

AV&S 2022/23

Affectieschade bij blijvend en ernstig letsel: annotatie bij Hoge Raad 30 november 2021

Mr. J.G. Keizer, datum 16-05-2022

Datum	16-05-2022
Auteur	Mr. J.G. Keizer ^[1]
JCDI	JCDI:ADS648273:1
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht (V)

Wanneer kan een naaste aanspraak maken op vergoeding van affectieschade wegens ernstig en blijvend letsel van de direct gekwetste? In zijn arrest van 30 november 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1750) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het antwoord op die vraag in belangrijke mate afhangt van de mate van de blijvende functiestoornis van de gekwetste, waarbij bij een stoornis van 70% in ieder geval gesproken kan worden van ernstig en blijvend letsel. In situaties waarbij dat percentage niet wordt gehaald, kan niettemin vergoeding van affectieschade aangewezen zijn als het letsel en de gevolgen daarvan tot een blijvende ingrijpende ommezwaai in het leven van de gekwetste en naaste nopen. De rechter zal dat oordeel dan wel begrijpelijk moeten motiveren.

1. Inleiding

Tot 1 januari 2019 kon alleen het direct gekwetste letselschadeslachtoffer smartengeld vorderen.^[2] Sinds de invoering van de Wet Affectieschade bestaat die mogelijkheid ook voor de onder artikel 6:107 lid 2 BW en 6:108 lid 4 BW genoemde naasten, indien en voor zover bij de direct gekwetste sprake is van ernstig en blijvend letsel (artikel 6:107 lid 1 sub b BW), dan wel de direct gekwetste is overleden (artikel 6:108 lid 3 BW). In zijn arrest van 30 november 2021 heeft de Hoge Raad in navolging van de wetgever duidelijk gemaakt dat onder het begrip ernstig en blijvend letsel alleen gevallen van een zeer bijzondere ernst van het letsel, dan wel bijzonder ernstige gevolgen van (ernstig) letsel zijn te scharen. Bovendien moet voor toewijzing van affectieschade voldoende vaststaan dat het ernstige letsel of de gevolgen van ernstig letsel blijvend zullen zijn. In onderstaande annotatie zal ik eerst de casus en de uitspraken van de rechtbank en het gerechtshof bespreken die aanleiding vormden tot het arrest. Vervolgens wordt het arrest besproken en van commentaar voorzien, waarbij zal worden ingegaan op de betekenis daarvan voor de rechtspraak. Toegelicht zal worden dat met het arrest van 30 november 2021 aan de rechtsontwikkeling ten aanzien van het begrip ernstig en blijvend letsel nog geen einde is gekomen, en dat de positie van ouders van ernstig misbruikte kinderen heroverweging verdient.

2. Casus

Verdachte is veroordeeld voor poging tot doodslag omdat hij op 13 juni 2019 diens 25-jarige slachtoffer met een golfstick op het hoofd heeft geslagen. Het slachtoffer heeft hierdoor een impressiefractuur van de schedel opgelopen, waarbij enkele botfragmenten operatief moesten worden verwijderd. Uit een rapport van een

geraadpleegde psychiater, die het slachtoffer op 15 november 2019 (5 maanden na het incident) heeft onderzocht, blijkt dat het slachtoffer als gevolg van de mishandeling een hersentrauma heeft opgelopen, met als gevolg geheugenproblemen, concentratieproblemen, vermoeidheid en prikkelbaarheid. De psychiater concludeert dat sprake is van cognitieve schade bij een hersentrauma en een lichte depressie, en “ *volgens de AMA richtlijn is er sprake van 15-2% stoornis.*” De psychiater merkt verder op dat het belangrijk is dat nog een uitgebreide analyse plaatsvindt van de cognitieve stoornissen middels een neuropsychologisch onderzoek, omdat dit een basis kan zijn voor een re-integratietraject. Het slachtoffer blijkt tijdens de behandeling in hoger beroep net weer 2 maanden aan het werk te zijn als heftruckchauffeur. In de periode daarvoor is hij volledig arbeidsongeschiktheid geweest en is hij gedurende 8 maanden bedlegerig geweest en verzorgd door zijn levensgezel. Als benadeelde partij in het strafproces vordert deze naaste vergoeding van affectieschade.

