

# 156 De wet affectieschade in werking

Prof. mr. S.D. Lindenbergh \*

## 1. De 'lex Frenk'

Wie terugblijkt op het ruim vijftien jaar durende wetgevingsproces van het wetsvoorstel affectieschade, kan eigenlijk alleen maar omzien in verwondering.<sup>1)</sup> Wie had ooit gedacht dat, in de Europese achterhoede op dit gebied, Nederland het uiteindelijk zelfs nog van Duitsland zou verliezen?<sup>2)</sup> Verwondering is ook op haar plaats vanwege de soms ondoorgroendelijke wegen van politieke besluitvorming.<sup>3)</sup> Maar evenzeer is bewondering op haar plaats voor de spitsvondigheid en het doorzettingsvermogen van de wetgevingsjuristen, die er toch maar in geslaagd zijn om dit weerbarstige thema in een wettelijke regeling te gieten en door het parlement te loodsen. Bijzondere vermelding verdient hier Niels Frenk, die onbetwist als de geestelijk vader van deze wet heeft te gelden.

\* Hoogleraar privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam. Dit is de tekst van een voordracht gehouden tijdens het op 20 september 2018 in Den Haag gehouden symposium 'De wet affectieschade'. De auteur dankt Arno Akkermans, Ton Hartlief, Marnix Heblly en Femke Ruitenbeek voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van deze tekst.

Nederland sluit met deze 'lex Frenk' de rij van Europese jurisdicties die vroeger of later een recht op smartengeld voor nabestaanden en/of naasten van personen met ernstig letsel hebben aanvaard.<sup>4)</sup> Maar het resultaat mag er dan ook wezen: een recht op smartengeld niet alleen voor nabestaanden na overlijden, maar ook voor naasten van slachtoffers met ernstig en blijvend letsel, een tamelijk royale kring van 'vaste' gerechtigden aangevuld met een hardheidsclausule, en een gedifferentieerd stelsel van vaste bedragen. Het heeft even geduurd, maar nu heeft Nederland dan ook meteen een van de meest uitgebreide en moderne stelsels op dit punt in Europa.

En na deze terugblik wordt het tijd om vooruit te kijken: wat gaat de wet ons brengen? Daar is natuurlijk heel veel over te zeggen. Ik beperk mij tot enkele observaties en richt me daarbij voornamelijk op de interpretatie van de nieuwe tekst in de artikelen 6:107 en 6:108 BW.<sup>5)</sup>

## 2. Eigen 'standing'

In de eerste plaats roept de wet een zelfstandige aanspraak van naasten en nabestaanden ter zake van ander nadeel dan vermogensschade, een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden, in het leven. Eén van de belangrijkste redenen voor invoering van dit recht was, dat het grootst denkbare immateriële verlies in het aansprakelijkheidsrecht niet werd erkend. Dat

betekende ook dat deze naasten en nabestaanden, als zij verder geen voor vergoeding in aanmerking komende schade leden – en dat doet zich bijvoorbeeld nogal eens voor bij het overlijden van kinderen, als de kosten van lijkbezorging al anderszins zijn gedekt – in het geheel geen 'juridische standing' hadden. Hun zuiver emotionele belang rechtvaardigde op zichzelf geen toegang tot de rechter.<sup>6)</sup> Die toegang krijgen zij nu met een eigen recht op schadevergoeding wel.

In de praktijk zullen naasten en nabestaanden dikwijls 'meeliften' in een al bestaand dossier van de primair gekwetste of ter zake van de overlijdensschade: daar komen enkele gerechtigden en schadeposten bij. Maar ook in deze gevallen vragen deze gerechtigden en hun aanspraken om eigen aandacht. Zo is voor naasten en nabestaanden, in het bijzonder vanwege het accent van de remedie op erkenning, van belang hoe er met hen, hun belangen en hun vorderingen wordt omgegaan.<sup>7)</sup>

Er zullen evenwel ook gevallen zijn – ik denk met name aan overlijden door een medische fout of beroepsziekte – waarin nu soms voor het eerst aansprakelijkheidsvragen zullen rijzen, of waarin door het met de nieuwe aanspraken genomen financiële belang van de zaak eerder aanleiding zal bestaan om de zaak een juridisch vervolg te geven. Ik denk aan gevallen waarin voorheen aan het belang (kosten van lijkbezorging) vrij eenvoudig via een schikking kon worden tegemoetgekomen, maar het nu grotere financiële belang tot meer strijd aanleiding kan

1. Zie over het risico daarvan (vertekening) A. Romein-Verschoor, *Omzien in verwondering*, De Arbeiderspers 1970, p. 5.
2. Zie over de bliksemactie van de Duitse wetgever in 2017 A.J. Verheij, 'Wir schaffen das. Hoe Duitsland in korte tijd een wettelijke regeling tot vergoeding van affectieschade tot stand bracht', *NJB* 2017/1395, afl. 26, p. 1816-1821.
3. Zie daarover D.T. van Houwelingen, 'Waarom heeft het Wetsvoorstel Affectieschade het Staatsblad niet gehaald?', in: W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag 2013, p. 429 e.v.
4. Zie voor een overzicht van de stand van zaken elders MvA, *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, C, p. 10-11 en Nadere MvA, *Kamerstukken I* 2017/18, 34257, E, p. 8-9.
5. De ten aanzien van het strafproces en de in de Wet schadefonds geweldsmisdrijven gewijzigde bepalingen laat ik hier rusten.
6. Vgl. HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998/853 (Jeffrey).
7. Vgl. hierover A.J. Akkermans e.a., 'Onderzoek biedt steun voor wetsvoorstel: vergoeding van affectieschade helpt, mits zorgvuldig aangeboden', *AV&S* 2009, nr. 3, p. 3-12.

geven.<sup>8)</sup> Dat is nu eenmaal een gevolg van uitbreiding van aansprakelijkheid, maar zal zich in het bijzonder doen gevoelen op terreinen waar de afwikkeling van personenschades toch al notoir complex en daardoor vaak moeizaam is. Daar komt nog bij dat de juist op die gebieden gehanteerde figuur van de proportionele aansprakelijkheid, die via de verweermiddelenregels<sup>9)</sup> doortikt in de aanspraken van derden,<sup>10)</sup> veelal aanleiding geeft tot debat, maar bovendien leidt tot een uitkomst die ook de met de wet beoogde erkenning proportioneert. Dergelijke mogelijke problemen zullen in de praktijk moeten worden verkend. Het illustreert in ieder geval het belang om meer in het algemeen ter zake van beroepsziekten- en medische aansprakelijkheidsclaims te zoeken naar betere afwikkelingsmethoden of zelfs naar aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht.

### 3. Maar wel een afgeleide aanspraak

Hoewel het recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden hun dus een eigen aanspraak biedt, is deze afgeleid van de aansprakelijkheid van de veroorzaker jegens de primair gekwetste, dat wil zeggen de overledene of degene met ernstig en blijvend letsel. De naasten en nabestaanden lijden immers immateriële schade *doordat* een ander primair is getroffen. Dat verklaart de plaatsing van deze nieuwe aanspraken in art. 6:107 en 6:108 BW. Zij vinden dus hun grondslag in de jegens de primair getroffene bestaande (bij overlijden gefingeerde, zie art. 6:108 lid 1 aanhef) aansprakelijkheid en zij delen daarom ook het lot daarvan: de door de aangesprokene jegens de primair gekwetste te voeren verweren 'tikken' volgens de verweermiddelenregels van art. 6:107 lid 5 en art. 6:108 lid 5 'door' naar de naasten en nabestaanden.

