

DE REDACTIE PRIVAAT
VAN TRANEN, DUITEN, DIJKEN EN SLUIZEN
OVER VERGOEDING VAN ‘AFFECTIESCHADE’ EN
‘SHOCKSCHADE’ IN NEDERLAND NA 1 JANUARI 2019

Siewert LINDENBERGH*

I. TRANEN MET DUITEN

1. Op 1 januari 2019 trad in Nederland de ‘Wet affectieschade’(1) in werking. Met deze wet zijn aan de artikelen 6:107 en 6:108 BW bepalingen toegevoegd die voorzien in een recht op vergoeding van ‘ander nadeel dan vermogensschade’ (immateriële of morele schade) aan bepaalde naasten van personen met ernstig en blijvend letsel (art. 6:107 lid 2 BW) en aan bepaalde nabestaanden van een overledene (art. 6:108 lid 4 BW). Daarmee heeft Nederland, na decennia van debat hierover(2), gekozen voor een principiële en forse uitbreiding van de vergoeding van ‘tranen met duiten’. Het gaat hier om de grootste verandering van het schadevergoedingsrecht sinds de invoering van het huidige wetboek in 1992.

Deze uitbreiding heeft vorm gekregen binnen het gesloten stelsel van aanspraken van derden bij letsel en overlijden, dat hiermee in de kern overeind is gehouden. Dat stelsel past in het Nederlandse poldermodel dat (ook) op dit gebied wordt gekenmerkt door een structuur van dijken en sluizen. Hoewel de aanspraken door deze begrenzings strikt genomen dus beperkter zijn dan die in het open model dat het Belgische en Franse recht op dit gebied karakteriseert, lijkt het Nederlandse recht in de praktijk juist te leiden tot royaler vergoedingen, doordat dit type schade in Nederland rehtens veel meer aandacht krijgt.

* Hoogleraar privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam.

(1) Voluit: Wet van 11 april 2018 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen, *Stb.* 2018/132.

(2) Zie eerder E. MULDER & W. WETERINGS, ‘Vergoeding van affectieschade: vroeg of laat een feit in Nederland en de lessen die daarbij van België kunnen worden geleerd’, *TPR* 2011, 1563 e.v.

II. DIJKEN EN SLUIZEN

2. Anders dan het Belgische recht, hanteert het Nederlandse recht sinds jaar en dag het vertrekpunt dat in geval iemand door andermans toedoen letsel oploopt, alleen aan de gekwetste zelf een aanspraak op schadevergoeding toekomt. Degenen die door letsel of overlijden van een ander schade lijden – ook wel ‘derden’ – hebben slechts aanspraak op vergoeding daarvan voor zover de wet daarin met zoveel woorden voorziet. Artikel 6:107 BW voorziet tot voor kort slechts in een aanspraak op vergoeding van schade die zich van de gekwetste naar de derde had verplaatst (door de derde ten behoeve van de gekwetste gemaakte kosten). Artikel 6:107a BW voorziet in een aanspraak van de werkgever voor aan de werknemer tijdens ziekte doorbetaald loon. En artikel 6:108 BW voorziet in geval van overlijden tot voor kort slechts in een recht op vergoeding van derving van levensonderhoud van bepaalde nabestaanden en in vergoeding van kosten van lijkbezorging. Het betreft hier niet alleen een limitatief stelsel – slechts de genoemde derden hebben recht op vergoeding van de in de wet genoemde schadeposten – maar ook een *exclusief* stelsel: voor zover derden schade lijden door de verwonding of het overlijden van een ander, komt hun ter zake geen aanspraak toe, *ook niet* wanneer zij aannemelijk kunnen maken dat ook jegens hen onrechtmatig is gehandeld of is tekortgeschoten in de nakoming van een verbintenis. Aldus zijn de aanspraken van derden bij letsel en overlijden wettelijk vastgelegd, maar tegelijkertijd ingedamd.