3. Oordeel rechtbank en gerechtshof

De rechtbank heeft de naaste van de direct gekwetste in haar vordering tot vergoeding van affectieschade niet-ontvankelijk verklaard, omdat de vraag of sprake is van blijvend ernstig letsel bij de direct gekwetste nog niet beantwoord kon worden, en (medisch) onderzoek zou vergen. Dergelijk onderzoek zou tot een onevenredige belasting van de strafrechtelijke procedure leiden. De rechtbank overwoog daarom dat de naaste haar vordering tot vergoeding van affectieschade bij de burgerlijke rechter moest indienen.^[3]

Het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 24 juli 2020 is niet gepubliceerd, maar de strekking en belangrijkste overwegingen uit het arrest zijn wel opgenomen in het arrest van de Hoge Raad van 30 november 2021 en de conclusie van A-G Paridaens.^[4] Namens de benadeelde is in hoger beroep aangevoerd dat met het in de wetsgeschiedenis genoemde percentage functionele invaliditeit van 70% de lat veel te hoog wordt gelegd, omdat dan (bijna) niemand vergoeding van affectieschade kan ontvangen. Gelet op alle ellende die de direct gekwetste en zijn naaste hebben meegemaakt, zou de naaste volgens haar raadsman wel degelijk recht op vergoeding van affectieschade hebben. De raadvrouw van de verdachte heeft naar voren gebracht dat een functieverlies van 15-29% weliswaar niet kan worden afgedaan als niet ernstig of niet indringend, maar dat daarmee nog geen sprake is van zodanig ernstig letsel als door de wetgever bedoeld. Zij heeft verder aangevoerd dat de direct gekwetste zichzelf nog kan onderhouden, en kan rondlopen, bewegen en praten, waardoor geen sprake is van de in de wetsgeschiedenis genoemde voorbeelden waarin het voor de direct gekwetste en diens naaste praktisch niet meer mogelijk is om een normaal leven te leiden.

Het gerechtshof is van oordeel dat de vraag of bij de direct gekwetste sprake is van ernstig en blijvend letsel wel bevestigend kan worden beantwoord. Volgens het hof is komen vast te staan dat de direct gekwetste ernstig gewond is geraakt, omdat hij een impressiefractuur van de schedel heeft opgelopen, waardoor operatief ingrijpen noodzakelijk was. Hoewel er vlot herstel volgde en er 4 dagen na het incident neurologisch geen stoornissen meer werden gezien, staat volgens het hof wel vast dat de direct gekwetste lange tijd niet in staat is geweest te werken. Dat hij wegens financiële beperkingen geen revalidatiebehandeling heeft gehad en kort voor de behandeling in hoger beroep op eigen initiatief weer is gaan werken, doet volgens het hof niet af aan het oordeel dat bij de direct gekwetste sprake is van ernstig en blijvend letsel. Dat sprake is van ernstig en blijvend letsel volgt volgens het hof eveneens uit de rapportage van de geraadpleegde psychiater, waaruit blijkt dat de direct gekwetste een hersentrauma heeft opgelopen met geheugenproblemen, concentratieproblemen, vermoeidheid en prikkelbaarheid.

4. Oordeel Hoge Raad

Ter inleiding op zijn oordeel in cassatie citeert de Hoge Raad uitvoerig uit de wetsgeschiedenis, waarbij het volgens de wetgever voor zich spreekt dat niet iedere verwonding recht behoort te geven op vergoeding van affectieschade. Daarom is gekozen voor een formulering die tot uitdrukking brengt dat het letsel van de direct gekwetste ernstig en blijvend moet zijn. In situaties waarin sprake is van ernstig en blijvend letsel is het immers het blijvende karakter daarvan dat er voor zorgt dat naasten van de direct gekwetste gedurende langere tijd op

indringende wijze met de ingrijpende gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis voor zowel henzelf als voor de direct gekwetste worden geconfronteerd. Om te kunnen spreken van blijvend ernstig letsel moet het vooruitzicht ontbreken dat de letselgevolgen na verloop van tijd in die mate verminderen dat niet langer kan worden gesproken van ernstig letsel.^[5] Dat sprake is van ernstig en blijvend letsel zal moeten worden aangetoond door degene die vergoeding van affectieschade vordert. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat bij een blijvende functiestoornis van 70% of meer sprake zal zijn van ernstig en blijvend letsel. Met dit hoge percentage wordt tot uitdrukking gebracht dat alleen in uitzonderlijke gevallen een recht op vergoeding van affectieschade aan de orde kan zijn, en daarmee wordt ook een evenwicht gevonden tussen individuele rechtvaardigheid en hanteerbaarheid van de regeling. Het percentage functiestoornis van 70% is echter niet in alle gevallen doorslaggevend, het is een indicatie die de regeling kleurt.^[6] De achterliggende gedachte achter het wetsvoorstel is gelegen in de wenselijkheid van juridische en maatschappelijke erkenning van het feit dat ernstig en blijvend letsel niet alleen zeer ingrijpend is voor de direct gekwetste, maar ook voor zijn naasten, aan wie door toekenning van een vergoeding van affectieschade dan ook genoegdoening wordt verschaft. Dat betekent dat naast de functiestoornis ook de invloed die het letsel heeft op het leven van de direct gekwetste en diens naaste kan worden meegewogen bij de beoordeling of recht op vergoeding van affectieschade bestaat. Daarvan kan sprake zijn als het letsel van de directe gekwetste ook zal nopen tot een ingrijpende ommezwaai in het leven van de naaste.^[7] De rechter kan in situaties waarin het percentage functieverlies van 70% niet gehaald worden rekening houden met de geobjectiveerde omstandigheden, en naast het functieverlies ook de invloed die het letsel op het leven van de gekwetste en diens naaste meewegen.^[8] Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als het letsel en de gevolgen daarvan een verlies of ernstige verstoring van de mogelijkheid van wezenlijk persoonlijk contact tussen het slachtoffer en diens naaste met zich meebrengen.^[9] Het is aan de rechter om die individuele omstandigheden van het geval te beoordelen.^[10]

