

Het wetsvoorstel affectieschade

Een verkenning

Mevrouw mr. M. Keijzer-de Korver

Inleiding

Bij brief van 20 juni 2001 heeft de toenmalige Minister van Justitie de hoofdlijnen geschetst van een wettelijke regeling die het toekennen van smartengeld aan nabestaanden van een overledene en verwanten van een ernstig verwonde mogelijk moest maken.¹ Op 6 februari 2003 heeft de opvolgend Minister van Justitie een wetsvoorstel ingediend, dat moet leiden tot aanpassing van onder meer het Burgerlijk Wetboek in verband met de 'vergoedbaarheid' van immateriële schade als gevolg van het verdriet om het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten² (hierna kortweg aangeduid als affectieschade). Dit wetsvoorstel bouwt onmiskenbaar voort op genoemde brief van 20 juni 2001. Ik zal in het navolgende ingaan op de inhoud van het wetsvoorstel, maar niet dan na eerst een korte schets te hebben gegeven van het huidige wettelijk stelsel van schadevergoedingsrecht in relatie tot de (on)mogelijkheid affectieschade vergoed te krijgen.

Het huidige wettelijk stelsel van schadevergoedingsrecht

De huidige regeling van het schadevergoedingsrecht biedt in principe geen ruimte een vordering tot vergoeding van affectieschade geldend te maken. Artikel 6:95 BW bepaalt dat de schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, maar dit laatste slechts voorzover de wet op vergoeding hiervan recht geeft. In artikel 6:106 BW is vervolgens aangegeven in welke gevallen een benadeelde recht heeft op schadevergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. Onder deze limitatief omschreven gevallen is niet begrepen immateriële schade als gevolg van het verdriet om verwonding of overlijden van naasten, tenzij de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanige schade toe te brengen (vgl. art. 6:106 lid 1 aanhef en sub a BW). Voor de praktijk is dit uitzonderlijke geval evenwel van gering belang, aangezien het zelden zal voorkomen dat bij de aansprakelijke persoon een dergelijk oogmerk bestaat.³ Artikel 6:107 BW, dat ziet op de verplichting tot schadevergoeding bij letsel aan zowel de gekwetste zelf als aan derden, en artikel 6:108 BW, dat ziet op de verplichting tot schadevergoeding bij overlijden aan een beperkt aantal gerechtigden, bieden evenmin de mogelijkheid tot het toekennen van een vergoeding voor affectieschade aan derden.

Blijkens de parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek heeft de wetgever geen vergoeding mogelijk willen maken voor verdriet om de dood of verwonding van anderen.⁴ De belangrijkste argumenten tegen een zodanige vergoeding waren:⁵ geld kan het leed niet vergoeden en het toekennen van een vergoeding leidt tot 'commercialisering' van verdriet, tot onsmakelijke procespraktijken, tot een explosie van schadeclaims, tot een

complicering van procedures en dus tot een zwaardere belasting van de rechterlijke macht, terwijl de toename van het aantal risicoaansprakelijkheden in het Nieuw BW juist zou vragen om terughoudendheid ten aanzien van de omvang van de schadevergoedingsplicht.

De wetgever oordeelde dat schade door een 'shock' die het gevolg is van het waarnemen van of het geconfronteerd worden met een dodelijk ongeval, in tegenstelling tot affectieschade, onder omstandigheden wel aanspraak geeft op vergoeding van immateriële schade. Indien een dergelijke 'shock' aanleiding vormt voor letsel of een andere aantasting van de persoon, sluit artikel 6:106 BW een vergoeding voor shockschade, naar gelang van de omstandigheden, niet uit.^{6,7}

Het onderscheid tussen shock- en affectieschade valt overigens niet altijd eenvoudig te maken, met name niet indien degene die shockschade heeft opgelopen, in een nauwe affectieve relatie staat tot het slachtoffer dat bij het ongeval is gedood of gewond geraakt.⁸ Deze beide schadessoorten kunnen mitsdien in elkaar overlopen.⁹

Naar een nieuw stelsel van schadevergoedingsrecht

In de literatuur is veel kritiek geuit op de principiële keuze van de wetgever om vergoeding van affectieschade niet mogelijk te

1. Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VI, nr. 70.
2. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, A en de nrs. 1 t/m 5.
3. Een voorbeeld van een geval waarin dat wel aan de orde was, is te vinden in HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216. Een vader doodde zijn zoon met het oogmerk zijn echtgenote, met wie hij in een echtscheidingsprocedure verwickeld was, te treffen.
4. Ook de art. 1406 en 1407 oud BW verbinderden reeds een vordering tot vergoeding van affectieschade. Vergelijk HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 inzake Van der Heijden/Holland.
5. Parl. Gesch. Boek 6, p. 388-389 sub 4 en Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1273-1274 sub 5.2.
6. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1274 sub 5.3.
7. De Hoge Raad heeft in het zogenoemde Kindertaxi-arrest nauwkeurig aangegeven onder welke omstandigheden shockschade voor vergoeding in aanmerking komt (HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240).
8. Zie A.J. Verheij, Vergoeding van affectieschade, NTBR 1998, p. 327 en 328 sub 3.1.
9. Zie bijvoorbeeld Rb. Middelburg 25 juni 2003, NJkort 2003, 77: zonen zien vader voor hun ogen verongelukken. Deskundige stelt psychisch letsel bij zonen vast, maar kan niet aangeven in welke verhouding dit letsel als shockschade respectievelijk affectieschade moet worden aangemerkt, nu dat gelet op de huidige stand van de psychiatrische wetenschap onmogelijk is. De rechtbank stelt het deel van de schade dat als shockschade voor vergoeding in aanmerking komt, ex aequo et bono vast op 50% van het geheel.

maken.¹⁰ Deze kritiek én de (overwegend) vergeefse pogingen van rechtzoekenden om in rechte toch een vergoeding van affectieschade toegekend te krijgen,¹¹ zijn ook ons hoogste rechtscollege niet ontgaan. In zijn arrest van 22 februari 2002 (zie voetnoot 7) moest de Hoge Raad oordelen over een vordering tot schadevergoeding van een moeder in verband met het overlijden van haar dochtertje als gevolg van een verkeersongeval waarvoor een ander aansprakelijk was. Nadat de Hoge Raad had aangegeven dat de moeder ingevolge het stelsel van de wet geen vordering geldend kon maken tot vergoeding van affectieschade, overwoog hij dat, hoewel artikel 6:108 BW van tamelijk recente datum is, er grond kan bestaan om de redenen die tot de daarin neergelegde regeling van schadevergoeding hebben geleid, te heroverwegen. De Hoge Raad achtte het niet uitgesloten dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoetkomt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om een vergoeding ter zake van affectieschade mogelijk te maken. De Hoge Raad vond het echter zijn rechtsvormende taak te buiten gaan te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen.

De wetgever heeft inmiddels de handschoen opgenomen en een wetsvoorstel ingediend om alsnog te komen tot de mogelijkheid affectieschade als gevolg van zowel overlijden als ernstig en blijvend letsel van naasten te vergoeden. Het voorstel van wet houdt onder meer in:

Artikel I

Het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A. Artikel 107 van Boek 6 komt te luiden:

Artikel 107

1. Indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, is die ander behalve tot vergoeding van de schade van de gekwetste zelf, ook verplicht tot vergoeding van:

a. de kosten die een derde anders dan krachtens een verzekering ten behoeve van de gekwetste heeft gemaakt en die deze laatste, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van die ander had kunnen vorderen; en

b. in het geval van ernstig en blijvend letsel, een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor als gevolg daarvan, door de in lid 2 genoemde naasten geleden nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.

2. De naasten, bedoeld in lid 1, onder b, zijn:

a. de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de gekwetste;

b. de levensgezel van de gekwetste, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert;

c. de ouder of adoptiefouder van een ten tijde van de gebeurtenis minderjarige of met die ouder of adoptiefouder in gezinsverband wonende meerderjarige gekwetste;

d. een ten tijde van de gebeurtenis minderjarig kind of minderjarig geadopteerde of met de gekwetste in gezinsverband wonend meerderjarig kind of meerderjarig geadopteerde van de gekwetste;

e. degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft;

f. degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft.