Bestaat jegens de primair getroffene in het geheel geen aansprakelijkheid (aan de vereisten voor aansprakelijkheid is niet voldaan; er was een rechtvaardigingsgrond), dan komt aan de naasten en nabestaanden ook geen aanspraak toe. Denk aan het geval van de bestuurder die door een eigen stuurfout een ongeval veroorzaakt als gevolg waarvan een inzittend kind van hem komt te overlijden. Het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) staat er dan aan in de weg dat de bestuurder zich ter schraging van zijn vordering tot schadevergoeding op zijn eigen fout beroept.<sup>11)</sup> Een first-partyverzekering – denk aan een schadeverzekering inzittenden (SVI) – kan in een dergelijk geval wel dekking bieden. Grondslag en omvang van de dekking daarvan worden immers beheerst door de polisvoorwaarden. Een voor de praktijk relevante vraag is of de verplichting van de werkgever om te voorzien in een behoorlijke verzekering voor risico's die zijn werknemers in het wegverkeer lopen, ook smartengeld voor naasten en nabestaanden omvat. Volgens de Hoge Raad is de inhoud van die verplichting

gerelateerd aan de beschikbare verzekeringsmogelijkheden en aan de 'heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen'.<sup>12)</sup> Naar de letter van die rechtspraak is de dekkingsplicht tot de schade van de werknemer beperkt<sup>13)</sup>, maar verdedigbaar is dat een behoorlijke verzekering op zichzelf ook voorziet in bescherming van nabestaanden bij overlijden van een werknemer.<sup>14)</sup> Voor het antwoord op de vraag of een behoorlijke verzekering in dat geval ook moet voorzien in dekking van immateriële schade van naasten en nabestaanden, lijkt mij van groot belang welke dekking first-partyverzekeringen zoals de SVI en de Wegam (verzekering die voorziet in werkgeversaansprakelijkheid voor bestuurders van motorrijtuigen) op dit punt (per 1 januari 2019 gaan) bieden, omdat dit maatgevend zal zijn voor wat beschikbaar en gangbaar is. Maar uiteindelijk zal de Hoge Raad moeten uitmaken wat op dit punt 'behoorlijk' is.

De verweermiddelenregels (art. 6:107 lid 5 en art. 6:108 lid 5) brengen niet alleen mee dat verweren ten aanzien van het bestaan van aansprakelijkheid, maar ook verweren ten aanzien van de omvang van de schadevergoedingsplicht doorwerken naar de naasten en nabestaanden. Men denke aan eigen schuld (art. 6:101) of aan de eerder al genoemde proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband. Omdat de wet spreekt van '*hetzelfde* verweer', dient de beoordeling van de aanspraak van de naaste of nabestaande in kwestie telkens plaats te vinden volgens de sleutel van die van de primair gekwetste zelf. Heeft een kind jonger dan veertien jaar door een aanrijding met een gemotoriseerd voertuig ernstig en blijvend letsel opgelopen of is het daardoor komen te overlijden, dan betekent dit dat – gelet op de '100%-regel' ter invulling van de billijkheidscorrectie – behoudens aan het kind toe te rekenen opzet of daaraan grenzende roekeloosheid aan zijn nabestaanden geen eigen schuld kan worden tegengeworpen. Naasten of nabestaanden van slachtoffers van veertien jaar en ouder kunnen op vergelijkbare wijze profiteren van de '50%-regel'. In die gevallen is dan dus niet van belang of de naaste of nabestaande jonger is dan veertien.

Het doorwerken van de eigen schuld van de primair gekwetste naar zijn naasten en nabestaanden staat uiteraard op gespannen voet met de doelstelling van erkenning. Het past niettemin in een stelsel waarin het recht van de naasten en nabestaanden afhankelijk is van de jegens de gekwetste bestaande aansprakelijkheid.

### 4. Overlijden én ernstig blijvend letsel

In de tweede plaats biedt de wet niet alleen bij



**Afwikkeling personenschade notoir complex en daardoor vaak moeizaam.**



8. Op dit risico wordt gewezen door A. Santen, 'Affectieschade en aansprakelijkheidsverweren', *PIV-Bulletin* december 2018, die zo vriendelijk was mij daarvan een concept te verstrekken.
9. Art. 6:107 lid 5 en art. 6:108 lid 5 BW.
10. Zie uitdrukkelijk MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 19.
11. HR 23 februari 2007, *NJ* 2008/492, m.nt. J.B.M. Vranken (Io Vivat).
12. HR 1 februari 2008, *NJ* 2009/331 (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal), r.o. 3.4.1.
13. HR 12 december 2008, *NJ* 2009/332 (Maatzorg/Van der Graaf), r.o. 3.6.4 spreekt van 'werknemers die in de uitoefening van hun werkzaamheden zich in het verkeer begeven en als gevolg van een meezijdig verkeersongeval schade lijden'.
14. Zie S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 44.2.



## Het moet gaan om zeer ernstig en blijvend letsel.



overlijden, maar ook bij ernstig en blijvend letsel aan derden een aanspraak op smartengeld. Daarmee heeft Nederland in vergelijking met stelsels die een aanspraak beperken tot overlijden, gekozen voor de 'ruime variant'. Natuurlijk roept dit onmiddellijk kwesties van afgrenzing op, waarover dadelijk meer, maar bedacht moet worden dat in landen die met de 'enge variant' (bijvoorbeeld Engeland: alleen smartengeld voor nabestaanden bij overlijden) zijn begonnen een niet te stoppen discussie woedt over deze eigenlijk niet goed te rechtvaardigen beperking. Bovendien blijkt men in landen waarin de aanspraak op smartengeld niet is beperkt tot nabestaanden bij overlijden (bijvoorbeeld België en Frankrijk), daar al sinds jaar en dag heel goed mee te kunnen leven.

In de toelichting is in essentie gezegd dat het moet gaan om *zeer* ernstig en blijvend letsel. Om de gedachten te bepalen is een percentage genoemd van 70% functionele invaliditeit.<sup>15</sup> Dat is inderdaad *heel* ernstig letsel. Men denke aan een hoge dwarslaesie of aan ernstig traumatisch hersenletsel, dat grote afhankelijkheid van anderen kan veroorzaken. Maar het percentage geeft richting; het is niet beslissend. Dat betekent dat, te beoordelen naar de ratio van de vergoeding – het bieden van erkenning aan naasten die verdriet hebben om de verwonding van een ander –, ook andere zeer ernstige letsels die van grote invloed zijn op de relatie (vandaar de eisen 'ernstig' en 'blijvend') kunnen kwalificeren. 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 verstoring van de mogelijkheid tot lichamelijk contact, zoals derdegraads 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. Ook kan worden gedacht aan 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. Het kan bovendien ook gaan om zeer ernstig en blijvend medisch objectiveerbaar psychisch letsel.<sup>16</sup>

Dat alles biedt de rechtspraktijk aanknopingspunten voor verdere invulling van het begrip 'ernstig en blijvend letsel'.<sup>17</sup> Mocht dat nodig zijn, dan kan de minister in de toekomst via art. 6:107 lid 3 BW met een algemene maatregel van bestuur nog sturing geven aan de rechtsontwikkeling.<sup>18</sup> Ik verwacht dat hier de komende jaren vooral een rol zal zijn weggelegd voor de rechter, die aan de hand van de in de toelichting gegeven aanknopingspunten piketpalen zal moeten slaan. Daarbij moet worden bedacht dat het gaat om een 'digitaal' oordeel, waar – vanwege het ermee gemoeide financiële belang – nogal wat druk op kan komen te staan. Anders dan in

landen als 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.

Ten slotte zullen zich op dit punt ongetwijfeld nog casus voordoen die eigen toepassingsvragen oproepen. Ik noem er twee; er zullen er wel meer opkomen. Wat te denken van het geval dat iemand al gedeeltelijk invalide is (bijvoorbeeld aan een oog blind of slechtziend) en hij vervolgens door andermans fout 'boven de 70% functionele invaliditeit wordt getild' (bijvoorbeeld doordat het tweede oog beschadigd raakt)?<sup>19</sup> Ik ben geneigd hier uit te gaan van de gedachte dat men het slachtoffer moet nemen zoals het was, en de aangesprokene aansprakelijk te houden voor het (volledige) smartengeld voor naasten, ook al heeft hij 'het begin van de schade' niet veroorzaakt. Een vergelijkbare kwestie, zij het met diametraal andere uitkomst, is denkbaar bij eigen schuld. Stel dat komt vast te staan dat iemand, die door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, met het nemen van een wettelijk verplichte voorzorgsmaatregel (valhelm, autogordel) geen ernstig letsel in de zin van art. 6:107 lid 1 onder b BW zou hebben opgelopen, maar hooguit licht, of in het geheel geen letsel. In dat geval zou ik denken dat aan zijn naasten in het geheel geen aanspraak op smartengeld toekomt, in plaats van op die schadepost te korten zoals dat bij de schadeposten van de direct getroffen wel gebeurt. Dat laat zich verklaren doordat voor de aanspraak van naasten een drempel (ernstig en blijvend letsel bij de primair gekwetste) geldt.

