

De overgang van het recht op schadevergoeding uit onrechtmatige daad

1. Inleiding

Artikel 6:162 BW:

‘Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.’

Op het moment dat aan alle in deze bepaling genoemde elementen is voldaan, ontstaat voor de laedens een verbintenis tot vergoeding van schade. Een rechterlijke uitspraak is daarvoor niet nodig; de wet verbindt het gevolg reeds aan het omschreven feitencomplex. De keerzijde van de verbintenis is een recht voor de gelaedeerde.

Hier raakt het verbintenissenrecht het vermogensrecht. Het recht op schadevergoeding vormt een ‘vermogensrecht’ in de zin van artikel 3:6 BW en daarmee een ‘goed’ in de zin van artikel 3:1 BW; het is voorts een vorderingsrecht op naam in de zin van artikel 3:94 BW. Aldus gaat het recht op schadevergoeding in vermogensrechtelijk opzicht een eigen leven leiden. Dat recht vertegenwoordigt een zekere – dikwijls ook een onzekere – waarde, het kan zich lenen voor overdracht (cessie), beslag (en faillissementsbeslag) en het gaat bij overlijden over op de erfgenamen. Zoals de actieve zijde een vermogensrechtelijk bestaan gaat leiden, zo krijgt ook de passieve zijde, de verbintenis, vermogensrechtelijke trekjes. Zij vormt een schuld in het vermogen van de laedens, die evenzeer kan overgaan op een ander.

Het voorgaande is niet in alle tijden vanzelfsprekend geweest. Het poenale karakter van de (voorgangers van de) actie uit onrechtmatige daad werd geacht beperkingen mee te brengen ten aanzien van de vermogensrechtelijke eigenschappen van het recht op en de verbintenis tot schadevergoeding. Een relikwie daarvan lijkt nog te kunnen worden gevonden in artikel 6:106 lid 2 BW, dat ten aanzien van het recht op vergoeding van immateriële schade nadere eisen stelt voor het intreden van bepaalde vermogensrechtelijke gevolgen.

Hierna zal worden gezien hoe de vordering uit onrechtmatige daad en haar vermogensrechtelijke karakter zich hebben ontwikkeld. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan de ontwikkeling van het recht op vergoeding van immateriële schade, alsmede aan de visie op het vermogensrechtelijke karakter daarvan. De op dat punt geldende regels zullen ten slotte aan een kritische beschouwing worden onderworpen.

2. De ontwikkeling van de vordering uit onrechtmatige daad

Een belangrijk fundament van de huidige onrechtmatige daadsactie moet worden gezocht in de *actio ex lege Aquilia*, een actie die in het Romeinse recht bestond in geval van

OVERGANG VAN HET RECHT OP SCHADEVERGOEDING

zaaksbeschadiging.¹ Men bedenke daarbij dat volgens het Romeinse recht ook de slaaf, gelijk vandaag de dag nog een hond, als zaak werd aangemerkt, waardoor de *actio ex lege Aquilia* in feite mede personenschade kon dekken.

De *actio ex lege Aquilia* had in het Romeinse recht deels een punitief karakter, doordat hij recht kon geven op betaling van meer dan de werkelijke schade. Met name wanneer de laedens ontkende en weigerde te betalen, bestond de mogelijkheid om hem te veroordelen tot betaling van tweemaal de schade. Vanwege dat punitieve karakter vererfde de actie aan de passieve kant niet.² In de loop des tijds is het poenale karakter van de *actio ex lege Aquilia* evenwel afgeschud. In het oud vaderlandse recht placht de actie te worden aangemerkt als zuiver *reipersecutoir* en werden de beperkingen ten aanzien van vererving geacht te zijn vervallen.³

De vererving van de *actio ex lege Aquilia* was dus als zodanig naar Romeins recht niet mogelijk, maar wanneer het eenmaal tot een *litis contestatio* (procesovereenkomst) was gekomen, werd de *actio* tot een gewone civiele vordering die tot het vermogen van de gelaedeerde ging behoren en werd deze zowel aan passieve als aan actieve zijde overerfelijk. De figuur van de *litis contestatio* stamt uit de tijd waarin de *praetor* een rol van betekenis speelde in het civiele proces. Tussen partijen werd, alvorens de zaak aan de rechter werd voorgelegd, ten overstaan van de *praetor* een procesovereenkomst gesloten. Op het moment dat de zaak door de *praetor* naar de rechter werd verwezen kwam aldus de *litis contestatio* tot stand. Toen de rol van de *praetor* was komen te vervallen, bleef de figuur van de *litis contestatio* niettemin bestaan.⁴