De Hoge Raad overweegt na de uiteenzetting van de wetsgeschiedenis dat het antwoord op de vraag of een naaste aanspraak kan maken op vergoeding van affectieschade in belangrijke mate afhangt van de mate van de blijvende functiestoornis van de direct gekwetste, waarbij het in de wetsgeschiedenis genoemde percentage functieverlies van 70% richtinggevend is, omdat sprake moet zijn van een zeer bijzondere ernst van het letsel. Bij een percentage functieverlies van 70% kan ieder geval gesproken worden van blijvend en ernstig letsel. In het bijzonder in die gevallen waarin dat percentage niet gehaald wordt, kan de rechter volgens de Hoge Raad ook anderszins de invloed van het letsel op het leven van de gekwetste en de naaste betrekken bij zijn beoordeling of een naaste recht heeft op vergoeding van affectieschade. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 20 juli 2020 geen vaststellingen over de blijvende functiestoornis van de direct gekwetste en/of de blijvende invloed van dat letsel op diens leven en dat van zijn naaste heeft gedaan. In het licht van de onderbouwing van de vordering door de benadeelde partij, het rapport van de geraadpleegde psychiater en het namens verdachte gevoerde verweer, is het oordeel van het hof dat niettemin sprake is van ernstig en blijvend letsel volgens de Hoge Raad “niet zonder meer begrijpelijk”, ook al niet omdat het hof geen nadere vaststellingen heeft gedaan over de al dan niet blijvende aard van het letsel. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, maar uitsluitend wat betreft de beslissing op de vordering benadeelde partij en de oplegging van de schadevergoedingsmaatregel.

5. Commentaar

Gelet op de door de Hoge Raad uitvoerig geciteerde wetsgeschiedenis is het om meerdere redenen weinig verrassend dat het oordeel van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden door de Hoge Raad wordt vernietigd. Uit de wetsgeschiedenis volgt immers dat alleen bij uitzonderlijk ernstig letsel recht bestaat op vergoeding van affectieschade, waarbij het percentage functiestoornis van 70% richtinggevend is, terwijl het hof niet heeft vastgesteld van welk percentage functiestoornis bij de direct gekwetste nu sprake was, en in de stukken “vooralsnog” werd gesproken van een functieverlies van 15-25%. Het hof had evenmin vastgesteld dat het letsel van de direct gekwetste had geleid tot een ingrijpende ommezwaai in het leven van hem en zijn naaste, terwijl de direct gekwetste inmiddels weer aan het werk was, en ook in staat was zichzelf te verzorgen. Van een ingrijpende ommezwaai in het leven van de direct gekwetste en dienst naast zoals bedoeld door de wetgever was dan ook geen sprake. Ten slotte moet vaststaan dat het ernstig letsel blijvend van aard is, en

dat aldus het vooruitzicht ontbreekt dat de letselgevolgen na verloop van tijd zodanig verminderen dat niet langer gesproken kan worden van ernstig letsel. Het hof had ook hierover geen vaststellingen gedaan, terwijl de geraadpleegde psychiater had gerapporteerd dat (verdere) re-integratie nog mogelijk was. Het In het licht van dit alles en zonder de ernst van de gevolgen van de mishandeling van de direct gekwetste te willen bagatelliseren, was het oordeel van het hof dat desondanks gesproken kon worden van zodanig ernstig en blijvend letsel dat de naaste recht had op vergoeding van affectieschade inderdaad niet zonder meer begrijpelijk.