## 5. Kring van gerechtigden

### *Gesloten met een opening*

Laat ik voorop stellen dat ik het gekozen model ten aanzien van de vaststelling van aanspraakgerechtigden van gepaste durf en volwassenheid vind getuigen. Gekozen is voor een stelsel met dezelfde gerechtigden bij ernstig en blijvend letsel als bij overlijden. In de wet is omschreven wie in welk geval (bijna) steeds recht heeft op een vergoeding, met een hardheidsclausule als variant: een combinatie dus, van 'confectie' en maatwerk.<sup>20</sup> Tegelijkertijd wordt het mogelijk geacht dat het honoreren van een aanspraak van een wel in de wet genoemde relatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:2 lid 2 BW onaanvaardbaar is.

Om met dat laatste te beginnen: voor uitsluiting van in de wet opgesomde aanspraakgerechtigden op grond van redelijkheid en billijkheid ziet de wetgever denk ik terecht weinig ruimte.<sup>21</sup> Als voorbeeld wordt genoemd een echtgenoot die al voor het ongeval met de spreekwoordelijke noorderzon was vertrokken. Dat spreekt natuurlijk tot

15. Vast te stellen met behulp van de *Guides to the Evaluation of Permanent Impairment* van de American Medical Association, veelal aangeduid als 'AMA-guides'.
16. MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 12-13. In de latere toelichting aan de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 2017/18, 34257, E, p. 3) wordt nog eens benadrukt dat het gaat om de impact van het letsel op het leven van de naaste.
17. Opmerking verdient dat art. 3 lid 1, aanhef en onder c Wsg hetzelfde begrip hanteert en voor de invulling ervan verwijst naar art. (6:)107 BW.
18. Vooral nog werd dat niet nodig geacht, MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 16.
19. Vgl. voor dit voorbeeld J.S. Overes, 'Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties', *TVP* 2016/1, p. 21.
20. Art. 6:107 lid 2, resp. 6:108 lid 3 onder g BW.
21. MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 15, waar de toelichting spreekt van 'zeer uitzonderlijke – sprekende – gevallen'.



de verbeelding, maar in bestaande relaties moeten voorzichtig zijn met het beoordelen van de kwaliteit ervan. Om met de Australische rechter Zelling te spreken: *'People grieve for bad husbands as well as for good.'*<sup>22)</sup> Het enkele feit dat echtgenoten voornemens zijn om te gaan scheiden rechtvaardigt volgens de (nadere) toelichting in ieder geval geen afwijzing.<sup>23)</sup> Dat partners zijn gescheiden, sluit overigens in ieder geval in theorie niet uit dat onder omstandigheden nog plaats is voor toepassing van de hardheidsclausule.

Dan nu de wettelijke opsomming. Aan wie komt volgens de wet een aanspraak toe en wat betekent dat in de praktijk? De wet biedt een recht op smartengeld aan de partner, ouders, kinderen, en aan degene die duurzaam door de gekwetste werd verzorgd of die duurzaam de zorg voor de gekwetste had. Ten slotte is er een hardheidsclausule.

### Partners

Gaat het om de formele partner (gehuwd of geregistreerd), dan stelt de wet geen nadere eisen.<sup>24)</sup> Gaat het om een andersoortige 'levensgezel', dan vergt de wet dat sprake was van een duurzame gemeenschappelijke huishouding.<sup>25)</sup> Er is volgens de toelichting bewust van afgezien om een vaste, in maanden of jaren uitgedrukte, termijn te hanteren. Het gaat erom dat de relatie een zodanig duurzaam karakter heeft, dat kan worden gezegd dat het ernstige en blijvende letsel van de gekwetste of het overlijden ook voor de naaste een ernstig verlies betekent, waarvoor de hier geregelde vergoeding op haar plaats is.<sup>26)</sup> De zogenaamde LAT-relatie valt er dus niet onder, maar wordt in de toelichting nog wel genoemd als 'kanshebber' voor toepassing van de hardheidsclausule als het gaat om een hechte langdurige relatie.<sup>27)</sup>

### Ouders en kinderen

Een ouder wordt in de wet omschreven als 'degene die ten tijde van de gebeurtenis de ouder van de gekwetste is'.<sup>28)</sup> Het begrip 'ouder' wordt in de toelichting niet nader uitgelegd en zal moeten worden geïnterpreteerd overeenkomstig het personen- en familierecht, in het bijzonder uiteraard het afstammings- en adoptierecht (art. 1:3 en titels 1.11 en 1.12 BW). Dat betekent dat, als geen sprake is van een uit of binnen huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren kind (art. 1:198 lid 1 aanhef en onder a en b, alsmede art. 1:199 aanhef en onder a en b BW), erkenning, gerechtelijke vaststelling van het ouderschap en adoptie beslissend zullen zijn (art. 1:198 lid 1 aanhef en onder c, d en e, alsmede art. 1:199 aanhef en onder c, d en e BW).<sup>29)</sup> Op zogenaamde stiefrelaties kom ik hierna nog terug.

Het is de vraag wat hier (en ook bij de hierna te vermelden kinderen<sup>30)</sup>) de betekenis is van de woorden 'ten tijde van de gebeurtenis'.<sup>31)</sup> Voor de hand liggend lijkt mij, dat is bedoeld de gebeurtenis van het overlijden of het ontstaan van het ernstig en blijvend letsel.<sup>32)</sup> Ik neem aan dat 'ten tijde van de gebeurtenis' is opgenomen vanwege

hiervoor vermelde vormen van juridisch ouderschap die eerst ontstaan wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan (denk aan adoptie).

Maar voor de praktijk is bijvoorbeeld ook relevant wat de positie is van de ouder ten aanzien van de ongeboorte vrucht.<sup>33)</sup> Wat als het kind voor de geboorte overlijdt of ernstig en blijvend letsel oploopt? En op welk moment wordt iemand eigenlijk precies ouder? Bij de geboorte? En als het door een medische fout niet tot de geboorte van een levend kind komt? Gelet op het feit dat de geboorte een van de meest risicovolle gebeurtenissen in een mensenleven is, is dat in dit verband praktisch relevant. Maar het is ook van belang voor andere gevallen waarin de ongeboorte vrucht wordt aangetast: prenatale medische fouten, verkeersongevallen, sportletsel van de zwangere moeder. De toelichting bespreekt deze gevallen niet expliciet,<sup>34)</sup> dus de rechter zal hier zijn weg moeten vinden. Laat ik daarop een voorschot nemen. Ten aanzien van het kind bepaalt art. 1:2 BW dat 'het kind waarvan de vrouw zwanger is als reeds geboren wordt aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert', maar over het belang van de ouders zegt de bepaling niets. Voorts bepaalt dat artikel dat als het kind dood ter wereld komt, het wordt geacht nooit te hebben bestaan. Gelet op de bewoordingen in art. 6:107 en 108 'ten tijde van de gebeurtenis de ouder (...) is' zou men daarom kunnen menen dat een 'ouder' in het geval van het verlies van een ongeboorte kind geen recht op smartengeld heeft. Los van het feit dat art. 1:2 BW vooral een erfrechtelijke achtergrond heeft, vind ik deze uitkomst niet bevredigend. Het verlies van een ongeboorte (of geboren wordende) vrucht heeft op de ouders een zodanige inwerking dat ik het in overeenstemming met de ratio van de wettelijke regeling vind dat zij vanaf het moment van hun bekendheid met de zwangerschap<sup>35)</sup> worden aangemerkt als ouder in de zin van art. 6:108 BW.<sup>36)</sup> Voor het geval van ernstig en blijvend letsel in de zin van art. 6:107 BW geldt dat, gelet op de gevolgen daarvan voor de ouders, uiteraard eens te meer en zou ik willen uitgaan van het moment van de conceptie.<sup>37)</sup> Voor anderen dan ouders zie ik bij beschadiging of overlijden van een ongeboorte vrucht geen aanspraak weggelegd.<sup>38)</sup>

Wat hiervoor is gezegd over het begrip 'ouder' in art. 6:107 lid 2, respectievelijk 6:108 lid 4, onder c BW geldt gelijkelijk voor het in die bepalingen onder d vermelde begrip 'kind'.<sup>39)</sup> Voor wat betreft de aanspraak van een kind waarvan een ouder na de conceptie, maar voor de geboorte, ernstig en blijvend letsel heeft opgelopen of is komen te overlijden, kan art. 1:2 BW mijns inziens onverkort worden toegepast: een dergelijk kind heeft, als het levend ter wereld komt, ten volle met de gevolgen van het verlies te leven.