Naast de *actio ex lege Aquilia* kende het Romeinse recht de *actio iniuriarum* inzake kwetsing of belediging. Deze was volgens het Romeinse recht, vanuit de gedachte dat zij meer het verkrijgen van genoegdoening op het oog had dan de vergoeding in geld⁵, actief noch passief overerfelijk. Ook deze actie versprong evenwel op het moment van totstandkoming van de *litis contestatio* van kleur tot een overerfelijke vordering.⁶

¹ Ten aanzien van de personenschade ligt een nog eerdere grondslag wellicht in de Wet der Twaalf Tafelen (450 v. Chr.), die de mogelijkheid kende van afkoop van wraak door betaling van een boete.

² Vgl. de Instituten van Justinianus 4, 3, 9.

³ Vgl. Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Genève 1713, ad D. 9,2, nr. 12. Anders was dit in Friesland, waar men in de 17e en 18e eeuw nog zeer zuiver in de Romeinse leer bleef. Zie J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen & F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht, De civiele rechtspraak van het Hof van Friesland in de 17e en 18e eeuw*, Hilversum 1999, p. 173.

⁴ M. Kaser & K. Hackl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München 1996, par. 73 III.

⁵ D. 37, 6, 2, 4. Vgl. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, D. 9,2, nr. 12. Anders was dit in Friesland, waar men in de 17e en 18e eeuw nog zeer zuiver in de Romeinse leer bleef. Zie Lokin, Jansen & Brandsma, *Het Rooms-Friese recht*, p. 173.

⁶ D. 47, 10, 13 en D 50, 17, 87.

3. De vordering tot vergoeding van immateriële schade

Het Romeinse recht hanteerde als uitgangspunt dat het lichaam van een vrij man niet op geld waardeerbaar was.⁷ Littekens of verminkingen werden derhalve niet als zodanig in geld uitgedrukt. Aldus kende het Romeinse recht een tamelijk uitgewerkte regeling bij zaaksbeschadiging (waaronder beschadiging van een slaaf) in de vorm van de *actio ex lege Aquilia*, maar bestond bij beschadiging van een (vrij) persoon slechts de betrekkelijk summiere regeling van de *actio iniuriarum*. Op grond van een verruimde *actio legis Aquiliae* (de *actio legis Aquiliae utilis*) werd in het Justiniaanse recht wel de mogelijkheid aanwezig geacht om bij verwonding van een zoon die onder de *patria potestas* stond een vergoeding toe te kennen voor de kosten van medische behandeling en de derving van inkomsten. Immateriële schade viel daar niet onder. In latere geschriften is nog wel bepleit een uitzondering te maken als het ging om de aantasting van het uiterlijk van een huwbare vrouw⁸, maar die gedachte zou ook kunnen worden teruggevoerd op het (vermogens)belang dat de vrouw bij een huwelijk kon hebben, waarin zij zou worden getroffen als door letsel haar huwelijkskansen zouden verminderen.

In het inheems Hollandse recht heeft zich in gevallen van verwonding geleidelijk een stelsel van boetes ontwikkeld, neergelegd in een Landsordonnantie. Volgens Hugo de Groot behoorde een vergoeding van immateriële schade in het Hollandse recht dan ook uitdrukkelijk tot de mogelijkheden:

‘De smert ende ontciering van ’t lichaem, hoewel eighentlick niet en zijn vergoedelick, werden op geld geschat, soo wanneer sulcks versocht werd.’⁹

Essentieel in de formulering is dat het smartengeld slechts werd toegekend, wanneer daarom werd gevraagd. Hier week overigens het Friese recht af, door vast te houden aan het Romeinsrechtelijke uitgangspunt, dat het lichaam van een vrij man niet op geld waardeerbaar was.¹⁰ De vergoeding van immateriële schade werd in dat verband wel aangemerkt als ‘troostprijs’, die als ‘meer een zaak van toedelende dan van vereffenende rechtvaardigheid’ werd aangemerkt.¹¹ Ook kwam men wel de opvatting tegen dat mensen

⁷ Gaius in D. 9, 3, 7.