3. Op het recht op vergoeding van de in lid 1, onder b, bedoelde schade is artikel 106 lid 2 van toepassing.

4. Indien meer dan één naaste van een zelfde gekwetste recht hebben op vergoeding van de in lid 1, onder b, bedoelde schade, en het totaal van de vergoedingen een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag overschrijdt, worden de rechten van de naasten naar evenredigheid teruggebracht tot het beloop van dat bedrag.

5. Het recht op vergoeding van de in lid 1, onder b, bedoelde schade kan niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de gekwetste worden uitgeoefend.

6. Hij die krachtens lid 1 tot schadevergoeding wordt aangesproken kan hetzelfde verweer voeren dat hem jegens de gekwetste ten dienste zou hebben gestaan.

Artikel 108 [mijn toevoeging]

B. In artikel 108 van Boek 6 worden, onder vernummering van het derde tot vijfde lid, een nieuw derde, vierde, zesde, zevende en achtste lid ingevoegd luidende:

3. Voorts is de aansprakelijke verplicht tot vergoeding van een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, geleden door de in lid 4 genoemde naasten als gevolg van het overlijden.

4. De naasten, bedoeld in lid 3, zijn:

a. de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de overledene;

b. de levensgezel van de overledene, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert;

c. de ouder of adoptiefouder van een ten tijde van de gebeurtenis minderjarige of met die ouder of adoptiefouder in gezinsverband wonende meerderjarige overledene;

d. een ten tijde van de gebeurtenis minderjarig kind of minderjarig geadopteerde of met de overledene in gezinsverband wonend meerderjarig kind of meerderjarig geadopteerde van de overledene;

e. degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de overledene heeft;

f. degene voor wie de overledene ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft.

10. Zie daartoe onder meer:

- S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer 1998, hoofdstuk 6;

- A.J. Verheij, *Vergoeding van affectieschade*, NTBR 1998, p. 324-332;

- C.C. van Dam, *Emotioneel belang en affectieschade*, VR 2000, p. 73-75;

- S.D. Lindenbergh, *Smartengeld voor naasten; tijd voor een wettelijke regeling*, NJB 2001, p. 61-66;

- C.C. van Dam, *Het Taxibus-arrest*, VR 2002, p. 205 e.v.;

- R.J.P. Kottenhagen, *Vergoeding van shockschade*, *Beschouwing naar aanleiding van het Taxibus-arrest*, NTBR 2002, p. 182-191.

11. Zie voor rechtspraak S.D. Lindenbergh, NJB 2001, p. 61-66, sub 2 en met name sub 3.

6. Op het recht op vergoeding van de in lid 3 bedoelde schade is artikel 106 lid 2 van toepassing.
7. Indien meer dan één naaste van een zelfde overledene recht hebben op vergoeding van de in lid 3 bedoelde schade, en het totaal van de vergoedingen een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag overschrijdt, worden de rechten van de naasten naar evenredigheid teruggebracht tot het beloop van dat bedrag.
8. Geen recht op vergoeding van de in lid 3 bedoelde schade bestaat, voor zover de rechthebbende op grond van dezelfde gebeurtenis reeds een vergoeding uit hoofde van artikel 107 lid 1, onder b, heeft ontvangen.'

De grondslag voor vergoeding van affectieschade

Blijkens de memorie van toelichting op het wetsvoorstel¹² vormen erkenning en genoegdoening de belangrijkste gronden voor het recht op vergoeding van affectieschade:

- erkenning van het feit dat een normschending jegens het slachtoffer haar weerslag heeft op diens verwanten, die hun verdriet moeten dragen en die hun leven opnieuw moeten inrichten;¹³
- genoegdoening in die zin dat het geschokte rechtsgevoel van de naasten enigszins wordt verzacht, doordat van de aansprakelijke persoon een opoffering wordt gevraagd.

Compensatie van het leed dat de naasten is aangedaan, speelt hooguit op de achtergrond een rol, aangezien een schadevergoeding dit leed nooit ongedaan kan maken.

