

Besluit vergoeding affectieschade

NTBR 2017/43

Op 9 mei 2017 heeft de Tweede Kamer na een langdurige aanloop – een eerder voorstel strandde in 2010 in de Eerste Kamer² – het Wetsvoorstel Affectieschade met algemene stemmen aangenomen. Het wetsvoorstel houdt in dat naasten van slachtoffers met ernstig letsel en nabestaanden van overledenen een aanspraak krijgen op vergoeding van immateriële schade ('affectieschade'). De wet heeft tot doel erkenning te verschaffen van het door naasten ondervonden leed en het bieden van een zekere genoegdoening aan deze naasten, op een wijze die belastende discussies over de omvang van het verdriet en de daarmee verband houdende schadevergoeding zoveel mogelijk voorkomt. Over dit wetsvoorstel is in de afgelopen jaren reeds veel geschreven.³

Op 14 september 2017 is het Besluit vergoeding affectieschade in concept gepubliceerd ter consultatie.⁴ Het besluit beoogt duidelijkheid te verschaffen over de vergoeding door de bedragen vast te leggen. Forfaitaire bedragen worden gehanteerd om te voorkomen dat de vaststelling van de schadevergoeding zou leiden tot langdurige en pijnlijke discussies over de omvang van het leed.⁵ Het conceptbesluit bevat de volgende bedragentabel:

	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

De hoogte van de toe te kennen vergoeding hangt dus af van:

- 1) de aard van de relatie met het slachtoffer;
- 2) de vraag of de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis een misdrijf betreft;
- 3) de vraag of het gaat om overlijden of ernstig blijvend letsel.

Deze differentiatie leidt vanzelfsprekend tot kwalificatievragen. Zo maakt het voor de hoogte van het smartengeld uit of een meerderjarig kind van het slachtoffer thuis woont of niet. Welk moment geldt hier als uitgangspunt? Denk bijvoorbeeld aan de student die ten tijde van een ongeval waardoor hij een ouder verliest allerlei hospiteeravonden bezoekt en kort na die gebeurtenis ook daadwerkelijk uit huis gaat. Gaat het op dit punt om het meer 'feitelijke' thuiswonen (bijvoorbeeld door de helft van de week in het ouderlijk huis door te brengen) of is beslissend op welk woonadres iemand ingeschreven staat? De verwijtbaarheid van de aansprakelijke weegt in die zin mee dat men in het geval van een misdrijf aanspraak maakt op een (iets) hoger bedrag. Wanneer het gaat om een vordering van een benadeelde als gevoegde partij in het strafproces zal dit vermoedelijk niet tot problemen leiden, nu men daar in de regel met een misdrijf te maken zal hebben. De vraag of een onrechtmatige daad tevens als een misdrijf kwalificeert is evenwel lastiger te beantwoorden in een civiele procedure, nu dat oordeel

1 Citeerwijze: M.R. Hebly & E.S. Engelhard, 'Besluit vergoeding affectieschade', NTBR 2017/43, afl. 10. Mr. M.R. (Marnix) Hebly en mw. mr. E.S. Engelhard zijn als promovendi verbonden aan de sectie Burgerlijk Recht van de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Zie over het wat wonderlijke verloop van de parlementaire behandeling de analyse van D.T. van Houwelingen, 'Waarom heeft het Wetsvoorstel affectieschade het Staatsblad niet gehaald?', in: W.H. van Boom & S.D. Lindenberg (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag: Bju 2013, p. 429 e.v.

3 Zie bijvoorbeeld A.J. Verheij, 'Wetsvoorstel zorg- en affectieschade, Een evenwichtssoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid', VR 2014/95; M.R. Hebly, I. van der Zalm & E.S. Engelhard, 'Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten', AA 2015/64; J.S. Overes, 'Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade: enkele gedachten en suggesties', TVP 2016/1, p. 18-27; M.J.J. de Ridder, 'Het wetsvoorstel affectieschade', TvGR 2016, p. 4-14; A.H. Sas, 'Déjà vu: affectieschade', NJB 2017/1396 (p. 1822-1825). Over het wetgevingsproces in breder verband J.M. Vermolen en W.H. van Boom, 'Wetgeving en claimcultuur: rationeel proces of politiek ritueel?', NTBR 2017/35 (p. 245-252).