⁸ Vgl. Jacques de Révigny, *Lectura Digesti veteris*, D. 9, 1, 3: ‘Er wordt geen rekening gehouden met aantasting van het uiterlijk, maar wel met gederfde inkomsten uit arbeid en voor herstel gemaakte kosten. Hier wordt gesproken over mannen: bij hen behoeft men geen zorg te hebben over hun uiterlijk. Dat iemand mooi is, is immers een gave van de natuur. Zo is het ook bij bomen: de ene boom is bijzonder mooi vergeleken met de andere. Hetzelfde geldt bij andere levende wezens. Maar bij vrouwen zou men wellicht rekening moeten houden met aantasting van het uiterlijk.’

⁹ Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, ed. F. Dovring, H.F.W.D. Fischer & E.M. Meijers, Leiden 1965, III, 34, 2.

¹⁰ Lokin, Jansen & Brandsma, *Het Rooms-Friese recht*, p. 188.

¹¹ U. Huber, *Praelectionum juris civilis tomus tres secundum Institutiones et Digesta Justiniani*, Leipzig 1725, D. 9, 2, nr. 3.

OVERGANG VAN HET RECHT OP SCHADEVERGOEDING

van stand dergelijke vergoedingen niet van elkaar plachten te vorderen; een gedachte die bijvoorbeeld is neergelegd in het Pruisische Allgemeine Landrecht van 1794. Volgens dat recht hadden alleen personen van de boeren- of burgerstand recht op een vergoeding voor geleden pijn en werd bij lieden van een hogere stand met de veroorzaakte pijn slechts rekening gehouden bij het vaststellen van de wettelijke straf.¹² Feenstra vraagt zich af of daarop de toevoeging van De Groot ‘soo wanneer sulcks versocht werd’ kan worden teruggevoerd, maar verwerpt die gedachte toch weer.¹³

Hoewel volgens het oud vaderlandse recht dus reeds de mogelijkheid bestond tot de toekenning van een vergoeding voor immateriële schade als gevolg van letsel, is die verworvenheid geen rustig bezit gebleken. Zo kende het Wetboek Napoleon voor het Koninkrijk Holland een afzonderlijke bepaling voor letselschade, waarin tevens een recht op vergoeding van immateriële schade was neergelegd. In de tussen 1811 en 1838 geldende Code Napoleon ontbreekt evenwel een dergelijke bepaling. Het ontwerp van 1816 bevatte evenmin een bepaling van die strekking, maar het ontwerp van 1820 weer wél.¹⁴ Het Burgerlijk Wetboek van 1838 bevatte wel een recht op vergoeding van immateriële schade in geval van (opzettelijke) belediging in art. 1408. Het bevatte (in art. 1407) eveneens een afzonderlijke bepaling inzake aansprakelijkheid voor letsel, maar een recht op vergoeding van immateriële schade werd daarin niet genoemd. Uit het feit dat die bepaling, anders dan art. 1320 van het Wetboek Napoleon voor het Koninkrijk Holland, een dergelijk recht niet noemde, is lange tijd afgeleid dat dat dan ook niet bestond, maar de lagere rechtspraak liep – vooral in de eerste helft van de twintigste eeuw – sterk uiteen.¹⁵ De Hoge Raad heeft de knoop eerst doorgehakt in 1943 met de overwegingen:

‘dat in overeenstemming met hetgeen van oudsher in ons land gegolden had en met hetgeen volgens wet of rechtspraak in de naburige landen geldt, het toekennen van vergoeding voor ideële schade, geleden tengevolge van voormelde daden [moedwillige of onvoorzichtige kwetsing of verminking van enig deel van het lichaam en misdrijven tegen de persoon, SDL], als redelijk en billijk valt te beschouwen;

dat daarom bij twijfel, wat de wetgever van 1838 met het tweede lid van art. 1407 bedoeld heeft, de Hoge Raad er de voorkeur aan geeft dit aldus uit te leggen, dat bij de waardeering van de schade mede die van ideële aard in aanmerking komt;

dat derhalve in het onderhavig geval aan den rechter vrij staat een vergoeding toe te kennen voor de smart en de gederfde levensvreugde, welke voor Van Kreuningen het gevolg waren van hetgeen hem onrechtmatig was aangedaan.’

¹² Vgl. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, 1, 6, par. 112 en 114.

¹³ R. Feenstra, *Vergelding en vergoeding, Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer 1993, p. 26.

¹⁴ Vgl. voor een overzicht van de ontwerpen J.H.A. Lokin, Terug naar af, in: *De beleedigde molmvaarder*, Lelystad 1999, p. 37-42.

