

AIDS-phobia

Schadevergoeding voor angst

In Nederland kennen we ze nog

niet, maar in Amerika zijn ze al

ingeburgerd: de angst-

vorderingen. Kan een slachtoffer

schadevergoeding krijgen voor

de psychische schade die hij lijdt

als gevolg van de angst een

ziekte op te zullen lopen? In dit

artikel wordt de focus gericht

op de angst voor aids.

1. Inleiding

HIV, het virus dat AIDS veroorzaakt, dringt nu ook het burgerlijk recht binnen. In Nederland trokken de laatste jaren twee zaken de aandacht. In het AMC kreeg een patiënt besmet bloed toegediend door de fout van een arts. De AIDS-test die volgde bleek positief voor het virus en de man vorderde met succes smartegeld van het ziekenhuis.¹ De tweede zaak was een verkrachting. De vrouw vreesde voor besmetting met HIV. Een eerste test bleek goed voor haar uit te vallen, maar zekerheid had ze vanwege een incubatietijd nog niet. Daarom vorderde ze van de dader dat *hij* een AIDS-test zou ondergaan. Anders dan het Gerechtshof zagen de president van de Rechtbank en de Hoge Raad de redelijkheid daarvan in en werd de man veroordeeld tot het ondergaan van de test.²

In dit artikel onderzoeken wij de vraag of een slachtoffer dat schade lijdt als gevolg van de ernstige *angst* met HIV-besmet te zijn, recht heeft op vergoeding van zijn psychische schade.³ Het ligt voor de hand aan een smartegeldvordering te denken, maar denkbaar is ook dat het slachtoffer materiële schade lijdt. Angstvorderingen komen in de Nederlandse rechtspraak, voorzover wij weten, nog niet voor. In Amerika zijn ze wel voorwerp van procedures. Een vergelijking met vooral dat land ligt dus voor de hand. Wordt deze angstclaim voor Nederland een zoveelste voorbeeld van 'de uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad'?⁴

2. Gevallen van aansprakelijkheid

De gevallen van AIDS die tot aansprakelijkheid kunnen leiden, vallen grofweg als volgt te groeperen. In de Amerikaanse rechtspraak gaat het vaak om fouten in en rond het ziekenhuis, net zoals in de Nederlandse AMC-zaak. Op deze situatie is de regel van artikel 7:453 BW van toepassing: de hulpverlener (arts, verpleegkundige, analist) dient zich als een goed hulpverlener te gedragen. Als het gaat om handelingen met een risico van besmetting, dan ligt het voor de hand de hoogste graad van zorgvuldigheid te eisen.⁵ Bloedbesmetting zal vaak voortvloeien uit de schending van een resultaatsverbintenis.⁶ Waar het gaat om besmette bloedproducten, zal mogelijk ook de producent aansprakelijk zijn.⁷ In de Amerikaanse rechtspraak komen gevallen voor waarin ziekenhuismedewerkers gebruikte spuiten laten slingeren zodat iemand, bijvoorbeeld een schoonma-

ker, zich prikt.⁸ Een ander voorbeeld betreft een gynaecoloog die, met open zweren op handen en onderarmen, verrichtingen bij een patiënte deed ofschoon hij wist dat hij HIV-positief was.⁹ Voorts is denkbaar het geval waarin een (huis)arts ten onrechte heeft gezwegen jegens de partner van een besmette patiënt.¹⁰

Heel andere gevallen zijn die van besmetting door seksueel gedrag: partners die elkaar mogelijk hebben besmet.¹¹ Weer anders is het geval waarin het slachtoffer door verkrachting of anderszins door geweld besmet kan zijn geraakt. Men denke aan het zojuist genoemde geval van de vrouw bij wie opzettelijk besmet bloed werd ingespoten.¹² Ten slotte – meer uit curiositeit – is er het geval waarin ouders door hun kind aansprakelijk worden gesteld, bijvoorbeeld omdat ze, wetend van hun eigen besmetting, toch voor nageslacht hebben gekozen.¹³ Wij gaan er in deze bijdrage vrijwel steeds van uit dat de *aansprakelijkheid in enge zin* (de wanprestatie of de onrechtmatige daad) vaststaat. We concentreren ons dus op de vraag naar de schadevergoeding.

3. Psychische schade

Eerst iets over psychische schade in het algemeen. Zowel in de VS als in andere landen,¹⁴ treft men in de rechtspraak vaak terughoudendheid aan als het gaat om gevallen van 'psychische schade'. Wat zijn de argumenten die zoal worden gebruikt? We noemen er zes. (i) Het zou bij geestelijk letsel nogal vaak gaan om gevallen van tijdelijke en geringe aard; (ii) voorts ligt het gevaar van simulatie op de loer;¹⁵ en (iii) is het vaststellen van aard en duur van het letsel vaak lastig; (iv) dan is er de problematiek van de mogelijke psychische gepredisponerdheid van het slachtoffer ('an Eggshell personality'¹⁶); en is er (v) de moeilijkheid van te ver verwijderde schade waarbij men speciaal denkt aan de klassieke 'nervous shock'-gevallen; (vi) ten slotte, en dat heeft alles met die nervous shock-gevallen te

maken, is er de vrees voor een niet meer te controleren stroom aan zaken: het 'floodgate'-argument.¹⁷

Al deze moeilijkheden hebben er ondertussen in *Amerika* niet toe geleid dat vorderingen terzake van psychische schade als regel worden afgewezen; datzelfde geldt voor landen als Australië en Engeland.¹⁸ Als uitgangspunt geldt steeds het bekende adagium 'the tortfeasor takes the victim as he finds him'. Wel laat de rechtspraak een voortdurende worsteling zien met de voorwaarden waaraan een succesvolle claim moet voldoen.¹⁹ Zo stellen de rechters van sommige Amerikaanse staten de aanvullende eis van 'physical injury', hoe gering ook. Anderen bleken soepeler: als er geen sprake is geweest van het toebrengen van enig lichamelijk letsel, maar slechts van een lichte 'aanraking', is er reden de daaruit voortvloeiende psychische schade toch te vergoeden.²⁰ Soms spreekt men dan van de 'physical impact'-test, bijvoorbeeld in een geval waarin het slachtoffer was blootgesteld aan radio-actieve straling.²¹ Zie ook hierna in nr. 10.

In weer andere Amerikaanse staten wordt in plaats van het 'physical injury'-vereiste de soepeler 'zone of danger'-test uitgevoerd;²² de vordering wordt toegewezen, ook als er slechts de dreiging van lichamelijk letsel is, zolang er maar een 'reasonable fear of injury' is. Een variatie op deze test is de 'bystander test':²³ daarmee kunnen klassieke gevallen van nervous shock worden afgehandeld (bijvoorbeeld de moeder die haar kind ziet verongelukken; met name de Engelse rechtspraak heeft met deze gevallen geworsteld²⁴). In weer andere staten geldt dat de geestelijke schade moet zijn gevolgd door lichamelijk letsel ('manifestation of physical injury'²⁵). En ten slotte hanteert de rechter in sommige Amerikaanse staten uitsluitend de eis dat het geestelijk letsel 'reasonably foreseeable' moet zijn geweest, meer niet.²⁶

Men kan evenwel zeggen dat de Amerikaanse rechter terughoudend is geweest en gebleven waar het ging om geestelijk letsel *zonder* dat de toebrenging van dat geestelijk letsel gepaard is gegaan met lichamelijk letsel ('mental disturbance

1. HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714. De zaak kreeg vooral aandacht vanwege de hoogte van het smaatgeld.

2. HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347 (m.nt. EAA en CJHB).

3. We gebruiken de term psychische schade of psychisch letsel door elkaar heen, in de betekenis van Nicholas J. Mullany and Peter R. Handford, *Tort Liability for Psychiatric Damage*, The Law Book Company Limited 1993, p. 15 'some recognisable psychiatric injury or illness resulting from the infliction of traumatic shock'. Zie voorts The Law Commission Consultation Paper No 137, *Liability for Psychiatric Illness*, HMSO 1995, par. 2; dat rapport spreekt zich uit voor het gebruik van de term 'psychiatric illness' in plaats van het voorheen meer gebruikelijke 'nervous shock'. Zie voorts het bundeltje *Bijzonder Letsel, Aansprakelijkheid voor psychisch letsel en psychosomatische gevolgen van letsel*, Vermande 1995. Zie voor de psychiatrische aspecten de boeiende bijdrage van J. B. Bakker, a.w. 1995, p. 17 e.v. Onlangs heeft F. C. Schmeister over dit type vordering geschreven in zijn boek *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht*, diss. VU 1996, p. 365 e.v.

4. Zie de preadviezen, besproken in dit nummer, van A. T. Bolt en J. Spiet.

5. Zie bijv. het Duitse Bundesgerichtshof BGH 30 april 1991, NJW 1991, p. 1948. Zo ook in de VS: *Scoles v. Mercy Health Corp.*, 63 U.S.L.W. 2415 (E.D. Pa. 1994).