3. Per 1 januari 2019 hebben bepaalde in de wet omschreven naasten van iemand die door andermans toedoen *ernstig en blijvend letsel* heeft opgelopen tevens recht op vergoeding van een bij besluit vastgesteld bedrag ter vergoeding van ‘ander nadeel dan vermogensschade’. In geval van *overlijden* van een naaste geldt een vergelijkbare regeling. Voor beide typen gevallen is in de wet op gelijke wijze omschreven aan welke naasten of nabestaanden een aanspraak toekomt. Aanspraakgerechtigd zijn de partner (gehuwd, geregistreerd), de levensgezel (ook indien niet geformaliseerd), ouders en kinderen, en degene die (anderszins) duurzaam de zorg had voor de gekwetste of door hem duurzaam werd verzorgd (artikel 6:107 lid 2, respectievelijk artikel 6:108 lid 4 BW). Broers en zusters vallen niet onder de in de wet met zoveel woorden genoemde gerechtigden. De wet bevat bovendien een opening (‘hardheidsclausule’) voor personen die in een vergelijkbare affectieve relatie tot de primair gekwetste stonden. De bedragen zijn bij besluit vastgelegd en variëren van 12.500 euro tot 20.000 euro naar gelang het gaat om overlijden of ernstig en blijvend letsel, een meer of minder naaste relatie, en een misdrijf of niet, telkens met ‘treden’ van 2.500 euro. Omdat de aanspraak van de naaste of nabestaande is afgeleid van de jegens de primair gekwetste bestaande aansprakelijkheid, kan de aangesprokene jegens de derde dezelfde verweren voeren als hij aan de primair gekwetste kan of had kunnen tegenwerpen (artikel 6:107 lid 5, respectievelijk artikel 6:108 lid 5 BW). Men denke aan eigen schuld van de primair gekwetste

(artikel 6:101 BW), verlies van een kans of proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband(3).

4. Hoewel met de keuze voor plaatsing van de aanspraken van derden in de artikelen 6:107 en 6:108 BW het gesloten stelsel van aanspraken van derden bij letsel en overlijden overeind wordt gehouden, bieden de nieuwe bepalingen niettemin enkele openingen, die als ‘sluizen’ kunnen gaan fungeren.

In de eerste plaats laat het begrip ‘ernstig en blijvend letsel’ enige ruimte voor interpretatie. Volgens de toelichting is met dit begrip in feite *zeer* ernstig en blijvend letsel bedoeld. In beginsel wordt gedacht aan ten minste 70% functionele invaliditeit(4) (denk aan een hoge dwarslaesie, zeer ernstig hersenletsel of algehele blindheid), maar de toelichting laat ruimte voor letsels die een minder hoog percentage invaliditeit veroorzaken, maar niettemin de relatie met de omgeving sterk beïnvloeden. Men denke 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 verstoring van de mogelijkheid tot lichamelijk contact(5). Het laat zich raden dat deze interpretatieruimte in de rechtspraak zal worden beproefd(6).

In de tweede plaats is de kring van aanspraakgerechtigden weliswaar in de wet geformuleerd, maar laat deze formulering op tweeërlei wijze ruimte. Om te beginnen bevat artikel 6:107 lid 2, respectievelijk 6:108 lid 4, onder g BW de mogelijkheid dat een niet in de wet genoemde persoon aannemelijk maakt dat hij niettemin tot de gekwetste in een zodanige affectieve relatie stond dat deze is gelijk te stellen met een wel in de wet genoemde relatie (de ‘hardheidsclausule’). Hoewel de bedoeling van de wetgever is dat er van de hardheidsclausule niet lichtvaardig gebruik zal worden gemaakt(7), zal ook de capaciteit van deze sluis door de rechter moeten worden vastgesteld. Naast de opening die de ‘hardheidsclausule’ biedt, bestaat nog de mogelijkheid dat ten aanzien van een wel in de wet genoemde aanspraakgerechtigde wordt geoordeeld dat het geldend maken van de aanspraak in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaan-

(3) Vergelijk HR 31 maart 2006, *Nefalit/Karamus*, NJ 2011/250 noot T.F.E. TJONG TJIN TAL.