4 De einddatum van de consultatie was 26 oktober 2017. Zie www.internetconsultatie.nl/affectieschade.

5 *Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p. 4 en 5.*

uiteindelijk tot het domein van de strafrechter wordt gerekend. Van belang is in dit verband dat een recht op een (hogere) vergoeding van affectieschade ook bestaat voor andere misdrijven dan die waarbij het opzet gericht was op het toebrengen van letsel, zoals zware milieudelicten.⁶ Er zouden zich dus situaties kunnen voordoen waarin de civiele rechter een dubbel oordeel zal moeten uitspreken, in het bijzonder waar de civiele procedure niet volgt op een strafprocedure waarin de gebeurtenis reeds als misdrijf werd aangemerkt en waar dus ook de bewijsregel van art. 161 Rv niet opgaat. Dat is nu eenmaal de consequentie van de – destijds in de Eerste Kamer bepleite en overigens goed te verdedigen – differentiatie naar de mate van verwijtbaarheid, althans naar de kwalificatie als misdrijf.

Ook de vraag of al dan niet sprake is van ernstig en blijvend letsel in de zin van het beoogde art. 6:107 lid 1 onder b BW kan in concrete gevallen aanleiding geven tot discussie. Waar eventuele discussie over de aard van de relatie met het slachtoffer of over de kwalificatie als misdrijf uiteindelijk – in vergoedingstermen – ziet op een verschil van € 2.500, gaat het bij de vraag of het letsel van het slachtoffer als ernstig en blijvend moet worden aangemerkt om een aanzienlijk groter belang: bij ontkennende beantwoording bestaat immers in het geheel geen aanspraak op vergoeding van affectieschade. Aangenomen wordt dat in ieder geval sprake is van ernstig en blijvend letsel bij een blijvende functiestoornis van 70% of meer, maar de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel noemt in dit verband ook situaties waarin bij een lager percentage sprake is van ernstig en blijvend letsel, te weten:

- ernstige karakter- en gedragsveranderingen, het verlies van het vermogen tot spreken, ernstige afasie of aantasting van de geheugenfunctie, of algeheel functieverlies van de zintuigen;
- letsels die leiden tot een ernstige verstoring van de mogelijkheid om lichamelijk contact te hebben;
- letsels die ertoe leiden dat de gekwetste volledig of nagenoeg volledig afhankelijk wordt van intensieve hulp en zorg, waardoor de mogelijkheid van het onderhouden van een privéleven ernstig wordt verstoord.⁷

Dat op bepaalde punten nog discussie zou kunnen ontstaan, is allerminst een zwakte van dit wetsvoorstel. Het gaat hier nu eenmaal – in de woorden van Verheij – om een 'evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid'.⁸ Zonder differentiatie zou men tot een regeling kunnen komen die weliswaar beter hanteerbaar is, maar die dus ook geen ruimte laat om uiting te geven aan het feit dat het bij de vergoeding van affectieschade draait om uiteenlopende schadeoorzaken en verschillende relaties tussen naasten en slachtoffers. Moet men ieder geval op zich waarderen, dan zou de regeling aan haar doel voorbij kunnen schieten: waar erkenning en genoegdoening wor-

den nagestreefd loopt men, als men geen enkele houvast of bandbreedte heeft, het gevaar te verzanden in langdurige en pijnlijke discussies, en dat wil de wetgever uitdrukkelijk voorkomen. Overigens is het de vraag of deze vrees geheel gegrond is: wijzen de ervaringen met andere rechtsstelsels die meer open systemen hanteren daarop? Het is goed om voor ogen te houden dat Nederland ten opzichte van de omringende rechtsstelsels een uitzonderingspositie inneemt waar het de niet-vergoedbaarheid van affectieschade betreft, en dat de ervaringen in andere rechtsstelsels met deze bijzondere vorm van schadevergoeding dus wel een zekere *reality check* kunnen bieden.⁹ De hier gekozen oplossing – vaste bedragen en enige differentiatie – lijkt voor verreweg de meeste gevallen goed hanteerbaar. De vormgeving oogt wat paradoxaal – de wellicht meest persoonlijke vorm van leed wordt nu juist met forfaitaire bedragen vergoed – maar valt in het licht van de afweging die de wetgever op dit punt maakt goed te verdedigen. En ten aanzien van grensgevallen moet men vertrouwen op rechterlijke wijsheid (is dat niet eigen aan alle wetgeving?).