### Zorgrelaties

Dan zijn er nog de in art. 6:107 lid 2, respectievelijk art. 6:108 lid 4, onder e en f BW, genoemde

22. Zelling, Bassanes v Martin, te kennen uit Nicolas J. Mullany & Peter R. Handford, *Tort liability for psychiatric injury*, London: Sweet & Maxwell 1993, p. 274, noot 60.
23. Nadere MvA, *Kamerstukken I 2017/18*, 34257, E, p. 5. Zie ook nog voor enkele bespiegelingen op dit punt MvA, *Kamerstukken I 2016/17*, 34 257, C, p. 7.
24. Art. 6:107 lid 2, resp. 6:108 lid 4, onder a BW.
25. Art. 6:107 lid 2, resp. 6:108 lid 4, onder b BW.
26. MvT, *Kamerstukken II 2014/15*, 34257, 3, p. 14.
27. MvT, *Kamerstukken II 2014/15*, 34257, 3, p. 15.
28. Art. 6:107 lid 2, resp. 6:108 lid 4, onder c BW.
29. Zie voor een heldere uiteenzetting van het afstammingsrecht A.J.M. Nuytink, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Wolters Kluwer 2018, hoofdstukken 11 en 12.
30. Merk op dat de wet, anders dan in het eerdere 'wetsvoorstel affectieschade' (28781), de aanspraak niet langer beperkt tot het geval van minderjarigheid van kinderen (MvT, *Kamerstukken II 2014/15*, 34257, 3, p. 5). Voor de omvang (nader hierna) is nog wel van belang of het gaat om een 'thuiswonenden'-relatie.
31. De regering licht dit niet toe, wel waarom deze zinsnede bij de hardheidsclausule ontbreekt (MvT, *Kamerstukken II 2014/15*, 34257, 3, p. 15): 'alleen bij een in de toekomst bestendige relatie leidt het letsel immers tot ook een ingrijpende ommezwaai in het leven van de naaste'.
32. Anders kennelijk J.S. Overes, 'Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties', *TVP 2016/1*, p. 22, die de 'schadeveroorzakende gebeurtenis' als zodanig aanmerkt. Dat is meestal min of meer hetzelfde moment, maar dat hoeft niet (denk aan mesotheeloomslachtoffers).
33. Naar de letter kan het, gelet op art. 1:203 lid 2 BW, ook relevant zijn voor erkenning (prenatale erkenning werkt vanaf de geboorte) en voor adoptie (art. 1:230 lid 1 BW); niet voor gerechtelijke vaststelling van vaderschap (die volgens art. 1:207 lid 5 BW terugwerkende kracht heeft).
34. In MvA, *Kamerstukken I 2016/17*, 34257, C, p. 7 wordt nog wel de situatie genoemd dat een draagmoeder – en daarmee ook het kind – een ongeval overkomt dat aan een derde is te wijten, in welk geval volgens de toelichting de wensouders 'onder bijzondere omstandigheden' aanspraak hebben op een vergoeding van affectieschade.
35. Ik realiseer me dat dat een ruim ouderschaps- en kindbegrip is, maar voor aansluiting bij bijvoorbeeld de abortusgrens zie ik hier geen goede reden.
36. In dezelfde zin J.S. Overes, 'Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties', *TVP 2016/1*, p. 23. Onder het Duitse recht geldt dit ook: *Münchener Kommentar 2017* (Wagner), aant. 4 bij par. 844 BGB. Vgl. overigens Rb. Maastricht 18 oktober 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AZ0717, die oordeelde dat 'de situatie dat een kind niet levend ter wereld komt niet op één lijn kan worden gesteld met de situatie waarin iemand als gevolg van een fout van een ander overlijdt', maar dat oordeel strekte in dat geval juist ter ondersteuning van een aanspraak op vergoeding wegens psychisch letsel van de moeder en ter verwerping van het verweer dat de aanspraak van de moeder beperkt was tot overlijdensschade.
37. Naar de letter van art. 6:107 lid 2 onder c BW dienen zij dan wel ten tijde van het toebrengen van het letsel ouder te zijn.
38. Broers en zusters hebben geen met zoveel woorden in de wet genoemde aanspraak, maar hun relatie met een ongeboorte zie ik ook als wezenlijk anders dan die van de ouders.



## Zorg in gezinsverband moet uit de situatie worden afgeleid.



*zorgrelaties*, voor zover die niet al in een hiervoor omschreven categorie vallen. Hierbij moet volgens de toelichting worden gedacht aan gevallen waarin de zorg voor een kleinkind duurzaam in het gezin van een grootouder plaatsvindt en aan gevallen van duurzame zorg voor een kind door pleegouders. Ook hier is bewust afgezien van een vaste termijn. Hoewel dat uit de tekst en toelichting niet valt op te maken, is denk ik niet alleen de lengte van de zorgperiode, maar ook de 'intensiteit' ervan relevant in de zin dat bedoeld zal zijn dat sprake is van min of meer 'full time', dus 'inwonend' gezinsverband. Ik leid dit af uit de opmerking in de toelichting dat deze zorgrelaties in de wet zijn opgenomen, omdat daarbij ervan kan worden uitgegaan dat 'de feitelijke situatie en de intensiteit van de persoonlijke betrekking dermate vergelijkbaar zijn met die in de gevallen genoemd in de onderdelen a tot en met d, dat gelijkstelling in het kader van deze bepaling op zijn plaats is'.<sup>40</sup> Dat zou betekenen dat grootouders die een of enkele dagen per week voor kleinkinderen zorgen, of kleinkinderen die op die basis voor hun grootouders zorgen, er niet onder vallen. Maar hier bestaat enige ruimte voor interpretatie en ten slotte is er nog de hardheidsclausule als vangnet.

Of sprake is van zorg in gezinsverband zal volgens de toelichting uit de situatie moeten worden afgeleid, waarbij voor de interpretatie inspiratie kan worden opgedaan uit toepassing van andere wetsbepalingen waarin de begrippen 'zorg' en 'gezinsverband' voorkomen, in het bijzonder in het personen- en familierecht. De toelichting wijst in dit verband op art. 1:228 (adoptie, waarin in lid 1 onder f wordt gesproken van verzorging en opvoeding gedurende ten minste een jaar), 1:247 (ouderlijk gezag, dat in het tweede lid een omschrijving van opvoeding en verzorging bevat: 'mede (...) de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn en de veiligheid van het kind alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid'), 1:253s (gezamenlijk gezag van een ouder tezamen met een niet-ouder, gezamenlijke voogdij van pleegouders), 1:253t (gezamenlijk gezag van een ouder en een ander dan de ouder, waarin in lid 2 onder b een termijn wordt genoemd van een aaneengesloten periode van een jaar van gezamenlijke zorg voor het kind), 1:254 (thans) oud (nu art. 1:255 lid 2: 'een ander die de minderjarige als behorende tot het gezin verzorgt en opvoedt' als mogelijke verzoeker van de ondertoezichtstelling), 1:256 (thans) oud (nu 1:255 lid 2) en 6:108 BW (waar, in lid 1 onder c en d, de aanspraak uitdrukkelijk is beperkt tot samenwoning in gezinsverband), 811 Rv (belanghebbenden in zaken betreffende minderjarigen, waar in lid 1 onder c worden genoemd: 'degenen die de minderjarige als behorende tot hun gezin verzorgen en opvoeden en die uit dien hoofde een nauwe persoonlijke betrekking met het kind hebben'), 3 Wet Schadefonds Gewelddsmisdrijven (omschrijving nabestaanden), en 1 (onder k, 'gezamenlijke huishou-

ding ten behoeve van de verzorging van een hulpbehoevende'), 5 (lid 3, definitie pleegkind), 22 (thans) oud (definitie nabestaande) en 51 (rechtsopvolging nabestaandenuitkering) van de Algemene Nabestaandenwet.

