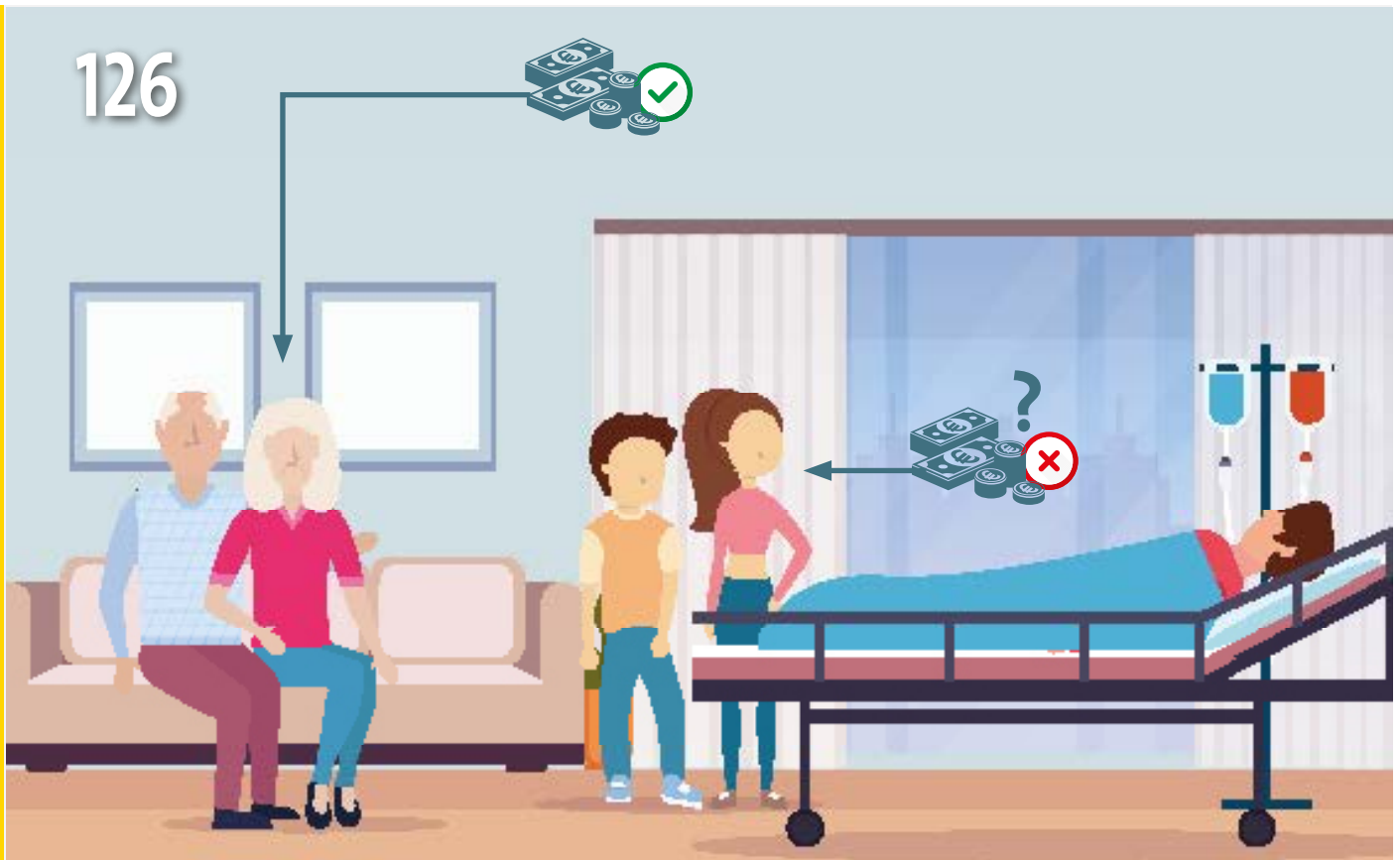


De wet affectieschade: nader beschouwd

Mr. E.W. Bosch *



1. Inleiding

Per 1 januari 2019 is de Wet Affectieschade in werking getreden. Na een lang voortraject erkent ook de Nederlandse rechtsorde 'affectieschade'. Bij de vormgeving van het wetsvoorstel is een belangrijk uitgangspunt geweest dat zo veel als mogelijk langdurige en pijnlijke discussies over de intensiteit van het leed worden voorkomen.¹⁾ Een wettelijk systeem met een vaste kring van gerechtigden en vaste bedragen als vergoeding, beperkt de transactiekosten tot een minimum en zou veel procedures moeten voorkomen.