6. Zie uitvoeriger C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid voor bloedproducten en bloedtransfusies*, NJB 1995, p. 685 e.v.

7. Idem.

8. *Castro v. New York Life Insurance Co.*, 153 Misc.2d 1, 588 N.Y.S.2d 695 (Sup. Ct. 1991).

9. *K.A.C. v. Benson*, 527 N.W.2d 553 (Minnesota 1995).

10. Zie *Reisner v. Regents of the University of California*, 31 Cal. App. 4th 1195, 37 Cal. Rpt. 2d 518 (1995), arts. verzuimt de partner van een patiënt te waarschuwen nadat hij die patiënt met besmet bloed behandeld bleek te hebben. Zie over deze vraag nader C.J.J.M. Stolker, *Wie het weet, moet het zeggen – HIV-besmetting bij ex-partner*, in: Wat zou u doen?

11. Dupuis e.a. red., *Medisch-ethische casuïstiek met commentaren*, 1994, p. 42.

12. Bijv. *Neal v. Neal*, 873 P.2d 871 (Idaho 1994). Zie voor de vraag of dat kan leiden tot aansprakelijkheid J.G.A. Linsen, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid terzake besmetting (met het Human Immunodeficiency Virus (HIV))*, in: *AIDS in het recht*, Ars Acqui Lib. 1990, p. 33 e.v.

13. Voor een Amerikaans geval zie *Syring v. Tucker*, 498 N.W.2d 370 (Wisconsin 1993), maatschappelijk werker wordt opzettelijk gebeten bij een poging een iuzie te beëindigen.

14. Uitvoeriger over deze vraag Thierry Vansweevelt, *AIDS en Recht, Een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie*, MAKLU, Uitgevers Antwerpen/Apeldoorn p. 108 e.v.

15. Zie het boek van Mullany and Handford, a.w. (hiervóór noot 3) voor een overzicht. Voorts voor een iets oudere, maar zorgvuldig overzicht The International Encyclopedia of Comparative Law, Volume IX *Torts* part 1, p. 7-182 e.v. Zie ten slotte heel recent de appendix bij de Consultation Paper waarin de situatie in een aantal landen, waaronder Duitsland en Frankrijk, wordt besproken, a.w. (hiervóór noot 3).

16. Prosser and Keeton on Torts, 1984, p. 361, stellen: 'Mental disturbance is easily simulated, and courts which are plagued with fraudulent personal injury claims may be unwilling to open the door to an even more dubious field'. Optimistischer daarentegen zijn Mullany and Handford, a.w. (hiervóór noot 3). In de Consultation Paper (1995), a.w. (hiervóór noot 3), wordt dit probleem besproken in de par. 47-

alone'). Zo werden afgewezen de vordering van een moeder aan wie door het ziekenhuis de verkeerde baby was meegegeven, en die van een slachtoffer dat psychisch letsel had opgelopen als gevolg van een mondvul glas, evenwel zonder zich daadwerkelijk te snijden.²⁷ Voor twee groepen van gevallen wordt een ruimer beleid gevoerd: fouten bij het verspreiden van berichten, met name in gevallen waarbij ten onrechte iemands dood werd aangezegd; en gevallen waarin onzorgvuldig met het lichaam van overledenen werd omgegaan, zoals het lopen over lijken (sic!) en het geval waarin de lijkstijdens het transport van de dode openviel.²⁸ Dat deze twee groepen van gevallen met minder terughoudendheid worden benaderd, schrijft Prosser toe aan 'an especial likelihood of genuine and serious mental distress, arising from the special circumstances, which serves as a guarantee that the claim is not spurious.'²⁹ Ook naar *Duits* recht geldt als hoofdregel '... dass der Ersatzberechtigte so hingenommen werden musste, wie er ist...'. Dat geldt zowel voor lichamelijke als voor psychische predisposities. Wel eist de Duitse rechter 'ein Minimum an physischer oder psychischer Widerstandskraft'. Als dat ontbreekt wordt de vordering afgewezen.³⁰ We komen daarop terug.

Naar *Nederlands* recht komt zowel lichamenlijk als geestelijk letsel voor vergoeding in aanmerking. Daaraan doet niet af dat het geestelijk letsel mede te wijten is aan de persoonlijke gesteldheid (gepredisponeerdheid) van het slachtoffer. Bijzondere, de benadeelde persoonlijk betreffende, omstandigheden doorbreken het causale verband niet.³¹ Wel is het vaste rechtspraak dat een eventuele predispositie van de benadeelde in aanmerking moet worden genomen bij de begroting van de schade en de daarvoor toe te kennen vergoeding, omdat lichamenlijke of geestelijke afwijkingen een verhoogde kans op bepaald letsel meebrengen. Of dat evenwel tot sterke verlagingen zal leiden, wordt betwijfeld.³²

Wordt psychische schade ook vergoed als de normschending niet gepaard is gegaan met lichamenlijk letsel of 'impact'? In de Nederlandse rechtspraak ging het bijna steeds om 'fysieke normschendingen'. Maar er zijn uitzonderingen, zoals in de zaak *Nuts/Hofman*³³ waarin een werknemer psychisch letsel opliep mede als gevolg van de bejegening door zijn werkgever. In dat geval werd niet geëist dat de psychische schade het gevolg was van een fysieke inbreuk. Dat lijkt ons terecht.³⁴ Met de geleidelijke erkenning van psychisch letsel als een even serieuze vorm van letsel als lichamenlijk letsel, is er geen reden beide verschillend te behandelen. Heel duidelijk is de Engelse auteur Munkman erover:

■ 'Where a neurosis claim arises out of an accident, there has usually been some physical injury or at least shock which would be actionable in any case, and neurosis supervenes afterwards; or else the accident aggravates an existing neurotic state. But there seems no reason why an action should not lie for causing neurosis alone in the absence of injury or shock (if such a thing is possible). A recognisable illness is something more than the unhappy or painful thoughts which, as already indicated, are not in themselves a subject of compensation.'³⁵ ■

Wel kan naar ons oordeel de vraag of de normschending al dan niet met een fysieke inbreuk gepaard is gegaan, een rol spelen bij het bepalen van de ernst en de mate van het psychische letsel. Maar zij hoort, zeker in gevallen van een 'primary victim', geen voorwaarde te zijn. Wel kan het zo zijn – het Australische duo Mullany and Handford wijst daarop – dat het verschil tussen lichamenlijk en psychisch letsel tot uitdrukking komt in de omvang van de toe te wijzen schade (zie hierna nr. 7).³⁶

Carel Stolker is directeur van de Onderzoekschool i.o. van de Juridische Faculteit van de RU Leiden.

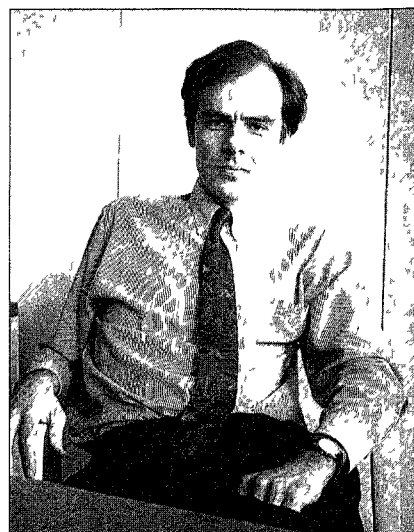


Foto Roelof Kauffmann

David I. Levine is verbonden aan de University of California, Hastings School of Law.



Als het gaat om zaken waarin de schade voortvloeit uit de angst ziek te worden, komen de hiervoor genoemde reserves tegen vergoeding van psychische schade terug. Afhankelijk van de aard van de gevreesde ziekte, spelen sterk het gevaar van simulatie, de (eventuele) tijdelijkheid van het letsel, het moeilijk vaststellen van de duur van het geestelijke letsel en het verband met de schade, en ook het floodgate-gevaar. Het verwondert dan ook niet dat juist in dit soort gevallen naar aanvullende eisen wordt gezocht. We bespreken nu eerst de angst voor een HIV-besmetting. In nr. 10 bespreken we de angst voor andere ziekten.