### Hardheidsclausule

Ten slotte de *hardheidsclausule*. Die zal in een aantal evidente gevallen uitkomst bieden, maar zal in de praktijk ook nog wel voor wat hoofdbreken zorgen. De bedoeling van de wetgever is in ieder geval dat er van de hardheidsclausule niet lichtvaardig gebruik zal worden gemaakt.<sup>41</sup> Dat lijkt mij, gelet op het gekozen model waarin de gerechtigden in beginsel in de wet zijn vastgelegd, gepast.

Ik beperk mij hier verder tot enkele observaties bij voor de hand liggende, want veel voorkomende, categorieën: de broers en zusters en de stiefrelaties.

Het valt te voorspellen dat vooral aanspraken van broers en zusters zullen worden beproefd. Zij vallen niet onder de in de wet met zoveel woorden omschreven relaties aan wie een aanspraak toekomt. Een expliciete verklaring daarvoor heb ik in de toelichting niet kunnen vinden. In de (nadere) toelichting op het eerder verworpen wetsvoorstel is nog wel te lezen dat de kring bewust nauw is getrokken en dat 'het overlijden van bijvoorbeeld een echtgenoot of een kind als een aanmerkelijk ernstiger verlies wordt ervaren dan het overlijden van een broer of zuster'.<sup>42</sup> Ik heb nog eens teruggebladerd in mijn proefschrift en zag dat ik de broers en zusters daar ook niet hoog op de prioriteitenlijst voor de kring van tot smartengeld gerechtigden had staan, enerzijds om het aantal gerechtigden met het oog op de aansprakelijkheidslast binnen de perken te houden, anderzijds omdat voor hen het – juridisch oneigenlijke, maar praktisch toch niet onbelangrijke – argument geldt dat een aan de ouders terzake toegewezen smartengeld doorgaans (mede) aan hen ten goede zal komen.<sup>43</sup>

Opmerkelijk is dat broers en zusters wel voor een tegemoetkoming terecht kunnen bij het Schadefonds Gewelddsmisdrijven. Dat kent al sinds 2012 een tegemoetkoming voor immateriële schade van nabestaanden, die in 2016 is uitgebreid tot gevallen van dood door schuld, en heeft dus al enige jaren ervaring met dit type zaken. Ook daar komt per 1 januari 2019 een tegemoetkoming voor naasten van personen met ernstig en blijvend letsel bij. De wettelijk vastgestelde kring van gerechtigden voor een tegemoetkoming uit het Schadefonds Gewelddsmisdrijven verschilt van die van het civiele recht, doordat daar ook bloedverwanten tot in de tweede graad in de zijlijn (de meergenoemde broers en zusters) gerechtigd zijn.<sup>44</sup> Dit verschil is bij de totstandkoming van het wetsvoorstel affectieschade weliswaar gesignaleerd, maar geen aanleiding geweest tot gelijkschakeling, niet 'ten voordele' van de kring van gerechtigden in het civiele recht (door ook daar de broers en zusters toe te laten), evenmin ten nadele van de kring van

39. Vgl. het in art. 1:197 BW verwoorde wederkerigheidsaspect.

40. MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 14.

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

42. Nadere MvA, *Kamerstukken I* 2005/06, 28781, E, p. 7.

43. S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 213/4.

44. Art. 3 lid 2 onder e Wsg.

gerechtigden bij het Schadefonds (door hen daar te schrappen). Dat doet mijn civielrechtelijke hart natuurlijk een beetje pijn, vooral omdat nu – ook na de invoering van de ‘wet affectieschade’ – nog steeds tegemoetkomingen uit het Schadefonds worden gedaan in gevallen waarin het civiele recht geen mogelijkheid tot verhaal op de aansprakelijke biedt.

Dit alles roept natuurlijk de vraag op of, en zo ja onder welke omstandigheden, broers en zusters nu in de praktijk alsnog via de hardheidsclausule van art. 6:107 lid 2 onder g of art. 6:108 lid 4 sub g BW tot de kring gerechtigden kunnen worden geëmancipeerd. Dat ligt, gelet op de keuze van de wetgever om hen niet uitdrukkelijk als gerechtigden op te nemen, niet zonder meer voor de hand.<sup>45)</sup> Interessant in dit verband is dat de Memorie van Toelichting bij art. 6:107 lid 2 sub e en f, waarin wordt gesproken over ‘gezinsverband’, ter inspiratie verwijst naar art. 3 Wsg,<sup>46)</sup> maar dat bij de toelichting op de hardheidsclausule niet doet. Daar (in de toelichting bij de hardheidsclausule van art. 6:107 lid 2 onder g) worden broers en zusters alleen als voorbeeld genoemd in combinatie met ‘langdurig samenwonen en voor elkaar zorgen’,<sup>47)</sup> maar in dat geval zouden zij volgens mij al op grond van het bepaalde onder e en f (duurzame zorg in gezinsverband door of voor de gekwetste) gerechtigd zijn. Voorlopig zal het in ieder geval betekenen dat in gevallen van misdrijven en dood door schuld voor broers en zusters een rol voor het Schadefonds Geweldsmisdrijven blijft weggelegd.<sup>48)</sup>

Dan de stiefrelaties, dat wil zeggen de relaties tussen stiefouder en stiefkind en tussen stiefkinderen onderling. Deze relaties, die in samengestelde gezinnen in de praktijk veelvuldig voorkomen, vallen ofwel onder de met zoveel woorden in de wet genoemde relaties, dan wel zullen zijn aangewezen op de hardheidsclausule.<sup>49)</sup> De relatie tussen de ‘ouders’ onderling in een samengesteld gezin kan natuurlijk vallen onder het in de wet omschreven partnerschap.<sup>50)</sup> Voor wat betreft de relatie tussen ouder en stiefkind (en andersom) kan worden gedacht aan stiefouderadoptie<sup>51)</sup>, die de relatie onder art. 6:107 lid 2, res-

pectievelijk 6:108 lid 4, onder c (‘ouder’), respectievelijk d (‘kind’) BW brengt, of aan een duurzame zorgrelatie in de zin van art. 6:107 lid 2, respectievelijk 6:108 lid 4, onder e en f BW. Dan zal het, zoals hiervoor is verkend, vermoedelijk wel om *full time*, althans substantiële zorg moeten gaan. Een weekend in de twee weken lijkt mij bijvoorbeeld niet voldoende. In het licht van de ratio van het smartengeld voor naasten en nabestaanden lijkt het me redelijk om in dergelijke gevallen uit te gaan van de helft van de tijd of meer. Voor wat betreft de relatie tussen stiefkinderen onderling geldt wat hiervoor over broers en zusters is gezegd: zij zullen op – waarschijnlijk veelal weinig perspectief biedende – toepassing van de hardheidsclausule zijn aangewezen.