De wetgever heeft er bewust voor gekozen om de vergoeding van affectieschade niet alleen mogelijk te maken bij het overlijden van een naaste, maar ook als deze ernstig en blijvend letsel heeft opgelopen door de schuld van een ander.²⁾ Bestudering van de wet doet vermoeden

dat de vaststelling van de vergoeding van affectieschade in geval van overlijden inderdaad redelijk eenvoudig is. Is het overlijden eenmaal vastgesteld? Dan zijn er nog twee variabelen in te vullen. Dat is de relatie van de claimant met de overledene en de vraag of er sprake is van een

* (LSA/ASP) letselschadeadvocaat/ partner bij Vogelaar Bosch Spijker Advocaten.

1. *Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 3 (MvT), p. 4.*
2. *Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 3 (MvT), p. 5, 11, 12.*



De verwonding van het slachtoffer moet ernstig en tevens blijvend zijn.



misdrijf. De praktijk laat zien hier prima mee uit de voeten te kunnen.³⁾

De vraag is, geldt datzelfde ook in geval van “ernstig en blijvend letsel”? In dit artikel wordt aan de hand van de parlementaire geschiedenis, literatuur en jurisprudentie onderzocht tegen welke hobbels de rechtspraak aan kan lopen bij de vaststelling van affectieschade bij “ernstig en blijvend letsel”. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de positie van broers en zussen van het slachtoffer, die vooralsnog niet tot de kring van gerechtigden behoren.

2. Het wetsvoorstel: ernstig en blijvend letsel

In de memorie van toelichting (MvT) onderkent de wetgever dat de keuze om ook bij ernstig en blijvend letsel affectieschade vorderbaar te maken het probleem met zich brengt dat de vereisten voor vergoeding daarvan moeten worden omschreven. Het spreekt voor zich, aldus de MvT, dat niet iedere verwonding recht behoort te geven op vergoeding van affectieschade.

Gekozen is voor een formulering, die tot uitdrukking brengt dat de verwonding van het slachtoffer ernstig en tevens blijvend moet zijn. In geval van ernstig en blijvend letsel is het immers het blijvende karakter daarvan dat ervoor zorgt dat naasten gedurende lange tijd op indringende wijze met de ingrijpende gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis, zowel voor henzelf als voor het slachtoffer, geconfronteerd worden. Het vereiste dat het ernstige letsel blijvend moet zijn, betekent 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.⁴⁾

Nogal optimistisch merkt de minister op dat in veel gevallen onomstreden zal zijn of al dan niet aan dit vereiste voldaan is, zodat alleen bij grensgevallen dit vereiste tot geschillen aanleiding kan geven.⁵⁾ Echt concrete handvatten worden in de MvT namelijk niet gegeven, anders dan daarin wordt opgemerkt dat:

“Aangenomen kan worden dat bij een blijvende functiestoornis van 70% of meer in de praktijk sprake zal zijn van ernstig en blijvend letsel als in dit wetsvoorstel bedoeld”.⁶⁾

Uit de toelichting blijkt dat met 70% of meer blijvende functiestoornissen wordt bedoeld op het percentage blijvende functionele invaliditeit. Daarbij wordt het percentage vastgesteld op basis van de AMA-Guides.⁷⁾ De MvT wijst er al op dat in de consultatiefase zowel Slachtofferhulp Nederland als de ASP⁸⁾ hebben opgemerkt dat het noemen van een percentage tot onwenselijke ‘a contrario’-redeneringen kan leiden, waarbij – omdat het percentage blijvende invaliditeit minder is dan 70% – er daarom dus geen sprake is van “ernstig en blijvend letsel”. De minister

achtte het echter wenselijk om de praktijk enige houvast te bieden bij de toepassing van het criterium ernstig en blijvend letsel.⁹⁾

De minister vervolgt in de memorie van toelichting dat duidelijk moet zijn dat het om zeer ernstig letsel moet gaan. Dat wil niet zeggen dat het genoemde percentage in alle gevallen doorslaggevend is. Naast de functiestoornis is derhalve, volgens de minister, ook de invloed die het letsel heeft op het leven van de gekwetste en de naaste een factor van belang. Ook voor de naaste zal het letsel moeten nopen tot een ingrijpende ommezwaai in diens leven. Vervolgens geeft de minister een groot aantal voorbeelden van letsel dat hij weliswaar als ernstig kwalificeert, terwijl er toch geen sprake is van 70% blijvende functionele invaliditeit. Het gaat dan onder meer, om:

- ernstige karakter- en gedragsveranderingen;
- het algeheel verlies van het vermogen tot spreken;
- ernstige afasie (‘de taal minder goed kunnen gebruiken dan voorheen’);
- ernstige aantastingen van de geheugenfunctie; en
- ernstig of algeheel functieverlies van zintuigen;
- letsels die leiden tot het verlies of een ernstige verstoring van de mogelijkheid om lichamelijk contact te hebben:
 - zoals derdegraadsbrandwonden over een groot deel van het lichaamsoppervlak; of
 - ernstige verlittekening van grote delen van in dit verband belangrijke delen van het lichaam, zoals het gelaat en de hals.
- (mentaal) letsel dat ertoe leidt dat iemand onmogelijk nog voor zichzelf kan zorgen;
- gevallen waarin het slachtoffer door het gebeuren volledig of nagenoeg volledig afhankelijk wordt van zodanig intensieve hulp en zorg dat de mogelijkheid van het onderhouden van een privéleven ernstig wordt verstoord. Het gaat hier om gevallen waarin het letsel niet alleen voor het slachtoffer zelf ernstige beperkingen in het dagelijks functioneren teweegbrengt, maar vanwege de nauwe persoonlijke band die zijn naasten met hem hebben, ook voor dezen.