4. De angst-voor-AIDS-vordering

Wie door het gedrag van een ander de kans loopt HIV-besmet te zijn geraakt, zal allicht psychisch aangeslagen zijn. Pas na verloop van tijd zal blijken of het slachtoffer daadwerkelijk is besmet. De periode die daarmee heen kan gaan, bedraagt minimaal zes maanden. Gedurende die tijd zal het slachtoffer in angst leven, in doodsangst misschien. Blijkt de test positief voor het virus, dan is de patient besmet en er is geen twijfel aan dat de materiele en immateriele schade die de patient *vanaf dat moment* lijdt voor vergoeding in aanmerking komt. Geldt dat ook voor de materiele en immateriele schade die is geleden in die onzekere periode tussen het moment van *besmetting* en de positieve *uitslag* van de test? Een bevestigend antwoord ligt voor de hand: de wanprestatie of onrechtmatige

daad bestaat in het blootstellen van een ander – het slachtoffer – aan besmetting. Het lichamelijke en psychische lijden dat daarvan het gevolg is, valt onder de reikwijdte van de wet. Dat zou, althans wat de *immateriele* schade betreft, anders zijn als de besmetting min of meer toevallig werd ontdekt, bijvoorbeeld omdat betrokkene ter verkrijging van een levensverzekering een AIDS-test onderging. Als dan blijkt dat hij HIV-positief is, is er geen reden de dader ook over de periode voorafgaande aan de test aansprakelijk te houden. Het is over die periode eenvoudigweg geen smart geleden. Blijft over het geval dat een slachtoffer *na* een periode van angst en onzekerheid te horen krijgt dat hij niet is besmet. Heeft hij dan niettemin recht op schadevergoeding voor de doodsangst die hij in die periode heeft uitgestaan? De gunstige uitslag van de test is natuurlijk prachtig, maar men onderschattet het inmiddels uitgestane leed en de gevolgen daarvan niet. Typerend is de zaak van John Marchica, werkzaam bij de Amerikaanse spoorwegen.³⁷ Bij het opruimen van wat rotzooi in een schacht, bleek er plotseling een gebruikte drugsnaald in zijn hand te staan. Collega's van Marchica hadden bloed gezien, maar de werkgever bagatelliseerde de angst van zijn werknemer, de bewuste naald werd door de werkgever zelfs zonder nader onderzoek weggegooid. Op doktersadvies onderging Marchica toch maar een HIV-test, en daarna nog twee. Hij begon steeds moeilijker te slapen, had nachtmerries, raakte vaak geïrriteerd en verloor veel gewicht. Zijn vrouw en zijn collega's troffen hem meermalen huilend en brakend aan. Na twee jaar werd definitief vastgesteld dat Marchica niet was

49 'although many psychiatric illnesses cannot be substantiated by 'physical' tests (such as blood tests), a number of psychological tests now exist which can help to ascertain whether the plaintiff has faked or exaggerated psychological symptoms and whether he or she is a credible informant. These tests also distinguish long standing character problems and dysfunctions from illness or injury or sudden onset. The tests are objective and are often given and scored by computer' (at p. 55). Ten slotte houdt de Britse Rosalind L. J. het erop dat '[m]ore open acknowledgement of the realities of [psychiatric] diagnosis could prevent 'judicial equivocation' and 'half splitting'', in *Nervous shock: Before the Aftermath*, [1993] Cambridge L.J., p. 204-06. Zie over simulatie de bijdrage van Birkett, a.w. 1995 (hiervoor noot 3), p. 21 e.v.

16. *Page v Smith* [1995] 2 All ER 736, 753-54 (citaat van Lord Browne-Wilkinson).

17. In de nabije toekomst zouden we wellicht onderzoek kunnen doen naar het verschijnsel van 'claims phobia' bij rechter. Zie ook Sir Thomas Bingham MR in zijn voorwoord bij *Mullany and Handford*, a.w. (hiervoor noot 3), (p. vii): 'Underlying the cases has been the judges' concern that unless the limits of liability are tightly drawn the courts will be inundated with a flood of claims by plaintiffs ever more distant from the scene of the original mishap. So fine distinctions have been drawn and strict lines of demarcation established.' Zie voorts zijn dissent in *M v Newham LBC* [1994] 2 WLR 554, 573. De Consultation Paper, a.w. (hiervoor noot 3), besprekt zijn

opvatting in par. 2.6 en 2.7. Zie voor het befaamde 'floodgates argument' par. 4.2.4.6, waar met name wordt besproken de situatie dat een groot aantal claims voortvloeit uit eenzelfde gebeurtenis. Zie de Engelse zaak *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1992] 1 AC 310, [1991] 4 All ER 907, HL, in een stadion kwam een groot aantal toeschouwers door verstikking om het leven. Nabe staanden die in het stadion, maar ook op de televisie de ramp hadden zien gebeuren, claimden schadevergoeding. Dit scenario (een gebeurtenis, maar vele slachtoffers) zal zich voor wat betreft de in dit artikel besproken angstzaken niet zo gauw voordoen.

18. *Mullany and Handford*, a.w. (hiervoor noot 3), p. 10. Zij wijzen er met name op dat Engeland en Australië nog minder terughoudend zijn geweest ('open up the gates of liability'). Zie voor een recent Engels voorbeeld *Page v Smith*, [1995] 2 All ER 736. Zie voorts voor een analyse van de terughoudendheid van rechters om vergoedingen van psychische schade toe te wijzen, gezien vanuit een feministisch perspectief: Martha Chamallas and Linda K. Kerber, 'Women, Mothers, and the Law of Flight: A History', 88 Mich. L. Rev. p. 814 (1990).

19. Zie *Page v Smith*, [1995] 2 All ER 736, [1995] 2 WLR 644. Zie voor de stelling dat het aansprakelijkheidsrecht 'should not equate thin skins and thin skulls', Tony Weir, *Book Review*, [1993] Cambridge L.J. 520 at 521.

20. Prosser and Keeton p. 362-364.

21. Aan dat vereiste is ook voldaan als het slachtoffer de 'impact', op een haar na ontloopt. Prosser and Keeton p. 362 e.v.

22. De eerste keer dat deze test werd gehanteerd is waarschijnlijk geweest in *Duhen v White & Sons*, [1901] 2 KB 669.

23. De meest bekende toepassing van deze regel vond waarschijnlijk plaats door het Californische Supreme Court in *Dillon v Legg*, 441 P.2d 912, 69 Cal. Rpt. 72 (1968).

24. Zie voor een heel belangrijk voorbeeld *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police*, [1992] 1 AC 310, [1991] 4 All ER 907, HL. Zie voorts het gehele rapport van de Law Commission, a.w. (hiervoor noot 3), en K.J. Nasir 'Nervous Shock and Alcock: The Judicial Buck Stops Here', [1992] The Modern Law Review, p. 705-713. Kritisch over *Alcock* is Steve Hedley, 'Nervous Shock - The Common Law Moves in a Mysterious Way (Again)', [1991] Cambridge L.J., p. 229-231.

25. Prosser and Keeton p. 364 over de oorsprong van deze test.

26. Voor Amerika, zie bijvoorbeeld *Rodrigues v State*, 52 Hawaii 156, 472 P.2d 509 (1970). Voor Engeland zie *Page v Smith*, [1995] 2 All ER 736, [1995] 2 WLR 644 (het slachtoffer was de 'primary victim' van gedaagdes handelen).

27. Rechtspraak ondermeer bij Prosser and Keeton, a.w. p. 361.

28. A.w. 1984, p. 362. Vergelijk voor een Nederlands geval Rb. Haarlem 3 mei 1994, A&V 1994, p. 160 e.v. (m.n. J.S.).

29. A.w., p. 361.

30. Zie voor rechtspraak *Heimann I. ange, Schadensersatz*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1990, p. 132 en 141 e.v.

31. Zie het rechtspraakoverzicht in de losbladdige *Schadevergoeding* (Bolt), art. 6:107, aant. 19.

besmet met het HIV. Maar het leed was daarmee niet over: Marchica's psychiater verklaarde dat zijn patiënt waarschijnlijk de rest van zijn leven zou lijden aan een 'post traumatic stress disorder'.

'Fear of AIDS or HIV-suits' zijn in de Amerikaanse rechtspraak tamelijk gewoon geworden, maar de rechters worstelen met de materie. De uitspraken verschillen sterk van elkaar. In nr. 5 geven we een aantal wegen aan waarop vooral Amerikaanse rechters het vraagstuk benaderen. In nr. 6 en 7 geven we ons eigen oordeel.

5. Moet de angst 'redelijk' zijn te noemen?

Over één ding zijn alle Amerikaanse rechters het eens. De vordering van het slachtoffer wordt afgewezen als zijn angst geen redelijke grond heeft. Men spreekt van het vereiste van 'overall reasonableness of the distress'. We noemen het geval van een begrafenisondernemer die het lichaam van een HIV-positieve dode had afgelegd. Omdat de man bang was geworden besmet te zijn geraakt, vorderde hij schadevergoeding. De rechter wees de vordering af omdat het ondenkbaar was hoe de betrokken aflegger besmet zou kunnen zijn geraakt.³⁸ In een ander geval werd de vordering van een chirurg die een besmette patiënt had geopereerd afgewezen, ook omdat er geen enkele mogelijkheid was waarop besmetting kon hebben plaatsgevonden.³⁹ Andere gevallen blijken lastiger, bijvoorbeeld wanneer de angst van het slachtoffer weliswaar niet gebaseerd is op enige medisch-wetenschappelijke kennis, maar men die angst toch niet volslagen onredelijk kan noemen. De discussie spitst zich veelal toe op de vraag aan welke voorwaarden het slachtoffer moet voldoen om recht te hebben op vergoeding van zijn schade. Grofweg kan men in de Amerikaanse rechtspraak twee benaderingen onderscheiden: *actual exposure* versus *general reasonableness*. De eerste benadering stelt als voorwaarde dat het slachtoffer daadwerkelijk aan HIV moet zijn blootgesteld; de tweede beschouwt 'actual exposure' weliswaar als een nuttig gezichtspunt (met name in gevallen waarin er geen sprake is van lichamelijk letsel), maar wenst haar toch niet als harde eis te stellen.

