

# Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties

*Mr. J. S. Overes\**

## 1. Inleiding

In juli 2015 is – na zo'n twaalf jaar wederom – een (nieuw) wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade ingediend bij de Tweede Kamer door de minister van Veiligheid en Justitie.<sup>1</sup> De hoop is dat dit wetsvoorstel wel de eindstreep zal (kunnen) halen, anders dan het eerdere wetsvoorstel deed, dat in 2010 door de Eerste Kamer werd verworpen. Het voorontwerp van het wetsvoorstel voorzag aanvankelijk ook in een verruiming van de vergoeding van zorgkosten.<sup>2</sup> In reactie op de adviezen op dit voorontwerp heeft de minister besloten dat onderdeel uit het wetsvoorstel te halen, omdat bleek dat dit nadere uitwerking behoeft. De strekking van het huidige wetsvoorstel is daarmee de invoering van de mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade in het Burgerlijk Wetboek (BW) alsook de verruiming om als derde schadevergoeding te kunnen krijgen in een strafproces en een wijziging van het recht omtrent beslag en overgang bij smartengeld. De eerste reacties in de literatuur op het wetsvoorstel zijn overwegend positief, zij het dat er wel op bepaalde onderdelen kritische noten worden gekraakt.<sup>3</sup> De vraag of affectieschade überhaupt voor vergoeding in aanmerking zou moeten kunnen komen, lijkt inmiddels wel gepasseerd.<sup>4</sup> De vraag is nu veeleer wat een goede regeling zou zijn, of specifieker: of dit wetsvoorstel zoals het nu voorligt een goede regeling zou zijn. In dit artikel zal ik ingaan op deze laatste vraag en mijn zienswijze geven. Omwille van de omvang van dit artikel wil ik mij beperken tot de kern en het grootste onderdeel van het wetsvoorstel: de wijziging van artikel 6:107 en 6:108 BW, waarmee de vergoeding van affectie-

schade mogelijk wordt gemaakt.<sup>5</sup> In dat kader zal ik eerst ingaan op de doelen van smartengeld in het algemeen en die van dit wetsvoorstel in het bijzonder (par. 2) en vervolgens in dat licht de voorgestelde wijzigingen van artikel 6:107 en 6:108 BW alsook enkele mogelijke praktische neveneffecten bespreken (par. 3). Tot slot zal ik afronden met een conclusie en aanbevelingen (par. 4). Mijn conclusie zal luiden dat het wetsvoorstel wat betreft zijn meeste essentialia instemmingswaardig is, maar dat het wetsvoorstel alleen zijn doelen zal kunnen behalen wanneer het reeds in het wetgevingsproces nader wordt uitgewerkt. Wat dat laatste betreft zal ik in dit artikel enkele voorstellen doen.

## 2. De doelen van smartengeld in het algemeen en van het wetsvoorstel in het bijzonder

De voorgestelde regeling van vergoeding van affectieschade zal wat mij betreft moeten worden gehouden tegen het licht van de doelen die immateriële schadevergoeding (smartengeld) in het algemeen heeft en de doelstellingen die dit wetsvoorstel zelf in het bijzonder stelt. Vanuit dat perspectief kan getoetst worden of het wetsvoorstel voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

Smartengeld dient als immateriële schadevergoeding in het algemeen meerdere doelen. Evenals bij vergoeding van vermogensschade staat bij immateriële schadevergoeding de gedachte van het goedmaken van nadelige gevolgen allereerst centraal.<sup>6</sup> Dit betekent dat (ook) immateriële schadevergoeding gericht is op herstel naar de situatie waarin de benadeelde zich zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou bevinden. Daarentegen geldt wel dat geld in geval van immaterieel nadeel, zoals verdriet of verminderd levensgenot, anders dan bij vermogensschade (bepaald) niet zonder meer doeltreffend herstel zal bieden. Het is immers niet geld dat alle wonden heelt – hoewel het weliswaar kan worden besteed aan activiteiten of ervaringen waarmee de heling van die wonden kan worden gestimuleerd. Behalve de gedachte van schadevergoeding

\* Mr. J.S. Overes is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam, sectie Verzekering en Aansprakelijkheid.

1. Zie Stert. 30 juli 2015, 22376. Vlak voor het verschijnen van dit artikel is de nota naar aanleiding van het verslag van de minister van Veiligheid en Justitie met een nota van wijziging verschenen.  
2. Zie over de inhoud van dit wetsvoorstel A.J. Verheij, Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid, VR 2014/95 en M.R. Hebly, I. van der Zalm & E.S. Engelhard, Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten, AA 2015/93.  
3. Zie met name Verheij 2014 en Hebly, Van der Zalm & Engelhard 2015.  
4. Sterker nog: vergoeding van affectieschade is momenteel al min of meer mogelijk via art. 4 lid 1 Wet schadefonds geweldsmisdrijven.

5. Zie nader over de wijzigingen op het gebied van beslag en overgang bij smartengeld en de voeging als benadeelde in het strafproces Hebly, Van der Zalm & Engelhard 2015 en Verheij 2014.

6. Zie S.D. Lindenberg, Schadevergoeding: algemeen, deel 1 (Mon. BW B34), Deventer: Kluwer 2008, p. 11.

– of beter: tegemoetkoming<sup>7</sup> – zijn genoegdoening, erkenning, preventie en rechtshandhaving ook uitdrukkelijk doel en functie van smartengeld.<sup>8</sup> Genoegdoening en erkenning zijn veeleer symbolische wegen, die ook naar hun aard bijdragen aan het naderen van herstel. Mede gelet op het onvolkomen compensatiekarakter van smartengeld en de aantoonbare emotionele behoeften van benadeelden zijn de aandacht voor en de waardering van deze doelen de laatste tijd toegenomen.<sup>9</sup> Smartengeld is dan ook weliswaar geen maatschappelijk wondermiddel, maar het vormt wel een juridisch instrument dat in meerderlei opzicht waardevol is.

(Ook) het wetsvoorstel affectieschade dient meerdere doelen, waarbij in feite de hiervoor genoemde doelen worden toegesneden op affectieschade. Door te voorzien in een regeling voor de vergoeding van affectieschade beoogt het wetsvoorstel de verbetering van de positie van de naasten van personen die door toedoen van een ander letselschade lijden of komen te overlijden, zo begint de memorie van toelichting.<sup>10</sup> Als rechtvaardiging van die positieverbetering wordt aangegeven dat een ongeval (of ziekte) niet alleen een aangrijpende gebeurtenis in het leven van het (directe) slachtoffer is, maar ook het leven van naasten kan wijzigen; op die (laatste) gevallen ziet het wetsvoorstel.<sup>11</sup> Het gaat dan om naasten die niet slechts hun verdriet moeten dragen, maar ook moeten meemaken dat zij hun leven opnieuw moeten inrichten. Vanwege het beperkte en exclusieve systeem van het huidige artikel 6:107-108 BW hebben deze derden op dit moment nauwelijks rechten. De memorie van toelichting stelt daarom dat de voorgestelde regeling primair als doel heeft de erkenning aan naasten dat hun ook iets ernstigs is overkomen: erkenning door het rechtssysteem en door de dader (de verantwoordelijke persoon).<sup>12</sup> Daarnaast beoogt de regeling deze naasten een zekere genoegdoening te bieden, in die zin dat hun geschokte rechtsgevoel wordt verzacht doordat van de aansprakelijke persoon een (financiële) opoffering wordt verlangd.<sup>13</sup> Dit zal dan wel moeten gebeuren in zo'n mate dat (ook) het smartengeld een voelbaar effect heeft op het leven van die naaste en wellicht ook min of meer evenredig zal moeten zijn aan het ervaren nadeel van die naaste.