¹⁵ Zie voor een overzicht van uiteenlopende rechtspraak uit de 19e en (begin van de) 20ste eeuw de Conclusie van P-G Berger voor HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455 (Van Kreuningen/Bessem).

In het Burgerlijk Wetboek van 1992 heeft het recht op vergoeding van immateriële schade een eigen plaats verworven in art. 6:106 BW. Die bepaling geeft onder meer¹⁶ recht op vergoeding van immateriële schade:

‘indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast’.

Hoewel het recht op vergoeding van immateriële schade aldus een stevige wettelijke status heeft verworven en het ontstaan van dat recht in concrete gevallen niet afhankelijk is gesteld van rechterlijke welwillendheid¹⁷, heeft de wetgever gemeend het in vermogensrechtelijk opzicht een bijzonder karakter te moeten toedelen. Artikel 6:106 lid 2 BW bepaalt op dat punt:

‘Het recht op een vergoeding (...) is niet vatbaar voor overgang en beslag, tenzij het bij overeenkomst is vastgelegd of ter zake een vordering in rechte is ingesteld. Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken.’

Daarin lijken sporen aanwijsbaar van de oude gedachte dat het recht op schadevergoeding eerst vanaf een nader moment in de procedure tussen partijen, vroeger de *litis contestatio*, in vermogensrechtelijk opzicht als volwaardig werd aangemerkt. Die gedachte is ten aanzien van het recht op vergoeding van vermogensschade reeds lang verlaten. Het is de vraag of het recht op vergoeding van immateriële schade vandaag nog een in deze zin afwijkende regeling verdient. Om die vraag te beantwoorden moeten eerst de ratio en betekenis van deze bepaling nader worden bezien.

4. Artikel 6:106 lid 2 BW

Hoewel, zoals hiervoor werd aangegeven, het recht op vergoeding van immateriële schade ontstaat op het moment dat aan de daarvoor in het eerste lid van artikel 6:106 BW gestelde vereisten is voldaan (lichamelijk letsel, schending van eer en goede naam of een andere

¹⁶ Naast de meer uitzonderlijke gevallen waarin het oogmerk bestond om dergelijk nadeel toe te brengen (lid 1 onder a) of waarin het gaat om bepaalde aantastingen van de nagedachtenis van een overledene (lid 1 onder c). Ook buiten artikel 6:106 BW kent de wet in enkele (praktisch weinig relevante) gevallen een recht op vergoeding van immateriële schade. Zie daarover nader S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. Leiden, Deventer 1998, p. 116 e.v.

¹⁷ Vgl. MvA II, PG Bk 6, p. 380, waar m.b.t. art. 106 wordt opgemerkt dat beoogd is duidelijk ‘te doen uitkomen dat de benadeelde in beginsel recht op de hier bedoelde schadevergoeding heeft en dat zijn desbetreffende vordering dus niet afhankelijk is van een – constitutieve – uitspraak van de rechter’. In sommige andere wettelijke bepalingen waarin de mogelijkheid van een vergoeding van immateriële schade wordt geboden, zoals art. 89 Wetboek van Strafvordering en art. 34j Vreemdelingenwet, ligt dat anders. Zie Lindenbergh, *Smartengeld*, p. 306 e.v.

OVERGANG VAN HET RECHT OP SCHADEVERGOEDING

persoonsaantasting als gevolg van een normschending waarvoor aansprakelijkheid bestaat), stelt de wet in het tweede lid nadere eisen voor het intreden van bepaalde vermogensrechtelijke rechtsgevolgen. De ratio daarvan moet volgens de parlementaire geschiedenis worden gezocht in het bijzondere karakter van het recht op vergoeding van immateriële schade. In de Toelichting Meijers wordt het bestaan van de bepaling als volgt gemotiveerd:

‘De vraag rijst of het bijzondere doel waarmee de vergoeding wordt toegekend, niet medebrengt dat voor de aanspraak op de vergoeding andere regels moeten gelden dan voor gewone geldvorderingen. Het ontwerp beantwoordt deze vraag bevestigend. Er is geen reden waarom uit het door het slachtoffer ondergane leed nog kapitaal geslagen kan worden als de vergoeding niet meer kan dienen om zijn leed te verzachten of hem genoegdoening te verschaffen. De aanspraak moet daarom niet overgaan op de erfgenamen van het slachtoffer. Voorts brengt het persoonlijke karakter van de aanspraak mee, dat zij niet in de huwelijksgemeenschap moet vallen en niet overdraagbaar en voor beslag vatbaar moet zijn. Daarom bepaalt het ontwerp, dat de aanspraak niet vatbaar is voor overgang en beslag.’

