

De Wet Affectieschade in de praktijk; duidelijke afbakening of onsmakelijke discussies?

*Mr. C. van der Roest en mr. J.G. Keizer**

1. Inleiding

Na een langdurig wetgevingsproces¹ om het recht op vergoeding van affectieschade als onderdeel van ons Burgerlijk Wetboek in te voeren, stemde de Eerste Kamer op 10 april 2018 (met algemene stemmen) in met het wetsvoorstel dat vergoeding van deze schade regelt.² De Wet Affectieschade is per 1 januari 2019 in werking getreden en is (uitsluitend) van toepassing indien de aansprakelijke gebeurtenis die tot het overlijden of het blijvend ernstig letsel heeft geleid, zich heeft voorgedaan op of na die datum.³

Door middel van aanpassing van de artikelen 6:107 en 6:108 BW is het sinds 1 januari 2019 voor een beperkte groep naasten en nabestaanden mogelijk geworden om aanspraak te maken op vergoeding van affectieschade. Met de uitbreiding van deze artikelen heeft de wetgever beoogd om alsnog tegemoet te komen aan de wens om erkenning en genoegdoening te verschaffen van het door naasten en nabestaanden ondervonden leed.⁴

Bij de vormgeving van het wetsvoorstel nam de minister als belangrijk uitgangspunt dat zo veel mogelijk vermeden moet worden dat de vaststelling van de vergoeding van affectieschade leidt tot langdurige en pijnlijke discussies over de intensiteit van het leed.⁵ De toe te kennen affectieschadevergoedingen zijn mede om die reden vastgelegd in een gedifferentieerd stelsel van vaste bedragen en een vaste kring van gerechtigden.

Een en ander is vormgegeven in het Besluit vergoeding affectieschade en ziet er schematisch als in tabel 1.⁶

Met deze opzet van een vaste kring van gerechtigden en vaste bedragen zou toepassing van de regeling in de praktijk naar verwachting niet tot grote uitvoeringsmoeilijkheden leiden en veelal buiten de rechter om kunnen worden uitgevoerd.⁷ Om in uitzonderlijke situaties recht te doen aan de belangen van naasten die niet tot de genoemde kring van gerechtigden behoren, maar wel een affectieve relatie onderhouden met de gekwetste, is in de artikelen 6:107 lid 2 sub g en 6:108 lid 4 sub g BW voorzien in een hardheidsclausule. Ten aanzien van een aantal onderwerpen (waaronder deze hardheidsclausule) heeft de minister specifiek aangegeven dat deze nader zullen moeten worden uitgekristalliseerd in de jurisprudentie.⁸ De minister heeft verder reeds aangegeven de wet na vijf jaar te willen evalueren.⁹

In dit artikel bespreken wij (gecategoriseerd) de vanaf 1 januari 2019 verschenen rechtspraak, voor zover daarin de vraag of aanspraak kon worden gemaakt op vergoeding van affectieschade onderwerp van (partij)debat is geweest.¹⁰ Uit die analyse zal blijken dat de inhoudelijke uitspraken tot heden louter door strafrechters zijn geweest. Dat is vanwege de eveneens met de Wet Affectieschade bewerkstelligde verruiming van de voegingsmogelijkheden voor nabestaanden en naasten¹¹ en het feit dat strafrechters nu eenmaal vaker te maken krijgen met (onrechtmatige) gedragingen die tot ernstig en/of dodelijk letsel leiden, niet verwonderlijk.¹²

* Mr. C. van der Roest is advocaat bij SAP Letselschade Advocaten te Amersfoort. Mr. J.G. Keizer is advocaat bij SAP Letselschade Advocaten te Amersfoort.

1. Zie vooreerst *Kamerstukken II* 2002/03, 28781, nr. 1-2; verworpen op 23 maart 2010: *Handelingen I* 2009/10, nr. 23, p. 1013-1014 (stemverhouding: 30 voor, 36 tegen).
2. *Kamerstukken I* 2017/18, 34257, 26-6-1.
3. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 9 (MvT); HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, r.o. 2.4.7. Vóór 1 januari 2019 konden bepaalde nabestaanden via art. 4 Wet schadefonds geweldsmisdrijven al een tegemoetkoming voor affectieschade ontvangen. Daarnaast kunnen nabestaanden onder omstandigheden via het EVRM ook vergoeding voor affectieschade vorderen, als hun naaste door een onrechtmatige overheidsdaad is komen te overlijden (zie o.a. EHRM 17 juni 2005, appl.nr. 50196/99 (*Bubbins/VK*) en EHRM 23 mei 2019, appl.nr. 57129/10 (*Mirzoyan/Armenië*)).
4. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 3 (MvT).
5. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 4 (MvT).

6. Besluit van 20 april 2018, *Srb.* 2018, 123.

7. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 5-6 (MvT).

8. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 16 (MvT).

9. *Kamerstukken I* 2017/18, 34257, E, p. 1.

10. Wij laten de mogelijke gevolgen van de Wet Affectieschade op SVI-verzekeringen en de vraag wat in het kader van werkgevers aansprakelijkheid nog als adequate verzekering heeft te gelden, in dit artikel onbesproken. Zie daarover E.C.M. Esveld, 'Affectieschade gedekt?', *AV&S* 2019/24, p. 129-134.

11. Art. 51f lid 2 Sv jo. art. 6:107 en 6:108 BW.

12. Wij constateerden daarbij dat de motivering door strafrechters niet altijd even uitgebreid is, terwijl die motivering zeker bij toepassing van de hardheidsclausule wel vereist is. Mogelijk dat dit mede komt doordat de vordering benadeelde partij ook niet altijd even gemotiveerd wordt betwist.

Tabel 1 *Overzicht vaste bedragen en vaste kring van gerechtigden zoals is vormgegeven in het Besluit vergoeding affectieschade*

	Ernstig en blijvend letsel	Overlijden	Ernstig en blijvend letsel door een misdrijf	Overlijden door een misdrijf
echtgenoten en geregistreerde partners (a)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
levensgezellen (b)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
minderjarige kinderen en ouders (c en d)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
meerderjarige thuiswonende kinderen en ouders (c)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
pleegkinderen en ouders (e en f)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
meerderjarige niet-thuiswonende kinderen en ouders (c en d)	€ 12.500	€ 15.000	€ 15.000	€ 17.500
zorg in gezinsverband (e en f)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
overige nauwe persoonlijke relaties (g)	€ 12.500	€ 15.000	€ 15.000	€ 17.500

2. Aard van de affectieschadevordering en verweren tegen de omvang van de vergoeding

Affectieschade betreft immateriële schade die bestaat uit het verdriet en de pijn die is veroorzaakt doordat een persoon (de primair gekwetste) met wie men een affectieve band heeft, ernstig en blijvend gewond raakt of overlijdt. Het recht op vergoeding van deze schade vormt een in wetgeving gegoten uitzondering op het uitgangspunt dat alleen de gekwetste zelf aanspraak kan maken op vergoeding van zijn (materiële en immateriële) schade indien een ander daarvoor aansprakelijk is.

De Wet Affectieschade biedt naasten en nabestaanden een zelfstandige – maar afgeleide – aanspraak op vergoeding van hun affectieschade. Dat wil zeggen dat de aanspraak op vergoeding an sich zelfstandig is (zij hebben een ‘eigen recht’ op schadevergoeding), maar wel afhankelijk is van de aansprakelijkheid van de veroorzaker¹³ jegens de primair gekwetste. Om die reden werken ook de jegens de primair gekwetste gevoerde verweren door in de vorderingen van de naasten en nabestaanden.¹⁴

Wanneer jegens de primair gekwetste in het geheel geen aansprakelijkheid bestaat, komt aan de naasten of nabestaanden dus ook geen recht op de vergoeding van affectieschade toe. Wanneer jegens de primair gekwetste verweren ten aanzien van de schadevergoedingsomvang worden gevoerd (bijvoorbeeld door zich te beroepen op eigen schuld (art. 6:101 BW)¹⁵ of proportionele aansprakelijkheid¹⁶), werken deze op dezelfde wijze¹⁷ door in de aanspraak van de naasten en nabestaanden.

Doorwerking van eigen schuld (25%) van de primair gekwetste richting de naasten vond onder andere plaats in een zaak die aan de rechtbank Midden-Nederland werd voorgelegd.¹⁸ Aan de primair gekwetste (en dus ook aan de naasten) werd eigen schuld toegerekend omdat zij bij slechte weersomstandigheden in de nacht op de busbaan buiten de bebouwde kom liep. Verdachte werd veroordeeld om 75% van de schade van de primair gekwetste, en derhalve ook 75% van de door de moeder en vader van het primaire (overleden) slachtoffer gevorderde affectieschade, te vergoeden.