Beoogt de voorgestelde regeling naast erkenning en genoegdoening ook vergoeding van geleden nadeel? Verheij lijkt te menen dat daarvan geen sprake is: 'het bedrag dat wegens affectieschade wordt toegekend is geen schadevergoeding,

maar symboliek'.<sup>14</sup> Uit het wetsvoorstel en de memorie van toelichting volgt mijns inziens echter een wat genuanceerder beeld, namelijk dat het bedrag wegens affectieschade *ook* als schadevergoeding bedoeld is. Zo zij onder meer gewezen op de naam van het wetsvoorstel ('vergoeding van affectieschade'), de wettekst van het voorgestelde artikel 6:107 lid 1 en 6:108 lid 3 BW ('verplicht tot vergoeding van (...) nadeel dat niet in vermogensschade bestaat'), de memorie van toelichting ('vergoeding van affectieschade' als 'voorbeeld van het in artikel 6:95 BW bedoelde geval, waarin de wet recht geeft op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade')<sup>15</sup> en de plaatsing in afdeling 6.1.10 BW ('wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding'). Smartengeld wegens affectieschade wordt daarmee mijns inziens ook terecht als een vorm van schadevergoeding gezien, zoals smartengeld in algemene zin ook schadevergoeding is (zie hiervoor).<sup>16</sup> Niet valt in te zien dat dit voor vergoeding van affectieschade anders zou (moeten) zijn. Integendeel: de compensatiegedachte speelt ook bij smartengeld wegens affectieschade een rol van betekenis. In dat kader kan worden aangeknoopt bij de opmerking in de memorie van toelichting over de beperkte kring van naasten die aanspraak (zullen) kunnen maken op vergoeding van affectieschade: de ratio van een beperkte kring van gerechtigden is volgens de memorie van toelichting onder meer het waarborgen dat 'een vergoeding alleen wordt betaald in gevallen waarin daadwerkelijk van een ernstig verlies sprake is'.<sup>17</sup> Niet alleen zou bij een te ruime regeling de waarde van de erkenning (in de wel beoogde gevallen) devalueren, ook zou gezegd kunnen worden dat dan méér vergoed wordt dan wordt geleden, hetgeen in beginsel niet gewenst is. Tot slot zij erop gewezen dat het ook *praktisch* belang lijkt te hebben dat smartengeld wegens affectieschade (ook) als schadevergoeding wordt gezien. Anders, namelijk in de situatie dat het toch niet om vergoeding van schade zou gaan, zou namelijk de vraag kunnen rijzen of dergelijk smartengeld wegens affectieschade verzekerd is. Algemene aansprakelijkheidsverzekeringen dekken immers in de regel slechts (zaak- en) personenschade en sluiten bovendien doorgaans dekking voor punitieve aanspraken uit. Mocht een vergoeding wegens affectieschade te zeer worden losgekoppeld van het begrip vergoeding van (personen)schade, dan zou kortom misschien een dekkingsdiscussie kunnen ontstaan met (aansprakelijkheids)verzekeraars. Een dergelijke discussie lijkt mij niet alleen onwenselijk, maar ook gelet op het voorgaande dogmatisch gezien onnodig. Een bedrag wegens affectieschade is dus *ook* schadevergoeding en *niet alleen* pure symboliek; maar ook andersom: het is evenmin uitsluitend en pure schadevergoeding, nu zeker ook symboliek (erkenning en genoegdoening) grondslag voor vergoeding bij affectieschade vormt. Het is kortom beide.

7. Vgl. Hebly, Van der Zalm & Engelhard 2015, p. 102, voetnoot 54.

8. Zie Lindenberg 2008, p. 12 e.v.

9. Zie o.m. R.J.S. Schwitters, Smartengeld, afkoopsom of genoegdoening, AV&S 2014/3 en G. van Dijk, Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht, NJB 2015/1787.

10. Zie de huidige (en enigszins aangepaste) MvT in Stcrt. 30 juli 2015, 22376, p. 8.

11. MvT, p. 8 en 9.

12. Idem.

13. Idem, p. 9.

14. Verheij 2014, par. 3.2.3 sub 5. Ook Hebly, Van der Zalm & Engelhard 2015, p. 103 lijken – zij het wat genuanceerder – naar deze opvatting te neigen.

15. MvT, p. 8 resp. 14-15.

16. Vgl. Lindenberg 2008, p. 11.

17. MvT, p. 16.

Naast al het voorgaande beoogt het wetsvoorstel ook een praktisch hanteerbare regeling te bieden, waarbij transactiekosten, procedures en onverkwikkelijke discussies zo veel als mogelijk worden vermeden. Zo geeft de memorie van toelichting aan dat

‘zoveel mogelijk vermeden moet worden dat de vaststelling van de vergoeding van affectieschade leidt tot langdurige en onsmakelijke discussies over de intensiteit van het leed. In een stelsel waarbij per geval de omvang van de vergoeding moet worden vastgesteld, zijn de kosten van afwikkeling bovendien omvangrijker. Deze zogenaamde transactiekosten kunnen een drempel vormen voor de mate waarin mensen die recht op een vergoeding hebben, deze voorderen.’<sup>18</sup>

De minister is positief gestemd en meent dat de voorgestelde regeling

‘voor de rechter geen grote problemen zal opleveren. Daardoor zal de regeling in de praktijk ook niet tot grote uitvoeringsmoeilijkheden leiden en veelal buiten de rechter om kunnen worden uitgevoerd.’<sup>19</sup>

Mijns inziens is die laatste verwachting op basis van het huidige wetsvoorstel en de huidige toelichting vooralsnog *te* positief te noemen. Een en ander zal ik in de volgende paragraaf bespreken.

### 3. De voorgestelde regeling van affectieschade – een nadere uitwerking blijkt nodig

#### 3.1 Een viervoudig afgebakend recht op smartengeld bij affectieschade

Het wetsvoorstel houdt primair een regeling in op grond waarvan een aansprakelijke persoon (ook) verplicht is tot vergoeding van een bij algemene maatregel van bestuur (hierna: AMvB) vast te stellen bedrag of bedragen voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, geleden door de in de wet specifiek genoemde naasten van gekwetste met ‘ernstig en blijvend letsel’ (art. 6:107 lid 1 aanhef en sub b) of ‘het overlijden’ van gekwetste (art. 6:108 lid 3).<sup>20</sup> Hoewel de regeling van affectieschade bij letsel en overlijden in twee verschillende wetsartikelen vastgelegd is, is de regeling (afgezien van de toe te kennen bedragen) in essentie vrijwel gelijk. Ik zal daarom hierna beide situaties gelijktijdig behandelen, en waar nodig eventuele verschillen benoemen.