In de praktijk zal dit doorgaans, zo antwoordde de minister, gepaard gaan met een hoog tot zeer hoog percentage aan blijvend functioneel verlies bij het slachtoffer.

Toegegeven moet worden dat de door de minister genoemde voorbeelden alle aansprekende vormen van ernstig en blijvend letsel zijn. De vraag is echter of, zoals de memorie van toelichting ons wil doen geloven, deze letsels doorgaans gepaard gaan met een hoog tot zeer hoog percentage aan blijvende functionele invaliditeit. Deze vraag heeft tijdens de verdere parlementaire behandeling een rol gespeeld. Zo blijkt uit het verslag van de vaste Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie dat diverse Kamerleden vragen stellen over de reikwijdte van het begrip “ernstig en blijvend letsel”.¹⁰⁾ Dit omdat er

3. Zie bijvoorbeeld: Rb Den Haag 27 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:450 en Rb Midden-Nederland 29 oktober 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4949.
4. Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 3 (MvT), p. 12.
5. Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 3 (MvT), p. 12.
6. Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 3 (MvT), p. 120.
7. ‘Guides to the Evaluation of Permanent Impairment’ opgesteld door de American Medical Association (AMA). Aan de hand van deze richtlijnen, momenteel de zesde editie, wordt in Nederland het percentage invaliditeit (functioneel verlies, impairment) bepaald.
8. De vereniging ‘Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade’.
9. Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 3 (MvT), p. 12.
10. Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 5.

vanuit de praktijk op gewezen is dat de gekozen grens van 70% dusdanig hoog is dat die geen juiste invulling vormt voor het criterium “ernstig en blijvend letsel”.¹¹⁾ In de nota naar aanleiding van het verslag¹²⁾ antwoordt de minister:

“De functiestoornis van 70% is een indicatie. Het is aan de rechter om de individuele omstandigheden van het geval te beoordelen. Naast de functionele stoornis is de invloed die het letsel heeft op het leven van de gekwetste en de naaste een factor van belang. De 70% is derhalve niet bepalend, maar *richtinggevend*. [...] Er zullen zich gevallen voordoen waarbij de lichamelijke component van het letsel niet leidt tot een dermate hoge functionele stoornis, maar waarbij de combinatie van een lager percentage met andere aspecten van het letsel leidt tot de conclusie dat toch sprake is van ernstig en blijvend letsel.” [cursivering EB]

Blijkens het verslag van de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer is ook tijdens het plenaire debat uitvoerig gesproken over de genoemde 70% blijvende functionele invaliditeit. Vervolgens is het wetsvoorstel aangenomen met algemene stemmen in de Tweede Kamer. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer kwamen partijen wederom te spreken over de door de minister genoemde 70% blijvende functionele invaliditeit. In de nadere memorie van antwoord¹³⁾ schrijft de minister:

“De weerslag van het letsel op het leven van de gekwetste en de naaste kan ook uit andere omstandigheden blijken dan de functiestoornis alleen (Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 3, p. 13). Hersenletsel dat leidt tot ernstige karakter- en gedragsveranderingen van de gekwetste heeft onmiskenbaar grote gevolgen voor zijn naasten. Dit geldt evenzeer voor letsels die leiden tot het verlies of een ernstige verstoring van de mogelijkheid om lichamenlijk contact te hebben, zoals derdegraadsbrandwonden over grote delen van het lichaam. Ook kan worden gewezen op het voorbeeld dat de leden van de CDA-fractie geven: (Mentaal) letsel dat ertoe leidt dat iemand onmogelijk nog voor zichzelf kan zorgen valt eveneens onder de kwalificatie “ernstig en blijvend letsel”, zoals bedoeld in het wetsvoorstel, ook als sprake zou zijn van een functiestoornis van minder dan 70%”.

Vervolgens wordt het voorstel ook in de Eerste Kamer met algemene stemmen aangenomen.¹⁴⁾

Geconcludeerd moet worden dat de minister er aan de ene kant aan hecht om een percentage, concreet 70% blijvende functionele invaliditeit, te noemen als indicatie voor de rechtspraak. Tegelijkertijd geeft hij echter een groot aantal voorbeelden van letsel dat zijns inziens kwalificeert als “ernstig en blijvend letsel”, terwijl er in die gevallen geen sprake is van 70% blijvende functionele invaliditeit.