(4) Vast te stellen met behulp van de *Guides to the Evaluation of Permanent Impairment* van de American Medical Association, veelal aangeduid als ‘AMA-guides’.

(5) MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 12-13. In de latere toelichting aan de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 2017/18, 34 257, E, p. 3) wordt nog eens benadrukt dat het gaat om de impact van het letsel op het leven van de naaste.

(6) Art. 6:107 lid 3 BW voorziet in de mogelijkheid dat bij Algemene Maatregel van Bestuur sturing wordt gegeven aan deze rechtsontwikkeling, maar vooralsnog werd dit niet nodig geacht (MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 16).

(7) Vgl. MvA, *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, C, p. 7, waar de minister benadrukt geen eenvoudige oprekking van de regeling te verwachten.

vaardbaar is (art. 6:2 BW). In de toelichting wordt het voorbeeld genoemd van de met de spreekwoordelijke noorderzon vertrokken echtgenoot, die zich na een noodlottig ongeval ineens als naaste of nabestaande meldt. Hoewel ook hier dus ruimte voor interpretatie bestaat, verwacht ik dat van dit ventiel minder snel gebruik zal worden gemaakt(8).

5. De genoemde sluisen zullen in zoverre een forse druk ervaren dat het de rechter niet vrijstaat om met de omvang van de bij besluit vastgestelde toe te wijzen bedragen te ‘spelen’. Anders dan in België en Frankrijk, die geen drempel voor de ernst van het letsel, geen vaste kring van gerechtigden en geen vaste bedragen kennen, heeft de rechter geen speelruimte om bij minder ernstig letsel aan minder personen minder schadevergoeding toe te wijzen: het is een kwestie van alles of niets.

III. NOG EEN SLUIS

6. Naast de hiervoor geschetste openingen die de artikelen 6:107 en 6:108 BW bieden, is ten behoeve van personen die schade lijden in verband met een aan een ander overkomen gebeurtenis in de rechtspraak in 2002 nog een ‘sluis geopend’. Ik heb hier het oog op de situatie dat iemand door betrokkenheid bij een gebeurtenis waardoor een ander ernstig letsel oploopt of komt te overlijden, geestelijk letsel oploopt. Voor dergelijke gevallen, in de juridische volksmond aangeduid als ‘shockschade’, heeft de Hoge Raad aanvaard dat onder omstandigheden – confrontatie met de schokkende gebeurtenis of de onmiddellijke nasleep ervan, geestelijk letsel in de vorm van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, in beginsel het hebben van een affectieve relatie met de primair gekwetste – niet alleen jegens de primair gekwetste, maar ook jegens de ‘geschrokken’ persoon onrechtmatig is gehandeld(9). In dat geval komt hem op grond van artikel 6:162 BW een aanspraak op vergoeding van vermogensschade (artikel 6:95 e.v. BW) en ander nadeel (artikel 6:106 onder b, ‘aantasting van de persoon op andere wijze’) toe.

Ook in deze gevallen brengt de exclusieve strekking van het wettelijk stelsel van artikel 6:107, 6:107a en 6:108 BW evenwel mee dat de benadeelde buiten die artikelen geen recht heeft op vergoeding van schade die het gevolg is van de kwetsing of het overlijden van de naaste. De uitbreiding van de artikelen 6:107 en 108 BW met een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden heeft deze leemte in zoverre opgevuld dat de door confrontatie met een schokkende gebeurtenis benadeelde nu binnen de grenzen van de wet (kring van gerechtigden, vaste bedragen) een aanspraak op vergoe-

(8) MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 15, waar de toelichting spreekt van ‘zeer uitzonderlijke – sprekende – gevallen’.