Die motivering zou een rigoureuze beperking wellicht kunnen dragen, maar dan vervolgt de Toelichting zonder nadere uitleg:

‘Is de aanspraak echter bij overeenkomst vastgelegd of heeft de benadeelde ter zake een vordering ingesteld, dan behoren deze beperkingen te vervallen.’¹⁸

De reden voor het vervallen van de beperkingen na het verrichten van bepaalde nadere handelingen is onduidelijk.

Ook op andere plaatsen, waar de ratio van artikel 6:106 lid 2 BW in de parlementaire geschiedenis aan de orde komt, is geen verklaring te vinden. Zo wordt ten aanzien van de mogelijkheid van cessie gewezen op het ‘hoogst speculatieve karakter’ van een dergelijke transactie en op het gevaar van ‘het ontstaan van misbruiken’.¹⁹ Niet valt evenwel in te zien waarom het speculatieve karakter, dat bij andere vorderingen evenzeer aanwezig kan zijn, in de weg zou moeten staan aan de mogelijkheid van overdracht, terwijl de door de wet gestelde eisen dat karakter niet bedwingen en ook overigens geen waarborg vormen tegen ‘misbruiken’. Wanneer de getroffenene door middel van cessie zijn aanspraak versneld weet te verzilveren, is daar immers juist het nodige voor te zeggen. Voorts wordt ten aanzien van de beperking van de mogelijkheid tot het leggen van beslag op de vordering aangevoerd, dat de vergoeding van immateriële schade voor de crediteuren een ‘pure meevaller’ zou zijn, omdat daartegenover geen vermogensverlies zou staan.²⁰ Ook die

¹⁸ Het soepeler vereiste ten aanzien van overgang van de vordering onder algemene titel, waarvoor volgens de huidige tekst een mededeling voldoende is, is eerst op een later tijdstip toegevoegd. Zie VV II, PG Bk 6, p. 379, MvA II, PG Bk 6, p. 381-382 en NvW, PG Bk 6, p. 383.

¹⁹ MvA II, PG Bk 6, p. 381.

²⁰ MvA II, PG Bk 6, p. 382.

redengeving is niet sterk, omdat het beslag wel meer ‘pure meevallers’ kan omvatten (erfenissen, loterijprijzen), terwijl niet valt in te zien waarom het karakter van de vordering zou moeten veranderen na het verrichten van de nadere in art. 6:106 lid 2 BW geformuleerde handelingen. Ten slotte wordt ten aanzien van vererving nog aangevoerd dat de wet geen recht op vergoeding van immateriële schade voor nabestaanden kent, en dat het daarom niet passend zou zijn indien de erfgenamen ‘een wellicht nog veel hoger te stellen vordering ter zake van ideële schade van de overledene’ zouden verkrijgen.²¹ Daarbij wordt evenwel miskend dat de erfgenamen geen vergoeding van immateriële schade ontvangen, maar een *erfenis*, terwijl ook hier niet valt in te zien waarom de bedenkingen komen te vervallen wanneer de volgens de wet vereiste handelingen zijn verricht.²²

Al met al lijken de in de wet gestelde beperkingen ten aanzien van het intreden van vermogensrechtelijke gevolgen te moeten worden gezien als uitingen van koudwatervrees ten aanzien van de erkenning van een recht op vergoeding van immateriële schade. Het ‘verspringen van vermogensrechtelijke kleur’ nadat de vereiste handelingen zijn verricht, kan wellicht worden gezien als een spoor van de figuur van de *litis contestatio*. Misschien kan het ook worden gezien als uitwerking van de gedachte van Hugo de Groot, dat slechts een recht op vergoeding bestaat ‘soo wanneer sulcks versocht werd’.²³ Een dergelijke figuur past tegenwoordig niet alleen uit systematisch oogpunt minder goed, maar kan – in de vorm van de vereisten die artikel 6:106 lid 2 BW stelt – bovendien tot nodeloze praktische problemen leiden. Zo brengt de halfslachtige regeling niet alleen mee dat onduidelijk is hoe de verschillende gestelde vereisten precies moeten worden uitgelegd, maar kan bijvoorbeeld het vereiste dat de benadeelde aan de wederpartij heeft medegedeeld aanspraak te zullen maken op een vergoeding tot onverkwikkelijke situaties aanleiding geven. Een dergelijke eis dwingt immers de benadeelde (of diens naasten) om zich, op straffe van verlies van het recht op vergoeding, bezig te houden met juridische aangelegenheden op een tijdstip waarop dat redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Het vereist zijn van dergelijke formaliteiten zal bovendien bij vrijwel iedere gelaedeerde onbekend zijn en zal tot praktische complicaties leiden indien de ‘wederpartij’ onbekend is of om andere redenen niet of niet tijdig kan worden bereikt.²⁴ Dergelijke