Met die laatste, meer soepele benadering, beginnen we. Om vast te stellen of eiser redelijke grond heeft voor zijn angst, plegen Amerikaanse rechters na te gaan wat 'a reasonable person' behoort te weten van HIV en AIDS. Toen een schoonmaker in een ziekenhuis zich prikte aan een onzorgvuldig weggegooid naald, oordeelde de rechtbank dat de angst voor besmetting 'reasonable' was gegeven 'the massive informational campaign waged by federal, state and local health officials' terzake van risico van besmetting door het gemeenschappelijk gebruik van naalden.⁴⁰ Deze twee criteria (hoe luidt de medisch-wetenschappelijke kennis en wat behoort een redelijk denkend mens te weten) vallen niet altijd samen. Als het om HIV gaat, wijken ook de opvattingen van verstandige mensen vaak af van wat wetenschappelijk vaststaat. Een voorbeeld is het geval waarin de ene mens de ander bijt: ofschoon het voor deskundigen vaststaat dat HIV niet kan worden overgebracht via het speeksel, kan de angst besmet te zijn toch redelijk zijn. In ten minste één geval wees de rechter zo'n vordering toe.⁴¹ Een ander voorbeeld zijn – mogelijk – de vorderingen die worden ingesteld tegen HIV-positieve chirurgen, ofschoon er geen gevallen bekend zijn van besmettingen van een patiënt door zijn chirurg.⁴²

De 'actual exposure'-benadering daarentegen is strenger. Rechters die deze benadering aanhangen, eisen dat het slachtoffer

werkelijk is blootgesteld aan HIV ('actual exposure').⁴³ Het enkele feit dat het slachtoffer zich bijvoorbeeld aan een naald prikte die door een medewerker van het ziekenhuis op onzorgvuldige wijze was weggegooid, is voor hen onvoldoende voor het toekennen van schadevergoeding;⁴⁴ zelfs als het slachtoffer kon aantonen dat er op de desbetreffende afdeling HIV-besmette patiënten werden behandeld.⁴⁵ In deze beide gevallen moest de vordering tot schadevergoeding stranden, omdat eiser niet kon aantonen dat deze specifieke naald met het virus besmet was.

De moeilijkheid met het 'actual exposure'-vereiste is, dat het voor het slachtoffer nauwelijks mogelijk is aan te tonen dat hij is blootgesteld aan het virus. In de zaak *Doe v. Surgicare of Joliet, Inc.*⁴⁶ had een anesthesie-assistent zich aan een naald geprikt, waarna hij diezelfde naald had gebruikt om een operatiepatiënte onder narcose te brengen. Daarop verzocht de directeur van het ziekenhuis de assistent een HIV-test te ondergaan, maar dat weigerde hij. En toen patiënte wilde weten wie die betrokken assistent was, weigerde de directeur haar zijn naam mee te delen. De vordering tegen het ziekenhuis werd vervolgens afgewezen:

■ 'If a suit for damages is based solely upon plaintiff's fear of acquiring AIDS, but there is no allegation of an actual exposure to the virus, a legally compensable claim cannot be recognized. We agree ... that without such an allegation, plaintiffs claim is simply too speculative to be cognizable as a matter of law. Recovery in this situation should be based on the likelihood of contracting AIDS, not the fear that it could have happened, but did not.'⁴⁷ ■

Hier ziet men een cumulatie van vereisten. Niet alleen 'actual exposure', maar ook 'likelihood of developing AIDS'.⁴⁸ De meest strenge variant vindt men in de zogenaamde *Potter*-test. Het ging om een recente uitspraak van het Supreme Court van California waarin niet HIV centraal stond, maar de blootstelling aan kankerverwekkende stoffen:

■ 'in the absence of a present physical injury ... damages for fear of cancer may be recovered only if ... the plaintiff is exposed ... and ... the plaintiff's fear stems from a knowledge, corroborated by reliable medical or scientific opinion, that it is *more likely than not* that the plaintiff will develop the cancer in the future due to the toxic exposure.'⁴⁹ ■

Tot zover de verschillende benaderingen die men in de Amerikaanse rechtspraak tegenkomt.

6. Ons oordeel over de angst – voor – AIDS-vorderingen

Naar ons oordeel is de 'actual exposure'-benadering, en zeker de 'more likely than not'-benadering uit de *Potter*-test, te streng. Angstvorderingen zouden op dezelfde manier moeten worden benaderd als iedere andere vordering, dat wil zeggen door gebruik te maken van de gewone regels voor aansprakelijkheid. De rechter zou moeten nagaan of er in concreto sprake is van een normschending jegens iemand met wiens belangen hij rekening had moeten houden ('the foreseeable plaintiff'), of er sprake is van schade en van causaal verband.⁵⁰ Zo vinden we de uitspraak van het Supreme Court van Maryland in *Faya v. Almaraz* een voorbeeld van die verstandige benadering, ofschoon zij, we geven het toe, althans in de VS

een minderheidsopvatting is ⁵¹ Een vrouw verweet haar chirurg dat hij haar ten onrechte niet had gewaarschuwd voor zijn HIV-positieve status. Het hof benadrukte in zijn uitspraak dat, ofschoon de kans op besmetting van arts naar patient heel gering is, de gevolgen desastueus zouden zijn ⁵² Het wees strenge tests (zoals de exposure-test af) omdat ze tot onbillijke resultaten zouden leiden, vooral omdat de vrouw in een heel lastige bewijslastpositie zou komen te verkeren. Wel bekeek het hof nauwkeurig hoe serieus het letsel van de vrouw was. In feite koos het Supreme Court als uitgangspunt dat 'the tortfeasor takes the victim as he finds him'. En de persoon van het slachtoffer zal niet altijd samenvallen met de 'reasonable person'. Niettemin, zodra aan de standaardvereisten voor onrechtmatigheid is voldaan, zo oordeelde rechter in *Faya*, bestaat er in beginsel een recht op volledige schadevergoeding. De benadering in *Faya* komt overeen met die van de Nederlandse Hoge Raad in de renteneurose-arresten. Henderson, student en lid van de steelband, valt tijdens het carnaval op Aruba van een praalwagen af. In de verwarring krijgt hij ten gevolge van een misverstand, maar in elk geval onrechtmatig, enkele klappen met een wapenstok uitgedeeld door Gibbs, onderinspecteur van politie. Het slachtoffer ontwikkelt een zogenaamde renteneurose (een ziekelijke behoefte aan schadevergoeding). Deze renteneurose wordt in de psychiatrie als een serieuze neurose beschouwd. De Hoge Raad wijst de vordering van Henderson toe.

■ 'Bij een onrechtmatige daad die bestaat uit het toebrengen van letsel zullen de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie op die daad in het algemeen als een gevolg van de onrechtmatige daad aan de dader moeten worden toegerekend, ook al houdt die reactie mede verband met de neurotische behoefte van het slachtoffer een vergoeding te krijgen en ook al zijn die gevolgen daardoor ernstiger en langer van duur dan in de normale lijn der verwachtingen ligt.' ⁵³ ■

Nieuwenhuis wijst er in zijn noot nog eens op dat een echte renteneurose leidt tot een echte, niet gesimuleerde, arbeidsongeschiktheid. Zo min als het slachtoffer met een uitzonderlijk broos gebeente daarvan een verwijt valt te maken, kan de renteneuroticus het helpen dat hij behept is met een onbewuste, en dus niet verwijtbare, behoefte aan schadevergoeding. Dat is ook het oordeel van de Hoge Raad. En als dat zo is, dan is het de vraag of niet ook het slachtoffer met zijn angst voor AIDS recht heeft op schadevergoeding, materieel en immaterieel. Of overschrijden we hier een grens die niet overschreden moeten worden?