Om maar meteen met een opmerkelijk verschil in huis te vallen: artikel 6:108 lid 3 BW lijkt in tegenstelling tot artikel 6:107 lid 1 aanhef sub b BW causaal verband te eisen tussen de affectieschade en de schade van het directe slachtoffer. Artikel

6:108 lid 3 BW spreekt namelijk over vergoeding van nadeel dat naasten geleden hebben ‘als gevolg van het overlijden’. Dit zou betekenen dat de naasten moeten aantonen dat zij smart hebben *door* het overlijden (en dus niet vanwege iets anders). Artikel 6:107 BW bepaalt daarentegen niet iets soortgelijks, bijvoorbeeld dat het nadeel geleden zou (moeten) zijn ‘als gevolg van het letsel’. Het lijkt er niet op dat de minister een verschil uitdrukkelijk heeft beoogd. Onduidelijk is ook wat een rechtvaardiging van dit causaliteitsvereiste zou zijn. In mijn optiek is dit causaliteitsvereiste onwenselijk: het zou kunnen leiden tot onfijne discussies over wat (de bron van) het verdriet van een naaste is; en dergelijke discussies wilden we met zijn allen juist zo veel mogelijk vermijden. Vergoeding van affectieschade valt dan ook te zien als een vorm van *abstracte* schadevergoeding, zoals de wettelijke rente als vergoeding (tegenmoetkoming) bij te late betaling dat ook is (art. 6:119 BW). Het recht op wettelijke rente bestaat in beginsel los van al dan niet concreet geleden verdragingschade;<sup>21</sup> zo moet de vergoeding van affectieschade in beginsel ook losstaan van al dan niet daadwerkelijk concreet geleden smart door de naaste. Deze gedachte volgt juist ook uit het wetsvoorstel zelf; denk aan de *vaste* bedragen en het ontbreken van een causaliteitscriterium bij artikel 6:107 lid 1 aanhef sub b BW. Het lijkt mij dan ook beter om het causaliteitsvereiste uit artikel 6:108 BW te elimineren, door het laatste deel van artikel 6:108 lid 3 BW – in lijn met artikel 6:107 lid 1 sub b BW – te herformuleren tot ‘geleden door de in lid 4 genoemde naasten van de overledene’.

Op basis van het huidige wetsvoorstel zal het recht op smartengeld bij affectieschade van toepassing zijn op schadeveroorzakende gebeurtenissen die pas plaatsvinden na de inwerkingtreding van de regeling.<sup>22</sup> Dit geldt ook voor gevallen waarin het slachtoffer weliswaar na de inwerkingtreding overlijdt, maar dit het gevolg is van letsel dat al voorafgaand aan de inwerkingtreding is ontstaan. Voor huidige schadekwesities zal het wetsvoorstel dus niets betekenen, waarmee in elk geval een helder overgangsrecht is gegeven. Toch zit hier bij nader inzien een onwenselijke kink in de kabel, doordat het huidige wetsvoorstel de *schadeveroorzakende* gebeurtenis als peildatum neemt. Hiermee kunnen naasten in de gevallen waarin de schadeveroorzakende en de schade-*intredende* gebeurtenis niet samenvallen (zoals bij beroepsziekten en asbestblootstelling), worden benadeeld. Het is immers goed mogelijk dat een slachtoffer al voor de inwerkingtreding van de regeling is blootgesteld aan de gevaarlijke stof (de schadeveroorzakende gebeurtenis), terwijl pas na de inwerkingtreding de uiteindelijke schade intreedt (de schade-*intredende* gebeurtenis: het letsel en/of het overlijden). Op (de impact van) die laatste gebeurtenis ziet de regeling van affectieschade nu juist. Het verdient dan ook aanbeveling dat het wetsvoorstel (steeds) als

18. MvT, p. 10.

19. MvT, p. 11.

20. Voor de goede orde: de wetsartikelen waarnaar ik hierna zal verwijzen, zijn de wetsartikelen zoals zij in het huidige wetsvoorstel zijn.

21. Vgl. HR 14 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR2760, NJ 2007/482 m.nt. Hijma (Van Rossum/Fortis). Zie ook S.D. Lindenberg, Abstracties bij vaststelling van schade, in: S.D. Lindenberg & A.Ch.H. Franken, Abstracte schadeberekening, Deventer: Kluwer 2013, p. 16.

22. Art. 68a en 69 sub d Ow NBW, vgl. MvT, p. 13.

peildatum de schade-*intredende* gebeurtenis neemt, in plaats van de schade-*veroorzakende* gebeurtenis. Het *claims made*-stelsel van aansprakelijkheidsverzekeringen sluit hierop ook naadloos aan. Overigens zal hierna blijken dat het wetsvoorstel ook in ander verband uitgaat van de schadeveroorzakende gebeurtenis als peildatum, waar echter evenzeer beter kan worden uitgegaan van de schade-*intredende* gebeurtenis (zie par. 3.3).

Het recht op smartengeld bij affectieschade is gelet op haar *rationes* en haar gevoeligheden beperkt. Het recht op smartengeld is (in elk geval) in viervoudig opzicht afgebakend:

1. Vereist is dat sprake is van 'ernstig en blijvend letsel' of 'overlijden' van de (direct) 'gekwetste'.
2. Slechts bepaalde personen (naasten van de gekwetste) kunnen aanspraak maken op smartengeld bij affectieschade.
3. De bedragen zijn vast en vooraf vastgesteld.
4. De aansprakelijke persoon kan hetzelfde verweer voeren als tegen het slachtoffer.

Het zijn met name deze vier afbakeningen die voer voor discussie (zullen) zijn en waarop in de praktijk vermoedelijk krachten onderhevig zullen zijn. Ik zal ze hierna achtereenvolgens bespreken, waarbij zal blijken dat er dusdanig veel situaties te bedenken zijn die vragen opleveren waarop het wetsvoorstel en de toelichting geen (helder) antwoord geven, dat een nadere uitwerking van het wetsvoorstel mij nodig lijkt.

### 3.2 De eerste afbakening: ernstig en blijvend letsel of overlijden

De eerste afbakening van het recht op vergoeding van affectieschade is dat het (directe) slachtoffer ernstig moet zijn getroffen door de gebeurtenis waarvoor aansprakelijkheid bestaat: het slachtoffer moet overleden zijn of anders 'ernstig en blijvend letsel' hebben.<sup>23</sup> Wanneer daarvan geen sprake is, kan een naaste van dat slachtoffer geen vergoeding van affectieschade vorderen. De ratio van deze afbakening is dat niet elk letsel van een slachtoffer recht behoort te geven op vergoeding van affectieschade van een naaste.<sup>24</sup> Zoals gezegd, ziet de voorgestelde regeling (slechts) op gebeurtenissen die een ingrijpende impact hebben op de naasten van het slachtoffer; dit veronderstelt dat het om ingrijpend letsel (ernstig en blijvend, of zelfs overlijden) gaat. Zo spreekt de memorie van toelichting over een gebeurtenis die 'het leven' van de naasten 'wijzigt', waarbij naasten 'moeten meemaken dat zij hun leven opnieuw moeten inrichten', over een 'ommezwaai in het leven van de gekwetste en naaste' en waarbij 'naasten gedurende lange tijd op indringende wijze met de ingrijpende gevolgen (...) zowel voor henzelf als voor het slachtoffer, geconfronteerd worden'.<sup>25</sup> Kortom: het moet gaan om situaties waarbij zowel voor het slachtoffer als voor diens naasten 'het leven op zijn kop staat'.

Daarvan is in elk geval sprake bij overlijden van het slachtoffer. Over invulling van dit begrip zal in de praktijk weinig discussie kunnen ontstaan. Verder ziet het wetsvoorstel op de situatie dat het slachtoffer 'ernstig en blijvend letsel' heeft. Hoewel iedereen daarvan wel een algemene voorstelling kan maken, zal dit open begrip in de praktijk – met al haar belangenconflicten – vermoedelijk de nodige discussies opleveren. In elk geval is sprake van een cumulatief criterium: er moet sprake zijn van ernstig én blijvend letsel. De vereiste ernst en duur moeten daarbij zien op *hetzelfde* letsel: een situatie waarin sprake is van blijvend letsel dat echter niet ernstig is tezamen met ander ernstig letsel dat evenwel niet blijvend is, voldoet dus niet. Voorts is inmiddels uitdrukkelijk bevestigd dat het wetsvoorstel ook ziet op ernstig en blijvend *psychisch* letsel.<sup>26</sup>

De memorie van toelichting werkt de vereiste ernst van het letsel enigszins uit.<sup>27</sup> Zo moet het gaan om medisch objectiveerbaar letsel van het slachtoffer. De whiplashjurisprudentie indachtig merk ik op dat dit mogelijk niet lijkt in te houden dat ook de *oorzaak* van het letsel medisch objectiveerbaar vast moet staan. Verder geeft de minister aan dat aangenomen kan worden dat bij een functiestoornis van 70% of meer sprake is van ernstig letsel. Dit criterium is door de minister bewust bedoeld als houvast voor de praktijk. Het is dan ook eerder een vuistregel dan een hard minimumvereiste. Ik neem aan dat de genoemde 70% ziet op het verschil dat *uitsluitend* door de schadeveroorzakende gebeurtenis in kwestie is veroorzaakt. Wanneer bijvoorbeeld het slachtoffer reeds een functiebeperking van 55% had en dit door de gebeurtenis 70% wordt, lijkt mij geen sprake van een *functieverlies* van 70%, maar van 33% (het verschil van 15% gedeeld door de eerst resterende 45%). De impact die de gebeurtenis heeft, is dan – relatief gezien – kleiner dan 70%.