²¹ MvA II, PG Bk 6, p. 381. Dit argument lijkt overigens afkomstig uit het Duitse recht, waar de met art. 6:106 lid 2 vergelijkbare bepaling in 1990 is geschrapt.

²² Het terloops (MvA II, PG Bk 6, p. 382) genoemde argument dat vererving wel mogelijk moet zijn indien een overeenkomst is gesloten of een vordering in rechte is ingesteld, omdat daartoe (proces)kosten zullen zijn gemaakt die ten laste van de nalatenschap zullen komen, overtuigt evenmin. Die kosten vormen vermogensschade. Het recht op vergoeding daarvan vererft reeds volgens de gebruikelijke regels.

²³ Zie hiervoor onder 3.

²⁴ Zie voor mogelijke ‘lapmiddelen’ door een ‘vriendelijke’ interpretatie C.C. van Dam, De vererving van de smartegeldvordering: op the raakvlak van aansprakelijkheidsrecht en erfrecht (art. 6:106 lid 2 NBW), in: *Liber amicorum NBW* (de Die-bundel), Arnhem 1992, p. 87-91 en Lindenberg, *Smartengeld*, p. 321.

OVERGANG VAN HET RECHT OP SCHADEVERGOEDING

problemen hebben er in Duitsland toe geleid dat de met artikel 6:106 lid 2 BW vergelijkbare – in par. 847 BGB neergelegde – bepaling in 1990 is geschrapt, omdat zij veelvuldig aanleiding gaf tot een ‘Wettlauf gegen dem Tode’, die onaanvaardbaar werd geacht.²⁵ Die schrapping verdient hier navolging.

5. Waar het eigenlijk om gaat

De wijze waarop artikel 6:106 lid 2 BW het ontstaan van vermogensrechtelijke karaktertrekken of het intreden van bepaalde vermogensrechtelijke gevolgen verbindt aan nadere eisen is weinig gelukkig, en doet in elk geval geen recht aan de in de wetsgeschiedenis daartoe aangevoerde gronden. Het ware dan ook beter die bepaling te schrappen en per rechtsgevolg te bezien of beperkingen gewenst zijn. Dat zou ook aansluiten bij de situatie in andere Europese landen. In Duitsland, noch in België, Frankrijk of Engeland kent men deze beperkingen.

Daarbij kan dan in de eerste plaats worden opgemerkt dat het huidige civiele aansprakelijkheidsrecht in het algemeen, maar ook het recht op vergoeding van immateriële schade, zoals dat in de wet is neergelegd, het resultaat is van een ontwikkeling waarin punitieve elementen sterk naar de achtergrond zijn gedrongen. Het civiele buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht heeft zich in elk geval in Nederland, maar ook in het overgrote deel van de rest van Europa, geleidelijk ontwikkeld van een (deels) poenaal recht tot een stelsel van vrijwel geheel *reipersecutoire* acties. Dat is niet alleen een kwestie van opvatting (straffen ‘hoort niet’ in het civiele recht) of van techniek (straffen laat zich beter via het strafrecht organiseren), maar hangt ook samen met maatschappelijke ontwikkelingen, zoals de toename van aansprakelijkheidsverzekeringen, waardoor van echt straffen in het civiele aansprakelijkheidsrecht praktisch weinig meer terechtkomt. Het recht op vergoeding van immateriële schade neemt daarbinnen eigenlijk geen uitzonderingspositie in.²⁶

Waar het om gaat is of de vordering tot vergoeding van immateriële schade naar haar aard een zodanig bijzonder karakter heeft dat het intreden van bepaalde vermogensrechtelijke gevolgen niet gewenst is. Wordt dat ten aanzien van bepaalde gevolgen inderdaad aangenomen, dan ligt het niet in de rede om het intreden daarvan aan het verrichten van bepaalde formaliteiten te verbinden.