7. Waar ligt de grens?

Het is niet voor niets dat rechters in een aantal landen enige aarzeling tonen bij het al dan niet toekennen van schadevergoe-

32. Vgl. Mon. Nieuw BW B 37 (Bouman/Van Wassenae), p. 64 e.v.
33. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667.
34. Hierbij verdient nog opmerking dat gevallen van belediging doorgaans een kwestie zullen zijn van *immateriele* schade en dus zullen worden afgehandeld aan de hand van art. 6:106.
35. John Munkman, *Damages for Personal Injuries and Death*, Butterworths 1993, p. 128. Ook de Law Commission (Consultation Paper (1995), a.w. (hiervoor noot 3), par. 2.4) maakt duidelijk dat het slachtoffer moet lijden aan een 'recognised psychiatric illness' dat, in elk geval voorzover hij een 'secondary victim' is, 'shock induced' moet zijn, niet voldoende is dus 'just transitory fear and anxiety'. Zie ten slotte Lord Browne-Wilkinson (verwijzend naar de Consultation Paper) in *Page v. Smith* [1995] 2 All ER 736, [1995] 2 WLR 644. Het slachtoffer zag zijn vordering toegewezen voor de psychische schade die hij had geleden als gevolg van een auto-ongeluk, ofschoon hij daarbij geen lichamelijke schade had opgelopen. Voor diegenen die rechtstreeks door een normschending worden getroffen (de 'primary victim of an accident'), zou het criterium moeten zijn of de lers redelijkerwijze had kunnen voorzien dat hij het slachtoffer zou blootstellen aan letsel, hetzij van fysieke aard, hetzij van psychische aard.
36. Mullany and Handford, a.w. (hiervoor noot 3), p. 312. "[d]ifferences in the strengths of various types of claims can be reflected in the quantum of damages awarded rather than leading to the automatic exclusion of some actions." Zie evenwel Tony Weir, *Book Review*, [1993] Cambridge I J p. 520 e.v.
37. *Marchia v. Long Island R.R.*, 31 F.3d 1197

(2d Cir. 1994), cert. denied, 63 U.S.L.W. 3371 (1995).
38. *Funeral Services by Gregory, Inc. v. Bluefield Community Hospital*, 413 S.E.2d 79 (W. Va. 1991).
39. *Ordway v. County of Suffolk*, 583 N.Y.S.2d 1014 (Sup. Ct. 1992).
40. *Castro v. New York Life Insurance Company*, 588 N.Y.S.2d 695, 697 (Sup. Ct. 1991).
41. *Johnson v. West Virginia University Hospitals*, 413 S.E.2d 889 (W. Va. 1991).
42. Afgewezen in *Kerins v. Hartley*, 33 Cal. Rpt. 2d 172 (Cal. App. 1994), omdat er op de arts geen verplichting rust zijn patienten te informeren over zijn sero-positieve status. In dit geval zou - aldus patiente - zij de betrokken arts overigens vooraf gevraagd hebben naar zijn gezondheid waarbij zij van haar angst voor AIDS had laten weten. "How is your health?" Dr. Gordon adviseerde her that he went to a gym regularly and jogged every morning. He did not mention the possibility that he was infected with HIV or AIDS. Deze discussie kwam overigens niet vast te staan.
43. Een verijstend voorbeeld (we gaven het al) biedt *K.A.C. v. Benson*, 527 N.W.2d 553 (Minnesota 1995), een patiente werd tot twee maal toe onderzocht door een HIV-positieve gynecoloog met open zweien op zijn handen en zijn onderarmen (hij droeg wel handschoenen). De vordering werd evenwel afgewezen nu de vrouw niet het bewijs kon leveren dat zij was blootgesteld aan besmet bloed of aan besmette lichaamsvloeistoffen van de arts.
44. *Carroll v. Sisters of Saint Francis Health Services*, 868 S.W.2d 585, 594 (Tenn. 1993).
45. *Burk v. Sage Products, Inc.*, 747 F. Supp. 285 (E.D. Pa. 1990).
46. 1994 WL 461796 (Ill. App. 1994).

47. In een dissenting opinion oordeelde een van de rechters dat de actual exposure regel niet behoort te gelden in gevallen waarin gedaagde het voor eiser onmogelijk maakt om daadwerkelijke blootstelling te bewijzen. Wij delen die opvatting en wat ons betreft betekent dat, dat de arts of het ziekenhuis waarin een prik-accident voorvalt, meteen zelf behoort te laten nagaan of de naald mogelijk besmet was met het virus. Is dat niet gebeurd en valt inmiddels niet meer na te gaan of het slachtoffer is blootgesteld aan het virus, dan behoort dat voor risico van gedragde te zijn.
48. Zie in gelijke zin *Petri v. Bank of New York Co.*, 153 Misc.2d 426, 582 N.Y.S.2d 608 (Sup. Ct. 1992) waarin het slachtoffer gemeenschap had gehad met een HIV-besmette persoon, afgewezen, zie nader nr. 8.
49. *Potter v. Firestone Tire & Rubber Co.*, 6 Cal.4th 965, 997 (1993), onze cursivering.
50. Wij delen de (voorlopige) opvatting van de Engelse Law Commission dat ook in de toekomst aansprakelijkheid moet blijven bestaan voor onrechtmatig gedrag leidend tot psychische schade, ook voorzover die schade niet valt toe te schrijven aan fysiek letsel (Consultation Paper (1995), a.w. (hiervoor voetnoot 3), par. 5.3).
51. 329 Md. 435, 620 A.2d 327 (1993). Dezelfde benadering vindt men in de dissenting opinion in *K.A.C. v. Benson*, 527 N.W.2d 553 (Minn. 1995), zo ook het oordeel in *Chizmar v. Mackie*, 896 P.2d 196 (Alaska 1995).
52. De rechter overwoog ook dat het officiële beleid van de American Medical Association luidt dat HIV-besmette nitsen direct over openheid zouden moeten betrouwen en ook geen verichtingen zouden moeten uitvoeren met

ding bij psychisch letsel. De aard van het letsel brengt dat met zich mee. De Engelse Lord Macmillan zag dat al in 1943: '...in the case of mental shock there are elements of greater subtlety than in the case of an ordinary physical injury and those elements may give rise to debate as to the precise scope of legal liability.'⁵⁴

Zo'n grens bereiken we wellicht in het zojuist opgevoerde slachtoffer dat – zij het volstrekt ten onrechte – gedurende enige tijd werkelijk meent dat hij HIV-besmet is. Stel eens dat Henderson geen renteneurose had ontwikkeld, maar een inten-

Hoe men het ook wendt of keert, het valt te verwachten dat juristen in de toekomst steeds vaker een beroep op psychiaters en psychologen zullen gaan doen.

se angst voor HIV-besmetting, en dat hij vergoeding vordert van de daaruit voortvloeiende psychische schade. Objectief is het volslagen onmogelijk dat iemand door de klap van een ander besmet raakt. Naar vaste Amerikaanse jurisprudentie zou Henderson geen recht hebben op de schadevergoeding die voortvloeit uit zijn 'AIDS-phobia'. Maar toch, is niet het uitgangspunt dat 'the tortfeasor takes the victim as he finds him'? Ongetwijfeld hebben we hier te maken met een gepredispo-neerd slachtoffer, maar dat is op zichzelf geen reden de vordering af te wijzen. Wie de Nederlandse Hoge Raad in het gegeven renteneurose-arrest volgt, zou kunnen concluderen tot toewijzing van de vordering; het gaat immers ook hier om een onrechtmatige daad waarbij (psychisch) letsel is toegebracht. Ondenkbaar is toewijzing naar Nederlands recht daarom niet. Wel zal, en dat geldt in dit geval eens te meer, moeten vaststaan dat de AIDS-phobia serieus is, en voorts dat zij, althans mede, voortvloeit uit de normschending van de dader.⁵⁵ Of bereiken we hier dan toch een grens?

Wie toewijzing hier te ver vindt gaan, zou mogelijk kunnen kiezen voor de Duitse benadering waarin als bodemvereiste geldt 'ein Minimum an psychischer Widerstandskraft'. De Duitse auteur Lange zegt het zo:

■ 'Die erwähnte Regel, dass der Ersatzberechtigte so hingenommen werden müsse, wie er ist, führt zu Schwierigkeiten, wenn es dem Opfer an einem Minimum an physischer oder psychischer Widerstandskraft gebricht.'⁵⁶ ■

Het is zeer wel verdedigbaar dat, waar besmetting praktisch en theoretisch is uitgesloten, de predispositie van het slachtoffer kennelijk zo intens is en daarmee zijn psychische weerstand zo laag, dat de schade als gevolg van de AIDS-phobia niet meer kan worden toegerekend aan de dader. Daaraan valt nog toe te voegen dat in Duitsland scherp wordt gelet op de causaliteit tussen de normschending en de neurose. Zo kan het zijn dat de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust een soort van

kristallisatiepunt is voor psychische schade die vroeg of laat toch wel zou zijn ontstaan.⁵⁷ Het is in feite het klassieke verschil tussen *propter hoc* en *post hoc*. Langs deze weg kan naar ons oordeel inderdaad enige terughoudendheid worden bereikt waar het gaat om het toewijzen van dit soort vorderingen. Anderzijds zal het voor psychiaters erg lastig zijn uit te maken of zij in een concreet geval van doen hebben met een post- of een *propter*-geval. Om althans enig houvast te krijgen, zouden wij in gevallen van angstvorderingen kiezen voor een gematigde 'general reasonableness'-benadering. De regel zou luiden dat er voldoende grond is voor angst in die gevallen, waarin er sprake is van letsel waardoor een mogelijk virus in beginsel in contact kan komen met lichaamsvloeistoffen van het slachtoffer (men denke met name aan bloed-bloed- en bloed-spermacontacten). Die regel zou gelden ook al is de kans nog zo klein; dus ook bij zuivere prikaccidenten. Het lijkt in die gevallen redelijk om gedaagde te belasten met het bewijs dat er geen sprake kan zijn van besmetting.

