winst te halen.

41. Zie bijv. J. Legemaate, Recht op informatie over fouten van artsen, *TVP* 2007 p. 1-4.

42. ‘Wanneer een arts beseft een fout te hebben gemaakt, moet de fout zo snel mogelijk, zodra een arts zich daar enigszins toe in staat voelt, besproken worden met de patiënt [...] Niet moet worden vergeten de patiënt excuus aan te bieden. KNMG, *Arts en omgaan met fouten*, Utrecht, KNMG, 2000.

43. [www.sorryworks.net/](http://www.sorryworks.net/)

44. L. Taft, Apology and medical mistake: Opportunity or foil? *Annals of Health Law*, 14 (2005), 55-59; S.S. Kraman, & G. Hamm, Risk Management: Extreme honesty may be the best policy. *Annals of Internal Medicine*, 131 (1999), 963-967. Voor gegevens over claims na medische fouten zie bijv. ook Shuman, a.w. (zie noot 7); J.K. Robbenolt (2006), Apologies and settlement levers, *Journal of Empirical Legal Studies*, 3, 333-373; Robbenolt (2003) (zie noot 7).

45. Zie bijv. M.P. Heringa en I.P. Leistikov, Open over fouten, *Medisch Contact* 63 nr. 28 (2008) p. 1226-1230.

46. R.P.J.L. Tjittes, Wat weet een organisatie, in: W.A.M. van Schendel (red.), *Naar ons voorlopig oordeel*, Prinsengrachtreeks 2001/1, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, p. 75-94 (op p. 75).

47. Onder andere de doelstelling van betreffende organisatie is hierbij relevant.

## 8. De kool en de geit

Wij durven zeker de conclusie te trekken dat tot het aanbieden van excuses in veel gevallen een rechtsplicht bestaat, maar niet dat nakoming daarvan ook zonder meer bij de rechter kan worden afgedwongen. In de hypothese dat de gedaagde daartoe echt niet vrijwillig bereid is, lijkt het een brug te ver om hem dat door de rechter te laten opleggen. Niet omdat het nodig is dat hij ook meent wat hij zegt – zoals we zagen is dat niet steeds het geval – maar omdat in de afweging van de wederzijdse belangen de vrijheid van meningsuiting veelal doorslaggevend zal zijn. Men kan zelfs aanvoeren dat het door de overheidsrechter in de mond gelegd krijgen van iets wat men niet meent, in strijd komt met de menselijke waardigheid.<sup>48</sup> Wel denken wij dat dit ten aanzien van organisaties zoals een ziekenhuis en een verzekeraar anders kan liggen<sup>49</sup> en misschien ook nog wel bij natuurlijke personen in hun professionele hoedanigheid. Veel hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de precieze redenen van de weigering. Bij de gedachtevorming hierover is het van groot belang niet uitsluitend het oog te hebben op een vordering tot het aanbieden van excuses in zijn meest rechtstreekse vorm – een door rechter in zijn dictum op te nemen tekst die de gedaagde heeft uit te spreken of te publiceren. Er is namelijk veel verschil denkbaar in de modaliteiten van het gevorderde en van de veroordeling. De aanvaring met de vrijheid van meningsuiting is bijvoorbeeld al weer wat minder frontaal bij een opdracht door de rechter om excuses aan te bieden in daarvoor zelf te vinden bewoordingen. Een opdracht die de gedaagde de nodige ruimte laat hoeft niet tot eindeloze executiegeschillen te leiden, want het oordeel kan erop neer komen dat de eiser nu eenmaal genoeg heeft te nemen met de bewoordingen die de gedaagde weet op te brengen. Zeker bij professionele partijen kan het ook voldoende zinvol zijn om uit te spreken dat op gedaagde, bijvoorbeeld vanwege diens professionele verantwoordelijkheid, de plicht rust om zijn excuses aan te bieden, maar dat de rechter vanwege de vrijheid van meningsuiting ervan afziet om daartoe dwangmiddelen ter beschikking te stellen. Op dit punt zou kunnen worden aangesloten bij het gedachtegoed dat is ontwikkeld over de veroordeling tot nakoming van een contractuele verbintenis tot hoogstpersoonlijke dienstverlening.<sup>50</sup> Vaak zal men na een dergelijke vonnis toch tot het aanbieden van excuses overgaan, en zelfs als dat niet zo is biedt het de benadeelde erkenning. En wat te denken van een uitnodiging door de rechter om ter comparitie excuses te maken? Een andere uitweg die de kool en geit spaart is de opdracht tot een ‘rectificatie’ zonder persoonlijke elementen zoals in het hierboven genoemde vonnis van president van de rechtbank Utrecht. Voorts zijn er allerlei combinaties denkbaar met financiële compensatie. Het niet aanbieden van excuses kan bijvoorbeeld leiden tot een hoger bedrag aan smartengeld. Dat zou aansluiten bij het strafrecht, waarin aangeboden excuses relevant kunnen zijn bij de straftoe-