Het voorgestelde systeem van het wetsvoorstel

Zoals uit de tekst van de hiervoor geciteerde voorstellen tot aanpassing van de artikelen 6:107 en 108 BW volgt, tracht de wetgever zo nauwkeurig mogelijk de grenzen te trekken waarbinnen affectieschade voor vergoeding in aanmerking kan komen. Vergoeding kan alleen worden toegekend in geval van ernstig en blijvend letsel of van overlijden van het slachtoffer aan een limitatief omschreven, beperkte kring van gerechtigden. Daarbij wordt het te vergoeden bedrag voor elke gerechtigde bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld op hetzelfde bedrag. De gedachten van de wetgever gaan uit naar een gefixeerd bedrag van € 10.000 per gerechtigde, zowel voor het geval van overlijden als voor dat van ernstig en blijvend letsel.^{14,15}

Met het ontworpen systeem beoogt de wetgever geschillen over de intensiteit van het geleden leed te voorkomen, een spoedige afwikkeling van schades te bevorderen en de aansprakelijkheidslast beperkt en beheersbaar te laten stijgen. Getracht wordt de in het kader van de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek genoemde nadelen van de mogelijkheid affectieschade te vergoeden zo veel mogelijk te ondervangen.

Tekstvoorstel artikel 6:107 BW (schadevergoeding bij letsel) nader bezien

Wat niet verandert

Het eerste lid aanhef en sub a bevat het huidige eerste lid van artikel 107, dat ziet op de schade van het slachtoffer zelf, alsmede op de zogenaemde 'verplaatste schade' van derden.¹⁶

Het voorgestelde zesde lid stemt overeen met het huidige tweede lid van artikel 107: hij die door een derde tot schadevergoeding wordt aangesproken, kan dezelfde verweren voeren als hij tegen de gekwetste zelf had kunnen inroepen. De memorie van toelichting merkt hierover op dat, hoewel het recht op affectieschade een eigen recht van de naaste is, het, gelet op het nauwe verband tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en het recht op vergoeding van affectieschade, gerechtvaardigd is om bijvoorbeeld fouten van het slachtoffer zelf die mede oorzaak zijn van het letsel, ook mee te laten wegen bij de vraag of en in hoeverre vergoeding van affectieschade aan de naaste op haar plaats is. Voorts wordt opgemerkt dat eventuele medeschuld van de naaste aan het letsel in diens relatie tot degene die door hem tot vergoeding van affectieschade wordt aangesproken, als eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW kan worden tegengeworpen.¹⁷

Ernstig en blijvend letsel

Het eerste lid aanhef en sub b juncto lid 2 maakt een forfaitaire vergoeding van affectieschade mogelijk aan een beperkte kring van gerechtigden, indien het slachtoffer 'ernstig en blijvend letsel' – lichamelijk of geestelijk – heeft opgelopen. De wetgever heeft zich daarmee voor het probleem gesteld gezien hoe de voor vergoeding vereiste aard en ernst van de verwonding in de wet moet worden omschreven. Hij heeft zich daarbij gerealiseerd dat de term 'ernstig en blijvend letsel' in concrete gevallen uitleg behoeft en mogelijk tot geschillen aanleiding zal kunnen geven. In de memorie van toelichting heeft de wetgever daarom enige invulling aan het begrip 'ernstig en blijvend letsel' – dat in de praktijk medisch objectiveerbaar zal moeten zijn – gegeven en daarbij de volgende drie groepen van gevallen onderscheiden:¹⁸

1. Het letsel moet leiden tot een ingrijpende en blijvende verstoring van het leven zoals de gewonde dat ten tijde van de schadeveroorzakende gebeurtenis met de naaste had. De ernst van het medisch objectief vaststelbaar letsel of de mate van functionele invaliditeit van de gewonde vormt daarvoor weliswaar een zeer belangrijke aanwijzing, maar hoeft niet in alle gevallen doorslaggevend te zijn. De wetgever neemt echter aan dat bij blijvend functioneel verlies van 70% of meer in de praktijk steeds sprake zal zijn van ernstig en blijvend letsel.

12. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 1 en 2.