In gevallen waarin van enig relevant contact van lichaamsvloeistoffen geen sprake is, bijvoorbeeld omdat eiser een naald alleen maar heeft aangeraakt – denk aan de zaak van de begrafenisondernemer die een HIV-positieve dode had afgelegd – dient de vordering te worden afgewezen. Datzelfde moet ons inziens gelden voor vorderingen die worden ingesteld tegen HIV-positieve chirurgen, terwijl er geen gevallen bekend zijn van besmettingen van een patiënt door zijn chirurg. Zou de rechter in dit soort gevallen toch schadevergoeding toewijzen, dan werkt de rechter in feite mee aan het doen ontstaan van AIDS-phobia en zou ook de 'unreasonable man' gesterkt worden in zijn opvatting. Overigens zal in dit soort gevallen de vordering vaak kunnen worden afgewezen omdat er geen normschending heeft plaatsgehad. Zo is de arts, nemen wij aan, in het algemeen niet gehouden zijn patiënt te informeren over het feit dat hij HIV-besmet is.

Er is nog een andere, minder vergaande beperking van de aansprakelijkheid mogelijk waar het gaat om predisposities. Zo heeft de Nederlandse Hoge Raad in zijn renteneurose-arresten laten weten dat juist die persoonlijke predisposities van het slachtoffer en de daaruit in het algemeen voortvloeiende risico's voor het ontstaan van (psychische) klachten, een factor kunnen vormen waarmee rekening valt te houden bij de begroting van de schade.⁵⁸ Zo constateren Mullany en Handford bijvoorbeeld dat de schadevergoedingsbedragen voor psychisch letsel in het algemeen – *mutatis mutandis* – wat lager lijken uit te komen dan de vergoedingen voor lichamelijk letsel, ofschoon 'it is easier to fake or magnify a bad back than a psychiatrically imbalanced mind'.⁵⁹

Er is nog een andere grens. Soms zal het zo zijn dat eiser pas zoveel later achter (bijvoorbeeld) het prikaccident komt, dat een AIDS-test 'eenvoudig' uitsluitel kan geven. In dat geval is er geen reden smartegeld toe te wijzen over de periode *vanaf* het accident.⁶⁰ Want wie zijn leed niet kent, lijdt niet en kent geen smart. Er kan wel reden voor toewijzing zijn voor het leed over de periode tussen de *ontdekking* van de mogelijke besmetting en de *uitslag* van de test. Weliswaar zal een eerste test de angst niet altijd volledig wegnemen (en zijn de tests bovendien niet helemaal 100% betrouwbaar), maar op een gegeven moment moet toch ook het slachtoffer het erop houden dat hij niet besmet is. Zo werd in *Faya* geoordeeld dat er geen recht op schadevergoeding bestaat 'beyond the window of anxiety'. De meeste Amerikaanse rechters komen tot datzelfde resultaat. Toch kan in zeldzame gevallen de schade ontstaan ook *voorbij* die 'window of anxiety', want 'the tortfeasor takes the victim as he finds him'. Hier hangt weer veel af van de

omstandigheden van het geval. Zo kwam bij Marchica, de spoorwagmedewerker van zojuist, vast te staan dat de angst gedurende die vrij korte periode tussen ontdekking en uitslag zo intens was geweest, dat hij daaraan voor de rest van zijn leven ernstige lichamelijke en geestelijke klachten zou overhouden. In dat geval kan de schade oplopen 'beyond the window of anxiety'.⁶¹ Het renteneurose-arrest indachtig, zou deze schade ook naar Nederlands recht voor vergoeding in aanmerking komen.⁶²

Voorts zal steeds zorgvuldig moeten worden vastgesteld of er wel sprake is van een normschending. Zo niet, dan behoort de schadevergoedingsvordering reeds op die grond te worden afgewezen.⁶³ Hier ligt een voor de hand liggende, maar belangrijke grens aan de aansprakelijkheid.

Verder kan eigen schuld bij het slachtoffer een beperkende invloed op het schadevergoedingsbedrag uitoefenen. Bijvoorbeeld in die gevallen waarin het slachtoffer beter had moeten weten of, in de gegeven omstandigheden, ook zelf voorzichtiger had moeten zijn door zich bijvoorbeeld niet in te laten met onbeschermd sex.⁶⁴

Van blijvend belang is ten slotte een zo precies mogelijk onderzoek naar de ernst van het psychisch letsel. Het mag niet 'louder' verdriet of onbehagen zijn.⁶⁵ Het moet om werkelijk psychisch letsel gaan; hoe moeilijk dat voor psychiaters vaak ook zal zijn vast te stellen. J.B. Bakker, psychiater, heeft op het LSA-congres van 1995 laten weten dat 'bij de juridische behandeling van letselschade ... de psychiater een bescheiden rol (speelt)'.⁶⁶ De advocaat Theeuwissen heeft anderzijds in een belangwekkend stuk beschreven hoe belangrijk de rol van de letselschade-advocaat in dit opzicht kan zijn. Zo bepleit hij het slachtoffer zijn 'levenslijn' te laten beschrijven: treedt er bij een harmonieuze, evenwichtige levenslijn een plotselinge knik op, gaat iemand die functioneerde disfunctioneren, klopt de problematiek van het slachtoffer niet met de levenslijn waarin hij zat, maar wel met de aard van de gebeurtenis, dan is dat een serieuze indicatie voor causaal verband tussen gebeurtenis en klachten, aldus Theeuwissen.⁶⁷ Hoe men het ook wendt of keert, het valt te verwachten dat juristen in de toekomst steeds vaker een beroep op psychiaters en psychologen zullen gaan doen.

8. Opzettelijk angst aanjagen

Soms wordt de angst voor AIDS als wapen gebruikt. Zo komt het bij arrestaties wel voor dat verdachten zich verweren door te dreigen met besmetting, door spugen en bijten.⁶⁸ Ook bewaarders in gevangenissen hebben daarmee te maken.⁶⁹ Voorts denke men aan gevallen waarin seropositieven of AIDS-ziekten met opzet zoveel mogelijk anderen willen besmetten. Illustratief is het geval van een met *herpes* besmette vrouw: 'When I first got it, I wanted to pass it on to everyone for vengeance until everyone had it and it became normal.'⁷⁰ En in Ierland waarschuwde onlangs een priester zijn parochianen ervoor dat een van hen doelbewust probeerde zoveel mogelijk anderen te besmetten door onbeschermd sex.⁷¹ Daar waar de dreiging met HIV serieus is bedoeld, is een geslaagde schadevergoedingsvordering naar Nederlands recht heel goed denkbaar – zelfs wellicht als medisch gezien besmetting onrealistisch is, zoals bij spugen. Artikel 6:106 lid 1 onder a biedt het slachtoffer de mogelijkheid van *smartegeld* indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel (dat wil zeggen: smart) toe te brengen. Anders gezegd, in die gevallen waarin het gedrag van de laedens is gericht op het toebrengen van smart, kan men aan de redelijkheid van angst wat minder strenge eisen stellen.

Amerikaanse rechters lijken op dit punt evenwel terughoudender. Een nogal extreem voorbeeld vindt men in *Johnson v. W. Va. University Hospitals*, waarin een HIV-besmette patiënt eerst zichzelf bijt en vervolgens met het bloed in de mond een politiemans bijt. De politiemans testte negatief. Hij kreeg zijn psychische schade wel vergoed, maar alleen omdat er sprake was van 'physical injury'.⁷²

9. Partnerbesmetting

In de VS is er een aantal zaken geweest waarin de ene echtgenoot/partner de andere aansprakelijk stelde vanwege overspel en de daaruit voortvloeiende angst op besmetting. Anders dan in de gevallen die tot nog toe passeerden, is er in zo'n geval vaak geen sprake van bijkomend fysiek letsel, ofschoon de

→ een aanmerkelijk risico van HIV-overdracht zonder de patiënt te informeren.

53. HR 8 febr. 1985, NJ 1986, 137 en 136 (noot CJHB); AA 1985, 417 (noot Nieuwenhuis).

54. *Bourhill v. Young* [1943] A.C. 92, 103.

55. This result would be in line with the House of Lords' ruling in *Page v. Smith*, which allowed a plaintiff with a predisposition for an unusual psychiatric illness to bring a claim based on defendant's negligent driving having caused the illness to return.

56. Lange, a.w. 1990, p. 132.

57. Zie verder het overzicht in The International Encyclopedia of Comparative Law, Volume IX Torts part 1, 7-185; en Lange, a.w. 1990, p. 141.

58. Zie in dit verband de bijdrage van T. Hartlief, *Bundel Bijzonder Letsel*, a.w. 1995 (hiervóór noot 3), p. 27 e.v.

59. Mullany and Handford, a.w. (hiervóór noot 3), p. 310.

60. *Carrol v. Sisters of Saint Francis*, 868 S.W.2d 585 (Tenn. 1993).