meting. Ook lijkt dwang en drang door de eigen beroepsgroep (tuchtrechtspraak) weer iets minder bezwaarlijk dan door de overheid (civiele rechter). Ons ontbreekt de ruimte om al het denkbare nader uit te werken.

## 9. Tot besluit

Wij erkennen ten volle het beperkte vermogen van het recht tot regulering van het immateriële domein. In het familierecht bijvoorbeeld, gaat het misschien wel voor het grootste deel om gevoelszaken, en juist op dat punt bestaat een tendens tot meer terughoudendheid.<sup>51</sup> Veel meer dan principiële redenen, zijn het waarschijnlijk deze praktische beperkingen die maken dat het in het privaatrecht nog steeds vooral ‘om de poen’ draait, en dat waarschijnlijk zal blijven doen. Niettemin menen wij dat de helende kracht van excuses voor het rechtssysteem de opdracht inhoudt om het aanbieden daarvan zoveel mogelijk te stimuleren. Daarbij zit waarschijnlijk nog het meeste rendement in de indirecte effecten. Zo zou er voor de letselschadepraktijk een stimulans vanuit gaan voor een broodnodige mentaliteitsverandering en de ontwikkeling van meer ‘slachtoffervriendelijke’ gedragsnormen. De boodschap zal inmiddels duidelijk zijn: op het terrein van excuses is voor het privaatrecht zeker een rol weggelegd.

48. Zie (in een strafrechtelijke context) C. Bennett, Taking the Sincerity Out of Saying Sorry: Restorative Justice as Ritual, *Journal of Applied Philosophy*, Vol 23, No. 2, 2006.

49. Vermeldenswaard in dit verband is de recente dringende oproep van de Nationale Ombudsman aan de Minister van Defensie om zich als eindverantwoordelijke ‘volwaardig’ te verontschuldigen tegenover een man die het slachtoffer was geworden van discriminatie en herhaaldelijke misbruik van bevoegdheid door de Marechaussee. [http://www.ombudsman.nl/nieuws/persberichten/2008/20080911\\_KoninklijkeMarechausseeemisbruikmachtbijaanhouding.asp](http://www.ombudsman.nl/nieuws/persberichten/2008/20080911_KoninklijkeMarechausseeemisbruikmachtbijaanhouding.asp).

50. D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. VU 2009), Deventer, Kluwer, 2009, par 4.3. (nog te verschijnen), voortbouwend op P. Wéry, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Brussel, Kluwer, 1993, nr. 151, p. 207 e.v., verdedigt dat de rechter de schuldenaar wel kan veroordelen tot nakoming van een dergelijke verbintenis, maar moet afzien van het ter beschikking stellen van executiemiddelen, om in plaats daarvan te bepalen dat wanneer naleving van de veroordeling uitblijft, de schuldenaar verplicht is tot het betalen van vervangende schadevergoeding. Het is immers niet de veroordeling tot nakoming, maar de tenuitvoerlegging daarvan, die een ongeoorloofde inbreuk zou maken op de persoonlijke vrijheid van de schuldenaar, zo is de gedachte. Een veroordeling tot nakoming doet het meeste recht aan de schuldeiser, en laat de mogelijkheid open dat de schuldenaar, aangemoedigd of overtuigd door de uitspraak van rechter, of om redenen van professionele eer, toch tot nakoming zal overgaan.

51. Zie M.A. Glendon, *The transformation of Family Law*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1998, p. 293-296.