De Hoge Raad bevestigt aldus dat als bij de direct gekwetste sprake is van een percentage functionele invaliditeit van 70%, er reeds van uit kan worden gegaan dat daardoor ook het leven van de naaste dramatisch is veranderd.^[11] Hoewel in de literatuur wel kritiek is geuit op dit in de wetsgeschiedenis genoemde percentage, omdat het zodanig hoog zou zijn dat daaraan in de praktijk maar zelden wordt voldaan^[12], beschouwt de Hoge Raad dit percentage ook als richtinggevend, omdat “een zeer bijzondere ernst van letsel” is vereist. Ik kan mij daarin vanuit het door de wetgever genoemde vereiste evenwicht tussen individuele rechtvaardigheid en hanteerbaarheid van de wettelijke regeling *voorlopig* wel vinden, temeer omdat het genoemde percentage niet in alle situaties beslissend is, en artikel 6:107 lid 3 BW de mogelijkheid openhoudt dat bij amvb regels worden gesteld waarmee nader kan worden bepaald wanneer letsel als ernstig en blijvend in de zin van artikel 6:107 lid 1 sub b BW kan worden aangemerkt. Hiervan zou gebruik gemaakt kunnen worden als in de praktijk inderdaad blijkt dat te incidenteel recht op vergoeding van affectieschade bestaat, en verlaging van het percentage ook niet tot (financiële) onbeheersbaarheid van de regeling zal leiden. Het ook door de Hoge Raad genoemde percentage functiestoornis van 70% is zoals gesteld bovendien niet beslissend. Immers, in situaties waarbij het percentage functiestoornis van 70% niet wordt gehaald, kan gelet op de invloed van het letsel op het leven van de gekwetste en de naaste toch recht bestaan op vergoeding van affectieschade. Hoewel de Hoge Raad dat in zijn uitspraak niet uitwerkt, zal daarbij vooral gedacht kunnen worden aan de in de wetsgeschiedenis genoemde voorbeelden, zoals:^[13]

- Ernstige karakter- en gedragsveranderingen, het verlies van het vermogen tot spreken, ernstige afasie, ernstige aantasting van de geheugenfuncties of algeheel functieverlies van zintuigen;
- Letsels die leiden tot een ernstige verstoring van de mogelijkheid om lichamelijk contact te hebben, zoals derdegraadsbrandwonden;
- Letsels die ertoe leiden dat de gekwetste volledig of nagenoeg volledig afhankelijk wordt van intensieve hulp en zorg, waardoor de mogelijkheid van het onderhouden van een privéleven ernstig wordt verstoord.

Vastgesteld moet worden dat het ernstige letsel van de direct gekwetste ook noopt tot een ingrijpende ommezwaai in het leven van de naaste.^[14]

De Hoge Raad benadrukt in zijn arrest van 30 november 2021 voorts dat de naaste niet alleen voldoende aannemelijk moet maken dat sprake is van ernstig letsel of ernstige gevolgen van dat letsel op het leven van de direct gekwetste en de naaste, maar ook dat het letsel of de ernstige gevolgen daarvan blijvend zijn. Het vooruitzicht dat de letselgevolgen na verloop van tijd verminderen moet ontbreken, hetgeen uit de medische informatie of bijvoorbeeld een deskundigenbericht moet blijken.^[15] Met name in de voegingspraktijk kan dit knellen, omdat lang niet altijd al gesproken kan worden van een medische eindsituatie als de strafzaak dient, terwijl bij opzettelijke veroorzaakt ernstig letsel voeging in de strafzaak vaak de enige reële mogelijkheid is om de schade ook daadwerkelijk vergoed te krijgen.^[16]

Uit het arrest van de Hoge Raad volgt ten slotte dat de benadeelde moet bewijzen dat sprake is van ernstig en blijvend letsel, en dat de rechter zijn oordeel dat recht bestaat op vergoeding van affectieschade deugdelijk en begrijpelijk moet motiveren. In haar vonnis van 11 januari 2022 verklaarde de Rechtbank Midden-Nederland de benadeelde partij, met uitdrukkelijke verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 30 november 2021, niet-ontvankelijk in haar vordering tot vergoeding van affectieschade, omdat niet aan de hand van de medische informatie of een deskundigenbericht kon worden vastgesteld dat sprake was van een blijvende functiestoornis van 70% of meer, en ook over de impact van het letsel van de direct gekwetste op het leven van de naaste te weinig was aangevoerd.^[17] Het arrest van de Hoge Raad van 30 november 2021 heeft voor de praktijk nog

eens duidelijk gemaakt dat een partij die vergoeding van affectieschade vordert dus goed beslagen ten ijs zal moeten komen. Als dan nog geen sprake is van een medische eindsituatie, zal de naaste voldoende aannemelijk moeten maken dat niet te verwachten is dat een zodanig herstel zal optreden dat niet meer gesproken kan worden een functiestoornis van minder dan 70%, dan wel dat van een blijvende ingrijpende ommezwaai in het leven van de direct gekwetste en de naaste geen sprake meer zal zijn.