61. *Marchica v. Long Island R.R.*, 31 F.3d 1197 (2d Cir. 1994, cert. denied, 115 S.Ct. 727 (1995)).

62. HR 8 febr. 1985, NJ 1986, 137. Wel kan eventueel van het slachtoffer worden gevergd dat hij zich onder medisch/psychiatrische behandeling stelt; vergelijk ook de Restatement (Second) of Torts (1979), par. 918.

63. Zie C.J.J.M. Stolker, *Wrongful Life: the Limits of Liability and Beyond*, The International and Comparative Law Quarterly 1994, p. 535 en 536. Ook Lange, a.w. p. 132, geeft er de voorkeur aan gevallen van sterke gepre-disponeerdheid in eerste instantie te lijf te gaan met een zorgvuldige beoordeling van de vermeende normschending.

64. Zie daarover het recente artikel van Katherine A. Kelly, *The Assumption of Risk Defense and the Sexual Transmission of AIDS: A Proposal for the Application of Comparative Knowledge* 143 University of Pennsylvania Law Review 1995, p. 1121 e.v.

65. Vlg. HR 13 jan. 1995, RvdW 1995, 29; geestelijk letsel als gevolg van een uiteindelijk vernietigde beslaglegging door de fiscus. De

Hoge Raad deelde het oordeel van het hof dat er in dat soort situaties wel vaker 'sprake zal zijn van meer of minder sterk psychisch onbehagen, van zich gekwetst voelen', maar dat valt nog niet samen met geestelijk letsel.

66. A.w. 1995 (hiervóór noot 3), p. 25.

67. J.G. Theeuwissen, *Bundel Psychisch Letsel*, a.w. 1995 (hiervóór noot 3), p. 72.

68. *Syring v. Tucker*, 498 N.W.2d 370 (Wisconsin 1993), maatschappelijk werker wordt gebeten bij een poging een ruzie te beëindigen.

69. *Doe v. Burgos*, 638 N.E.2d 701 (Illinois App. 1994), gevangene bijt bewaarder.

70. Genoemd in W. Donnell, *Cal. W.L.Rev.* 1983, p. 64-65 met verwijzing naar *Time* van 12 aug. 1982, p. 62.

71. James F. Clarity, *Priest's Tale in Ireland Stirring Furor About AIDS*, *New York Times*, 14 sept. 1995, p. A4.

72. 413 S.E.2d 889 (W.Va.1991). Voor andere voorbeelden van opzettelijk bijten en spugen: *Syring v. Tucker*, 498 N.W.2d 370 (Wis. 1993) en *Johnetta J. v. Municipal Court*, 267 Cal. Rptr. 666 (Cal. App. 1990).

angst besmet te zijn heel reëel kan zijn. In de strenge 'actual exposure'-benadering kan de vordering van het slachtoffer vrij gemakkelijk worden afgewezen. Zo vorderde in *Neal v. Neal* een vrouw schadevergoeding van haar (ex-)man, omdat zij vreesde voor een HIV-besmetting als gevolg van diens buitenechtelijke relatie. Maar haar vordering werd afgewezen: er is alleen recht op schadevergoeding als de angst besmet te zijn 'reasonable' is, en 'there can be no reasonable fear ... absent proof of actual exposure'.⁷³ Daarentegen is het in de 'reasonableness'-benadering lastiger de vordering af te wijzen. Want men kan niet volhouden dat de angst van de vrouw in kwestie onredelijk is, zeker niet als men denkt aan de permanente 'veilig vrijen'-campagnes.

Een bijkomende moeilijkheid met dit soort vorderingen zou kunnen zijn dat zij rond een echtscheiding spelen. Ze kunnen dus gemakkelijk als wapen worden ingezet bij de afwikkeling van een echtscheiding. De overspelige partner kan onder dreiging van een aansprakelijkheidsvordering onder druk gezet worden in te stemmen met een ongunstige financiële- of omgangsregeling. Zo moest een rechtbank in New York in de zaak *Doe v. Doe* oordelen over de vordering van een vrouw die haar ex-partner in rechte aansprak omdat hij gedurende het huwelijk een homoseksuele verhouding had onderhouden. Maar de vrouw kon niet aantonen dat zij of haar man of diens partner besmet waren, en daarop overwoog de rechter dat als de vordering wel zou worden toegewezen 'any party to a matrimonial action who alleged adultery would ... have a separate tort ... for 'AIDS-phobia''.⁷⁴ Het zou niet goed zijn als angst-voor-AIDS-claim in feite zou gaan werken als een straf op enkele ontrouw.

Nu ging het in *Neal* en in *Doe* nog om gevallen waarin de angstige echtgenoten niet veel meer deden dan stellen dat hun mannen tijdens het huwelijk een buitenechtelijke relatie hadden gehad. Maar het beeld verschuift wellicht wanneer de vrouw aannemelijk weet te maken dat de ander onbeschermd sex had met iemand die HIV-positief was en vervolgens weer met haar. In dat geval ligt vergoeding van haar schade onzes inziens meer voor de hand.⁷⁵

Zou hetzelfde gelden als mocht blijken dat de man een prostituee bezocht, of als de man een intraveneuze drugsspuiter is (geweest), in beide gevallen zonder het vooraf te zeggen? Aanhangers van het 'actual exposure'-vereiste, zullen oordelen dat de angstige partner moet aantonen dat haar man een besmette prostituee heeft bezocht, of besmette naalden heeft gebruikt. Dat bewijs valt niet of nauwelijks te leveren. Zou hier hetzelfde moeten gelden als zojuist: dat het aan gedaagde is om aan te tonen dat eiser niet blootgesteld is geweest aan het virus? Zo mogelijk zal dat bewijs nog moeilijker te leveren zijn dan in gevallen waarin een ziekenhuispatiënt door een prikaccident werd getroffen.

Het zijn lastige vragen, in theorie maar zeker ook in het concrete geval. Afgezien van de vraag naar de redelijkheid van de angst, is het steeds nog maar de vraag of er ook werkelijk onrechtmatig is gehandeld. In dit artikel hebben we onrechtmatigheid steeds veronderstellenderwijs aangenomen (zie onder 2). Hier willen we daar nog iets over zeggen. Waar het gaat om een gedaagde die ooit met gebruikte naalden intraveneus spoot, kennen wij geen aarzeling: het bewijsrisico behoort bij hem te liggen. Naar ons voorzichtige oordeel kan de angstvordering ook worden toegewezen in geval komt vast te staan dat de (ex-)partner frequent prostituees bezocht of clubs voor anonieme sex. Daarentegen lijkt het enkele feit dat de partner frequent wisselende contacten heeft gehad met relaties die niet afkomstig zijn uit risicogroepen ons te weinig om tot aanspra-

kelijkheid te komen.

Het lijkt ons niet wenselijk in dit soort gevallen vaste regels (bijvoorbeeld in de zin van een 'exposure'-test) vast te stellen. Veeleer zal een verstandige toepassing van de gewone aansprakelijkheidsregels baat geven. Bovendien is in Nederland (anders dan de VS) op het vlak van AIDS steeds een betrekkelijk rustig en weinig emotioneel geladen beleid gevoerd. Het stellen van schuldvragen past daarin nauwelijks. De Nederlandse onderzoekers De Vroom en Kester hebben er op gewezen dat in het Nederlandse overheidsbeleid nimmer is gepoogd het AIDS-probleem te juridificeren of te criminaliseren door het binnen het strafrecht te trekken.⁷⁶ Daarin onderscheidt het zich van vele andere landen:⁷⁷ risicobeheersing door dwang zou, in het geval van AIDS, slechts heel beperkt mogelijk zijn. Meer dan op het verwijtbare is men in Nederland gericht geweest op het vermijdbare en het lijkt ons daarom waarschijnlijk dat deze 'cultuur' dempend zal werken op eventuele *civielrechtelijke* 'dwang' door individuele burgers jegens elkaar. In zoverre is een vloedgolf van vorderingen van de ene partner jegens de andere niet werkelijk te verwachten.