## 6. De omvang van de vergoedingen

Het smartengeld voor naasten en nabestaanden heeft niet de pretentie om, zo dat met smartengeld overigens al mogelijk zou zijn, de werkelijk geleden schade te compenseren, maar beoogt een bijdrage te leveren aan erkenning van het geleden leed en een zekere genoegdoening te verschaffen.<sup>52)</sup> Hoewel aanvankelijk het plan bestond om, teneinde het symbolische karakter van de vergoeding te benadrukken, te werken met een vast bedrag voor iedereen, is eigenlijk op instigatie van de Eerste Kamer uiteindelijk toch voor een – gematigd – gedifferentieerd stelsel gekozen.<sup>53)</sup> Het ‘Besluit vergoeding affectieschade’<sup>54)</sup> laat zien dat, variërend naar de oorzaak (ernstig en blijvend letsel of overlijden), de aard van de relatie (nauw of – verondersteld – minder nauw) en de ernst van de normschending (misdrijf<sup>55)</sup> of niet), telkens ‘treden’ van 2.500 euro gelden. Dat leidt tot een getrappt model met bedragen van 12.500 tot 20.000 euro.

Natuurlijk valt over de omvang van de gekozen bedragen te twisten, maar ik vind – hoewel ik de voorkeur had voor een vast bedrag voor iedereen – de omvang van de bedragen, sub-

45. In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer (MvA, *Kamerstukken I* 2016/17, 34257, C, p. 6) wordt opgemerkt: ‘Aan (half)broers of -zussen komt als zodanig geen beroep op de hardheidsclausule toe. In een bijzonder geval kan worden bezien of hun feitelijke relatie een beroep op de hardheidsclausule rechtvaardigt. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien twee (half)broers langdurig met elkaar samenleven en voor elkaar zorgen.’
46. MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 14.
47. MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 15. Zie ook nog Nadere MvA, *Kamerstukken I* 2017/18, 34257, E, p. 5, waar als voorbeeld voor toepassing van de hardheidsclausule wordt genoemd ‘de situatie van twee broers die hun leven lang samenwonen en voor elkaar zorgen’.
48. Omdat vanuit de meeste dood door schuldzaken betrekking hebben op verkeersslachtoffers van motorrijtuigen waarbij steeds aanspraak zal kunnen worden gemaakt op vergoeding door de WAM-verzekeraar of het Waarborgfonds, zal de subsidiaire functie van het Schadefonds Geweldsmisdrijven vermoedelijk meebrengen dat voor de nu krachtens civiel recht aanspraakgerechtigden geen aanspraak meer op een tegemoetkoming uit het Schadefonds kan worden gemaakt.
49. Zie over emancipatie van ‘stieffamilie’ in het strafproces wetsvoorstel 34236.
50. Art. 6:107 lid 2, resp. 6:108 lid 4, onder a en b BW.
51. Art. 1:229 lid 3 BW.
52. MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 3. Dat het niet primair gaat om compensatie, betekent niet dat het *niet* de bedoeling heeft om te compenseren. Het gaat – uiteraard – ook om schadevergoeding. Zie voor een analyse op dit punt J.S. Overes, ‘Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties’, *TVP* 2016/1, p. 18-27.
53. Op dit punt is – weloverwogen (MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 16) – afgezien van een hardheidsclausule.
54. *Staatsblad* 2018, nr. 133.
55. Bewust (MvT, *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, 3, p. 5) is gekozen voor de wettelijke term ‘misdrijf’ en niet voor ‘geweldsmisdrijf’ teneinde er bijvoorbeeld ook ernstige milieudelicten onder te vatten.

### Artikel 1

1. De bedragen voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, bedoeld in artikel 107, eerste lid, onder b, en artikel 108, derde lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek zijn:

	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





## Het gaat om een symbolische erkenning van verdriet.



stantieel maar niet exorbitant, passen bij het doel van de vergoeding: erkenning. Het gaat hier, anders dan sommige rechtseconomen zouden willen, niet om het in rekening brengen van de waarde van een mensenleven, maar om symbolische erkenning van verdriet. De daartoe gekozen bedragen zijn min of meer van dezelfde omvang als die in ons omringende landen.<sup>56)</sup> Minder sterk vind ik de motivering in de toelichting van het hogere bedrag in geval van misdrijven. Daar wordt ineens naast erkenning genoegdoening als functie benadrukt.<sup>57)</sup> Kennelijk in die zin dat het zou gaan om bevrediging van het rechtsgevoel 'doordat van de aansprakelijke een opoffering wordt verlangd'.<sup>58)</sup> Wat er zij van de nogal hybride figuur van genoegdoening, van een 'opoffering' komt in de praktijk in dergelijke gevallen door verzekeringsdekking of betalingsonmacht weinig terecht. De verhoging was ook eenvoudiger te motiveren geweest door te zeggen dat naast en nabestaanden van slachtoffers van misdrijven gewoon meer erkenning verdienen, omdat wat hun is overkomen gewoon erger is.

Ten aanzien van de 'hogere trede' in geval van een misdrijf merk ik nog op dat de wetgever bewust heeft gekozen voor de (wettelijke) term misdrijf, en niet voor 'gewelddmisdrijf', om er ook ernstige milieudelicten onder te kunnen vatten. In de praktijk ligt hier nog wel een mogelijk twistpunt in gevallen waarin de civiele rechter moet oordelen en hij niet kan voortbouwen op een strafrechtelijk oordeel. Hij zal dan niet alleen de bewijsregel van art. 161 Rv niet kunnen hanteren, maar zal ook zelfstandig moeten oordelen dat aan de vereisten voor een misdrijf is voldaan.<sup>59)</sup>

Opmerking verdient nog dat het overzicht van bedragen in het Besluit vergoeding affectieschade enigszins verschilt van het overzicht dat in de Memorie van Toelichting<sup>60)</sup> was opgenomen, doordat in het Besluit de categorieën e en f ('zorgrelaties') voor wat betreft de omvang zijn 'opgetrokken' (met 2.500 euro) naar de bedragen die gelden voor de categorieën a-d. De achtergrond daarvan is dat de wetgever, mede naar aanleiding van een in de Tweede Kamer ingediende motie,<sup>61)</sup> (geen on)recht wilde doen aan de positie van pleeg- en stiefrelaties.<sup>62)</sup> Concreet betekent dit dat uiteindelijk alleen de ouders en meerderjarige kinderen die niet in gezinsverband samenleven ('niet thuiswonend') en de relaties die onder de hardheidsclausule vallen telkens 'een trede lager instappen'.

## 7. Relatie tot vergoeding wegens 'shockschade'

Dan is er nog de vraag hoe het smartengeld voor naasten en nabestaanden zich verhoudt tot het recht op vergoeding van schade wegens geestelijk letsel als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis, in de juridische volks-

mond aangeduid als 'shockschade'. Juist in gevallen waarin een aanspraak op een dergelijke vergoeding bestaat, zal vaak tevens zijn voldaan aan de vereisten voor een recht op smartengeld van naasten of nabestaanden. Hoe moet met deze samenloop worden omgegaan? Op deze vraag is het antwoord eigenlijk eenvoudig: als aan de vereisten voor beide routes is voldaan, heeft men recht op beide vergoedingen.<sup>63)</sup> Dat komt omdat de Hoge Raad in zijn rechtspraak over schadevergoeding na confrontatie met een schokkende gebeurtenis het verdriet wegens het verlies of de verwonding van een naaste nu juist uitdrukkelijk van die vergoeding heeft uitgesloten.<sup>64)</sup> Het recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden vult die leemte. Praktisch betekent het dat naasten en nabestaanden die tevens voldoen aan de eisen voor een aanspraak wegens geestelijk letsel door confrontatie met een schokkende gebeurtenis, naast het in art. 6:107 en 6:108 BW neergelegde recht op smartengeld, op grond van art. 6:106 aanhef en onder b BW<sup>65)</sup> recht hebben op smartengeld wegens aantasting van hun persoon. In de praktijk gaat het hier doorgaans om bedragen tussen 10.000 en 40.000 euro.