In een zaak die aan de rechtbank Amsterdam werd voorgelegd, werd door de verdediging eveneens betoogd dat de affectieschadevorderingen van de nabestaanden vanwege eigen schuld

13. Of de daarvoor civielrechtelijk verantwoordelijke, vgl. Rb. Gelderland 29 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3155 en 3156, waarin gelet op art. 6:164 en 6:169 BW en art. 51g lid 4 Sv de ouders van de verdachten aansprakelijk werden gehouden voor de (affectie)schade die de minderjarige verdachten hadden veroorzaakt, omdat zij ten tijde van het plegen van het bewezenverklarde feit jonger dan 14 jaar waren.

14. Art. 6:107 lid 5 en 6:108 lid 5 BW; *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 19 (MvT).

15. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 18 (MvT).

16. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 18-19 (MvT).

17. Art. 6:107 lid 5 en 6:108 lid 5 BW spreken hier van ‘hetzelfde verweer’.

18. Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3892.

van de primair gekwetste dienden te worden verminderd.¹⁹ De rechtbank overwoog dat hoewel het primaire slachtoffer ook verdachte had gestoken, het verdachte was die de aanval had ingezet door met een mes op het primaire slachtoffer af te rennen. De rechtbank is van oordeel dat er een groot verschil in gewicht is tussen het verwijt dat verdachte enerzijds en het primaire slachtoffer anderzijds kon worden gemaakt, waardoor zij in deze kwestie geen grond ziet voor het toerekenen van eigen schuld.

In de casus die leidde tot het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 23 december 2019 deed de verdediging ten aanzien van de vordering tot vergoeding van affectieschade van de broer van de primair gekwetste een beroep op eigen schuld van deze naaste, omdat de broer *zelf* een aandeel had gehad in het ontstaan van de vechtpartij die in het letsel van de primair gekwetste had geresulteerd.²⁰ Uit de uitspraak blijkt dat de broer van de primair gekwetste in stevige bewoordingen had aangestuurd op een afspraak, waarna een handgemeen ontstond, waarbij in eerste instantie ‘alleen sprake was van slaan of worstelen’. Op dat moment naderde de dader (die tot dan niet aan het handgemeen had meegedaan) de primair gekwetste van achteren, en stak hem daarbij in zijn rug. Op de vraag of de broer überhaupt vorderingsgerechtigd was, en of bij de primair gekwetste sprake was van ernstig en blijvend letsel, gaan we later nog in. Voor nu beperken wij ons tot het bespreken van het beroep op eigen schuld. De rechtbank oordeelde dat sprake was van eigen schuld van de broer aan het ontstaan van het letsel, omdat hij de initiator was van de afspraak en hij vanwege de door hem gebruikte bewoordingen ook rekening had moeten houden met een zekere mate van (tegen)geweld. Gelet op het aandeel van de broer in de aanloop naar de vechtpartij werd de gevorderde affectieschade verminderd tot een bedrag van € 2000. Opmerkelijk aan deze uitspraak is dat de rechtbank geen percentage eigen schuld vaststelt, en op basis daarvan het gevorderde bedrag met dat percentage corrigeert, maar zonder verdere toelichting het gevorderde bedrag naar beneden bijstelt tot € 2000. Gelet op het gevorderde bedrag is dat een correctie van meer dan 50%, en dat lijkt ons toch wat veel.²¹ De broer had weliswaar een aandeel in het ontstaan van de vechtpartij, maar die vechtpartij beperkte zich tot ‘slaan of worstelen’, totdat de dader opeens met een mes (daarbij de primair gekwetste van achteren naderend) toestak. De vraag is wat ons betreft of de primair gekwetste en/of de broer met die mogelijkheid rekening moesten houden, en zo ja, of dat rechtvaardigt dat hun schade deels voor eigen rekening blijft. De mate van verwijtbaarheid van ieders gedraging speelt bij toepassing van de eveneens in artikel 6:101 BW vervatte billijkheidscorrectie immers ook een rol.

19. Rb. Amsterdam 26 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3129.

20. Rb. Rotterdam 23 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10334, *JA* 2020/55, m.nt. E.W. Bosch.

21. Opmerkelijk is dat namens de broer een bedrag van € 5850,79 werd gevorderd, dat aldus afwijkt van de in het Besluit vergoeding affectieschade opgenomen bedragen (een toelichting hiervoor is in de uitspraak niet terug te lezen).

In het kader van deze analyse springt het meest in het oog dat de rechtbank bij de gevorderde affectieschade rekening houdt met eigen schuld van de broer, temeer omdat de vordering van de primair gekwetste zelf niet (ook) vanwege eigen schuld werd verminderd. In de wettekst wordt alleen gesproken over de situatie dat de jegens de primair gekwetste gevoerde verweeren op grond van artikel 6:107 lid 5 of 6:108 lid 5 BW kunnen doorwerken in de vorderingen van de naasten of nabestaanden. Het – op de affectieschadevordering – in mindering brengen van eigen schuld van de naaste zelf bevreedt, gelet op het zelfstandige karakter van de vordering, echter niet. Wanneer de ontstane affectieschade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de naaste of nabestaande kan worden toegerekend, kan de vergoedingsverplichting ook jegens deze worden verminderd.²²

Lindenbergh noemt in dit verband het voorbeeld van de vader die mede gelet op artikel 6:163 BW geen aanspraak kan maken op vergoeding van affectieschade van zijn overleden kind, als dat kind als gevolg van een door de vader zelf veroorzaakt verkeersongeval om het leven is gekomen.²³ Als de vader echter ‘slechts’ medeschuld aan het ontstaan van het verkeersongeval heeft, zal diens vordering tot vergoeding van affectieschade wegens het overlijden van zijn kind dan ook verminderd moeten worden met dat eigen aandeel. De overige vorderingsgerechtigden kunnen dan hoofdelijk (art. 6:102 BW) verhaal halen op de andere veroorzaker en (de verzekeraar van) de vader. Als in deze situatie de vader zelf ernstig en blijvend letsel oploopt, dan wordt de vordering van de vorderingsgerechtigde naasten voor dat deel van de affectieschade ‘gewoon’ verminderd met het aan de vader toe te rekenen percentage eigen schuld.²⁴

Ten slotte merken wij op dat de mate van verwijtbaarheid van de veroorzaker van het ernstig letsel of overlijden van invloed kan zijn op de hoogte van de vergoeding. Bij ernstig letsel of overlijden als gevolg van een misdrijf is, zoals blijkt uit de tabel van het Besluit vergoeding affectieschade, immers een hogere vergoeding op zijn plaats. Voorstelbaar is daarom dat discussies kunnen ontstaan over de vraag of de onrechtmatige gedraging kwalificeert als misdrijf of niet. Voor de dagelijkse praktijk kan daarbij met name worden gedacht aan de vraag of aan de veroorzaker van een ongeval een verwijt in de zin van

22. In de MvT wordt hierover gesteld (*Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 18): ‘De eventuele medeschuld van de naaste aan het letsel in diens relatie tot de aansprakelijke persoon, kan als “eigen schuld” in de zin van artikel 6:101 BW worden aangemerkt.’

23. S.D. Lindenbergh, ‘De wet affectieschade in werking’, *VR* 2018/156, p. 407 (hierna: Lindenbergh 2018a).

24. Als meerdere personen als gevolg van één aansprakelijke gebeurtenis overlijden of ernstig en blijvend gewond raken, dan hebben de vorderingsgerechtigde naasten voor iedere persoon afzonderlijk recht op affectieschade. De moeder die bij een verkeersongeval (geen misdrijf) dus niet alleen haar echtgenoot, maar ook twee kinderen verliest, kan aanspraak maken op een vergoeding van 3 x € 17.500 (€ 52.500). Zie voor een voorbeeld Rb. Gelderland 29 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3155 en 3156, waarin aan de moeder zowel de vordering wegens het overlijden van haar zoon als de vordering wegens het overlijden van haar partner wordt toegewezen.

artikel 5 van de Wegenverkeerswet 1994 (WVW 1994) (een overtreding) dan wel artikel 6 WVW 1994 (een misdrijf) kan worden gemaakt. Wij merken op dat het oordeel van de strafrechter hierbij weliswaar van belang kan zijn, maar met die kanttekening dat de civiele rechter op grond van artikel 161 Rv alleen gebonden is aan door de strafrechter bewezen feiten, en niet aan de *kwalificatie* van die feiten door de strafrechter.²⁵

3. Kring van gerechtigden

Voor wat betreft de kring van gerechtigden is in de Wet Affectieschade gekozen voor een geselecteerde groep van naasten en nabestaanden van de primair gekwetste, die geacht mogen worden een *zeer nauwe band* met de gekwetste te hebben. Het beperken van de kring van gerechtigden is een bewuste en weloverwogen keuze van de wetgever geweest, om te voorkomen dat zowel de beheersbaarheid van de regeling als de waarde van de erkenningsfunctie sterk zou kunnen afzakken.²⁶ Deze kring van gerechtigden bestaat kort gezegd uit de partner (gehuwd, geregistreerd partner, of degene met wie sprake was van een duurzame gemeenschappelijke huishouding), (pleeg)ouders, (pleeg)kinderen, en degene die duurzaam door de gekwetste werd verzorgd²⁷ of die duurzaam de zorg voor de gekwetste had.