6. Ruimte voor rechtsontwikkeling

6.1 Ernstige gevolgen van het letsel op het (samen)leven van de direct gekwetste en diens naaste

Met name de restcategorie van situaties waarbinnen geen sprake is van een functionele invaliditeit van 70% of meer, maar wel van ernstige gevolgen van het letsel op het leven van de direct gekwetste en de naaste, zal nog wel aanleiding blijven geven tot verdere rechtspraak en rechtsontwikkeling. De wetgever heeft de rechter hierbij ook bewust enige ruimte willen laten.^[18] In dit soort situaties zal het ernstige letsel van de directe gekwetste ook moeten nopen tot een ingrijpende ommezwaai in het leven van de naaste. De wetgever heeft zoals hierboven gesteld zelf al enkele voorbeelden genoemd van situaties waarin daarvan sprake zal kunnen zijn. Ik verwacht dat die genoemde voorbeelden in de rechtspraak dan ook niet tot al te veel hoofdbreken aanleiding zullen geven, en dat de rechter in die situaties ook daadwerkelijk vergoeding van affectieschade zal toewijzen.

Ik zou mij kunnen voorstellen dat ook letsel bestaande uit een algeheel verlies van seksuele vermogens of het verlies van de mogelijkheid tot voortplanting onder het bereik van artikel 6:107 lid 1 sub b BW kunnen vallen, omdat de gevolgen van dergelijk letsel ook diep en blijvend zullen ingrijpen op het leven van direct gekwetste en diens naaste en het letsel het voor hen dan bijvoorbeeld onmogelijk kan maken om een gezinsleven te hebben (artikel 8 EVRM).

6.2 Relevantie bestendigheid van de relatie

Volgens de wetgever komt bij affectieschade wegens ernstig en blijvend letsel ook betekenis toe aan de bestendigheid van de relatie in de toekomst, en de invloed die de aansprakelijke gebeurtenis op die relatie heeft. Bij relaties die dan spoedig na die gebeurtenis worden beëindigd zou vergoeding van affectieschade dan niet passend zijn, omdat dan geen sprake meer is van een ingrijpende ommezwaai in het leven van de naaste.^[19] Dit uitgangspunt lijkt mij niet zonder meer juist, ook al omdat daarin een zeker moreel oordeel valt te lezen over relaties die na een aansprakelijke gebeurtenis met blijvend ingrijpende gevolgen worden beëindigd. Ernstig letsel en de gevolgen daarvan zal de aard van de relatie immers duurzaam (kunnen) veranderen, waarbij partners niet meer uitsluitend geliefden zijn, maar verzorgende en zorgverlener worden. Niet iedere relatie zal tegen een dergelijke ingrijpende verandering bestand zijn, maar dat zou mijns inziens niet rechtvaardigen om dan aan de naaste geen vergoeding van affectieschade te kunnen toekennen. Het is dan immers nog steeds de aansprakelijke gebeurtenis die aan de relatie een einde heeft gemaakt, en het beëindigen van een relatie kan, zeker als die relatie een tijd heeft geduurd, ook worden gekwalificeerd als een ingrijpende ommezwaai in het leven van de direct gekwetste en diens naaste.

6.3 Predispositie en eigen schuld direct gekwetste aan ontstaan ernst van het letsel

Als voorbeeld van een vraag die in de rechtspraak nog aan de orde kan komen, noemt Lindenbergh de casus van een gekwetste bij wie al sprake was van invaliditeit, maar die vervolgens door de aansprakelijke gebeurtenis boven de 70% invaliditeit wordt getild.^[20] Vanuit de gedachte dat de aansprakelijke partij het slachtoffer nu eenmaal moet nemen zoals het was^[21], deel ik de opvatting van Lindenbergh dat alsdan recht bestaat op vergoeding van affectieschade. Het is dan immers ook (pas) de aansprakelijke gebeurtenis die ervoor gezorgd heeft dat de direct gekwetste de door de wetgever gestelde drempel om te kunnen spreken

van ernstig en blijvend letsel is gepasseerd, en dat (pas) daarna gesproken kan worden van een situatie die tot een ingrijpende ommezwaai in het leven van de gekwetste en diens naaste heeft geleid.