Het bijzondere, hoogstpersoonlijke, karakter ligt bij de vergoeding van immateriële schade niet zozeer in de aanspraak zelf, maar vooral in de aard van de schade. Het gaat dan

²⁵ BGBl 1990, I, 478, waarover Ulrich Voss, *Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs, Versicherungs Recht* 1990, p. 821-826. Overigens zij erop gewezen dat de voor vererving gestelde eis daar zwaarder was, doordat die bepaling niet de toevoeging kende van het doen van een mededeling, maar vasthield aan de eis van een overeenkomst of een in rechte aanhangig gemaakte procedure.

²⁶ Zo wordt in EV I, PG Bk 6, p. 388 uitdrukkelijk afstand genomen van een eventueel poenaal karakter van de op artikel 6:106 gebaseerde vordering.

ook om de vraag in hoeverre het hoogstpersoonlijke karakter van de *schade* het recht op *vergoeding* in vermogensrechtelijk opzicht kleurt. De gedachte dat de benadeelde zelf kenbaar dient te hebben gemaakt op vergoeding van immateriële schade aanspraak te maken, lijkt te zijn ingegeven door koudwatervrees, en kan nadere beperkingen mijns inziens niet rechtvaardigen.²⁷ De gedachte dat het persoonlijke karakter van de schade meebrengt dat de vergoeding daadwerkelijk aan de benadeelde zelf ten goede dient te komen dient per rechtsgevolg te worden gezien, waarbij denkbaar is dat, gegeven het eigen rechtskarakter van die figuren, tot uiteenlopende uitkomsten wordt gekomen.

De argumenten die tijdens de parlementaire behandeling zijn ingebracht tegen de mogelijkheid van overdracht en verpanding zijn weinig overtuigend en ook overigens zie ik geen bezwaar tegen onbeperkte overdraagbaarheid. Slaagt de benadeelde erin om zijn vordering op deze wijze te verzilveren, dan bestaat daartegen geen bezwaar.

Ten aanzien van de mogelijkheid van beslag en faillissement kan men aarzelen. Het gaat bij de vordering tot vergoeding van immateriële schade om een geldvordering die haar oorzaak vindt in het leed van een persoon. De wet (art. 447 Rv en art. 21 Fw) laat weliswaar bepaalde vermogensbestanddelen (kort gezegd gaat het om eerste levensbehoeften) buiten beschouwing als het gaat om beslag of faillissement, maar de vordering tot vergoeding van immateriële schade wordt daar niet genoemd. Dat zou betekenen dat (ook onder het huidige recht, zij het vooralsnog indien aan de in art. 6:106 lid 2 BW gestelde vereisten is voldaan) beslag mogelijk is. Nu het gaat om een vermogensbestanddeel kan bovendien worden gesteld dat er geen reden is dit buiten beschouwing te laten als het gaat om verhaal, dat immers ertoe strekt om de schulden van de debiteur te voldoen waardoor het geld strikt genomen uiteindelijk ten voordele van die debiteur wordt aangewend. Niettemin is denkbaar dat hier in de rechtspraak een buitenwettelijke uitzondering op artikel 3:276 BW wordt aanvaard, zoals dat ook ten aanzien van bepaalde pensioenaanspraken wel is gebeurd.²⁸ Er is dan evenwel geen reden om die uitzondering te laten vervallen zodra aan bepaalde formaliteiten, zoals het aanspannen van een procedure, is voldaan. Bovendien kan de curator en kunnen de schuldeisers bij een eventueel akkoord in de praktijk enige compassie met de debiteur aan de dag leggen.

Met betrekking tot vererving gaat het erom dat de gelaedeerde, voor zover hij tijdens zijn leven pijn en verdriet heeft geleden als gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis, immateriële schade heeft geleden waarvoor de wet hem een recht op vergoeding geeft. Dat recht maakt op het moment van overlijden bestanddeel uit van zijn vermogen. Dat de benadeelde daarvan zelf niet tijdig heeft kunnen profiteren is, zo zou men kunnen zeggen, al erg genoeg. Dat mag echter geen reden zijn om het reeds ontstane

²⁷ Zie nader Lindenbergh, *Smartengeld*, p. 326-327.