Uit de hiervoor weergegeven tabel en de in het Besluit vergoeding affectieschade opgenomen bedragen blijkt dat ten aanzien van de hoogte van de toe te kennen vergoeding onderscheid is gemaakt tussen naasten die (ten tijde van de aansprakelijke gebeurtenis) wel, respectievelijk niet in gezinsverband met de primair gekwetste samenleefden. De 'laagste' vergoedingen zijn gereserveerd voor die personen die onder het bereik van de hardheidsclausule vallen.

De opgenomen kring van gerechtigden is in vergelijking met die van wetsvoorstel 28781 verruimd, in die zin dat de beperking tot *minderjarige* kinderen en hun ouders is vervallen. Ook *meerderjarige* kinderen en hun ouders behoren tot de kring van gerechtigden.²⁸ De rechtbank Midden-Nederland deed op 22 augustus 2019 in dat kader een vermeldenswaardige uitspraak ten aanzien van de affectieschadevorderingen van de vader en moeder van hun (overleden) uitwonende meerderjarige dochter.²⁹ De ouders voerden aan dat voor het overlijden besproken was dat de dochter na haar studiejaar weer

thuis zou komen wonen, waardoor een vergoeding van € 20.000 (in plaats van € 17.500) moest worden toegekend. De rechtbank ging hier niet in mee en overwoog dat 'indien er sprake is van een hogere categorie, er een zodanig hechte band moet worden aangenomen dat voor deze naasten een hoger bedrag op zijn plaats is in vergelijking met de andere tot de kring van gerechtigden behorende naasten'. Een qua uitkomst wat ons betreft logische uitspraak, aangezien de wettekst met betrekking tot de relatie van de naaste of nabestaande de woorden 'ten tijde van de gebeurtenis' bezigt, en het primaire slachtoffer ten tijde van de gebeurtenis niet meer thuis woonde. De overwegingen van de rechtbank suggereren evenwel dat onder bijzondere omstandigheden toch indeling in een hogere categorie mogelijk zou zijn. Dat is op zich opmerkelijk, omdat de hardheidsclausule alleen voorziet in de mogelijkheid om in uitzonderlijke gevallen een persoon die niet tot de met name genoemde vorderingsgerechtigden behoort, toch aanspraak te geven op een vergoeding. De hoogte van die aanspraak is gemaximeerd tot de in het Besluit vergoeding affectieschade genoemde bedragen (variërend van € 12.500 tot maximaal € 17.500), en via de hardheidsclausule kan niet bewerkstelligd worden dat een hogere vergoeding wordt toegekend dan de voor deze categorie (g) vastgestelde bedragen. Toch kan dit wringen. Stel nu dat de dochter niet zou zijn overleden, maar ernstig en blijvend letsel zou hebben opgelopen, waarna zij weer bij haar ouders zou zijn ingetrokken om door hen (intensief) verzorgd te worden. Zouden de ouders dan (ook) alleen aanspraak hebben kunnen maken op de vergoeding voor een uitwonend kind, of kan artikel 6:2 BW hier dan nog een opening bieden om toch aan te knopen bij de (hogere) vergoeding vanwege de rubricering in de categorie van inwonende meerderjarige kinderen?

In de casus die leidde tot de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 19 februari 2020 ging het onder andere om de vraag of de vijf kleinkinderen van hun overleden grootmoeder behoorden tot de vaste kring gerechtigden van artikel 6:108 lid 4 sub f BW.³⁰ Uit de uitspraak blijkt dat vier kleinkinderen (samen met hun moeder) hun hele leven bij hun grootmoeder in huis hebben gewoond, en dat de grootmoeder onderdeel was van het gezin waarin zij werden verzorgd. Daarmee vielen zij volgens de rechtbank (ons inziens terecht) onder de in artikel 6:108 lid 4 sub f BW genoemde categorie. Uit de uitspraak lijkt te volgen dat het 'vijfde' kleinkind ten tijde van de onrechtmatige gebeurtenis niet bij grootmoeder in huis woonde. Desondanks oordeelde de rechtbank dat ook hij onder categorie f viel, omdat zijn grootmoeder een grote rol in zijn opvoeding had gehad, onder andere door vijf dagen per week op hem te passen, en daarmee een groot deel van de zorg op zich had genomen. Ons inziens is dit oordeel niet juist, omdat in artikel 6:108 lid 4 sub f BW wordt gesproken over duurzame zorg *in gezinsverband*, en daarvan was geen sprake. Lindenbergh gaat ervan uit dat voor toepassing van sub f vermoedelijk sprake moet zijn van een fulltime en dus inwonend

25. HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, NJ 2016/77, m.nt. J.B.M. Vranken.

26. Kamerstukken II 2014/15, 34257, nr. 3, p. 13-14 (MvT); zie voorts A.J. Akkermans e.a., *Affectieschade. Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Amsterdam VU 2008; uitgegeven in 2015: Den Haag: Boom Lemma.

27. De toelichting spreekt hier van gevallen waarin de zorg voor een kleinkind duurzaam in het gezin van een grootouder plaatsvindt en gevallen van duurzame zorg voor een kind door pleegouders. Voorts wordt voor inspiratie voor interpretatie in het bijzonder verwezen naar het personen- en familierecht.

28. Kamerstukken II 2014/15, 34257, nr. 3, p. 5 en 15 (MvT); Besluit vergoeding affectieschade.

29. Rb. Midden-Nederland 22 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3892.

30. Rb. Rotterdam 19 februari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:1460, JA 2020/77, m.nt. E.W. Bosch.

gezinsverband; het ‘enkel’ opereren als oppasgrootouder is volgens hem daarvoor niet voldoende.³¹ Het zou volgens ons logischer zijn geweest indien het vijfde kleinkind een succesvol beroep op de hardheidsclausule (art. 6:108 lid 4 sub g BW) zou zijn toegekomen.

3.1 Hardheidsclausule

Door middel van de hardheidsclausule (art. 6:107 lid 2 sub g en 6:108 lid 4 sub g BW) wordt voor *uitzonderlijke* situaties voor personen die buiten de ‘vaste’ kring van vergoedingsgerechtigden behoren, alsnog een mogelijkheid gecreëerd om aanspraak te maken op de vergoeding van hun affectieschade. Degene die zich op de hardheidsclausule beroept, moet aanneemelijk maken, en daarmee bewijzen, dat hij of zij in een zodanige nauwe persoonlijke betrekking tot de primair gekwetste staat dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij of zij in aanmerking komt voor de vergoeding van affectieschade.³² Voor het bewijs van het bestaan van een nauwe persoonlijke betrekking moet een hechte affectieve relatie worden aangetoond, waarbij niet de formele, maar de feitelijke verhouding beslissend is. Factoren die daarbij volgens de wetgever van belang zijn, zijn onder meer de intensiteit, de aard en de duur van de relatie. Als voorbeeld wordt de relatie van broers of zussen die langdurig samenwonen en voor elkaar zorgen (hoewel zij ons inziens dan reeds onder de ‘b-categorie’ – de levensgezel³³ die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met de gekwetste een gemeenschappelijke huishouding voert – zouden vallen) of een langdurige, hechte latrelatie genoemd.³⁴

Lindenbergh sprak reeds voorafgaand aan de inwerkingtreding van de wet de verwachting uit dat deze hardheidsclausule voor wat hoofdbreken zou kunnen zorgen, en met name door aanspraken van broers en zussen zou kunnen worden beproefd.³⁵ Ondanks dat de minister heeft benadrukt dat geen eenvoudige oprekking van de regeling wordt verwacht,³⁶ en (half)broers of -zussen als *zodanig* geen beroep op de hardheidsclausule toekomt,³⁷ is de rekbaarheid van deze hardheidsclausule gedurende de afgelopen anderhalf jaar meermaals op de proef gesteld. Met een beroep op deze hardheidsclausule passeerden voornamelijk (met wisselend succes) vorderingen van broers en zussen, maar ook van grootouders van de primair gekwetste de revue.