Lindenbergh noemt verder de casus waarin is vastgesteld dat bij de gekwetste ernstig en blijvend letsel is ontstaan, doordat geen helm of gordel werd gedragen en waarbij vaststaat dat indien daarvan wel sprake zou geweest, het letsel van beperkte omvang zou zijn gebleven.^[22] Hij meent dat alsdan aan de naasten in het geheel geen recht op vergoeding van affectieschade toekomt, waarbij hij dat verklaart vanuit de drempel (er moet immers sprake zijn van ernstig en blijvend letsel) die voor die naasten geldt. Dat lijkt mij niet zonder meer juist, zeker niet in die gevallen waarbij aan de direct gekwetste aan het ontstaan van de aansprakelijke gebeurtenis geen verwijt kan worden gemaakt, terwijl aan de zijde van de aansprakelijke partij wel sprake is van een aanmerkelijke mate van verwijtbaarheid. Het is en blijft dan nog steeds de aansprakelijke gebeurtenis die tot de ommezwaai in het leven van de naaste en gekwetste heeft geleid. Doordat de (mate van) eigen schuld die dan aan de direct gekwetste kan worden toegerekend, op de voet van artikel 6:107 lid 5 BW ook aan de naasten worden toegerekend, wordt mijns inziens al voldoende tegemoet gekomen aan het feit dat de direct gekwetste aan het ontstaan van de ernst van het letsel zelf ook in relevante mate heeft bijgedragen.

6.4 Affectieschade voor naasten bij “shockschade” direct gekwetste?

En kan affectieschade ook gevorderd worden als de aansprakelijke gebeurtenis bestaat uit de waarneming van of confrontatie met de gevolgen van een ernstig ongeval waardoor een naaste wordt gedood of ernstig gewond raakt (shockschade)? Stel bijvoorbeeld dat de moeder uit het *Taxibus*-arrest door de confrontatie met de gruwelijke gevolgen van het letsel van haar dochter ernstig en blijvend psychiatrisch decompenseert, waardoor permanente opname in een verpleeghuis nodig is.^[23] Kan de echtgenoot dan ook aanspraak maken op affectieschade wegens blijvend ernstig letsel van zijn echtgenote, of staat het relativiteitsbeginsel daaraan dan in de weg?^[24] Dat laatste lijkt mij niet, omdat de vergoeding van affectieschade weliswaar een eigen vordering van de naaste betreft, maar die vordering niet kan bestaan zonder dat tegenover de direct gekwetste aansprakelijk is gehandeld. Naasten lijden immers schade, doordat een ander primair is getroffen.^[25] Als de relativiteitsdrempel niet aan de primair getroffen kan worden tegengeworpen, omdat de door de aansprakelijke geschonden norm mede strekt ter bescherming van diens belangen, dan kan artikel 6:163 BW mijns inziens ook niet meer aan diens naasten worden tegengeworpen. Een uitzondering zou dan kunnen worden gemaakt voor het door Lindenbergh genoemde voorbeeld waarin een vader zelf een eenzijdig verkeersongeval veroorzaakt, waarbij zijn inzittende kind ernstig en blijvend letsel oploopt.^[26] Vergoeding van affectieschade is niet aangewezen indien de naaste zelf aansprakelijk is voor het ontstaan van het ernstige blijvende letsel bij de direct gekwetste.

6.5 Ouders van ernstig seksueel misbruikte kinderen

Van de in de artikel 6:107 lid 3 BW genoemde mogelijkheid om bij amvb regels te stellen waarmee kan worden bepaald wanneer letsel als “ernstig en blijvend” kan worden aangemerkt, heeft de wetgever nog geen gebruik gemaakt. Dat lijkt mij gelet op de duidelijke aanwijzingen die de wetgever in de wetsgeschiedenis heeft meegegeven en de ruimte die de wetgever aan de rechter heeft willen laten voor rechtsontwikkeling, ook nog niet direct nodig, tenzij zoals gesteld uit de praktijk blijkt dat te incidenteel vergoeding van affectieschade wordt toegewezen. Wat mij betreft zou de mogelijkheid om bij amvb nadere regels te stellen nu al wel kunnen worden benut om de positie van ouders van ernstig seksueel misbruikte minderjarige kinderen te versterken. Naar aanleiding van de Amsterdamse zedenzaak (“het Hofnarretje”) is vanuit de Kamer de vraag gesteld of de ouders van de in deze zaak misbruikte kinderen voortaan ook aanspraak zouden kunnen maken op affectieschade. De minister antwoordde: *“Het onderhavige wetsvoorstel leidt ertoe dat ouders zich - anders dan voorheen - ook voor hun eigen vorderingen kunnen voegen in het strafproces. Dit geldt in de eerste plaats voor de vordering tot affectieschade (...).”*^[27] Het college van procureurs-generaal wierp in zijn advies op het wetsvoorstel de vraag op of vorderingen van ouders vanwege de hoge drempel en bewijslast om te kunnen spreken van ernstig en blijvend letsel, niet bij voorbaat waren gedoemd te mislukken. In reactie hierop stelde de minister dat die bewijsproblemen er niet toe leiden om het criterium aan te passen.^[28] Op nadere Kamervragen antwoordde de minister later dat niet in zijn algemeenheid kan worden gezegd dat, hoe ernstig zedenmisdrijven ook zijn, ouders dan altijd aanspraak moeten kunnen maken op affectieschade, maar dat dit

afhankelijk blijft van de individuele gevolgen bij het betreffende slachtoffer.^[29]