3. Intermezzo: het percentage blijvende functionele invaliditeit

Allicht zou de vraag gesteld kunnen worden waarom er bij de totstandkoming van deze wet zoveel aandacht is geweest voor de door de minister genoemde 70% blijvende functionele invaliditeit. Dat laat zich verklaren doordat dit percentage, zoals hiervoor al aangestipt is, uitzonderlijk hoog is. Een groot deel van de door de minister genoemde voorbeelden van letsel die volgens hem onder de definitie van “ernstig en blijvend letsel” vallen, komen niet eens in de buurt van de 70% blijvende functionele invaliditeit!

Bij de brief van 27 oktober 2015 is door de commissie Wetgeving van de vereniging Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade (ASP) een overzicht meegezonden aan de vaste Kamercommissie met daarin enkele voorbeelden van letsel en de daarbij behorende percentages blijvende functionele invaliditeit volgens de destijds geldende AMA-Guides (6e editie). Dat overzicht zag er als volgt uit:

Omschrijving	% BIGP
Verlies van een oog (enucleatie)	16%
Traumatisch hersenletsel met blijvende cognitieve beperkingen; stoornissen maken voor de meeste activiteiten van het dagelijks leven en het maatschappelijk verkeer leiding of toezicht nodig	15% - 29%
Traumatisch hersenletsel met blijvende cognitieve beperkingen; door stoornissen zijn de activiteiten van het dagelijks leven en het maatschappelijk verkeer uitsluitend mogelijk onder voortdurende begeleiding en toezicht thuis of in een instituut.	30% - 49%
Rolstoelafhankelijkheid	50%
Traumatisch hersenletsel, de mogelijkheid voor zichzelf te zorgen ontbreekt volledig	50% - 70%
Totale blindheid	85%

Tabel 1: Voorbeelden van percentages blijvende functionele invaliditeit

Uit deze voorbeelden blijkt dat alleen bij traumatisch hersenletsel, waarbij de mogelijkheid om voor zichzelf te zorgen volledig ontbreekt, in het ergste geval de 70% blijvende functionele invaliditeit wordt gehaald. Ook bij totale blindheid, aan beide ogen, is het percentage blijvende functionele invaliditeit hoger dan 70.

Wanneer het door de minister gegeven percentage inderdaad richtinggevend zou zijn, dan zou dit betekenen dat er bij traumatisch hersenletsel (waarbij de activiteiten van het dagelijks leven en het maatschappelijk verkeer uitsluitend mogelijk zijn onder voortdurende begeleiding) geen sprake zou zijn van “ernstig en blijvend letsel” in de zin van de wet, omdat dit leidt tot maximaal 49% blijvende functionele invaliditeit. Toch zal eenieder het erover eens zijn dat in die situatie ook het leven van de naaste blijvend en ingrijpend verandert door het letsel.



Waarom bij totstandkoming van de wet zoveel aandacht voor die 70% functionele invaliditeit?



11. Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 5, p. 3, 4 en 11.
12. Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 6, p. 6.
13. Kamerstukken I 2017/18, 34 257, E, p. 3.
14. Verslag EK 2017/2018, nr. 26, item 6.

4. Een greep uit de literatuur

Ook in de literatuur is aandacht besteed aan de vraag wat nu “ernstig en blijvend letsel” is. Veel auteurs bespreken de door de minister genoemde 70% blijvende invaliditeit. Verheij merkt mijns inziens terecht op dat het noemen van een percentage niet gelukkig is, omdat dit voeding kan geven aan ongewenste a contrario redeneringen: het functionele verlies is 65% en dus heeft een naaste geen recht op smartengeld.¹⁵⁾ Overes schrijft dat de in de parlementaire geschiedenis genoemde 70% blijvende invaliditeit eerder een vuistregel is dan een hard minimumvereiste.¹⁶⁾ Hebly en Engelhard nemen als vertrekpunt dat bij 70% blijvende functionele invaliditeit er in ieder geval sprake is van “ernstig en blijvend letsel”.¹⁷⁾ Lindenbergh schrijft dat de 70% blijvende functionele invaliditeit genoemd is om de gedachte te bepalen. Men denke, zo schrijft hij, aan een hoge dwarslaesie of aan ernstig traumatisch hersenletsel, dat grote afhankelijkheid van anderen kan veroorzaken.¹⁸⁾ Zoals uit het intermezzo hiervoor blijkt, komt men bij ernstig traumatisch hersenletsel niet aan 70% blijvende functionele invaliditeit.