In een aantal uitspraken die kort na de inwerkingtreding van de Wet Affectieschade werden gewezen, werden zonder uitvoerige motivatie vorderingen van broers en zussen door (straf)rechters toegewezen. Hiervan was onder andere sprake in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 12 december

2019, waarbij aan de zus van het primaire slachtoffer onder toepassing van de hardheidsclausule een bedrag van € 15.000 werd toegewezen.³⁸ De rechtbank overwoog te dien aanzien niet meer dan dat ‘ook haar zus (...) in het verleden zeer nauw in het leven van het slachtoffer betrokken is geweest en nog is’. Twee weken later overwoog diezelfde rechtbank Rotterdam dat aan de broer van het primaire slachtoffer de vergoeding voor affectieschade kon worden toegewezen, ‘omdat de broer met hem in gezinsverband samenleeft’.³⁹ Deze oordelen zijn wat ons betreft, gelet op het feit dat de wetgever van oordeel is dat broers en zussen niet generiek onder het bereik van de hardheidsclausule vallen en die clausule alleen in uitzonderlijke situaties kan worden toegepast, wel erg summierlijk onderbouwd.

De rechtbank Den Haag wees op 27 januari 2020 eveneens een affectieschadevergoeding aan de broer van het primaire slachtoffer toe. In dat geval was redengevend dat hij en het slachtoffer naast broers ook beste vrienden en sinds een aantal jaar ook huisgenoten waren. Zij gingen bovendien samen naar de sportschool en gingen samen op stap.⁴⁰ Hoewel over de periode dat de broers samenwoonden (en hun plannen voor de toekomst) niets is gesteld, kunnen wij dit oordeel wel begrijpen. Een situatie waarin broers en zussen, nadat zij het ouderlijk huis hebben verlaten, (opnieuw) gaan samenleven, kan ons inziens wel als uitzonderlijk, althans in ieder geval als afwijkend van een normale broer-zusrelatie, worden beschouwd. Anders dan Bosch⁴¹ stelt, is voor toepassing van de hardheidsclausule ons inziens niet vereist dat de broers elkaar dan ook verzorg(d)en, omdat de eis van verzorging in (de tekst van) artikel 6:107 lid 2 sub g en 6:108 lid 4 sub g BW niet terugkomt. Het samen naar de sportschool gaan en samen op stap gaan zullen als zelfstandige gronden ontoereikend zijn om een beroep op toepassing van de hardheidsclausule te kunnen rechtvaardigen, maar kunnen ons inziens als bijkomende omstandigheden het uiteindelijke oordeel in casu wel dragen.

Na voornoemde drie uitspraken lijken rechters toch wat kritischer te zijn geworden op de door broers en zussen ingediende affectieschadevorderingen. Zowel de rechtbank Gelderland⁴² als de rechtbank Midden-Nederland,⁴³ de rechtbank Amsterdam⁴⁴ en de rechtbank Noord-Nederland⁴⁵ oordeelden in de aan hen nadien voorgelegde kwesties dat aan de broers en zussen geen geslaagd beroep op de hardheidsclausule

31. Lindenbergh 2018a, p. 410.

32. Zie art. 6:107 lid 2 sub g respectievelijk art. 6:108 lid 4 sub g BW.

33. Zie in dit verband HR 29 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1075. Doorslaggevend is volgens de Hoge Raad in het begrip ‘levensgezel’ de nauwe persoonlijke betrekking van een zekere hechtheid.

34. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 15 (MvT).

35. Lindenbergh 2018a, p. 410.

36. *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, C, p. 7 (MvA).

37. *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, C, p. 6 (MvA).

38. Rb. Rotterdam 12 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10581.

39. Rb. Rotterdam 23 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10334.

40. Rb. Den Haag 27 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:450, *JA* 2020/55, m.nt. E.W. Bosch.

41. E.W. Bosch, annotatie bij Rb. Den Haag 27 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:450, *JA* 2020/55.

42. Rb. Gelderland 3 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1397.

43. Rb. Midden-Nederland 11 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:920.

44. Rb. Amsterdam 5 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2814 en Rb. Amsterdam 26 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3129.

45. Rb. Noord-Nederland 11 juni 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2117.

toekwam. De vorderingen werden niet-ontvankelijk verklaard, waardoor wel nog een civiele actie mogelijk blijft.

Ook uit deze vonnissen kan niet altijd worden opgemaakt of de gevorderde affectieschadevordering (of althans de relatie die daartoe aanleiding zou geven) überhaupt door de broers of zussen werd onderbouwd (hetgeen voor toewijzing wel vereist is). De rechtbank Gelderland overwoog in haar uitspraak van 3 maart 2020 dat, om voor vergoeding van affectieschade in aanmerking te komen, er bijvoorbeeld sprake moet zijn van een bijzonder affectieve relatie of zorgrelatie. Van het bestaan daarvan was de rechtbank in de aan haar voorgelegde kwestie niet(s) gebleken.⁴⁶

De rechtbank Midden-Nederland overwoog dat ‘om als broer of zus in aanmerking te komen voor een affectieschadevergoeding die benadeelde partijen dienen aan te tonen dat sprake is geweest van een hechte affectieve relatie, waarbij niet de formele maar de feitelijke verhouding beslissend is’.⁴⁷ De rechtbank was van oordeel dat de broer en zus van het primaire slachtoffer in die casus onvoldoende hadden aangetoond dat tussen hen sprake was van een hechte affectieve relatie. De rechtbank stelde vast dat dit ook niet volgt uit het procesdossier. Het feit dat de zus de taak op haar had genomen om naar Nederland af te reizen om de dochter van het primaire slachtoffer op te halen, achtte de rechtbank onvoldoende voor het aannemen van een hechte affectieve relatie tussen haar en het primaire slachtoffer. Om te kunnen vaststellen of sprake is geweest van een hechte affectieve relatie was nader onderzoek vereist, waarvoor in het strafproces volgens de rechtbank geen ruimte was. Dat gold tevens voor de organisator van de begrafenis. Het feit dat zij de taak op haar had genomen om zorg te dragen voor de begrafenis, achtte de rechtbank onvoldoende voor het aannemen van een hechte affectieve relatie tussen haar en primaire slachtoffer. Wij kunnen ons daarin vinden.

De rechtbank Amsterdam overwoog in haar uitspraak van 5 juni 2020 dat alleen in heel bijzondere gevallen, waarin sprake is van een hechte affectieve relatie, ook ruimte voor vergoeding van affectieschade aan een broer of zus bestaat.⁴⁸ Alhoewel in deze zaak kennelijk niet ter discussie stond dat de zus en het primaire slachtoffer een hechte band hadden en het gemis immens groot is, is de rechtbank van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat tussen hen sprake was van zo’n bijzonder geval als hiervoor genoemd. Deze overweging herhaalt de rechtbank Amsterdam in het kader van de vorderingen van twee broers van het primaire (overleden) slachtoffer in haar uitspraak van 26 juni 2020.⁴⁹ Ondanks dat de beide broers samen met het primaire slachtoffer in hun ouderlijk huis woonden, en niet ter discussie stond dat zij een hechte band met hem hadden en zij dagelijks een groot gemis voelen, is de

rechtbank van oordeel dat onvoldoende is gebleken dat tussen hen sprake was van een dergelijk bijzonder geval zoals hiervoor genoemd.

In de kwestie die aan de rechtbank Noord-Nederland werd voorgelegd, stelde het broertje van de primair gekwetste dat hij drie jaar jonger is dan de primair gekwetste, zijn hele leven in gezinsverband met hem heeft samengeleefd, en dat hij een goede band met hem had, ‘zoals dat voor broers met een dergelijk leeftijdsverschil gebruikelijk is’. De rechtbank overwoog dat uit wat namens het broertje was gesteld, niet volgde dat zijn relatie met de primair gekwetste anders of meer bijzonder was dan tussen broers van die leeftijd gebruikelijk is en dat hij om die reden als ‘naaste’ in de zin van artikel 6:108 lid 4 aanhef en sub g BW zou kunnen worden aangemerkt.⁵⁰

De rechtbank Gelderland oordeelde op 29 juni 2020 over een beroep op de hardheidsclausule door de zus (respectievelijk dochter⁵¹), de oom en tante (respectievelijk zwager en zus), alsmede de grootouders (respectievelijk ouders⁵²) van de primaire slachtoffers.⁵³ Het ging in deze kwestie om twee verdachten (ten tijde van de gebeurtenis 12 en 13 jaar) die – vanwege het aansteken van vuurwerk in een bank die in de hal van een flatgebouw stond – brandstichtten, als gevolg waarvan een vader en zijn zoon (die op dat moment gebruik maakten van de lift in het flatgebouw) kwamen te overlijden. Ten aanzien van de vordering van de zus (respectievelijk dochter) oordeelde de rechtbank dat wordt onderkend dat de zus een groot verlies heeft geleden. Er zijn naar het oordeel van de rechtbank echter onvoldoende bijzonderheden gesteld die een beroep op de hardheidsclausule mogelijk maken; het gedeelte van de affectieschadevordering dat zij heeft gevorderd in haar hoedanigheid van zus wordt daarom niet-ontvankelijk verklaard. Dat geldt volgens de rechtbank eveneens voor de vorderingen van de grootouders in verband met het overlijden van hun kleinzoon. Ondanks dat zij vaak op hun kleinzoon pasten, en de rechtbank er niet aan twijfelt dat zij betrokken grootouders waren, is dat volgens de rechtbank onvoldoende om voor de hardheidsclausule in aanmerking te komen. De rechtbank overwoog daarbij dat het vonnis van de rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2020:1460)⁵⁴ een andere situatie betreft, waarbij de grootouders bij hun kleinkinderen in huis woonden, en die ten aanzien van een kleinkind een duurzame en structurele opvoedrol vervulden. Ook het beroep op de hardheidsclausule door de oom en tante (respectievelijk zwager en zus) van de primair gekwetsten slaagt – ondanks dat zij regelmatig bij elkaar over de vloer kwamen, een speciale

46. Rb. Gelderland 3 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1397 en Rb. Gelderland 29 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3155 en 3156.