Een lager functieverlies dan 70% kan evenwel uitdrukkelijk ook als voldoende ernstig worden beschouwd, maar een nadere onderbouwing door de naaste zal dan nodig zijn. Dat lijkt mij niet bezwaarlijk. De memorie van toelichting wijst in dit kader uitdrukkelijk op de hiervoor genoemde essentie van dit criterium: het letsel moet dermate ernstig zijn dat geoordeeld mag worden dat het leven van zowel het slachtoffer als de naaste op zijn kop is gezet. Naast de mate van functieverlies is dus ook de invloed van het letsel op het leven van het slachtoffer en de naaste een factor van belang. Zo zal letsel dat leidt tot een verlies of verstoring van wezenlijk persoonlijk (al dan niet lichamelijk) contact tussen het slachtoffer en de naaste als voldoende ernstig kunnen worden bestempeld. De minister noemt bijvoorbeeld ernstige karakterwijzigingen, geheel spraakverlies of derdegraads brandwonden over een groot deel van het lichaam. Ook de situatie waarin het slachtoffer door het letsel zo afhankelijk wordt van intensieve zorg en hulp dat het onderhouden van een privéleven ernstig wordt bemoeilijkt, wordt voldoende ernstig letsel genoemd. Hoewel met het

23. Art. 6:108 lid 3 resp. 6:107 lid 1 aanhef sub b BW.

24. Vgl. MvT, p. 15.

25. MvT, p. 8, 9 en 15.

26. MvT, p. 16.

27. Zie MvT, p. 15.

voorgaande al enige invulling van de vereiste ernst is gegeven, ben ik van mening dat de concrete invulling van dit vereiste nog onvoldoende ingekaderd is voor een efficiënte en geslaagde afwikkeling in de praktijk. Wat mij betreft zou in het wetgevingsproces nader moeten worden nagedacht over de toepassing van specifieke voorbeelden, om op basis daarvan de praktijk de nodige houvast te bieden. Welk letsel is *in concreto* voldoende ernstig? Voldoet een groot litteken over het hele gezicht? Of een amputatie van een onderbeen? Ik begrijp dat het lastig is om in het algemeen hierover uitspraken te doen, maar een poging daartoe lijkt mij nuttig en het proberen waard. Het lijkt mij dat de wetgever ideeën zal hebben over welk letsel hoe dan ook of niet snel zal voldoen aan dit vereiste. Met dergelijke informatie zal het wetsvoorstel vermoedelijk eerder zijn doelen bereiken.

Het criterium 'blijvend' lijkt mij wel al voldoende hanteerbaar. De minister geeft aan dat dit inhoudt dat 'het vooruitzicht ontbreekt dat de letselgevolgen na verloop van tijd verminderen, althans in die mate dat het letsel niet meer als ernstig valt aan te merken'.<sup>28</sup> Wanneer het letsel altijd zal blijven, maar naar verwachting niet (meer) in die vereiste mate van ernst, is dus niet voldaan aan dit criterium. Het gaat bij dit criterium om het *vooruitzicht*: wanneer na vergoeding toch een verbetering intreedt, blijft de grond voor de vergoeding in stand.<sup>29</sup> (Een vooruitzicht op) tijdelijk maar wel *langdurig* letsel is uitdrukkelijk niet voldoende: de minister geeft daartoe aan dat 'langdurig' een relatief begrip is, voer voor discussie geeft en geen geval is waar een 'ommezwaai in het leven' het meest evident is.<sup>30</sup> Deze keuze lijkt mij dan ook, mede gelet op het gegeven dat daarentegen wel reeds het vooruitzicht op blijvend (ernstig) letsel volstaat, instemmenswaardig.

Het wetsvoorstel voorziet in een mogelijkheid om bij AMvB nader te bepalen wanneer letsel 'ernstig en blijvend' is (art. 6:107 lid 3 BW). Dit voorstel is kritisch ontvangen.<sup>31</sup> Het is inderdaad nogal ongebruikelijk; veel open normen worden volledig aan de rechtspraak overgelaten. Gelet op de pragmatische insteek en de beoogde hanteerbaarheid van de regeling kan ik mij echter het nut van deze optie wel voorstellen. Een eventuele AMvB zou ook niet zozeer gericht zijn op 'correctie' van de rechtspraak, maar veeleer op een samenvatting of ordening daarvan.<sup>32</sup> De regeling is voor de Nederlandse situatie tamelijk experimenteel; in dat licht lijkt het niet onredelijk om de optie te houden om centraal en relatief eenvoudig de praktijk aanwijzingen te geven bij dit maatschappelijk gevoelige onderwerp. Het staat overigens bepaald niet vast dat er ooit zo'n AMvB zal komen. Ik sta dan ook niet principieel negatief tegen deze voorgestelde mogelijkheid.

### 3.3 De tweede afbakening: de derde valt onder de kring der gerechtigden

De tweede afbakening van het recht op smartengeld wegens affectieschade is dat de wet met een limitatieve opsomming slechts bepaalde (typen) naasten daartoe gerechtigd verklaart.<sup>33</sup> De gedachte hierachter is dat alleen bij personen die kennelijk 'een zeer nauwe band met het slachtoffer (...) hebben', mag worden uitgegaan van een zo 'ernstig verlies' dat vergoeding op haar plaats is.<sup>34</sup> Kortom: alleen dan is in beginsel sprake van een leven dat op zijn kop is gezet. De ratio van deze beperking is dan ook het recht doen aan de strekking van de regeling en haar hanteerbaarheid.<sup>35</sup> De regeling beperkt de kring der gerechtigden tot in beginsel drie typen relaties: partnerrelaties, ouder-kindrelaties en zorgrelaties in gezinsverband.