Een ander geluid is te vinden bij Joxhorst en Kremer. Joxhorst meent dat het percentage ‘niet altijd doorslaggevend’ is, maar zij hecht daar wel veel waarde aan.¹⁹⁾ Kremer benadrukt dat het een goede zaak is dat in de toelichting twee uitgangspunten zijn opgenomen: in het algemeen moet er ten minste 70% blijvende functionele invaliditeit zijn en het moet gaan om objectiveerbaar letsel. Opvallend is dat Kremer zijn ‘afbakening’ begint bij 70% blijvende functionele invaliditeit en alle voorbeelden uit de MvT, zoals ernstige karakter- en gedragsveranderingen, het algeheel verlies van het vermogen tot spreken, ernstige afasie, ernstige aantastingen van de geheugenfunctie en ernstig of algeheel functieverlies van zintuigen geheel buiten zijn bijdrage laat.²⁰⁾ Of is dit een voorbode van de discussies die gaan komen?

Anders dan Kremer wijst Verheij erop dat feitelijk steeds moet worden gekeken naar alle concrete omstandigheden van het geval, waarbij de impact op de directe omgeving en de afhankelijkheid van de gekwetste belangrijke factoren zijn.²¹⁾ Andere auteurs wijzen vooral op de in de parlementaire geschiedenis genoemde voorbeelden.²²⁾ Waar Overes betoogt dat het aan de claimant is om, wanneer het percentage blijvende functionele invaliditeit minder dan 70% is, een nadere onderbouwing te geven waarom er sprake is van “ernstig en blijvend letsel”²³⁾, citeren Hebly en Engelhard enkele voorbeelden uit de parlementaire geschiedenis, waarbij ondanks dat er sprake is van een percentage lager dan 70% blijvende functionele invaliditeit, toch sprake is van “ernstig en blijvend letsel”.²⁴⁾ Daarvoor is een nadere onderbouwing niet nodig. Ook Lindenbergh meent dat de parlementaire geschiedenis voldoende voorbeelden biedt van “ernstig en blijvend letsel”.²⁵⁾

Zoals hiervoor al gesignaleerd merkt de wetgever op dat in veel gevallen onomstreden zal zijn of er sprake is van “ernstig en blijvend letsel”.²⁶⁾ Joxhorst merkt, mijns inziens terecht, op dat de wetgever hier een te rooskleurig beeld heeft. Zij kan zich niet aan de indruk onttrekken dat in de praktijk vaak een deskundige geraadpleegd zal moeten worden.²⁷⁾ Lindenbergh wijst er nog op dat de minister in de toekomst via art. 6:107 lid 3 BW met een algemene maatregel van bestuur sturing kan geven aan de rechtsontwikkeling. Lindenbergh verwacht echter dat er vooral een taak zal zijn weggelegd voor de rechter die aan de hand van de in de toelichting gegeven aanknopingspunten piketpalen zal moeten slaan.²⁸⁾

5. ... en dan de praktijk

Raadpleging van rechtspraak.nl leert dat er vier uitspraken zijn geweest waarin affectieschade is gevorderd wegens “ernstig en blijvend letsel”. Alle in het kader van een vordering benadeelde partij in het strafrecht. Op 10 december 2019 oordeelde de Rechtbank Overijssel²⁹⁾ dat de vordering van de partner van het slachtoffer tot vergoeding van affectieschade niet-ontvankelijk is, omdat nader onderzoek noodzakelijk is naar de vraag of er sprake is van “ernstig en blijvend letsel”. Dergelijk onderzoek zou een onevenredige belasting zijn voor het strafgeding. Ten aanzien van een ander slachtoffer overweegt de rechtbank:

“Aangenomen kan worden dat bij een blijvende functiestoornis van 70% of meer (volgens de AMA-richtlijnen) sprake is van ernstig blijvend letsel. De huidige klachten leiden aan de hand van de AMA-richtlijnen voor [bedoeld zal zijn: tot; toevoeging EB] 15-19% functieverlies. De wetgever heeft niet beoogd om deze vorm van letsel onder de regeling van de Wet Affectieschade te laten vallen.”³⁰⁾

De Rechtbank Oost-Brabant kwam op 27 januari 2020³¹⁾ eveneens tot niet-ontvankelijkheid, omdat nader onderzoek nodig was om te bepalen of het ernstige letsel blijvend was. Op 12 december 2019 wees de Rechtbank Rotterdam³²⁾ aan de ouders en zus van het slachtoffer, dat door het misdrijf een schotwond had, met hersenletsel tot gevolg, de vordering tot vergoeding van de affectieschade toe van respectievelijk € 17.500 (ouders) en € 15.000 (zus). Op 23 december 2019 wees de Rechtbank Rotterdam³³⁾ € 2.000 toe aan affectieschade aan de broer van het slachtoffer, die deels eigen schuld had. Vreemd genoeg wordt er niet veel gezegd over de aard, ernst en omvang van het letsel. Noch is aanknopings gezocht bij de forfaitaire bedragen uit het Besluit vergoeding affectieschade.³⁴⁾