47. Rb. Midden-Nederland 11 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:920.

48. Rb. Amsterdam 5 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2814.

49. Rb. Amsterdam 26 juni 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3129.

50. Rb. Noord-Nederland 11 juni 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2117.

51. De affectieschadevordering die werd gevorderd in haar hoedanigheid van dochter van haar overleden vader werd conform het Besluit vergoeding affectieschade toegewezen.

52. De affectieschadevordering die werd gevorderd in hun hoedanigheid van ouders van hun overleden zoon werd conform het Besluit vergoeding affectieschade toegewezen.

53. Rb. Gelderland 29 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3155 en 3156.

54. Hiervoor reeds besproken.

band hadden, veel met elkaar ondernamen, en de primair gekwetsten als onderdeel van hun gezin beschouwden – niet.

De meer recente rechtspraak lijkt ons inziens meer in lijn te zijn met de bedoeling van de wetgever; broers, zussen en overige (niet tot de vaste kring behorende) familieleden behoren als zodanig niet tot de vaste kring van gerechtigden. Zij zullen voldoende aannemelijk moeten maken dat sprake is van een *uitzonderlijke situatie* die een beroep op de hardheidsclausule rechtvaardigt, om toch aanspraak te kunnen maken op affectieschade.

In de literatuur zijn naast de (schoon)broer-, zus-, grootouders-, oom- en tanterelaties, enkele andere bijzondere relaties besproken, die in de toekomst mogelijk tot procedures kunnen leiden. In de wetsgeschiedenis wordt het voorbeeld genoemd van de draagmoeder (en met haar het kind waarvan zij zwanger is) die overlijdt, waarna onder bijzondere omstandigheden de wensouders aanspraak kunnen maken op vergoeding van affectieschade.⁵⁵ Lindenbergh meent dat in meer algemene zin aan ouders van een overleden nog ongeborn kind ook een vergoeding voor affectieschade toekomt, omdat het verlies van een ongeborn kind op de ouders een zodanige inwerking zal hebben dat het in overeenstemming met de ratio van de wettelijke regeling is dat zij vanaf het moment van hun bekendheid met de zwangerschap worden aangemerkt als ouder in de zin van artikel 6:107 lid 2 sub c en 6:108 lid 4 sub c BW.⁵⁶ Dat zijn wij met hem eens, waarbij als bijkomend argument nog kan worden gewezen op de wijziging van de Wet basisregistratie personen (Wbrp), waardoor doodgeborn kinderen nu ook geregistreerd kunnen worden (art. 2.56a). Als reden voor deze wijziging noemt de wetgever onder andere het belang van emotionele verwerking van het verlies van een kind voor de ouders en het belang van erkenning door de overheid van het bestaan van deze kinderen.⁵⁷ Met Lindenbergh menen wij dat gelet op artikel 1:2 BW ook het nog ongeborn kind waarvan (een van) de ouders voor de geboorte⁵⁸ door een aansprakelijke gebeurtenis (komt) komen te overlijden, aanspraak moet kunnen maken op een vergoeding voor affectieschade.⁵⁹ Voor mogelijke toekomstige rechtsvragen met betrekking tot de hardheidsclausule denken wij nog aan de situatie waarin twee verloofden vanuit geloofsovertuiging nog niet samenwonen, en een van beiden voor de huwelijksvoltrekking overlijdt. Hoewel een verloving geen bijzondere wettelijke status kent, geeft het wel blijk van meer dan serieuze plannen om met elkaar een duurzame affectieve relatie aan te gaan, terwijl bovendien kan worden betoogd dat daarvan reeds sprake is, ook al is van samenleven ten tijde van de aansprakelijke gebeurtenis nog geen sprake.

55. *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, C, p. 7 (MvA).

56. Lindenbergh 2018a, p. 408.

57. *Kamerstukken II* 2017/18, 34882, nr. 3, p. 2 (MvT).

58. Dit kan kort voor de geboorte als gevolg van zwangerschapscomplicaties ook de moeder zijn.

59. Lindenbergh 2018a, p. 408.

3.2 *Uitsluiting relatie op grond van redelijkheid en billijkheid*

Door middel van een beroep op de hardheidsclausule kan de kring van gerechtigden dus worden uitgebreid. Tegelijkertijd is het – met een beroep op artikel 6:2 lid 2 BW – mogelijk om een wél in de wet genoemde relatie alsnog van vergoeding uit te sluiten wanneer het honoreren van de aanspraak – mede gelet op de relatie tussen de rechthebbende naaste en de primair gekwetste, zoals deze zich in de periode voorafgaand aan de schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben ontwikkeld – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De toelichting spreekt hier van ‘zeer uitzonderlijke – sprekende – gevallen’, waarbij als voorbeeld wordt gewezen op een echtgenoot die al vóór het ongeval met de spreekwoordelijke noorderzon was vertrokken.⁶⁰ Lindenbergh merkt ten aanzien daarvan terecht op dat men in bestaande relaties voorzichtig moet zijn met het beoordelen van de kwaliteit daarvan.⁶¹ Bovendien is de ontsnappingsclausule ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid’ streng; deze kan slechts in zeer uitzonderlijke situaties worden toegepast. Ondanks dat de Raad voor de rechtspraak⁶² de minister nadrukkelijk in overweging heeft gegeven om hiervoor een minder streng criterium te kiezen, is daarvan afgezien.⁶³ Welke gevallen hier concreet onder kunnen worden geschaard, zal in de (feiten)rechtspraak moeten worden uitgekristalliseerd.

Wij zijn in de gepubliceerde rechtspraak één uitspraak tegengekomen waarin de veroorzaker van het overlijden ten aanzien van de vordering tot vergoeding van affectieschade van de moeder en dochter van het primaire slachtoffer een beroep deed op deze beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁶⁴ In de casus die tot deze uitspraak leidde, had een vrouw haar slapende partner met een hamer om het leven gebracht. De moeder en dochter van het primaire slachtoffer hadden onder andere een slachtofferverklaring afgelegd, waarover de uitspraak vermeldt:

‘Uit de schriftelijke slachtofferverklaring blijkt dat de nabestaanden van het slachtoffer het niet altijd eens waren met de keuzes die het slachtoffer maakte, waardoor zij een moeizame relatie met hem hadden. Het contact was moeizaam en zij hoorden dingen vaak pas achteraf. Desondanks blijft het slachtoffer de vader van [benadeelde 1], de zoon van [benadeelde 2] en de broer van [benadeelde 3]. Voor hen geldt dat er nooit meer een relatie kan ontstaan die beter is of zal zijn. De situatie heeft hun leven op zijn kop gezet en zij hebben allemaal pijn, verbazing, verdriet, woede, onbegrip en wraak gevoel, aldus de broer van het slachtoffer.’

60. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, p. 15 (MvA).

61. Lindenbergh 2018a, p. 408-409.

62. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 4.

63. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 6, p. 16-17.

64. Rb. Gelderland 4 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2436.

Met verwijzing naar deze verklaringen stelde de verdediging dat tussen het primaire slachtoffer en diens moeder en zijn dochter geen affectieve relatie meer bestond, en dat aan hen aldus geen recht op affectieschade toekwam. De rechtbank overwoog evenwel:

‘Ondanks het gegeven dat er al enkele jaren geen contact meer was tussen het slachtoffer en [benadeelde 1] (dochter) en dat zij, [dochter], in de periode voorafgaande aan de dood van het slachtoffer dat ook niet wilde, heeft de schadeveroorzakende gebeurtenis ervoor gezorgd dat het herstellen van de band met het slachtoffer ook nimmer meer mogelijk is in de toekomst. Tussen een kind en een ouder bestaat een onvoorwaardelijke (bloed)band en dat maakt dat het verlies van een ouder pijn doet, of er nou wel of geen of minder contact is. Tussen het slachtoffer en [zijn moeder] was er eveneens al lange tijd geen contact meer. Dit neemt echter niet weg dat er een onvoorwaardelijke (bloed)band tussen beiden bestaat en dat het verlies van haar zoon pijn en verdriet doet. Nergens is bovendien uit gebleken dat zij geen contact meer met haar zoon wilde. De rechtbank acht een vergoeding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dan ook niet onaanvaardbaar.’