13. Een dergelijke erkenning kan blijkens HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (Jeffrey-arrest) niet worden verkregen door in rechte een verklaring voor recht te vragen.

14. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 7.

15. Blijkens de in NJB 2003, p. 1383 gepubliceerde notulen van de jaarlijkse algemene vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereeniging, gehouden op 13 juni 2003, is een meerderheid van de vergadering vóór de invoering van een recht op vergoeding van affectieschade. De stemming over de vraag of een regeling van dat recht dient uit te gaan van gefixeerde bedragen, leidde tot een nagevoeg gelijk aantal bevestigende en ontkennende stemmen.

16. Onder 'verplaatste schade' verstaat men de kosten die een derde, anders dan krachtens verzekering, ten behoeve van het slachtoffer heeft gemaakt en die het slachtoffer, indien hij die kosten zelf zou hebben gemaakt, van de aansprakelijke persoon had kunnen vorderen.

17. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 14.

18. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 10-12.

2. Voorts kunnen zich gevallen voordoen waarin een combinatie van functioneel verlies als gevolg van lichamelijk letsel en andere componenten van het letsel een zodanig verlies of ernstige verstoring van de mogelijkheid van wezenlijk persoonlijk contact tussen het slachtoffer en diens naasten meebrengt, dat van ernstig en blijvend letsel moet worden gesproken. Als voorbeelden worden genoemd onder meer coma, ernstige karakter- en gedragsveranderingen, algeheel verlies van het vermogen tot spreken, ernstig of algeheel functieverlies van zintuigen, en letsels die leiden tot het verlies of een ernstige verstoring van de mogelijkheid om lichamelijk contact te hebben, zoals derdegraads brandwonden over een groot deel van het lichaamsoppervlak.

3. Ten slotte zijn er gevallen denkbaar 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 privé-leven, zowel voor het slachtoffer als voor de naasten, ernstig wordt verstoord.

De wetgever geeft aan dat hij de rechtstoepasser, en in laatste instantie de rechter, enige beoordelingsruimte laat bij de uitleg van het begrip 'ernstig en blijvend letsel'. Waar in de memorie van toelichting in dit verband percentages worden genoemd, hebben deze uitsluitend een indicatief karakter. Aangegeven wordt dat de rechter met deze indicatieve percentages terdege rekening zal houden, hetgeen kan meebrengen dat afwijken de rechter zal nopen tot motivering daarvan.

Kring van gerechtigden

Het voorgestelde tweede lid bepaalt welke naasten recht op vergoeding van affectieschade hebben. Deze kring van gerechtigden is beperkt tot personen die verondersteld mogen worden een zeer nauwe band met het slachtoffer te hebben. Categorie a ziet op de echtgenoot of geregistreerde partner van de gekwetste. Categorie b betreft de levensgezel van het slachtoffer met wie duurzaam een gemeenschappelijke huishouding wordt gevoerd. Blijkens de memorie van toelichting is er bewust van afgezien hier een vaste, in een aantal jaren of maanden uitgedrukte termijn te bepalen, aangezien deze in de praktijk willekeurig zou kunnen uitwerken.^{19,20} Wel wordt aangegeven dat in gevallen waarin de partners aantoonbaar langer dan een jaar samenwonen, de duurzaamheid daarvan in beginsel vaststaat.

De categorieën c en d zien op de relatie tussen ouders of adoptiefouders met hun minderjarige kinderen, alsmede met de tot hun gezin behorende meerderjarige kinderen. De categorieën e en f betreffen gevallen waarin een duurzame zorgrelatie in gezinsverband bestaat. Daarbij kan worden gedacht aan het geval waarin de zorg voor een kleinkind duurzaam in het gezin van een grootouder plaatsvindt. Ook hier geldt dat er bewust van is afgezien een vaste termijn te bepalen om het begrip 'duurzaam' af te bakenen.