Recent wees ik in een artikel op LinkedIn erop dat in de IWMD-vraagstelling uit 2009 door de werkgroep³⁵⁾ de vraag naar het percentage blij-

15. A.J. Verheij, ‘Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid’, *Verkeersrecht* 2014/94, (afl. 6), p. 223.
16. J.S. Overes, ‘Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties’, *TvP* 2016, nr. 1, p. 18.
17. M.R. Hebly & E.S. Engelhard, ‘Besluit vergoeding affectieschade’, *NTBR* 2017, 43 afl. 10.
18. S.D. Lindenbergh, ‘De wet affectieschade in werking’, *Verkeersrecht* 2018/156, (afl. 11), p. 408.
19. A. Joxhorst, ‘De Wet Affectieschade – een vooruitblik’, *PIV-bulletin* 2018, december, p. 6.
20. F.Th. Kremer, ‘Affectieschade en zorgschade: een (on)mogelijk duo?’, *TvP* 2014, nr. 4, p. 131.
21. A.J. Verheij, ‘Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid’, *Verkeersrecht* 2014/94, (afl. 6), p. 223.
22. J.S. Overes, ‘Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties’, *TvP* 2016, nr. 1, p. 18. M.R. Hebly & E.S. Engelhard, ‘Besluit vergoeding affectieschade’, *NTBR* 2017, 43 afl. 10 en S.D. Lindenbergh, ‘De wet affectieschade in werking’, *Verkeersrecht* 2018/156, (afl. 11), p. 408.
23. J.S. Overes, ‘Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties’, *TvP* 2016, nr. 1, p. 18.
24. M.R. Hebly & E.S. Engelhard, ‘Besluit vergoeding affectieschade’, *NTBR* 2017, 43 afl. 10.
25. S.D. Lindenbergh, ‘De wet affectieschade in werking’, *Verkeersrecht* 2018/156, (afl. 11), p. 408.
26. *Kamerstukken II* 2014/15, 34-257, nr. 3 (MvT), p. 12.
27. A. Joxhorst, ‘De Wet Affectieschade – een vooruitblik’, *PIV-bulletin* 2018, december, p. 6.
28. S.D. Lindenbergh, ‘De wet affectieschade in werking’, *Verkeersrecht* 2018/156, (afl. 11), p. 408.
29. Rb. Overijssel 10 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4656.
30. Rb. Overijssel 10 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4656, r.o. 8.3.
31. Rb. Oost-Brabant 27 januari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:393.
32. Rb. Rotterdam 12 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10581.
33. Rb. Rotterdam 23 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10334.
34. Stb. 2018,133.
35. Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD). De IWMD bestaat uit medici en juristen. De juristen zijn afkomstig uit de wetenschap, de rechterlijke macht en de advocatuur, bij de medici gaat het om artsen die door juristen worden ingeschakeld om medisch advies te geven.

vende functionele invaliditeit facultatief was gemaakt. Die vraag hoeft alleen te worden opgenomen wanneer daar concreet aanleiding toe is, bijvoorbeeld omdat er een sommenverzekering is afgesloten, die het uitkeringspercentage gelijkschakelt aan het percentage blijvende functionele invaliditeit. Gaat dit wetsvoorstel leiden tot een revival van het percentage blijvende functionele invaliditeit? Ik waag het te betwijfelen. Zoals hiervoor uit het intermezzo blijkt, zal er niet vaak sprake zijn van 70% blijvende functionele invaliditeit. Anders dan Kremer³⁶⁾ en Joxhorst³⁷⁾ verwacht ik dat het percentage blijvende functionele invaliditeit in de discussie over de verschuldigdheid van een vergoeding voor affectieschade maar een beperkte rol zal spelen.

Langs welke lijnen zal deze discussie dan gaan lopen? Met Verheij³⁸⁾, Hebly & Engelhard³⁹⁾ en Lindenbergh⁴⁰⁾ verwacht ik dat het in de praktijk vooral zal gaan om de in de parlementaire geschiedenis genoemde voorbeelden. Kan in een concreet geval een beroep worden gedaan op het feit dat het ontstane letsel overeenkomt met één van de genoemde voorbeelden? Dan is te verwachten dat de aangesproken partij de vordering tot vergoeding van affectieschade zal erkennen. Is het ontstane letsel niet genoemd in de parlementaire geschiedenis, dan zal de door Overes⁴¹⁾ en Joxhorts⁴²⁾ bepleite toelichting daaruit moeten bestaan dat een vergelijking kan worden gemaakt met een wel in de parlementaire geschiedenis genoemd voorbeeld, waarna betoogd zal moeten worden dat het ontstane letsel minstens net zoveel impact heeft op het leven van het slachtoffer en zijn naasten als de wel gegeven voorbeelden.