Probleem blijft evenwel dat de ernstige blijvende gevolgen van seksueel misbruik bij een minderjarig kind pas na jaren vastgesteld kunnen worden, terwijl diens ouders of verzorgers al wel direct lijden onder het plaatsgevonden misbruik. Ouders van seksueel misbruikte kinderen zullen nu in veel gevallen toch in de kou blijven staan,^[30] en daardoor de grenzen van het gesloten stelsel blijven zoeken zijn om aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding, omdat zij erkenning willen voor het leed dat door het misbruik ook aan hen is toegebracht.^[31] De hoge eisen die de Hoge Raad in zijn arrest van 30 november 2021 stelt om tot toewijzing van vergoeding van affectieschade te kunnen komen, maken de bewijspositie van ouders van misbruikte kinderen er niet beter op. Om tegemoet te komen aan hun leed zou de wetgever daarom terug kunnen komen van zijn eerder visie, door alsnog bij amvb te bepalen dat in nader te omschrijven situaties (bijvoorbeeld bij bewezen verklaring van de artikelen 243 tot en met 245 Sr) het leed en verdriet van ouders van misbruikte minderjarige kinderen (ook) kwalificeert als ernstig en blijvend letsel. Met een afgebakende omschrijving kan (financiële) onbeheersbaarheid van de regeling voorkomen worden.

7. Conclusie

De Hoge Raad heeft in navolging van de wetgever geoordeeld dat vergoeding van affectieschade alleen aangewezen is als sprake is van een zeer bijzondere ernst van het letsel bij de direct gekwetste. Het is aan de benadeelde om te bewijzen dat sprake is van blijvend en ernstig letsel; bij een percentage functieverlies van 70% zal daarvan in ieder geval sprake zijn. In het bijzonder in die gevallen waarin dat percentage niet gehaald wordt, kan de rechter volgens de Hoge Raad ook anderszins de invloed van het letsel op het leven van de gekwetste en de naaste betrekken bij zijn beoordeling of een naaste recht heeft op vergoeding van affectieschade. Wel zal de rechter zijn oordeel dan voldoende begrijpelijk moeten motiveren. Ten slotte moet de benadeelde ook bewijzen dat sprake is van blijvend ernstig letsel, waarvoor voldoende aannemelijk moet worden gemaakt dat het vooruitzicht ontbreekt dat het letsel of de letselgevolgen nog zodanig kunnen verminderen, dat niet langer gesproken kan worden van ernstig letsel. Met name in voegingszaken kan dat tot problemen leiden, omdat een medische eindsituatie niet altijd bereikt zal zijn als de strafzaak dient. De positie van ouders van ernstig seksueel misbruikte kinderen verdient mijns inziens heroverweging, omdat met name zij niet eenvoudig aannemelijk kunnen maken dat sprake is van blijvend ernstig letsel bij hun kind. De positie van ouders zou via amvb versterkt kunnen worden. In zijn arrest van 30 november 2021 heeft de Hoge Raad in- en met navolging van de wetgever de algemene kaders geschetst waaraan voldaan moet zijn om vergoeding van affectieschade te kunnen toewijzen. Dat laat ruimte voor verdere rechtsontwikkeling; ruimte die de wetgever ook uitdrukkelijk aan de rechtspraak heeft willen laten.

Voetnoten

[1] Mr. J.G. (Jasper) Keizer is advocaat en partner bij SAP Letselschade Advocaten. Citeerwijze: Mr. J. Keizer, 'Affectieschade bij blijvend en ernstig letsel: annotatie bij Hoge Raad 30 November 2021', AV&S 2022/23, afl. 3.

[2] Bij shockschade is mijn inziens eveneens sprake van een (door de confrontatie met de schokkende aansprakelijke gebeurtenis) direct gekwetst slachtoffer.

[3] Rechtbank Overijssel 10 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4646.

[4] Conclusie A-G Paridaens bij Hoge Raad 29 juni 2021, ECLI:NL:PHR:2021:642.

[5] [Kamerstukken II, 2014/15, 34257, nr. 3](#), p. 12.