De partner van een slachtoffer is gerechtigd tot een vergoeding wanneer deze met dat slachtoffer gehuwd was en niet van tafel en bed gescheiden was, een geregistreerd partnerschap had of met deze kort gezegd (enkel) samenwoonde.<sup>36</sup> Uit de memorie van toelichting volgt dat het criterium 'van tafel en bed gescheiden' in beginsel formeel moet worden opgevat, maar ook dat via de band van artikel 6:2 lid 2 BW reeds een feitelijke scheiding van tafel en bed van betekenis is.<sup>37</sup> Wat betreft de partner die kort gezegd (enkel) samenwoonde, vereist de wet dat sprake is van een 'duurzaam gemeenschappelijke huishouding' met het slachtoffer. De memorie van toelichting geeft voor dit *kwalitatieve* criterium enige invulling door factoren te noemen, zoals de aard, duur, intensiteit en (te verwachten) bestendigheid van de relatie. Mij lijkt hiermee een voldoende hanteerbaar begrip gegeven. Nadere aandacht verdient echter de peildatum waaraan het vereiste bestaan van de relaties wordt gekoppeld: de wet spreekt daarbij uitdrukkelijk van 'ten tijde van de gebeurtenis'. Het wetsvoorstel lijkt hiermee de *schadeveroorzakende* gebeurtenis te bedoelen.<sup>38</sup> Zoals ook in het kader van het overgangsrecht al is besproken (par. 3.1), kan beter van de *schade-intredende* gebeurtenis worden uitgegaan. De strekking van het wetsvoorstel ziet immers juist op (de impact van) die laatste gebeurtenis en bovendien zou dit tot onbedoelde situaties kunnen leiden bij bijvoorbeeld beroepsziekten en asbestblootstelling. Denk aan de situatie waarin een man is blootgesteld aan asbest en op dat moment een vrouw had, daarna van haar scheidde en later trouwde met een vrouw met wie de man nog steeds getrouwd was toen hij door de asbest ernstig ziek werd (of overleed). Met de huidige peildatum zou de eerste vrouw gerechtigd zijn, de tweede (huidige) vrouw niet. Dat is niet de bedoeling. Met de *schade-intredende* gebeurtenis als peildatum is de eerste vrouw niet (meer) gerechtigd, maar de tweede juist wel. Dat is precies de

28. MvT, p. 15. Uit deze zinsnede volgt ook dat de vereiste ernst en blijvende duur zien op hetzelfde letsel.

29. Vgl. Hebly, Van der Zalm & Engelhard 2015, p. 101.

30. MvT, p. 15.

31. Zie met name Verheij 2014, par. 3.2.1 sub 3. Zie ook het advies van de Raad voor de rechtspraak aan de minister inzake dit wetsvoorstel d.d. 29 september 2014, p. 8.

32. Vgl. MvT, p. 18.

33. Art. 6:107 lid 2 en 6:108 lid 4 BW.

34. MvT, p. 16.

35. Idem.

36. Art. 6:107 lid 2 sub a en b en 6:108 lid 4 sub a en b BW.

37. Zie het voorbeeld inzake art. 6:2 lid 2 BW in MvT, p. 17.

38. Zie art. 6:107 lid 1 aanhef BW: iemand die 'ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is' letsel oploopt, en MvT, p. 17: 'de schadeveroorzakende gebeurtenis'.

bedoeling. Het wetsvoorstel behoeft mijns inziens dan ook aanpassing op dit punt.

Dit laatste punt geldt ook voor een ander type relatie dat onder de kring der gerechtigden valt: de ouder-kindrelatie.<sup>39</sup> Verder lijken bij dit criterium op zich weinig complicaties mogelijk; wellicht nog in de situatie waarin als gevolg van een normschending een ongeborn kind overlijdt. Heeft dan de vader/moeder recht op smartengeld wegens affectieschade? Het lijkt mij van wel: dan is zonder meer sprake van de impact waarop het wetsvoorstel ziet. In elk geval valt (de pleegouder van) een pleegkind niet onder de hiervoor bedoelde ouder-kindrelatie, maar onder de kring der gerechtigden door de zorgrelatie in gezinsverband.<sup>40</sup> De wet bepaalt in dat verband dat ook degene die 'duurzaam in gezinsverband' de zorg had of juist kreeg van het slachtoffer gerechtigd is.<sup>41</sup> Voor het begrip gezinsverband kan worden aangesloten bij andere wettelijke bepalingen, voor het begrip duurzaam kan dit bij het criterium rondom de partner die (enkel) samenwoonde met het slachtoffer (zie hiervoor).<sup>42</sup> Een oppasser/nanny lijkt hier niet onder te vallen. De persoonlijke betrekking moet immers vergelijkbaar zijn met een partner- of ouderrelatie; een grootouder bij wie een kind woont, lijkt dan ook hier wel onder te vallen.<sup>43</sup> Tot slot geldt ook voor deze gerechtigden dat als peildatum de schade-intredende gebeurtenis beter is.

Personen die niet onder de hiervoor genoemde kwalificaties vallen, hebben in beginsel geen recht op smartengeld. Denk bijvoorbeeld aan broers/zussen en vriend(inn)en. Het wetsvoorstel voorziet echter in een hardheidsclausule: een persoon die 'in een zodanige relatie tot het slachtoffer staat dat uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid' volgt dat hij als (voldoende nauwe) naaste wordt aangemerkt, valt onder de kring der gerechtigden.<sup>44</sup> De hardheidsclausule ziet op een voldoende 'nauwe persoonlijke betrekking' en een 'hechte affectieve relatie', waarbij het aankomt op de 'feitelijke verhouding' en alle omstandigheden van het geval, zoals de 'intensiteit, de aard en de duur van de relatie'.<sup>45</sup> Een beroep op de hardheidsclausule zal vermoedelijk in de praktijk – met al haar belangen – aanlokkelijk kunnen zijn. Dergelijke discussies zijn bij uitstek belastend en precair. De minister benadrukt dan ook dat de hardheidsclausule echt om 'zeer uitzonderlijke – sprekende – gevallen' gaat.<sup>46</sup> Invulling van de hardheidsclausule zou mijns inziens vooral moeten geschieden aan de hand van de strekking van dit wetsvoorstel, namelijk de positieverbetering van naasten wier leven *ingrijpend gewijzigd* is door de gebeurtenis; het gaat dus niet enkel om het dragen van verdriet (zie par. 2).

Voor de hardheidsclausule acht de minister bij een niet-overleden slachtoffer ook de (te verwachten) bestendigheid van de relatie van betekenis.<sup>47</sup> Het wetsvoorstel voorziet om die reden bij niet-overleden slachtoffers niet in een peildatum, vanwege relaties die 'spoedig na de schadeveroorzakende gebeurtenis beëindigd worden'. Deze gedachtegang is mij niet helemaal duidelijk. Bedoelt de minister hiermee dat afgewacht kan/moet worden of de relatie standhoudt? Zo nee: wat dan wel? Zo ja: tot hoelang moet dan redelijkerwijs worden afgewacht? Wat mij betreft wordt niet ingestoken op het 'beprouwen van de bestendigheid' van de relatie. Dat zou onwerkbaar zijn. Bovendien: wanneer iemand kennelijk zo'n nauwe, hechte en affectieve band met het slachtoffer heeft, mag worden aangenomen dat deze ook bestendig zal zijn. En mocht de band nadien toch knappen, dan zij dat zo. Echtgenoten kunnen immers ook nadien scheiden, en de bestendigheid van het huwelijk na de gebeurtenis is ook niet relevant. Beter lijkt mij daarom om de hardheidsclausule bij een niet-overleden slachtoffer te voorzien van een peildatum, namelijk de schade-intredende gebeurtenis. Degenen die op dat moment voldoen aan de hardheidsclausule zijn gerechtigd, zij die slechts vóór of pas na dat moment voldoen aan dit criterium niet. De (directe) impact van de gebeurtenis is in dat laatste geval immers onvoldoende.

### 3.4 De derde afbakening: vooraf vastgestelde bedragen

Het recht op smartengeld bij affectieschade is ten derde afgebakend doordat slechts recht bestaat op een bij AMvB vastgesteld vast bedrag, waarbij verschillende categorieën zullen gelden.<sup>48</sup> Een dergelijk systeem heeft als voordeel dat het rechtszekerheid biedt en de transactiekosten beperkt, en een 'open' systeem door naasten als onprettig ervaren wordt en verwerking in de weg kan staan.<sup>49</sup> Het voorgestelde systeem verdient mijns inziens dan ook instemming. Dit systeem verbindt de hoogte van het bedrag aan de impact van de schade-intredende gebeurtenis voor de naaste, wat ook logisch voortvloeit uit de strekking van het wetsvoorstel. Zoals weergegeven in tabel 1 (zie volgende pagina), hangt het bedrag af van de relatie van de naaste met het slachtoffer (de rijen) en van waarmee de naaste geconfronteerd is (de kolommen). Bij dat laatste wordt onderscheid gemaakt of het slachtoffer ernstig en blijvend letsel heeft gekregen dan wel is overleden, en of dit het gevolg was van een misdrijf.<sup>50</sup> Ik denk dat hiermee een goede balans is getroffen tussen concrete genoegdoening enerzijds en hanteerbaarheid anderzijds.