(9) HR 22 februari 2002, *Taxibus*, NJ 2002/240, noot J.B.M. VRANKEN.

ding van ander nadeel dan vermogensschade wegens verdriet om de zeer ernstige kwetsing of het overlijden van een naaste toekomst.

Dat betekent dat de vorderingen ter zake van smartengeld wegens verdriet om het verlies of de ernstige verwonding van een naaste ('affectieschade') zullen cumuleren met vorderingen ter zake van geestelijk letsel door de confrontatie met een schokkende gebeurtenis ('shockschade'). In de praktijk worden in laatstgenoemde gevallen – naast vergoeding van vermogensschade – veelal bedragen van 10.000 tot 40.000 euro aan smartengeld toegewezen. Daar kan met de nieuwe wet dus nog 12.500 tot 20.000 euro bij komen.

IV. MAAR OOK NOG STEEDS DAMMEN

7. Het intussen rijk geschakeerde Nederlandse polderlandschap blijft dus in de kern verschillen van het Belgische open landschap, doordat het in essentie uitgaat van een gesloten stelsel van aanspraken van derden die schade lijden door verwonding of overlijden van een ander. De wettelijke aanspraken zijn per 1 januari 2019 weliswaar uitgebreid met een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden ('affectieschade'), maar de kring van aanspraakgerechtigden is bij wet, en de bedragen zijn bij besluit, beperkt. En hoewel voorafgaand aan deze 'koninklijke route' bij wijze van 'sluiproute' door de rechtspraak onder omstandigheden al een aanspraak uit een jegens de 'derde' gepleegde zelfstandige onrechtmatige daad was erkend, komen bepaalde schadeposten die samenhangen met het letsel of overlijden van een naaste ook thans niet voor vergoeding in aanmerking. Men denke aan de kosten van therapie of het verlies aan arbeidsvermogen als gevolg van het verdriet – denk aan een verstoord rouwproces – om de kwetsing of het verlies van een naaste. Het Belgische recht kent deze beperkingen niet⁽¹⁰⁾.

V. TOCH MEER WATER?

8. Hoewel het Nederlandse recht op dit gebied dus in theorie zuiniger oogt dan het Belgische, dat de hierboven geschetste beperkingen niet kent, heeft de decennialange ontwikkeling van dit terrein van het recht in Nederland tot een praktische 'emancipatie' van deze schadeposten geleid, die in België veel minder waarneembaar is. Waar in Nederland de vergoeding ter zake van geestelijk letsel door confrontatie met een schokkende gebeurtenis in de praktijk een tamelijk hoge vlucht heeft genomen en daaraan per 1

(10) Zie A. VAN OEVELEN e.a., 'Overzicht van Rechtspraak, Onrechtmatige daad: Schade en schadeloosstelling (1993-2006)', *TPR* 2007, (933) 1099 nr. 37.2.

januari 2019 een vergoeding ter zake van verlies of ernstige verwonding van een naaste wordt toegevoegd, pleegt voor zover ik kan overzien in België een dergelijk geval vooral te worden gecompenseerd met een betrekkelijk bescheiden vergoeding voor affectieschade(11). Zo lijkt het afgedamde Nederlandse model uiteindelijk royaler dan het open stelsel dat België hanteert.

(11) Zie bijv. Brussel 26 juni 1990, *RGAR* 1991, nr. 11.774. Zie ook A. VAN OEVEREN e.a., *TPR* 2007, (933) 1097 nr. 37.1. De Indicatieve Tabel 2016 (rondpunt.be/medialibrary/Indicatieve%20tabel%202016_605.pdf) suggereert in geval van overlijden bedragen tussen de 1.500 en 15.000 euro (en in geval van overlijden van de laatste ouder, bij wie het kind inwoonde, 24.000 euro).