Wij kunnen ons met dit oordeel – met name de verwijzing naar de onvoorwaardelijke bloedband – verenigen. Bij een mogelijk beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan ook worden gedacht aan relaties die ten tijde van het ongeval al niet meer harmonieus verlopen, maar waarbij de relatie nog niet definitief verbroken was, dan wel de echtscheiding nog niet voltrokken was. De wetgever kiest evenwel voor een harde lijn, ‘opdat niet in de waardering van individuele relaties hoeft te worden getreden. Is de echtscheiding nog niet uitgesproken, en is er formeel nog sprake van een gemeenschappelijke huishouding, dan bestaat er recht op vergoeding van affectieschade, mede omdat het ‘niet ondenkbaar is dat echtgenoten na een ingrijpend voorval een andere beslissing nemen dan aanvankelijk voorzien’.⁶⁵ Deze overwegingen zijn wat ons betreft wel wat lastig te rijmen met hetgeen de wetgever opmerkt ten aanzien van de omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de vraag of de hardheidsclausule moet worden toegepast. Volgens de wetgever moet bij ernstig en blijvend letsel (bij overlijden is de relatie per definitie beëindigd) namelijk betekenis toekomen aan de bestendigheid van de relatie in de toekomst en de invloed die de gebeurtenis daarop heeft, waarbij bij relaties die spoedig na de schadeveroorzakende gebeurtenis beëindigd worden dan volgens de wetgever kennelijk geen aanleiding bestaat om affectieschade toe te kennen.⁶⁶ Volgens de wetgever leidt het letsel dan niet tot een ingrijpende ommezwaai in het leven van de naaste. Ons bezwaar tegen de hiervoor genoemde overwegingen is vooral daarin gelegen dat de wetgever een soort moreel oordeel velt over relaties die na een ingrijpende verandering worden

beëindigd, terwijl het ook dan mogelijk nog steeds die aansprakelijke gebeurtenis is die die verandering teweeg heeft gebracht, en het ook voorstelbaar is dat een relatie wordt beëindigd, omdat de aard van die relatie door het ernstig en blijvend letsel ook duurzaam veranderd zal zijn.

4. Overlijden en ernstig blijvend letsel

Het recht op vergoeding van affectieschade bestaat zowel in geval van overlijden als in geval van ernstig blijvend letsel van de primair gekwetste. Om te pogen enig houvast aan het begrip *ernstig en blijvend* letsel te bieden, wordt in de toelichting van de wet gesproken van uitzonderlijk *zeer* ernstig en blijvend letsel, en een *richtinggevend percentage*⁶⁷ van 70% functionele invaliditeit.⁶⁸ Het percentage is niet beslissend; ook andere zeer ernstige letsels die van grote invloed zijn op de relatie kunnen een recht op vergoeding van affectieschade met zich meebrengen.⁶⁹ Naast de functionele stoornis, is volgens de minister bepalend wat de invloed is dat het letsel heeft op het leven van de gekwetste en diens naasten. Verheij wijst er in dat kader op dat feitelijk steeds moet worden gekeken naar alle concrete omstandigheden van het geval, waarbij de impact op de directe omgeving en de afhankelijkheid van de gekwetste relevante factoren kunnen zijn.⁷⁰

De minister had reeds voorspeld dat de term *ernstig en blijvend letsel* in concrete gevallen uitleg en mogelijk nadere duiding in de rechtspraak zou behoeven.⁷¹ In grensgevallen zal op basis van beschikbare medische gegevens of op basis van een nader medisch deskundigenrapport het ernstige en blijvende letsel moeten worden aangetoond. Het is volgens de minister wenselijk dat de rechter aan de hand van de individuele omstandigheden van het geval bij de beoordeling van deze term ruimte wordt gelaten.⁷² Ondanks dat ook Lindenbergh zijn verwachting uitsprak dat de rechter het begrip *ernstig en blijvend letsel* verder zou duiden,⁷³ is er in ieder geval

65. *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, C, p. 7 (MvA).

66. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 15 (MvT).

67. Tijdens de parlementaire behandeling is gediscussieerd over de vraag wanneer letsel als ‘ernstig en blijvend’ kan worden aangemerkt (*Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 12 (MvT); *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 6, p. 6).

68. Vast te stellen middels de Guides to the Evaluation of Permanent Impairment van de American Medical Association (‘AMA-guides’).

69. Volgens de toelichting valt te denken aan ernstige karakter- en gedragsveranderingen, algeheel verlies van het vermogen tot spreken, ernstige afasie, ernstige aantasting van de geheugenfunctie, ernstig of algeheel functieverlies van zintuigen, en aan letsels die leiden tot verlies of een ernstige versterking van de mogelijkheid tot lichamelijk contact, zoals dergraads brandwonden over een groot deel van het lichaam, of verlittekening van grote delen van in dit verband belangrijke delen van het lichaam, zoals het gelaat en de hals, alsook gevallen waarin het slachtoffer volledig of nagenoeg volledig afhankelijk wordt van zodanig intensieve hulp dat de mogelijkheid tot het onderhouden van een privéleven ernstig wordt verstoord, en ernstig en blijvend medisch objectiveerbaar psychisch letsel (*Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 12-13 (MvT); *Kamerstukken I* 2017/18, 34257, E, p. 3).

70. A.J. Verheij, ‘Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid’, *VR* 2014, afl. 6, p. 223.

71. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 12 (MvT).

72. *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 16 (MvT).

73. Lindenbergh 2018a, p. 408.

gedurende de eerste anderhalf jaar na inwerkingtreding van de wet niet noemenswaardig veel rechtspraak op dit vlak verschenen.

In de casus die ten grondslag lag aan de uitspraak van de rechtbank Overijssel van 10 december 2019 was het primaire slachtoffer door de verdachte hard met een golfstick op zijn hoofd geslagen.⁷⁴ De levensgezel van het slachtoffer vorderde vergoeding van affectieschade wegens ernstig en blijvend letsel. Het letsel van het slachtoffer bestond onder andere uit een breuk van de schedel, ophoping van lucht in de schedel en een plaatselijke bloeditstorting onder de schedel, welk letsel zonder medische interventie hoogstwaarschijnlijk dodelijk zou zijn geweest. De verdediging betwistte dat sprake was van blijvend (want vermoedelijk herstel binnen een tot twee jaar) en ernstig (volgens de verdediging was sprake van een functieverlies van 15-19%) letsel. Gelet op dit (gemotiveerde) verweer oordeelde de rechtbank dat nader uitgebreid (medisch) onderzoek nodig was om vast te stellen of sprake was van ernstig en blijvend letsel, hetgeen naar het oordeel van de rechtbank tot een onevenredige belasting van de strafrechtelijke procedure zou leiden. Om die reden werd de vordering van de levensgezel niet-ontvankelijk verklaard.

De rechtbank Oost-Brabant kwam op 27 januari 2020 tot eenzelfde oordeel; de affectieschadevordering werd afgewezen, omdat de rechtbank van oordeel was dat er weliswaar sprake was van ernstig letsel, maar dat in de toenmalige stand van het geding nog niet vast was komen te staan dat ook sprake zou zijn van blijvend letsel.⁷⁵ Dat gold eveneens voor de vordering van de ouders van een seksueel misbruikt meisje, bij wie daardoor een posttraumatische stressstoornis was ontstaan, omdat volgens de rechtbank Amsterdam deze aandoening op zich effectief behandeld kon worden, en daarmee nog niet vaststond dat sprake was van blijvend letsel.⁷⁶ Deze uitspraken zijn wat ons betreft inhoudelijk juist, en leggen het probleem bloot van het tijdsaspect dat nu eenmaal gepaard gaat met het kunnen vaststellen dat letsel ook 'blijvend ernstig' is. Een medische eindsituatie is (lang) niet altijd ingetreden op het moment dat een voegingsverzoek moet worden ingediend, waardoor toch vaak de civiele weg zal moeten worden bewandeld. Dat is een weinig aantrekkelijk vooruitzicht, omdat het incassorisico dan reëel is.⁷⁷