De bedragen waaraan de minister vooralsnog denkt, liggen tussen de € 12.500 en € 20.000. De hoogte van de afzonderlijke bedragen lijkt mij vooral een rechtspolitieke aangelegenheid. Omdat het wetsvoorstel ziet op een tegemoetkoming wegens de impact die een schade-intredende gebeurtenis kan

39. Art. 6:107 lid 2 sub c en d en 6:108 lid 4 sub c en d BW.

40. Vgl. MvT, p. 16.

41. Art. 6:107 lid 2 sub e en f en 6:108 lid 4 sub e en f BW.

42. Vgl. MvT, p. 16.

43. Idem.

44. Art. 6:107 lid 2 sub g en 6:108 lid 4 sub g BW.

45. Zie MvT, p. 16-17.

46. MvT, p. 17.

47. Idem.

48. Art. 6:107 lid 1 aanhef sub b en 6:108 lid 3 BW.

49. MvT, p. 10.

50. Het wetsvoorstel ziet uitdrukkelijk ook op misdrijven die geen geweldsmisdrijven zijn, zie MvT, p. 10.

Tabel 1

	Ernstig en blijvend letsel (art. 6:107 BW)	Overlijden (art. 6:108 BW)	Ernstig en blijvend letsel door een misdrijf (art. 6:107 BW)	Overlijden door een misdrijf (art. 6:108 BW)
Echtgenoten en geregistreerde partners (sub a)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
Levensgezellen (sub b)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
Minderjarige kinderen en ouders (sub c en d)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
Meerderjarige thuiswonende kinderen en ouders (sub c)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
Pleegkinderen en pleegouders (sub e en f)	€ 15.000	€ 17.500	€ 17.500	€ 20.000
Meerderjarige niet-thuiswonende kinderen en ouders (sub c en d)	€ 12.500	€ 15.000	€ 15.000	€ 17.500
Zorg in gezinsverband (sub e en f)	€ 12.500	€ 15.000	€ 15.000	€ 17.500
Overige nauwe persoonlijke relaties (sub g)	€ 12.500	€ 15.000	€ 15.000	€ 17.500

hebben op een naaste, zou die tegemoetkoming vice versa ook enige impact moeten hebben op het leven van die naaste. Of daarvan *in concreto* ook sprake zal zijn, zal natuurlijk per geval verschillen. In het algemeen denk ik dat de voorgestelde bedragen voldoende substantieel zijn om aan hun doel te kunnen voldoen. Daarbij zij ook bedacht dat er veelal meerdere gerechtigde naasten zullen zijn, zodat de aansprakelijke persoon – of de overheid via de voorschotregeling – een veelvoud van de toepasselijke bedragen zal moeten dragen. De regeling bevat voor deze afbakening bewust geen hardheidsclausule.<sup>51</sup> Terecht wijst de minister er daarbij op dat voornoemde bedragen reeds zien op zeer ernstige gevallen en discussies over de vraag of het ene leed ernstiger is dan het andere leed juist voorkomen moeten worden. De suggestie van Verheij dat een hardheidsclausule de rechter ook de mogelijkheid zou moeten bieden om onder omstandigheden een hoger gefixeerd bedrag toe te kennen,<sup>52</sup> lijkt mij dan ook geen navolging te moeten krijgen. Waar nodig zou de weg van artikel 6:2 lid 2 BW eventueel uitkomst kunnen bieden.

De keuze voor een AMvB maakt dat de bedragen centraal en vrij eenvoudig aangepast zullen kunnen worden. Op die manier kunnen bedragen eventueel worden geïndexeerd, althans aangepast aan eventuele geldontwaarding.<sup>53</sup> Bij een eventuele indexering of aanpassing zal mijns inziens ervoor

moeten worden gewaakt dat het niet meer om de ronde bedragen gaat zoals nu in het wetsvoorstel het geval is. Het komt mij voor dat de symbolische waarde van de bedragen devalueert wanneer het geen ronde maar ‘gekke’ bedragen zijn.

Tot slot is hier van belang de situatie waarin het slachtoffer eerst ernstig en blijvend letsel heeft en pas later overlijdt. Wanneer een naaste al vergoeding van affectieschade had ontvangen, heeft de naaste recht op een *aanvullende* vergoeding tot het bedrag voor de situatie van overlijden, mits het overlijden het gevolg is van de gebeurtenis waaraan de eerste vergoeding was gekoppeld (art. 6:108 lid 6 BW). Een dergelijke situatie lijkt mij ook gevolgen te hebben voor de kring van gerechtigden. Heeft bijvoorbeeld een persoon die ten tijde van het letsel nog getrouwd was met het slachtoffer, maar al vóór het overlijden is gescheiden ook recht op de aanvullende vergoeding? Dat lijkt mij in beginsel van niet: op het moment van het overlijden – het moment waarop de *impact* voor de naaste ontstaat, waarop het wetsvoorstel ziet – was die persoon immers niet meer dermate naaste van het slachtoffer. Mogelijk zou de hardheidsclausule in bijzondere gevallen hier wel kunnen opgaan. Wellicht zou dit punt in het wetgevingsproces kunnen worden bevestigd.

### 3.5 Een vierde afbakening: de verweermiddelen jegens de gekwetste/overledene zelf

Tot slot valt een vierde afbakening van het recht op smartengeld bij affectieschade te vinden in het voorgestelde artikel

51. MvT, p. 18.

52. Verheij 2014, par. 3.2.3 sub 4 en par. 6.

53. Vgl. MvT, p. 11.

6:107 lid 5 en 6:108 lid 5 BW: de aangesproken persoon kan dezelfde verweren voeren die deze tegen het slachtoffer zou kunnen voeren. Deze regel geldt al in het huidige artikel 6:107 lid 2 en 6:108 lid 3 BW en zal met de voorgestelde wijziging ook gelden tegenover naasten die aanspraak maken op smartengeld wegens affectieschade. De minister geeft in dit verband aan dat uit de genoegdoeningsfunctie van het recht op smartengeld bij affectieschade volgt dat bijvoorbeeld ook de eigen schuld van het slachtoffer moet kunnen meewegen bij het recht op smartengeld bij affectieschade.<sup>54</sup>

Op deze afbakening heeft Verheij kritiek geuit. Zijns inziens is een 'korting' wegens eigen schuld van het slachtoffer een ongewenste beperking van de hanteerbaarheid van de regeling, een afbreuk van de erkenningsfunctie en niet logisch, want 'symboliek wordt niet bedreven met een rekenmachine in de hand'.<sup>55</sup> Bovendien zijn volgens Verheij aansprakelijke personen al voldoende gematst doordat de regeling slechts recht biedt op een volgens hem slechts symbolisch en gelet op het huidige smartengeldniveau laag bedrag. Voornoemde kritiek van Verheij deel ik niet. Om met het laatste punt te beginnen: de vergelijking met het huidige smartengeldniveau gaat niet op omdat dit ziet op smartengeld voor *directe* slachtoffers en niet op smartengeld voor naasten met affectieschade. Het leed van directe slachtoffers is in de rede groter dan dat van naasten; het is dan ook logisch dat de bedragen van deze regeling lager uitvallen. Daarnaast is smartengeld bij affectieschade – net als elke vorm van smartengeld – niet *alleen* symboliek, maar *ook* een (abstracte) vorm van schadevergoeding (zie par. 2). Enig rekenwerk – meer met de weegschaal dan met de rekenmachine – lijkt mij dan ook niet per definitie ongepast. Verheij kan wel worden toegegeven dat een discussie over een eventuele eigen schuld belastend zou kunnen zijn voor naasten. De vraag is echter of dit voldoende reden is om een eigen schuld bij het slachtoffer principieel weg te denken en te aanvaarden dat bij een slachtoffer zonder enig aandeel in het ontstaan van zijn schade 'evenveel' genoegdoening plaatsvindt als bij een slachtoffer dat daarin juist een flink aandeel heeft (en de dader dus relatief minder). Daar wringt iets. Bovendien is een beroep op eigen schuld bij artikel 6:107 en 6:108 BW momenteel wel al mogelijk, terwijl ook in die situaties een dergelijk verweer – naar zijn aard – belastend kan zijn voor die naasten.