Een andere vraag is wat het effect zal zijn van het in het leven roepen van het smartengeld voor naasten en nabestaanden voor het indienen en afhandelen van vorderingen wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis. Enerzijds kan de mogelijkheid van cumulatie van de vorderingen meebrengen dat men belang houdt bij de 'shockschadevordering', anderzijds leidt het per 1 januari 2019 bestaan van een veelal eenvoudiger te bewandelen route van smartengeld voor naasten en nabestaanden er mogelijk toe dat minder mensen het doornige pad van de shockschadevordering zullen kiezen. Ik verwacht in ieder geval niet dat de rechter dat pad nog verder zal plaveien, en ik sluit niet uit dat de strafrechter de touwtjes ten aanzien van de ontvankelijkheid van 'shockschadevorderingen' in het strafproces weer wat zal aantrekken. Het strafproces sluit behandeling van een dergelijke vordering weliswaar niet uit,<sup>66)</sup> maar toewijzing van vaste bedragen aan een vaste kring van gerechtigden zoals voorzien in art. 6:108 BW<sup>67)</sup> verdraagt zich er beter mee dan een gedegen behandeling van een toch veelal complexe vordering ter zake van confrontatie met een schokkende gebeurtenis.

## 8. Geen dubbele vergoeding, beperkte vererving, en voorrang voor de primair gekwetste

Cumulatie van vergoedingen wegens ernstig en blijvend letsel én wegens overlijden, van dezelfde persoon door dezelfde gebeurtenis aan eenzelfde naaste of nabestaande, is door art. 6:108 lid 6 wel uitgesloten.<sup>68)</sup> Die bepaling voorziet in het geval dat iemand eerst ernstig en blijvend letsel oploopt en vervolgens door dezelfde oorzaak alsnog komt te overlijden. Dat is iets waar belangenbehartigers zich bij opstelling van

56. In geval van overlijden gaat het in België (indicatieve Tabel 2016) om bedragen van 2.500 (broes, zussen) tot 15.000 euro (partners, ouders, kinderen (inwonend)), in Engeland (Damages for Bereavement (Variation of Sum) Order 2007 SI no. 3489) om 14.000 euro, in Denemarken tussen 6.700 en 16.000 euro en in Oostenrijk tussen 9.000 en 20.000 euro (bedragen ontleend aan een concept-publicatie van PEOPII).
57. Nota van Toelichting, 'Besluit vergoeding affectieschade', Stb. 2018/133, p. 4.
58. MvT, Kamerstukken II 2014/15, 3, p. 3.
59. Zie reeds M.R. Hebly & E.S. Engelhard, 'Besluit vergoeding affectieschade', NTBR 2017/43.
60. MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p. 16.
61. Kamerstukken II 2014/15, 34257, 10.
62. NvT, Besluit vergoeding affectieschade, Stb. 2018, nr. 133, p. 4.
63. Zie voor een meer uitvoerige analyse S.D. Lindenbergh, 'Affectieschade' en 'shockschade', onderscheid, samenloop, vooruitblik', TVP 2018/4 (nog te verschijnen).
64. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), r.o. 5.4.
65. Let op: art. 6:106 BW kent met de verplaatsing (en aanpassing) van het tweede lid naar art. 6:95 BW geen 'eerste lid' meer.
66. Vgl. HR 27 september 2016, NJ 2017/88, m.nt. S.D. Lindenbergh.
67. Aan de vergoeding aan naasten van een ernstig en blijvend gewonde (art. 6:107 lid 1 sub b BW) zou ik mij als strafrechter vanwege het complexe letselcriterium voorlopig al helemaal niet wagen (de MvT (Kamerstukken II 2014/2015, 34257, 3, p. 7) is op dit punt overigens ook gereserveerd).
68. Cumulatie van vorderingen van naasten en nabestaanden met die van andere naasten en nabestaanden is in beginsel (met de rechterlijke matiging van art. 6:109 BW als ventiel) onbeperkt mogelijk. Zie uitdrukkelijk MvT, Kamerstukken II 2014/2015, 34257, 3, p. 16.

een vaststellingsovereenkomst ten aanzien van schade van iemand met ernstig en blijvend letsel bewust van moeten zijn. De tekst van de bepaling is niet helemaal scherp, omdat zij ook de mogelijkheid lijkt uit te sluiten dat, als door eenzelfde gebeurtenis A ernstig en blijvend letsel oploopt en B komt te overlijden, C ter zake van het letsel van A geen aanspraak toekomt,<sup>69</sup> maar de toelichting is helder: (alleen) cumulatie van 107 en 108 ten aanzien van dezelfde primair gekwetste is uitgesloten. De bepaling geeft dat vorm door te zeggen dat geen recht op vergoeding van ander nadeel wegens overlijden bestaat 'voor zover' de rechthebbende op grond van dezelfde gebeurtenis reeds een vergoeding uit hoofde van art. 107 lid 1 onder b heeft ontvangen. Dat is nodig, omdat de vergoeding wegens overlijden hoger is, zodat de vergoeding wegens ernstig en blijvend letsel daarop in mindering moet worden gebracht.<sup>70</sup> De beperking van art. 6:108 lid 6 laat dus onverlet dat aanspraken van verschillende naasten en nabestaanden in het geval van één schadeveroorzakende gebeurtenis cumuleren. Denk aan een geval waarin meer leden van eenzelfde gezin ernstig en blijvend letsel oplopen of komen te overlijden en zij een of meer gezinsleden achterlaten.

Naast de beperking van art. 6:108 lid 6 BW kan art. 6:95 lid 2 BW in de weg staan aan feitelijke cumulatie van aanspraken door vererving.<sup>71</sup> Men denke aan de vordering van de overledene ter zake van de voor zijn overlijden geleden immateriële schade. Voorheen kon dat alleen de smartengeldvordering wegens zijn eigen letsel betreffen, maar met de invoering van het smartengeld voor naasten en nabestaanden ontstaan meer vorderingen tot vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade. Denk aan de situatie dat door eenzelfde gebeurtenis A overlijdt en B ernstig en blijvend letsel oploopt en uiteindelijk ook aan de gevolgen van die gebeurtenis komt te overlijden. Nabestaande C heeft dan een vordering ter zake van het overlijden van A en een vordering ter zake van het overlijden van B, maar erft (als C tevens erfgenaam is van B) alleen een vordering tot vergoeding van immateriële schade wegens eigen letsel van B en wegens overlijden van A, indien B tijdens leven aan de aansprakelijke heeft medegedeeld dat hij op die vergoeding aanspraak maakt. Op het eerste oog lijkt cumulatie van al die aanspraken inderdaad wel wat 'veel van het goede', maar bij nadere beschouwing is het toch niet zo gek, blijkt art. 6:95 lid 2 BW zijn ratio niet trouw en kan het die cumulatie niet daadwerkelijk voorkomen. Het gaat hier immers enerzijds om eigen vorderingen en anderzijds om vererfde vermogensaanspraken, en wanneer de overledene tijdens leven door een mededeling aanspraak heeft gemaakt op de vergoeding, staat art. 6:95 lid 2 BW niet langer aan vererving in de weg.<sup>72</sup> Per saldo komt er (ook) dan niets terecht van het idee dat de aanspraak aan de benadeelde zelf ten goede moet komen, volgens de wetgever de ratio van het hoogst persoonlijke karakter van de smartengeldvordering. Praktisch is het allemaal wel van

belang: bij enig risico op overlijden is het – nu zelfs eens te meer – zaak om tijdig mededeling te doen aan de aansprakelijke dat aanspraak wordt gemaakt op smartengeld.<sup>73</sup> Een vraag is of het slachtoffer met de mededeling dat hij aanspraak maakt op smartengeld ook de vordering van zijn naasten en nabestaanden veiligstelt. Omdat de wet spreekt van 'gerechtigde', is dat naar de letter van de bepaling niet het geval. Belangenbehartigers van slachtoffers en hun nabestaanden moeten zich hiervan bewust zijn en zorgen dat – desgewenst – ook door de naasten en nabestaanden mededeling wordt gedaan van hun wens om smartengeld te vorderen. Het zal niet verbazen dat ik liever had gezien dat 6:106 lid 2 BW gewoon, zoals met vergelijkbare bepalingen in andere landen is gebeurd, was geschrappt.<sup>74</sup> Gelukkig is dat nu in ieder geval met de beperkingen aan overgang onder bijzondere titel (wel) gebeurd.