[6] [Kamerstukken II, 2015/16, 34257, nr. 6](#), p. 5 en 6.

[7] [Kamerstukken II, 2014/15, 34257, nr. 3](#), p. 12 en 13.

- [8] [Kamerstukken II, 2015/16, 34257, nr. 6](#), p. 5 en 6 en 25.
- [9] [Kamerstukken II, 2014/15, 34257, nr. 3](#), p. 13.
- [10] [Kamerstukken II, 2015/16, 34257, nr. 6](#), p.6.
- [11] Zie ook [Kamerstukken I, 2017/18, 34257, E](#), p. 3.
- [12] o.a. E.W. Bosch, 'De wet affectieschade: nader beschouwd', *Verkeersrecht* 2020/126 (alf.7/8), p. 211 en A.J. Verheij, 'Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid', *Verkeersrecht* 2014/94 (afl 6), p. 223. De bezwaren van Verheij zien vooral op de 'a contrario' redenering die van hantering van een vast percentage functieverlies zou kunnen uitgaan.
- [13] [Kamerstukken II, 2014/15, 34257, nr. 3](#), p. 13 en [Kamerstukken II, 2015/16, 34257, nr. 6](#), p.6
- [14] [Kamerstukken II, 2014/15, 34257, nr. 3](#), p. 13.
- [15] [Kamerstukken II, 2014/15, 34257, nr. 3](#), p. 12.
- [16] De aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker van het letsel zal geen dekking bieden bij opzettelijk veroorzaakt letsel. Met de invoering van de Wet Affectieschade is bepaald dat de schadevergoedingsmaatregel en voorschotregeling zich ook uitstrekken over de vergoeding van affectieschade ([Kamerstukken II, 2014/15, 34257, nr. 3](#), p. 7 en 8). Die maatregel en regeling houdt kort gezegd in dat de Staat het bedrag waartoe de dader is veroordeeld aan de naaste als voorschot voldoet, waarna de Staat het uitgekeerde bedrag op de dader verhaalt.
- [17] Rechtbank Midden-Nederland 11 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:42.
- [18] [Kamerstukken II, 2014/15, 34257, nr. 3](#), p. 16.
- [19] [Kamerstukken II, 2014/15, 34257, nr. 3](#), p. 15.
- [20] S.D. Lindenbergh, 'De wet affectieschade in werking', *Verkeersrecht* 2018/156 (afl 11), p. 408
- [21] Hoge Raad 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:590 en Hoge Raad 19 juli 2019, NJ 2020/391 m.nt. J. Spier (Groninger Aarbevingsschade)
- [22] S.D. Lindenbergh, 'De Wet affectieschade in werking', *Verkeersrecht* 2018/156 (afl 11), p. 408.
- [23] Hoge Raad 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken. Zie ook A.J. Van, 'Het kindertaxi-arrest: de visie van de belangenbehartiger', *TvVP* 2002, nr. 2, p. 43-44, waarin hij als belangenbehartiger van de moeder beschrijft dat door de psychische klachten van de moeder van een normaal familieleven geen sprake meer was.
- [24] Dat onder het begrip ernstig en blijvend letsel ook psychisch letsel wordt begrepen, volgt uit de wetsgeschiedenis ([Kamerstukken II, 2014/15, 34257, nr. 3](#), p. 13). De vader zou in dit voorbeeld ook recht hebben op affectieschade wegens overlijden van diens dochter, maar dat laat in beginsel onverlet dat hij daarnaast dan nog recht op affectieschade zou kunnen hebben vanwege ernstig en blijvend letsel bij diens echtgenote.
- [25] S.D. Lindenbergh, 'De Wet affectieschade in werking', *Verkeersrecht* 2018/156 (afl 11), p. 407.
- [26] S.D. Lindenbergh, 'De Wet affectieschade in werking', *Verkeersrecht* 2018/156 (afl 11), p. 407, die daarbij verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van 23 februari 2008, NJ 2008/492 m.nt. J.B.M. Vranken.
- [27] [Kamerstukken II, 2016/17, 34257, nr. 6](#), p. 4.

[28] [Kamerstukken II, 2016/17, 34257, nr. 6](#), p. 26

[29] [Kamerstukken II, 2016/17, 34257, nr. 71](#), p. 8.

[30] Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 8 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:51, waarin de ouders in hun voegingsvordering niet-ontvankelijk werden verklaard, omdat niet kon worden vastgesteld dat de bij hun misbruikte dochter gediagnosticeerde PTSS blijvend was, mede omdat PTSS in veel gevallen met traumatherapie te behandelen is.

[31] Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1618 en de kritische annotatie daarop van Verweij-Hoogendijk in dit blad (*AV & S* 2021/12, p. 64-68)