Hoewel ook in de casus die leidde tot de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 12 december 2019 nog geen sprake was van een medische eindsituatie, wees de rechtbank aan de ouders van het slachtoffer toch affectieschade toe, zonder dat

oordeel verder te motiveren.⁷⁸ Dat is opmerkelijk en onjuist, temeer omdat bijvoorbeeld ten aanzien van de door het slachtoffer zelf gevorderde schade wegens ontstane studievertraging werd geoordeeld dat nader medisch onderzoek nog moest uitwijzen in hoeverre zij op enig moment haar studie toch weer zou kunnen voortzetten. Ons inziens is het mogelijk om al affectieschade toe te wijzen wanneer nog geen sprake is van een medische eindsituatie, indien ondanks het ontbreken van een medische eindsituatie al duidelijk is dat een noemenswaardig herstel niet meer zal optreden, althans niet in die mate dat het letsel niet meer als ernstig valt aan te merken.⁷⁹

De uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 23 december 2019 bespreken wij in het kader van de eigen schuld van de naaste aan het ontstaan van het letsel al eerder.⁸⁰ Ook voor deze uitspraak geldt dat het opmerkelijk is dat de rechter oordeelt dat voor het vaststellen van de exacte ongevalsgevolgen in het kader van de vaststelling van de omvang van de immateriële schade van het slachtoffer zelf nog nader deskundigenonderzoek nodig is, terwijl de vordering tot vergoeding van affectieschade van diens broer al wel wordt toegewezen (zij het tot een bedrag van € 2000 wegens diens eigen aandeel in het ontstaan van de vechtpartij waarbij het letsel werd toegebracht). Het enkele feit dat deze broer 'heeft gezien dat zijn broertje (...) in zijn rug was gestoken en daardoor in een levensbedreigende situatie is terechtgekomen' vormt ons inziens een ontoereikende motivering om toekenning van affectieschade te kunnen rechtvaardigen. Het letsel van het slachtoffer zelf is immers doorslaggevend voor de vraag of de naaste recht heeft op vergoeding van affectieschade, en niet zozeer de wijze waarop de naaste op dat letsel (of de gebeurtenis) reageert. Dat laatste kan wel van belang zijn voor een eventuele vordering wegens shockschade, waarover later meer.

De tot op heden verschenen rechtspraak laat aldus zien dat problemen ontstaan in die situatie waarin nog niet kan worden gesproken van een medische eindsituatie en/of de situatie waarbij nog niet voldoende voorzienbaar is dat van ernstig blijvend letsel sprake zou zijn. Causaliteitsdiscussies zijn wij nog niet tegengekomen. In de wetsgeschiedenis wordt het voorbeeld genoemd van een slachtoffer met een al bestaande belaste medische voorgeschiedenis.⁸¹ Vanuit de gedachte dat de aansprakelijke partij het slachtoffer nu eenmaal moet nemen zoals het was, is Lindenbergh geneigd ervan uit te gaan dat de aansprakelijke partij het volledig vastgestelde bedrag voor affectieschade moet uitkeren, indien het slachtoffer met

74. Rb. Overijssel 10 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4656.

75. Rb. Oost-Brabant 27 januari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:393.

76. Rb. Amsterdam 8 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:51.

77. Met de invoering van de Wet Affectieschade is bepaald dat de schadevergoedingsmaatregel en voorschotregeling zich ook uitstrekken over de vergoeding van affectieschade. Die maatregel en regeling houden kort gezegd in dat de Staat het bedrag waartoe de dader is veroordeeld als voorschot aan de benadeelde voldoet, waarna de Staat het uitgekeerde bedrag op de dader verhaalt.

78. Rb. Rotterdam 12 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1058. Vermeldenswaardig is nog dat de verdediging betoogde dat op de in het Besluit vergoeding affectieschade genoemde bedragen nog een correctie voor het percentage-impairment moest worden toegepast (in die zin dat bij een percentage-impairment van 70% ook maar 70% van het genoemde bedrag voor vergoeding in aanmerking kwam). De rechtbank wees dit betoog terecht van de hand.

79. *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, C, p. 5 (MvA).

80. Rb. Rotterdam 23 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10334, *JA* 2020/55, m.nt. E.W. Bosch.

81. *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, C, p. 6 (MvA).

een al bestaande invaliditeit door de aansprakelijke gebeurtenis over de 'drempel' van het door de wetgever genoemde percentage van 70% wordt getild.⁸² Dat lijkt ons inderdaad juist, voor die situaties waarvan vastgesteld kan worden dat voor de gebeurtenis (nog) niet werd voldaan aan de vereisten voor het aannemen van blijvend ernstig letsel, waarbij dat voor de situatie na de gebeurtenis wel vaststaat. Dan kan immers ook worden gesteld dat de ommezwaai in het leven van de naasten zich pas na die gebeurtenis heeft voorgedaan.

Voor het aanspraak maken op affectieschade na overlijden van een naaste zullen de vorderingsgerechtigden ook aannemelijk moeten maken dat sprake is van causaal verband tussen de aansprakelijke gebeurtenis en het overlijden. In de meeste gevallen zal dit niet problematisch zijn, ook niet in die situaties waarin het ernstig gewonde slachtoffer later alsnog aan zijn verwondingen overlijdt.⁸³ Voor dergelijke situaties bepaalt artikel 6:108 lid 6 BW dat de nabestaanden uitsluitend recht hebben op het forfaitaire bedrag voor overlijden, onder aftrek van een eventueel reeds ontvangen vergoeding voor de aan het overlijden voorafgaande periode van ernstig lijden. Wij merken nog op dat het voor de bepaling van het vereiste causaal verband gaat om de vaststelling dat door de gebeurtenis een vervroegd of plotseling overlijden is veroorzaakt.⁸⁴ Dit betekent ons inziens dat in een situatie waarin een al terminale patiënt met een nog korte levensverwachting als gevolg van een medische fout vroegtijdig overlijdt, de nabestaanden ook aanspraak kunnen maken op vergoeding van affectieschade. Weliswaar kan worden gesteld dat deze patiënt ook zonder medische fout binnen afzienbare tijd zou zijn overleden, maar dat betekent niet dat daarmee het causaal verband tussen de normschending en het *daardoor* vervroegd overlijden ontbreekt.⁸⁵ Vanuit de genoegdoeningsfunctie en erkenningsfunctie van de Wet Affectieschade lijkt ons dat ook heel wel verdedigbaar, mede omdat de nabestaanden door de aansprakelijke gebeurtenis de mogelijkheid is ontnomen om binnen de verwachte termijn afscheid van hun overleden dierbare te nemen.

5. Samenloop shockschade

Over samenloop tussen een vergoeding voor affectieschade en 'shockschade' schreef Lindenbergh eerder uitgebreid in dit tijdschrift.⁸⁶ Wij beperken ons daarom tot enkele opmerkin-

gen. Shockschade dient te worden onderscheiden van affectieschade. Van shockschade is sprake indien iemand geestelijk letsel oploopt als gevolg van de confrontatie met een ernstig schokkende gebeurtenis, waardoor (tevens) sprake is van een onrechtmatige daad jegens de shockschadevergoeding-gerechtigde,⁸⁷ en waardoor zowel materiële als immateriële schade kan zijn geleden. Vereist is dat het geestelijk letsel in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn als sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.⁸⁸

Naasten en nabestaanden die tevens voldoen aan de eisen voor een aanspraak wegens geestelijk letsel door confrontatie met een schokkende gebeurtenis, hebben recht op vergoeding van zowel hun shockschade als hun affectieschade,⁸⁹ welke vorderingen ook in de na inwerkingtreding van de Wet Affectieschade verschenen rechtspraak al meermaals gecumuleerd werden toegewezen.⁹⁰

Het is ons inziens nog te vroeg om op basis van de verschenen rechtspraak conclusies te kunnen trekken ten aanzien van de eventuele invloed van de Wet Affectieschade op de hoogte van de toegewezen (immateriële) shockschadevergoedingen. Ons inziens zou het overigens niet juist zijn om bij de waardering van shockschade (ten nadele van de benadeelde) rekening te houden met een eventueel al ontvangen vergoeding voor affectieschade. Shockschade omvat immers uitdrukkelijk niet de (affectie)schade wegens verdriet dat het overlijden of ernstig gewond raken van een naaste teweeg heeft gebracht.⁹¹ De affectieschadevergoedingen zijn symbolisch van aard, en hebben een erkennings- en genoegdoeningsfunctie in verband met het verdriet en de pijn vanwege het ernstig (en blijvend) gewond raken of overlijden van de persoon met wie men een affectieve band heeft. Het immateriële gedeelte van de mogelijk tevens toe te kennen shockschadevergoeding dient (los van de eventueel tevens toe te kennen affectieschadevordering) te worden begroot met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, waaronder de ernst van het verwijt, de aard en ernst van het letsel (waaronder de duur en de intensiteit), de verwachting ten aanzien van het herstel en de leeftijd

82. Lindenbergh 2018a, p. 408.

83. Lastiger zal dat zijn voor de situatie dat een ernstig geïnvalideerde zodanig psychisch gedecompenseerd raakt, dat hij besluit suicide te plegen. Vermoedelijk zal de discussie in een dergelijke situatie (die zich in onze praktijken gelukkig nog nooit heeft voorgedaan en hopelijk ook nooit zal voordoen) vooral zien op de toerekenings- en relativiteitsvraag (art. 6:163 BW).