Ondanks de insteek van de wetgever om langdurige en pijnlijke discussies c.q. procedures zoveel mogelijk te voorkomen (door een vaste kring van gerechtigde en vastgestelde forfaitaire bedragen) valt niet uit te sluiten dat Lindenbergh gelijk krijgt en dat er vooral een taak zal zijn weggelegd voor de rechter, die aan de hand van de in de toelichting gegeven aanknopingspunten piketpalen zal moeten slaan.⁴³⁾

6. De broers en zussen

Een ander punt dat in de jurisprudentie al tot discussie heeft geleid is de positie van broers en zussen van het slachtoffer. Ten aanzien van de kring van gerechtigden heeft de wetgever, anders dan bijvoorbeeld in Frankrijk, ervoor gekozen om broers en zussen van het slachtoffer in beginsel niet op te nemen in de kring van gerechtigden. De broer of zus van het slachtoffer komt dan ook niet voor in art. 6:107 lid 2 BW of in art. 6:108 lid 4 BW.

Met Lindenbergh constateer ik dat een expliciete verklaring voor deze keuze in de toelichting op de wet niet is te vinden.⁴⁴⁾ Lindenbergh

ontleent aan de (nadere) toelichting op het eerder verworpen wetsvoorstel⁴⁵⁾ dat de kring van gerechtigden bewust nauw is getrokken en dat het overlijden van bijvoorbeeld een echtgenoot of kind als een aanmerkelijk ernstiger verlies wordt ervaren dan het overlijden van een broer of zus. Argumenten om broers en zusters geen aanspraak toe te kennen waren, aldus Lindenbergh, het binnen de perken houden van de aansprakelijkheidslast, maar ook het – juridisch oneigenlijke, maar praktisch toch niet onbelangrijke – argument dat een aan de ouders ter zake toegewezen smartengeld doorgaans (mede) aan hen ten goede zal komen.⁴⁶⁾

In de memorie van toelichting⁴⁷⁾ wordt de broer wel genoemd als voorbeeld voor toepassing van de hardheidsclausule in sub g van genoemde bepalingen. De memorie van toelichting noemt als voorbeeld van een nauwe persoonlijke betrekking een relatie van broers of zussen die langdurig samenwonen en voor elkaar zorgen.⁴⁸⁾ Desgevraagd antwoordt de minister de Eerste Kamer:

“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.”⁴⁹⁾

De minister voegt hier aldus twee elementen toe aan de familierechtelijke relatie, namelijk (i) het langdurig samenleven en (ii) voor elkaar zorgen. Hier weegt mogelijk het zorgelement zwaarder dan de familierechtelijke relatie. Lindenbergh merkt echter terecht op dat in het geval van langdurig samenleven en voor elkaar zorgen de broer van het slachtoffer al een aanspraak op vergoeding van affectieschade heeft op grond van het bepaalde onder e. of f. (duurzame zorg in gezinsverband door of voor de gekwetste).

In de eerste drie uitspraken waarin een affectieschadevordering van een broer of zus werd toegewezen bleek de keuze van de wetgever een horde die eenvoudig te nemen is. Zo overwoog de Rechtbank Rotterdam in het vonnis van 12 december 2019⁵⁰⁾, nu de zus van het slachtoffer “in het verleden zeer nauw in het leven van het slachtoffer betrokken is geweest en nog is”, dat zij vorderingsgerechtigd is. In het vonnis van dezelfde rechtbank van 23 december 2019⁵¹⁾ overweegt de rechtbank slechts dat de broer van het slachtoffer vorderingsgerechtigd is, omdat hij met het slachtoffer in gezinsverband leeft. De Rechtbank Den Haag overwoog op 27 januari 2020⁵²⁾ dat nu de broers naast broers ook beste vrienden waren en sinds een aantal jaar ook huisgenoten, de broer recht had op vergoeding van zijn affectieschade. De broers gingen immers samen naar de sportschool en ze gingen samen op stap. De rechtbank oordeelt dat dit wijst op een ‘zodanige nauwe persoonlijke relatie’ tussen



Positie broers en zussen heeft in de jurisprudentie al tot veel discussie geleid.