Hebly, Van der Zalm en Engelhard achten een beroep op de eigen schuld van het slachtoffer niet gepast omdat het recht van de naaste op smartengeld bij affectieschade min of meer een 'eigen recht' is, anders dan de verplaatste schade waarop artikel 6:107 en 6:108 BW momenteel slechts zien.<sup>56</sup> Dat argument spreekt aan, maar kent ook een mogelijke weerlegging. De situatie bij shockschade lijkt mij hier namelijk relevant. Ook bij shockschade gaat het om min of meer een 'eigen

recht'. Bij shockschade wordt echter ook een eigenschuldverweer, dat de aangesproken persoon jegens het slachtoffer zou hebben, van betekenis geacht.<sup>57</sup> Een gelijke benadering zou dan ook bij affectieschade voor de hand liggen. De vraag of een aangesproken persoon eigen schuld van het slachtoffer moet kunnen tegenwerpen, vind ik dan ook een lastige. In beginsel wel, zou ik zeggen, maar wellicht is het toch beter en passend om *ook* op dit punt de gedachte van *abstracte* schadevergoeding door te laten werken. Deze kwestie verdient in elk geval nadere overdenking.

Mocht de naaste inderdaad de eigen schuld van het slachtoffer kunnen worden tegengeworpen, dan is er nog de volgende complicatie te voorzien. De vraag rijst dan of een naaste in het kader van de billijkheidscorrectie kan 'profiteren' van de persoonlijke/subjectieve omstandigheden van het slachtoffer – omstandigheden die de naaste niet raken. Een dergelijke vraag speelt ook bij regresnemende partijen (veelal verzekeraars). Voor die situatie heeft de Hoge Raad onlangs bepaald dat 'subjectieve' omstandigheden in beginsel ook meewegen bij de billijkheidscorrectie jegens de regresnemende partij.<sup>58</sup> Het lijkt logisch hierbij aan te sluiten, mocht de naaste inderdaad de eigen schuld van het slachtoffer kunnen worden tegengeworpen.

Naast eigen schuld zijn er ook andere verweren denkbaar, zoals verjaring, proportionele causaliteit en de relativiteit. Geldt daarvoor hetzelfde als voor eigen schuld? In elk geval lijkt mij niet hetzelfde te gelden voor een beroep op eigen schuld van de *naaste* zelf. Wanneer een naaste medeschuld heeft aan het ontstaan van de schade bij het slachtoffer, lijkt mij dat van gewicht voor het recht op smartengeld wegens affectieschade. De impact van de schade van het slachtoffer op het leven van de naaste is dan immers ook deels een gevolg van eigen handelen. Dat heeft logischerwijs invloed op de mate waarin erkenning en genoegdoening op hun plaats zijn. Voor dergelijke situaties zijn de voorgestelde (wijzigingen van de) wetsartikelen echter niet nodig.

### 3.6 Twee nog onbesproken olievlekwerkingen: shockschade en de deelgeschilprocedure

Tot slot wil ik nog kort de aandacht vestigen op twee onderwerpen die de aandacht verdienen bij dit wetsvoorstel, omdat zij beide verband houden met de voorgestelde regeling. Ik denk daarbij allereerst aan het recht rondom shockschade.<sup>59</sup> Zoals bekend is vergoeding van shockschade momenteel al mogelijk, maar slechts onder strikte voorwaarden.<sup>60</sup> De Hoge Raad houdt de ruimte voor vergoeding van shockschade mede

54. MvT, p. 19. De minister spreekt – mijns inziens nogal verwarrend – afwisselend van 'slachtoffer' en 'gekwetste'.

55. Zie Verheij 2014, par. 3.2.3 sub 5. Zie ook Hebly, Van der Zalm & Engelhard 2015, p. 103.

56. Hebly, Van der Zalm & Engelhard 2015, p. 103.

57. Vgl. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE2690. Of dit vaste rechtspraak is, is mij onduidelijk.

58. HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1873, waarover nader J.S. Overes, Hoge Raad: verzekeraars subrogeren in zieligheid, BB 2015/70.

59. Zie over dit onderwerp in samenhang met het wetsvoorstel ook Hebly, Van der Zalm & Engelhard 2015, p. 103.

60. Zie HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. Vranken (Taxibus) en HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, NJ 2010/387 m.nt. Vranken (Vilt).



vanwege het restrictieve wettelijk stelsel bewust beperkt. Shockschade en affectieschade zijn aan elkaar verwant; in beide gevallen gaat het om leed van een naaste dat zijn oorsprong heeft in diens confrontatie met de gevolgen van een gebeurtenis waarbij een direct slachtoffer ernstig letsel heeft dan wel overlijdt. In beide gevallen is sprake van een bepaalde emotionele schok. Bovendien is het recht op vergoeding van shockschade beperkt tot naasten die een 'nauwe affectieve relatie' hebben met het slachtoffer, wat doet denken aan de beperkte kring van gerechtigden bij de voorgestelde regeling voor affectieschade. De vraag is dan ook of het wetsvoorstel invloed heeft op de ruimte voor vergoeding van shockschade. De minister heeft zich op dit punt niet uitgelaten; het wetsvoorstel ziet ook niet op shockschade. Wellicht zou daaruit de conclusie kunnen worden getrokken dat de wetgever het wel eens is met de huidige, terughoudende benadering van de rechter bij shockschade. Zo bezien benadrukt het wetsvoorstel alleen maar de op dit moment geldende terughoudendheid bij shockschade. Daarentegen zou men ook (andersom) kunnen betogen dat uit dit wetsvoorstel juist volgt dat men (ook) minder terughoudend moet zijn ten aanzien van shockschade. Vergoeding van affectieschade lijkt immers een brug verder dan vergoeding van shockschade, omdat bij het eerste geval het meer om genoegdoening gaat, terwijl bij het tweede geval nog vooral de nadruk ligt op vergoeding van *concreet* geleden schade en er per definitie sprake is van een ernstige situatie. Betoogd zou kunnen worden dat als de mogelijkheid van vergoeding van affectieschade verruimd gaat worden, dit helemaal moet gelden voor shockschade, nu dit schade is die in principe 'eerder' voor vergoeding in aanmerking komt. Specifiek zou dit kunnen betekenen dat bijvoorbeeld de kring van gerechtigden bij shockschade in elk geval niet beperkter zou mogen zijn dan die bij affectieschade (uiteraard onverminderd de overige vereisten, zoals het confrontatievereiste). Wellicht is het dan ook goed om in het wetgevingsproces ervan bewust te zijn dat de uitwerking van de regeling van affectieschade invloed zal kunnen hebben op de situatie bij shockschade.