84. Ook voor de onder art. 6:108 lid 2 BW genoemde uitvaartkosten geldt immers dat deze ook zonder aansprakelijke gebeurtenis op enig moment zouden zijn gemaakt, omdat wij nu eenmaal allemaal sterfelijk zijn.

85. Uiteraard kan de kans op vervroegd overlijden zonder fout wel een rol spelen bij de bepaling van de mate van aansprakelijkheid (verlies van kans op beter behandelresultaat).

86. S.D. Lindenbergh, "Affectieschade" en "shockschade", onderscheid, samenloop, vooruitblik', *TVP* 2018, afl. 4, p. 142-147.

87. HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus-arrest*) en HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*).

88. Zie voor relevante (en wisselende) rechtspraak m.b.t. het aantonen van dit geestelijk letsel: M. de Groot en I. van der Zalm, annotatie bij Hof 's-Hertogenbosch 23 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:637, *JA* 2016/66.

89. De NV vermeldt hierover (*Kamerstukken II* 2015/16, 34257, nr. 6, p. 3): 'Er kan sprake zijn van samenloop van shockschade en affectieschade.'

90. Rb. Den Haag 27 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:45 (aan de broer van het primaire slachtoffer wordt € 5000 shockschade- en € 17.500 affectieschadevergoeding toegewezen); Rb. Midden-Nederland 20 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1046 (diverse vorderingen van shockschade en affectieschade cumuleren); Rb. Den Haag 27 maart 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:2714 (aan de zoon en dochter van het primaire slachtoffer wordt € 10.000 shockschade- en € 20.000 affectieschadevergoeding toegewezen).

91. HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus-arrest*).

van het shockschadeslachtoffer, mede kijkend naar de bedragen die in vergelijkbare gevallen zijn toegewezen.

6. Afsluiting

De in de Eerste Kamer wel geuite vrees voor het ontstaan van een onsmakelijke claimcultuur⁹² is naar onze mening niet bewaarheid geworden. De wetgever heeft gesteld dat die vrees wordt ondervangen doordat is gekozen voor een vaste kring van gerechtigden en vaste bedragen,⁹³ hetgeen in de praktijk inderdaad (nog) niet tot (de eveneens gevreesde) pijnlijke discussies lijkt te leiden. Die vrees was ons inziens des te minder gegrond, omdat voor het aanspraak kunnen maken op de vergoeding moet vaststaan dat binnen de bestaande wettelijke en ongeschreven kaders jegens de gekwetste aansprakelijkheid bestaat. Dat laat onverlet dat wij met Lindenbergh van mening zijn dat er nu wel situaties zijn waarin, anders dan vóór 1 januari 2019, een financieel belang aanwezig is om de kwestie aan een rechter voor te leggen, waarbij gedacht kan worden aan ouders die hun minderjarige kind zijn verloren.⁹⁴ Vóór 1 januari 2019 bestond hun potentiële aanspraak vaak louter uit de uitvaartkosten, indien en voor zover die niet al via een uitvaartverzekering waren vergoed.

Bij claims vanwege door de Wet Affectieschade toegenomen financiële belangen zou – met het oog op de actualiteit – ook nog kunnen worden gedacht aan de mogelijke aansprakelijkheid van verpleeg- en zorghuizen voor het overlijden van bewoners wegens het treffen van onvoldoende maatregelen ter voorkoming van de verspreiding van COVID-19.⁹⁵ Voorheen zou ook voor deze groep slachtoffers de vordering immers beperkt zijn tot de uitvaartkosten, maar na 1 januari 2019 kunnen de nog levende echtgenoten, levensgezellen en (meerderjarige) kinderen ook (allemaal) aanspraak maken op vergoeding van affectieschade. De financiële belangen voor verpleeg- en verzorgingshuizen (en hun aansprakelijkheidsverzekeraar) zullen daardoor aanzienlijk zijn.

Ook op individueel dossierniveau zijn de financiële gevolgen zichtbaar. Een praktijkvoorbeeld van een (niet door een misdrijf) overleden vader die zijn echtgenote, drie minderjarige kinderen en twee nog levende (niet-inwonende) ouders achterlaat, levert ten opzichte van de situatie van vóór 1 januari 2019 voor de verzekeraar een extra schadelast op van € 100.000.⁹⁶

In het consultatiewetsvoorstel zorg- en affectieschade ging het Verbond van Verzekeraars ervan uit dat de invoering van het recht op affectieschade zou (kunnen) leiden tot een premiestijging van 2 tot 3%. Met name voor (aansprakelijkheidsverzekeraars van) artsen en medische zorgverleners zijn de financiële gevolgen vermoedelijk groot, zeker als het gaat om doodgeboren of overleden kinderen, of overlijden van patiënten die al niet meer aan het arbeidsproces deelnamen (en daarmee ook niet in het levensonderhoud van naasten voorzagen). Het Verbond van Verzekeraars verwacht dan ook een stijging in de schadelast voor aansprakelijkheidsverzekeraars van artsen en zorginstellingen van 15%.⁹⁷ Bij de voorgenomen evaluatie zal moeten worden bezien in hoeverre deze verwachtingen zijn uitgekomen.

Wij willen hiermee geenszins suggereren dat er redenen zouden kunnen zijn om de mogelijkheid affectieschade te vorderen terug te draaien (integendeel, het werd de hoogste tijd dat dit recht ook in Nederland zijn plaats kreeg), maar het illustreert wel dat de overheid om begrijpelijke redenen heeft gekozen voor een duidelijke afbakening in de vorm van een vaste kring van gerechtigden en vaste bedragen. Uit onze analyse van de verschenen rechtspraak blijkt dat de rechterlijke beoordelingen van aanspraken op affectieschade tot op heden beperkt blijven tot strafzaken. In die procedures is vaak sprake van opzettelijk toegebrachte schade, waardoor er geen professionele verzekeraar betrokken is bij de schadebegroting, en vaak ook geen relevant buitengerechtelijk onderhandelingstraject over de schade heeft plaatsgevonden. Uit de besproken uitspraken blijkt dat strafrechters aanvankelijk (te) ruimhartig toepassing gaven aan de hardheidsclausule, met name voor zover het vorderingen van broers en zussen betrof. Hoe begrijpelijk en invoelbaar ook hun verdriet is, het is de keuze van de wetgever geweest om hen niet in de vaste kring van gerechtigden op te nemen.⁹⁸

Op basis van onze eigen praktijkervaring en het ontbreken van civiele uitspraken waarin het recht op affectieschade inhoudelijk werd bediscussieerd, lijkt daarnaast de voorzichtige conclusie te kunnen worden getrokken dat de wetgever in zijn opzet lijkt te zijn geslaagd om via de inrichting van de wettelijke regeling discussies daarover zo veel mogelijk te voorkomen.

92. Zie o.a. *Handelingen I* 9 maart 2010, 28871; *Handelingen I* 23 maart 2010, 28871.

93. *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, C, p. 11 (MvA).

94. Lindenbergh 2018a, p. 406.

95. Zie over de mogelijke aansprakelijkheidsclaims in verband met alle coronamaatregelen de blog van C.C. van Dam van 15 mei 2020 voor de website van VAST (Verzekeringsrecht, aansprakelijkheid, toezicht en schade), www.vast-online.nl/art/3753/corona-en-potentiele-aansprakelijkheidsclaims; zie ook J.F. Roth, 'Corona en letselschade. Welwillendheid gewenst', *L&S* 2020, afl. 2, p. 3-4.

96. Vier keer het bedrag van € 17.500 voor de echtgenote en de kinderen, en twee keer het bedrag van € 15.000 voor de ouders.

97. *Kamerstukken II* 2015/16, 34257, nr. 6 (NV).

98. Op 6 juli 2020 heeft het Kamerlid Van Nispen Kamervragen gesteld over het (niet-)vergoeden van affectieschade aan broers en zussen van het slachtoffer (vraag 2020Z13589). In de toelichting op de Wet Affectieschade mist een uitgebreide motivatie van het niet-rekenen van broers en zussen in de vaste kring van gerechtigden, waardoor het wenselijk is dat de wetgever deze keuze nog eens gemotiveerd toelicht.