36. F.Th. Kremer, 'Affectieschade en zorgschade; een (on)mogelijk duo?', *TvP* 2014, nr. 4, p. 131.
37. A. Joxhorst, 'De Wet Affectieschade – een vooruitblik', *PIV-bulletin* 2018, december, p. 6.
38. A.J. Verheij, 'Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid', *Verkeersrecht* 2014/94, (afl. 6), p. 223.
39. M.R. Hebly & E.S. Engelhard, 'Besluit vergoeding affectieschade', *NTBR* 2017, 43 afl. 10.
40. S.D. Lindenbergh, 'De wet affectieschade in werking', *Verkeersrecht* 2018/156, (afl. 11), p. 408.
41. J.S. Overes, 'Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties', *TvP* 2016, nr. 1, p. 18.
42. A. Joxhorst, 'De Wet Affectieschade – een vooruitblik', *PIV-bulletin* 2018, december, p. 6.
43. S.D. Lindenbergh, 'Psychische schade. Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade door aantasting van geestelijke gezondheid, verdriet, angst, spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen.', Den Haag: Boom Juridisch: 2019, p. 133.
44. S.D. Lindenbergh, 'Psychische schade. Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade door aantasting van geestelijke gezondheid, verdriet, angst, spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen.', Den Haag: Boom Juridisch: 2019, p. 142.
45. Nadere MvA, *Kamerstukken I* 2005/06, 28781, E. p. 7.
46. S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld' (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 213-214 en S.D. Lindenbergh, 'Psychische schade. Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade door aantasting van geestelijke gezondheid, verdriet, angst, spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen.', Den Haag: Boom Juridisch: 2019, p. 142.
47. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 257, nr. 3 (MvT), p. 15.
48. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 257, nr. 3 (MvT), p. 15.
49. *Kamerstukken I* 2016/17, 34 257, nr. C, p. 6. en *Kamerstukken I* 2017/18, 34 257, nr. E, p. 5.
50. Rb Rotterdam 12 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10581.
51. Rb Rotterdam 23 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10334.
52. Rb Den Haag 27 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:450.



Hardheidsclausule gaat echt om ‘zeer uitzonderlijke - spre- kende - gevallen’.



broer en overledene dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat de broer voor toekenning van affectieschade als naaste in de zin van sub g moet worden aangemerkt.

In alle drie deze uitspraken is onduidelijk hoe de rechtbank tot diens oordeel komt. In een enkel geval lijkt de rechtbank te doelen op categorie e. of f. Goede lezing van deze bepalingen leert echter dat het enkel in gezinsverband samenleven niet voldoende is. In sub e gaat het om “degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband *de zorg voor de gekwetste heeft*” en in sub f gaat het om “degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband *de zorg heeft*” (cursivering en EB). Aan dit zorgelement gaan beide rechtbanken in genoemde vonnissen voorbij.

Lindenbergh heeft, wanneer naar de eerste oogst wordt gekeken, terecht voorspeld dat vooral aanspraken van broers en zusters zullen worden beproefd.⁵³⁾ Dergelijke discussies zijn bij uitstek belastend en precair. De minister benadrukt dan ook dat de hardheidsclausule echt om ‘zeer uitsonderlijke – sprekende – gevallen’ gaat.⁵⁴⁾ Invulling van de hardheidsclausule zou mijns inziens, zoals Overes terecht eerder betoogde⁵⁵⁾, vooral moeten geschieden aan de hand van de strekking van dit wetsvoorstel: de positieverbetering van naasten wier leven ingrijpend gewijzigd is door de gebeurtenis. Het gaat dus niet enkel om het dragen van verdriet. Of er in alle drie de gevallen sprake is van een naaste wier leven ingrijpend is gewijzigd, valt op basis van de inhoud van de drie vonnissen te betwijfelen.

Of dit lijstje met voorbeelden voldoende is om ook affectieschadevorderingen bij “ernstig en blijvend letsel” snel en adequaat te kunnen regelen? De tijd zal het ons leren... datzelfde geldt voor de lotgevallen van de broers en zusters die aanspraak maken op vergoeding van de door hen geleden affectieschade.

7. Conclusie

Gelet op het voorgaande meen ik, anders dan de minister en enkelen van de genoemde auteurs, dat het genoemde percentage, 70% blijvende functionele invaliditeit, niet richtinggevend is. Doordat de lat zo hoog is gelegd, zullen mijns inziens de in de parlementaire geschiedenis gegeven voorbeelden voor de rechtspraak veel belangrijker blijken te zijn.

Te verwachten is dat in veel gevallen, als wordt gekeken naar de in de parlementaire geschiedenis genoemde voorbeelden, er wel sprake is van “ernstig en blijvend letsel”, terwijl er bij lange na geen sprake is van 70% blijvende functionele invaliditeit. Mijns inziens is voor de praktijkjurist dan ook het hiervoor genoemde rijtje met voorbeelden uit de parlementaire geschiedenis aanmerkelijk belangrijker om aan te toetsen dan aan de ‘vuistregel’ van 70% blijvende functionele invaliditeit.

53. S.D. Lindenbergh, ‘*Smartengeld*’ (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 213-214 en S.D. Lindenbergh, ‘*Psychische schade. Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade door aantasting van geestelijke gezondheid, verdriet, angst, spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen.*’, Den Haag: Boom Juridisch: 2019, p. 142.

54. Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 3 (MvT), p. 17.

55. J.S. Overes, ‘Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties’, *TvP* 2016, nr. 1, p. 23.