²⁸ Vgl. HR 30 mei 1997, NJ 1997, 573 (Geëmigreerde orthodontist), waarin de Hoge Raad oordeelde dat een recht op pensioen op basis van de Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling een hoogstpersoonlijk recht van de gefailleerde is, dat geen deel uitmaakt van het tot het faillissement behorend vermogen.

OVERGANG VAN HET RECHT OP SCHADEVERGOEDING

vermogensbestanddeel aan zijn erfgenamen te onthouden. Onmogelijkheid van vererving zou bovendien een bonus kunnen vormen op vertraging in de schaderegeling en lijkt mij dan ook niet wenselijk. Het stellen van nadere beperkingen in de vorm van door de benadeelde te verrichten formaliteiten is evenmin wenselijk. In andere landen waar dergelijke eisen golden zijn deze inmiddels ook geschrapt.²⁹ Het is dan ook beter iedere beperking hier te laten vervallen, en tot de nalatenschap te rekenen het recht op vergoeding van de voor het overlijden geleden immateriële schade. Daarin ligt dan de beperking besloten dat het overlijden de duur van het lijden kan hebben beperkt, hetgeen in de omvang tot uitdrukking kan worden gebracht. Daarin kan overigens evenzeer worden verdisconteerd dat het vooruitzicht van naderend overlijden de ernst van het leed mede kan hebben bepaald.³⁰

Ten aanzien van de boedelmenging als gevolg van het ontstaan van een huwelijksgemeenschap in de zin van art. 1:93 BW kan inmiddels worden geconstateerd dat de Hoge Raad de in art. 6:106 lid 2 BW neergelegde beperkingen niet bepalend acht voor het vermogensrechtelijke lot van het recht op smartengeld. Ook wanneer door de benadeelde aan de wederpartij is medegedeeld aanspraak te zullen maken op smartengeld, kan de aard van de vordering meebrengen dat zij bij verdeling van een door echtscheiding ontbonden huwelijksgemeenschap buiten beschouwing dient te blijven.³¹ In hoeverre iets dergelijks ook voor andere gevallen geldt, is nog niet uitgekristalliseerd. Het lijkt wenselijk het recht op smartengeld in dat verband goederenrechtelijk als *privégoed* te beschouwen, maar onder omstandigheden, bijvoorbeeld bij einde van het huwelijk door overlijden, het resterende te verrekenen.³²

6. Besluit

Het recht op schadevergoeding uit onrechtmatige daad ontstaat op het moment dat aan alle in de wet genoemde vereisten (onrechtmatige daad, toerekenbaarheid, schade en causaal verband) is voldaan. Op dat moment ontstaat een recht dat in vermogensrechtelijk opzicht een eigen leven gaat leiden. Aan dat recht komen in beginsel alle gebruikelijke vermogensrechtelijke karaktertrekken toe, zoals vatbaarheid voor beslag, overerfelijkheid, overdraagbaarheid, et cetera, tenzij de aard van het recht zich tegen bepaalde gevolgen daarvan verzet. Voor het recht op vergoeding van immateriële schade zou dit niet anders

²⁹ Men denke, behalve aan de reeds eerder aangehaalde situatie in Duitsland, aan Schotland. Daar was de mogelijkheid van vererving aanvankelijk beperkt en werd zij in 1976 zelfs geheel uitgesloten. In 1992 is evenwel onder druk van 'public concern' in verband met asbestgerelateerde ziekten besloten de vordering zonder enige beperking te laten vererven. Zie Section 2 Damages (Scotland) Act 1976, zoals gewijzigd door Section 3 Damages Act 1993.

³⁰ Zie Lindenbergh, *Smartengeld*, p. 247.

³¹ HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 693 m.nt. WMK.

³² Zie Lindenbergh, *Smartengeld*, p. 333-334.

LINDENBERGH

moeten zijn. De wet bevat evenwel in artikel 6:106 lid 2 BW nadere eisen voor het intreden van bepaalde vermogensrechtelijke gevolgen. Die bepaling laat zich historisch verklaren, maar biedt voor het huidige recht eigenlijk vlees noch vis. Het zou dan ook beter zijn haar te schrappen en de verschillende vermogensrechtelijke gevolgen ieder naar hun eigen aard te beschouwen en per rechtsgevolg te bezien welke beperkingen ten aanzien van vermogensrechtelijke eigenschappen gerechtvaardigd zijn.

S.D. Lindenbergh

Leiden