De bedragen zoals vastgesteld in het besluit zullen periodiek – elke vijf jaar – worden herijkt. Anders dan bij de behandeling van het wetsvoorstel is voorzien, is er echter niet voor gekozen om de bedragen jaarlijks te indexeren door middel van een indexeringspercentage. De reden daarvoor is dat indexering tot gevolg zou kunnen hebben dat het basisbedrag met – bijvoorbeeld – € 177,80 moet worden verhoogd of bij deflatie zelfs zou moeten worden verlaagd. Dat zou volgens de wetgever niet stroken met het symbolische karakter van de vergoeding en met de erkennings- en genoegdoeningsfunctie, omdat het rekenen 'tot achter de komma' de indruk zou kunnen wekken dat de bedragen op een exacte begroting zijn terug te voeren.¹⁰ Voor afgeronde bedragen valt inderdaad wat te zeggen. Zo hanteert ook het Schadefonds Geweldsmisdrijven in de tegemoetkoming aan slachtoffers, naasten en nabestaanden vaste en ongedifferentieerde tegemoetkomingen ('all-in bedragen'), die de afgelopen jaren ook niet zijn geïndexeerd. Met die tegemoetkomingen wordt effectief eenzelfde doel nagestreefd als met de vergoeding van affectieschade, namelijk een maatschappelijke uiting van solidariteit en een blijk van erkenning van het onrecht en leed (en dus niet volledige vergoeding van schade). Dat karakter zou zich niet goed verhouden tot het rekenen tot achter de komma. Dat geldt tot op zekere hoogte ook voor de vergoeding van affectieschade: waar door middel van een symbolisch geldbedrag erkenning en genoegdoening moet worden geboden voor onpeilbaar leed, kan een geïndexeerd bedrag van bijvoorbeeld € 15.177,80 wat merkwaardig overkomen. Overigens is het de vraag of dit in de praktijk veel uitmaakt in die gevallen waarin het bedrag

6 Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p. 5.

7 Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p. 12 en 13.

8 A.J. Verheij, 'Wetsvoorstel zorg- en affectieschade, Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid', VR 2014/95.

9 Zie voor een overzicht met betrekking tot affectieschade bij overlijden S.D. Lindenbergh, 'The protection of secondary victims: a comparative overview', in: M. Bona, P. Mead & S. Lindenbergh (red.), *Personal Injury Compensation in Europe: Fatal Accidents and Secondary Victims*, St. Albans: XPL Publishing 2005, p. 422-424.

10 Nota van toelichting Besluit vergoeding affectieschade. Zie www.internetconsultatie.nl/affectieschade.

wegens vertraging in de betaling zou worden vermeerderd met wettelijke rente of wanneer de vergoeding van affectieschade zou opgaan in een totaalbedrag dat ook de meer exact bepaalde schadeposten omvat, zoals een vergoeding voor derving van levensonderhoud en kosten van lijkbezorging. Hoe dan ook: vijfjaarlijkse herijking biedt de mogelijkheid om de bedragen aan te passen aan de maatschappelijke ontwikkelingen en de daadwerkelijk opgedane ervaringen met het vergoeden van deze vorm van schade.