Het tweede onderwerp dat tot slot van belang lijkt bij dit wetsvoorstel is de deelgeschilprocedure (art. 1019w e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). Een persoon die een ander aansprakelijk houdt voor schade als gevolg van dood of letsel kan een deelgeschilprocedure starten. Staat de deelgeschilprocedure daarmee ook open voor een persoon die aanspraak maakt op vergoeding van affectieschade? Dit lijkt van wel: artikel 1019w lid 2 Rv bepaalt reeds nu dat de deelgeschilprocedure mede openstaat voor een persoon die een vordering heeft op grond van artikel 6:107 BW. De tekst en strekking van artikel 1019w lid 2 Rv biedt ruimte dat dit ook geldt voor artikel 6:108 BW. Daarentegen wordt aangenomen dat een deelgeschilprocedure niet openstaat voor het voorleggen van het *gehele* geschil; dan is de (normale) weg van de

bodemprocedure uitsluitend aangewezen.<sup>61</sup> Wanneer een naaste geen andere aanspraak heeft dan op grond van deze regeling – wat gezien het restrictieve wettelijk systeem zeker niet ondenkbaar is – zou een discussie over smartengeld wegens affectieschade het enige en dus het gehele geschil zijn. De deelgeschilprocedure zou dan op die grond (toch) niet openstaan voor een naaste.

Voor zover de deelgeschilprocedure wel openstaat voor een naaste die aanspraak maakt op smartengeld wegens affectieschade, heeft dit het volgende effect. Kenmerkend voor de deelgeschilprocedure is dat *alle* (in redelijkheid gemaakte) rechtsbijstandskosten van een benadeelde door de aangesproken persoon moeten worden vergoed wanneer aansprakelijkheid vaststaat, zelfs wanneer de benadeelde geen gelijk krijgt in de deelgeschilprocedure. Bovendien krijgt de aansprakelijke persoon dan zelf geen kostenvergoeding van de benadeelde. Wanneer aansprakelijkheid eenmaal vaststaat, is procederen via een deelgeschilprocedure voor een benadeelde (behoudens onredelijke kosten) dus 'gratis'. Ook een persoon (naaste) die aanspraak maakt op vergoeding van affectieschade kan dus een deelgeschilprocedure instellen en dit zelfs 'gratis' doen wanneer de aansprakelijkheid van de aangesproken persoon vaststaat. Dit komt een snelle en eenvoudige afwikkeling van affectieschadeclaims ten goede. Daarentegen heeft dit als gevaar dat naasten dan altijd en zonder enige drempel kunnen procederen over deze precaire regeling en bijvoorbeeld de vraag of zij al dan niet onder de hardheidsclausule vallen, of sprake is van 'ernstig en blijvend letsel' en of de rechter zou moeten afwijken van de gefixeerde bedragen van de regeling; onder het mom 'baat het niet, dan schaadt het niet'. Dit zou in bepaalde gevallen tot onwenselijk procedeedrag kunnen leiden. In die gevallen zal er meer noodzaak zijn voor rechters om bepaalde verzoeken als 'volstrekt onnodig en onterecht te oordelen',<sup>62</sup> zodat naasten dan niet (meer) op kosten van de aansprakelijke persoon verzochte proefballonnen kunnen oplaten. Een verzoek is in het algemeen echter niet snel 'volstrekt onnodig en onterecht'. Hoe meer duidelijkheid zal bestaan over de uitwerking en de grenzen van de regeling, hoe eerder sprake zal kunnen zijn van een 'volstrekt onnodig en onterecht' verzoek. Ook in het licht van de deelgeschilprocedure lijkt dan ook van belang dat de regeling in het wetgevingsproces zo veel mogelijk afgebakend en uitgewerkt wordt.

#### 4. Conclusie en aanbevelingen

De conclusie is dat het wetsvoorstel – in elk geval de regeling van affectieschade – wat betreft opzet en zijn meeste essentialia instemmingswaardig is. De regeling biedt een gefixeerde en abstracte schadevergoeding aan naasten, van wie in de regel mag worden aangenomen dat ook hun leven 'op zijn kop' is gezet door de schade-intredende gebeurtenis van het slachtof-

61. Zie W. Heemskerk, GS Burgerlijke Rechtsvordering, Deventer: Kluwer 2013, art. 1019w Rv, aant. 7, Rb. Den Haag 15 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BZ2361, r.o. 4.2-4.3 en Rb. Arnhem 11 januari 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP5033, r.o. 2.9.

62. Zie Heemskerk 2013, art. 1019aa Rv, aant. 9.

fer. De regeling biedt daarmee de maatschappelijk wenselijk geachte erkenning en genoegdoening, op een pragmatische en verantwoordelijke wijze. De afbakening die het wetsvoorstel bevat, zullen vermoedelijk in de praktijk aan krachten onderhevig zijn – met name de kwalificatie van de schade-intredende gebeurtenis (ernstig en blijvend letsel of overlijden) en de kring van gerechtigden. Om de voorgestelde regeling voldoende stevig beslagen ten ijs te laten komen, behoeft de regeling wel enige uitwerking en aanpassing. Regeren is vooruitzien en een vooruitziende blik leert naar mijn mening dat er de nodige toepassingsvragen zullen kunnen rijzen bij het huidige voorstel en het kunnen ondermijnen. Ik besluit dit artikel dan ook met een opsomming van de (voornaamste) suggesties die volgen uit mijn bespreking van het wetsvoorstel:

- a. Het (kennelijke) causaliteitscriterium in artikel 6:108 lid 3 BW lijkt mij onwenselijk, en kan beter worden geëlimineerd door artikel 6:108 lid 3 BW te herformuleren conform artikel 6:107 lid 1 aanhef sub b BW (zie par. 3.1).
- b. Aanbeveling verdient om het overgangsrecht niet te koppelen aan de schadeveroorzakende gebeurtenis, maar aan het moment van de schade-intredende gebeurtenis (zie par. 3.1).
- c. Het verdient overweging om reeds in het wetgevingsproces het begrip ‘ernstig letsel’ zo veel mogelijk (te proberen) af te bakenen, met name met voorbeelden van gevallen die in de regel niet onder deze kwalificatie zullen vallen (zie par. 3.2).
- d. De peildatum waaraan de kring van gerechtigden wordt gekoppeld, kan beter niet de schadeveroorzakende gebeurtenis zijn, maar de schade-intredende gebeurtenis (zie par. 3.3).
- e. De toepassing van de hardheidsclausule zou niet mede af moeten hangen van de (te verwachten) bestendigheid van de relatie, maar wel mede van het moment van de schade-intredende gebeurtenis als peildatum (zie par. 3.3).
- f. Bij een eventuele (toekomstige) indexering zou moeten worden gewaakt voor het ontstaan van ‘gekke’ bedragen – in plaats van mooie ronde bedragen (zie par. 3.4).
- g. Aan de aanvullende vergoeding van artikel 6:108 lid 6 BW zou ook een peildatum moeten zijn gekoppeld, namelijk de schade-intredende gebeurtenis (zie par. 3.4).
- h. Het verdient aanbeveling om de wenselijkheid en eventuele afbakening van artikel 6:107 lid 5 en 6:108 lid 5 BW nader te overdenken (zie par. 3.5).
- i. Het verdient overweging om zich tijdens het wetgevingsproces te bezinnen over de invloed van het wetsvoorstel op het recht rondom shockschade (zie par. 3.6).
- j. Het verdient overweging om zich tijdens het wetgevingsproces te bezinnen over de invloed van de deelgeschilprocedure op de (te verwachten) toepassing van de regeling in de praktijk (zie par. 3.6).