Eén ding staat naar ons oordeel wel vast. Waar iemand weet dat hij HIV-positief is, maar dat zijn partner niet meedeelt, ligt een schadevergoedingsvordering voor toewijzing gereed. Dat was het geval in de zaak *J.B. v. Bohonovski*, waar een federale Amerikaanse rechter overwoog dat 'a person who knows that he or she has AIDS (or is HIV-positive, cs/dl) and ... conceals that knowledge from a sexual partner ... should be liable ...'.⁷⁸

11. Andere angsten

Tot zover ging het om angst voor HIV-besmetting. Maar er zijn natuurlijk veel meer gevallen denkbaar waarin slachtoffers psychische schade lijden als gevolg van de angst dat zij ziek zullen worden. Denk aan gevallen waarin iemand is blootgesteld aan giftige stoffen, aan asbest of aan radio-actieve straling. Of aan weer iets heel nieuws, namelijk electro-magnetische velden (EMF): Amerika kent al een aantal angstvorderingen ingesteld tegen nutsbedrijven vanwege de angst voor ziekte als gevolg van deze elektromagnetische velden. In een aantal recente zaken grondde benadeelde *huiseigenaren* hun vordering op twee stellingen. Naast de inmiddels bekende vordering op grond van de eigen angst voor kanker of een andere aandoening veroorzaakt door EMF, voerden eisers ook aan dat de angst van het publiek in het algemeen (hoezeer wellicht ook irrationeel) ten aanzien van de beweerde (en verre van bewezen) gevaren van EMF de marktwaarde van hun huis had doen kelderen. In tenminste een geval wees de rechter die vordering toe; maar afgewezen werd de vordering terzake van hun eigen *psychisch* lijden nu zij geen door EMF veroorzaakt lichamelijk letsel konden aantonen.⁷⁹ Een nadere uitwerking van dit type – en andere: de 'gekke koeienziekte'? – vorderingen maakt dit artikel te lang. Daarom volstaan we op dit moment ermee te bepleiten dat voor al deze vorderingen de gewone voorwaarden voor aansprakelijkheid beslissend moeten zijn. Eisers zullen, even afgezien van gevallen van risico-aansprakelijkheid, moeten aantonen dat de beklaagde zijn zorgplicht heeft verzaakt tegenover een slachtoffer op wiens aanwezigheid hij bedacht had moeten zijn. Zo zal het in gevallen zoals de EMF-vorderingen, zelfs in het licht van de huidige stand van de wetenschap, heel moeilijk te bewijzen zal zijn dat nutsbedrijven of overheden daadwerkelijk onrechtmatig handelden. Per ziekte kan het tijdsverloop tussen blootstelling en het begin van de ziekte verschillen. In zaken waar eisers HIV-negatief

zijn, beperken de huidige onderzoeksmethoden de periode van angstig afwachten tot een periode van maximaal zes maanden. Nu het onwaarschijnlijk is dat de rechtszaak aanvangt voordat de eiser de definitieve onderzoeksresultaten kent, zal de feiten-rechter in staat zijn om, in bijna iedere zaak, het totale bewijs van het slachtoffer ten aanzien van het emotionele lijden te beoordelen. Dat ligt anders voor gevallen van angst voor asbestziekten en kanker, omdat die zaken voor de rechtbank kunnen komen zonder enige zekerheid dat de eiser redelijkerwijze niet langer het gevaar loopt om de ziekte te ontwikkelen. In dergelijke zaken rust op de rechter de moeilijke taak te oordelen over vergoeding voor de angst voor een ziekte die zich pas over vele jaren zal openbaren; *als* de ziekte zich al openbaart. Het is begrijpelijk dat rechters hiervoor terugdeinzen en dat zij, zoals in *Potter*, criteria proberen te stellen die hun taak vergemakkelijken. Rechters zouden dan voor een wat andere aanpak kunnen kiezen.

Wij stellen voor dat in angstzaken waar het tijdsverloop een probleem is, rechters niet overgaan tot de toekenning van een som geld ineens. Liever stellen wij een aanpak voor van periodieke psychiatrische controle. De begroting van nog niet ingetreden schade kan door de rechter gedeeltelijk worden uitgesteld. Hij kan gedaagde ook veroordelen tot periodieke vergoedingen. Er zullen immers tal van gevallen zijn waarin de angst voor een bepaalde ziekte in de loop van de tijd (sterk) zal afnemen. Stel het geval van een tijdelijke vergiftiging van het drinkwater in een gemeente. Velen zijn daarbij betrokken en ernstig bezorgd voor hun gezondheid. Maar nog afgezien van het feit dat louter 'bezorgdheid' nog niet tot een geslaagde angstvordering zal leiden, is het ook heel wel te verwachten dat eventuele daadwerkelijke angst bij sommige slachtoffers in de loop van de tijd zal afnemen. Zij zullen niet bij de pakken willen neerzitten.⁸⁰ Alleen diegenen die werkelijk duurzaam blijken te lijden aan buitengewone psychische gevolgen, zoals Marchica of Henderson, zullen in staat zijn aan te tonen dat hun angst nog steeds bestaat. En zelfs van zulke buitengewone eisers als deze twee kan worden verlangd dat zij hun schade beperken: door steeds de hulp te blijven zoeken van deskundigen uit de geestelijke gezondheidszorg.

Wij pleiten dus voor een aanpak van periodieke uitkeringen, gebaseerd op een psychiatrische 'monitoring' van het voortdurende karakter van het letsel. Zo kan aan de behoefte van ernstig gekwetsten worden voldaan, zonder dat dit tot onbeheersbare gevolgen voor mogelijke gedaagden en hun verzekeraars hoeft te leiden. Het Nederlandse BW voorziet in zo'n aanpak met artikel 6:105: de begroting van nog niet ingetreden schade kan door de rechter geheel of gedeeltelijk worden uitgesteld (lid 1). Voorzover de rechter de schuldenaar veroordeelt tot het betalen van periodiek uit te keren bedragen, kan hij bepalen dat deze veroordeling kan worden gewijzigd indien zich na de uitspraak omstandigheden voordoen die voor de omvang van de vergoedingsplicht van belang zijn en met de mogelijkheid van het intreden waarvan bij de vaststelling van de bedragen geen rekening is gehouden (lid 2). Deze benadering past in de lijn

van de renteneurose-arresten van de Nederlandse Hoge Raad, waar immers werd overwogen dat van het slachtoffer kan worden verlangd dat hij van zijn kant alles in het werk stelt om tot een herstelproces bij te dragen.

12. Conclusie

Wij menen dat rechters angstzaken – voor AIDS, maar ook voor andere aandoeningen – zouden moeten behandelen zoals alle andere vorderingen uit onrechtmatige daad of wanprestatie. Wat dat betreft verkiezen we de schaarse Nederlandse rechtspraak boven de Amerikaanse met haar voortdurende zoeken naar *hard and fast rules* in de vorm van tests. De rechter zou moeten nagaan of er een schending is van een zorgplicht ten aanzien van een voorzienbaar slachtoffer en of deze eiser daardoor werkelijk schade als gevolg van het psychisch letsel heeft geleden. Zolang elk van de gebruikelijke voorwaarden voor aansprakelijkheid serieus wordt getoetst, is het niet waarschijnlijk dat met dit type claims alle remmen losgaan. Dat geldt met name ook voor de mate van psychische schade: een slachtoffer zal steeds aannemelijk moeten maken dat hij werkelijk psychische schade heeft geleden. Dat zal, aldus Mullany en Handford, lang niet altijd eenvoudig zijn: 'the mind is a remarkably resilient piece of machinery and it is only in the minority of individuals that actual psychiatric damage going beyond the typical emotional reactions experienced when confronted with stressors will be sustained'.⁸¹ Voor een vloedgolf van vorderingen hoeft daarom niet werkelijk gevreesd te worden.

Een zekere terughoudendheid kan bovendien worden gerealiseerd door, conform oude Duitse rechtspraak, 'ein Minimum an psychischer Widerstandskraft' te eisen. Voorts lijkt het bij angstvorderingen geraden dat de rechter de door ons voorgestelde psychiatrische controle gebruikt, daar waar periodieke uitkeringen mogelijk zijn. De rol van de psychiater in aansprakelijkheidszaken zal ongetwijfeld toenemen. Toch menen wij dat de schijnbaar nieuwe angstvorderingen die we hier besproken hebben niet wezenlijk afwijken van andere aansprakelijkheidsvorderingen. De rechters zouden er goed aan doen zich te houden aan de vaste regels van het aansprakelijkheidsrecht. Er bestaat geen behoefte aan het scheppen van gekunstelde criteria zoals dat in de VS veelvuldig gebeurt. Die blijken maar weinig extra zekerheid te bieden: in feite vragen ze om een voortdurende aanpassing. □

73. *Neal v. Neal*, 873 P.2d 871 (Idaho 1994).

74. *Doe v. Doe*, 519 N.Y.S.2d 595 (Sup. Ct. 1987).

75. Aldus dan ook *Tischler v. Demenna*, 609 N.Y.S.2d 1002 (N.Y. Sup. Ct. 1994).

76. Zie uitvoerig B. de Vroom en C.C.M. Kester, AIDS en beheersing van risicogedrag, in Sturing in de risicomaatschappij (N.J.H. Huls

red.), Zwolle 1992, p. 163 e.v.

77. Bert de Vroom, Aids, Nationale patronen van organisationele respons, in: Het organisatorisch labirint (Jacques van Doorn e.a. red.) Aula 1993, p. 183 e.v.

78. 835 F.Supp. 796 (D.N.J. 1993).

79. *Criscuolo v. Power Authority of New York*, 621 N.E.2d 1195 (N.Y. Ct.App. 1993),

alwaar ook andere rechtspraak is te vinden.

80. Mullany en Handford, a.w. (hiervóór noot 3), p. 313.

81. Mullany en Handford, a.w. (hiervóór noot 3), p. 312.