Het symbolische karakter van de vergoeding betekent dat ook aandacht moet worden besteed aan de wijze waarop dit bedrag aan naasten en nabestaanden wordt aangeboden. Akkermans e.a. concluderen in hun onderzoek onder naasten en nabestaanden immers dat een vergoeding voor affectieschade zijn doel voorbij kan schieten als deze niet op een doordachte wijze wordt aangeboden. Een ondoordachte wijze van aanbieden zou zelfs ernstig afbreuk kunnen doen aan de betekenis van de vergoeding.¹¹ Zo wordt door de Belgische respondenten in het onderzoek van Akkermans e.a. belang gehecht aan zorgvuldige communicatie en aan een persoonlijke toonzetting waaruit medeleven blijkt, en wordt soms een huisbezoek meer gewaardeerd dan schriftelijke communicatie. De interviews laten zien hoe pijnlijk een strikt zakelijke afhandeling voor de betrokkenen is: het gaat niet om een geval van blikschade. De respondenten achten ook van belang dat wordt benadrukt dat de vergoeding een symbolisch – en dus bijzonder – karakter heeft omdat zij geen ‘echte’ compensatie kan bieden voor het geleden immateriële nadeel. Voorts dient de aanbieding van de vergoeding plaats te vinden binnen een specifiek daarvoor te definiëren tijdsperiode – zowel een zeer snelle als een erg trage afwikkeling wordt aanstootgevend gevonden – en dient de afwikkeling van affectieschade plaats te vinden in een traject dat losstaat van de eventuele afwikkeling van de financiële schade. De vergoeding simpelweg ‘op de rekening van benadeelde storten’ lijkt in dit kader dus niet voldoende. Ten aanzien van de wijze van het aanbieden van de vergoeding van affectieschade suggereren Akkermans e.a. dat een zorgplicht in de wet zou kunnen worden vastgelegd. Dat is naar onze mening wat ingrijpend. Wel kunnen wij ons vinden in de nadere suggestie tot het opstellen van een protocol in samenspraak met of door de vertegenwoordigers van de verschillende partijen in het veld. De wijze waarop de vergoeding wordt aangeboden bepaalt immers of de met die vergoeding beoogde doelen – erkenning en genoegdoening – daadwerkelijk worden bereikt. Dit verdient wat ons betreft meer aandacht. Wellicht kan op dit punt iets worden geleerd van de ervaringen van het Schadefonds Geweldsmisdrijven, dat al sinds 2012 een tegemoetkoming voor affectieschade kent (die sinds 2016 ook in zogeheten

schulddelicten wordt verstrekt).¹² Onderzoek onder slachtoffers die een uitkering van het Schadefonds Geweldsmisdrijven hebben ontvangen suggereert dat wat wordt nagestreefd met het wetsvoorstel Affectieschade (erkenning en genoegdoening) inderdaad behaald kan worden, mits er voldoende aandacht zal zijn voor de manier waarop de vergoeding wordt vastgesteld en aangeboden.¹³

Tot slot verdient nog het volgende vermelding. De wijze waarop men in Nederland met het dossier affectieschade worstelt, staat in schril contrast met onze oosterburen: waar men in Nederland al jaren probeert de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken, heeft men in Duitsland onlangs ‘in recordtempo’ een wetsvoorstel aangenomen dat de vergoeding van affectieschade mogelijk maakt.¹⁴ Slechts vijf maanden na het opstellen van het ontwerpvoorstel werd het uiteindelijke wetsvoorstel zonder amendementen unaniem aangenomen. De directe aanleiding om dit punt op de politieke agenda te zetten betrof de vliegcrash met Germanwings-toestel 9525 in 2015. Doordat de piloot het toestel doelbewust liet neerstorten kwamen alle 150 inzittenden om het leven. Niet alleen ten aanzien van de toestand, maar ook op het punt van de inhoud laat het Duitse recht wezenlijke verschillen zien: het recht op vergoeding van affectieschade is daar beperkt tot gevallen van overlijden, er wordt een open kring van gerechtigden gehanteerd en er zijn geen wettelijke regels omtrent de hoogte van de vergoeding.¹⁵ Verheij merkt op dat in Duitsland de verzekeraars, rechterlijke macht en wetgever er vertrouwen in hebben dat de rechter in staat zal zijn om in concrete gevallen te bepalen wie gerechtigd is en een bedrag vast te stellen. Wat ons betreft zou een dergelijk vertrouwen in de rechterlijke wijsheid ook in Nederland op zijn plaats zijn, zeker waar het Besluit vergoeding affectieschade reeds in veel duidelijkheid voorziet.

11 A.J. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel II, Affectieschade*, Amsterdam: WODC 2008, p. 81-84.

12 Zie daarover A.H. Sas, ‘Schadefonds Geweldsmisdrijven: een nieuwe werkwijze ingevoerd en wijziging van de wet op komst’, *VR* 2015/50 (p. 180-189).

13 J.D.W.E. Mulder, ‘Hoe schadevergoeding kan leiden tot gevoelens van erkenning en gerechtigheid. Lessen uit de praktijk van het Schadefonds Geweldsmisdrijven’, *NJB* 2010/229 (p. 293-296).

14 A.J. Verheij, ‘Wir schaffen das. Hoe Duitsland in korte tijd een wettelijke regeling tot vergoeding van affectieschade tot stand bracht’, *NJB* 2017/1395 (p. 1816-1821).

15 De bedragen liggen naar verwachting rond de € 10.000.