Ten slotte voorziet van art. 6:107 lid 4 BW in een bescherming van de aanspraken van de primair gekwetste tegen het 'leeghalen van de kas' van de aansprakelijke door de nu nieuw opgekomen naasten. Zij houdt in dat aanspraken van derden niet ten nadele van het recht van de gekwetste kunnen worden uitgeoefend. Maar de bepaling heeft een bredere strekking: zij geldt ook voor andere wegens hetzelfde letsel vorderingsgerechtigden, zoals de werkgever, gesubrogeerde verzekeraars en (andere) regresnemers.<sup>75</sup> Daarmee wordt een al langer levende wens gecodificeerd.<sup>76</sup> Ik merk op dat art. 6:108 BW niet een vergelijkbare bepaling kent. Dat lijkt logisch, omdat er geen primair gekwetste (meer) is, maar vorderingen van nabestaanden kunnen wel strijden met die van regresnemers. Hier zal, voor zover zich regres voordoet<sup>77</sup>, de (volgens mij staande) praktijk dat regresnemers nabestaanden laten voorgaan gewoon moeten voortgezet.

## 9. Overgangsrecht

Voor de invoering van de nieuwe bepalingen in de art. 6:107 en 6:108 BW is voor het civiele recht niet voorzien in afzonderlijk overgangsrecht.<sup>78</sup> Het overgangsrecht wordt dus beheerst door art. 68 e.v. Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (OwNBW). Dat betekent dat het nieuwe recht per 1 januari 2019 onmiddellijk werkt (art. 68 OwNBW), maar geen vorderingsrechten doet ontstaan indien alle feiten die de wet daarvoor vereist reeds voordien waren voltooid (art. 69 onder d OwNBW).

Nu is bij een samengesteld feitencomplex waarvoor aansprakelijkheid bestaat denkbaar dat zich een of meer elementen daarvan op een later tijdstip voordoen. Denk aan de situatie dat iemand door een verkeersongeval in 2018 letsel oploopt als gevolg waarvan hij in 2019 komt te overlijden. Voor een dergelijk geval bepaalt art. 173 lid 2 OwNBW:



### Hoogstpersoonlijke karakter van de smartengeldvordering.



69. Tenzij men dat niet aanmerkt als 'eenzelfde gebeurtenis'. Zie over de interpretatie van dat begrip MvT, *Kamerstukken II 2014/2015*, 34257, 3, p. 19.
70. MvT, *Kamerstukken II 2014/2015*, 34257, 3, p. 19.
71. Verplaatsing van die bepaling van art. 6:106 naar art. 6:95 BW was nodig, omdat art. 6:106 BW niet (en met de invoering van smartengeld voor naasten en nabestaanden eens te minder) de enige wettelijke bepaling is die een aanspraak op smartengeld toekent. Vgl. art. 7:510 BW inzake de reisovereenkomst.
72. Nu de overgang onder bijzondere titel van de smartengeldvordering (wat mij betreft overigens terecht) niet meer aan enige beperking is onderworpen, rijst zelfs de vraag of het mogelijk is om, bijvoorbeeld bij testament, toekomstige aanspraken op smartengeld aan erfgenamen te cederen.
73. HR 3 februari 2006, *NJ 2006/21* (R./St. Paul International Insurance Company Ltd), dat uitleg gaf aan het begrip mededeling in art. 6:106 lid 2 BW houdt dan ook betekenis.
74. Zie eerder onder meer S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 80 e.v.; de nu gekozen halfslachtige bescherming tegen beslag is evenmin bevredigend.
75. MvT, *Kamerstukken II 2014/15*, 34257, 3, p. 17. Het vierde lid respecteert art. 6 WAM, dat (dwingend) voorziet in een evenredige verdeling.
76. Zie het pleidooi van de SER in *Regresrechten in de sociale verzekeringen*, p. 7 (onder 6), SER 1993.
77. Regres krachtens art. 60 en 62 Algemene nabestaandenwet is collectief afgekocht.
78. Voor de Wet Schadefonds Geweldsmisdrijven bepaalt art. IVA van de 'Wet affectieschade' dat de nieuwe bepalingen alleen gelden voor geweldsmisdrijven gepleegd na inwerkingtreding van de nieuwe wet.





## Nieuwe wet geldt pas voor gebeurtenissen die zich voordoen na inwerkingtreding.



De aansprakelijkheid voor schade die is ontstaan of bekend geworden na het in werking treden van de wet, wordt, ook met betrekking tot haar omvang, naar het tevoren geldende recht beoordeeld, indien die schade voortspuit uit dezelfde gebeurtenis als een eerdere door de benadeelde geleden schade waarop dat recht van toepassing was. Hetzelfde geldt voor de aansprakelijkheid wegens iemands overlijden na het tijdstip van het in werking treden van de wet als gevolg van letsel [dat, toevoeging SDL] voor dat tijdstip is ontstaan.

Volgens de Memorie van Toelichting betekent dit dat de nieuwe wet dus slechts gevolgen heeft voor gebeurtenissen die zich voordoen na inwerkingtreding (1 januari 2019).<sup>79)</sup> Maar naar de letter van art. 173 lid 2 voorziet deze bepaling niet in eerbiedigende werking (en is dus sprake van onmiddellijke werking) in het geval waarin het letsel is ontstaan of het overlijden plaatsvindt na 1 januari 2019 als gevolg van *een oorzaak die daarvoor ligt*. Dit lijkt te gaan om secondenwerk rond de jaarwisseling, maar het is in de praktijk vooral relevant voor claims wegens ziekten met een lange incubatietijd (denk aan mesothelioom). Anders dan art. 119b OwinBW inzake uitgestelde werking van art. 3:310 lid 5 BW (de relatieve termijn bij verjaring van vorderingen tot vergoeding van letsel- en overlijdensschade) knoopt art. 173 lid 2 OwinBW niet aan bij de schadeveroorzakende gebeurtenis, maar bij het tijdstip van ontstaan van eerdere schade of eerder ontstaan letsel. De wetgever lijkt zich van deze consequentie niet bewust te zijn geweest: de problematiek van mesothelioom is bij de totstandkoming volgens mij niet uitdrukkelijk aan

de orde geweest. Hoewel deze hele specifieke categorie van gevallen dus niet door afzonderlijk overgangsrecht is 'afgedicht', is de bedoeling van de wetgever zonneklaar: de nieuwe wet geldt slechts voor schadetoebrengeende gebeurtenissen die plaatsvinden na 1 januari 2019.<sup>80)</sup> Dat betekent dat slechts naasten en nabestaanden van slachtoffers van mesothelioom die het gevolg is van blootstelling aan asbest na 1 januari 2019 zich op de nieuwe wet kunnen beroepen. Hoe dat in die gevallen in de praktijk moet worden vastgesteld, is overigens nog niet zo eenvoudig, maar dat geldt evenzeer voor de verjaringskwestie van art. 3:310 lid 5 BW.

## 10. Besluit

Met het in het leven roepen van een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden heeft de wetgever een controversiële, principiële en belangrijke stap genomen. Het in de wet neergelegde stelsel is robuust: een vergoeding zowel bij overlijden als bij ernstig en blijvend letsel van een naaste, een in beginsel vaste en forse kring van gerechtigden, en vaste bedragen. De complexiteit van de materie, het aantal denkbare verhoudingen en de onvoorspelbaarheid van de werkelijkheid zullen er ongetwijfeld toe leiden dat er bij de toepassing vragen rijzen. Ik heb geprobeerd een aantal mogelijke vragen te beantwoorden en spreek de hoop, maar ook de verwachting, uit dat de praktijk deze regeling van preciaire belangen en de vragen die zij in de toekomst oproept met gepaste waardigheid zal begroeten en behandelen.

79. MvA, Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p. 11.

80. MvA, Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p. 11. Dat wordt ondersteund door de bespreking van het overgangsrecht van de Wet Schadevonds Gewelddsmisdrijven (Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II 34 257, 6, p. 24), waar wél het moment van veroorzaking beslissend is geacht en wordt verondersteld dat dit leidt tot dezelfde toepassing als in het civiele recht.