De minister acht een algemene hardheidsclausule niet wenselijk en overbodig naast de categorieën e en f. Met deze categorieën moet de regeling enige ruimte bieden 'om in sprekende gevallen ook naasten die zich lastig laten vatten in specifiek te benoemen

categorieën voor vergoeding van affectieschade in aanmerking te laten komen'.²¹

Daarnaast geldt dat in gevallen waarin vergoeding van affectieschade in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, deze met een beroep op artikel 6:2 lid 2 BW kan worden afgewezen. Als voorbeeld wordt genoemd het geval waarin een ouder aanspraak maakt op een dergelijke vergoeding, terwijl deze ouder zich jegens het kind heeft schuldig gemaakt aan een ernstig gewelds- of zedenmisdrijf.²²

Vermogensrechtelijke aspecten van het recht op vergoeding van affectieschade

In het voorgestelde derde lid wordt artikel 6:106 lid 2 BW van toepassing verklaard op het recht op vergoeding van affectieschade. Dat betekent dat het recht op deze vergoeding niet vatbaar is voor overgang en beslag, tenzij het bij overeenkomst is vastgelegd of terzake een vordering in rechte is ingesteld.²³ Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft meegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken.

Maximering bij meerdere naasten en rangorde bij onvoldoende solventie

Het vierde lid biedt de mogelijkheid bij algemene maatregel van bestuur een maximumbedrag vast te stellen dat de aansprakelijke persoon in totaal aan affectieschade verschuldigd is, indien meerdere naasten recht hebben op vergoeding daarvan. Indien het maximumbedrag wordt overschreden, worden de rechten van de naasten naar evenredigheid teruggebracht tot het beloop van dat bedrag.

Het vijfde lid verleent voorrang aan de aanspraak van het slachtoffer ten opzichte van die van zijn naasten voor het geval de aansprakelijke persoon onvoldoende solvent is.

Tekstvoorstel artikel 6:108 BW (schadevergoeding bij overlijden) nader bezien

Niet tweemaal vergoeding ter zake van dezelfde gebeurtenis

De beoogde aanpassingen in artikel 108 om te komen tot een gefixeerde vergoeding van immateriële schade als gevolg van het overlijden van een naaste aan een beperkte kring van gerechtigden, stemmen volledig overeen met die in artikel 107. Ik volsta hier dan ook met een bespreking van het voorgestelde achtste lid, dat geen pendant in het nieuwe artikel 107 kent.

Het achtste lid bewerkstelligt dat indien door een schadeveroorzakende gebeurtenis een persoon eerst ernstig en blijvend let-

19. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 12.

20. De wetgever heeft daarmee acht geslagen op de kritiek van Verheij met betrekking tot de in de brief van 20 juni 2001 wel opgenomen eis van het bestaan van een gemeenschappelijke huishouding van meer dan één jaar. Vergelijk A.J. Verheij, NJB 2001, p. 1566.

21. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 13.

22. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 14.

23. Zie voor de vraag of smartengeld onder het faillissementsbeslag valt HR 22 november 2002, NJ 2003, 32.

sel oploopt en vervolgens als gevolg van diezelfde gebeurtenis alsnog komt te overlijden, zijn naasten niet tweemaal een vergoeding van affectieschade, eerst op grond van artikel 107 en vervolgens op grond van artikel 108, kunnen vorderen. De wetgever stelt het zich aldus voor dat afhankelijk van de wijze waarop de vergoeding in geval van ernstig en blijvend letsel en in geval van overlijden nader wordt vastgesteld, de vergoeding die de naaste reeds heeft ontvangen in verband met het letsel, dient te worden afgetrokken van de vergoeding die de naaste bij overlijden toekomt.²⁴ De wetgever realiseert zich overigens dat het in bijzondere gevallen wel eens moeilijk kan zijn om uit te maken of van 'dezelfde gebeurtenis' sprake is.

Overgangsrecht

Krachtens artikel 68a van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, gelezen in verband met artikel 69 onder d van die wet, zal het wetsvoorstel slechts gevolgen meebrengen ten aanzien van schadeveroorzakende gebeurtenissen die plaatsvinden na de inwerkingtreding van dit voorstel. Indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voordoet vóór inwerkingtreding, terwijl het slachtoffer pas daarna overlijdt, is ingevolge artikel 173, tweede lid, tweede volzin van de Overgangswet het tevoren geldende recht van toepassing.²⁵

Commentaar op het wetsvoorstel

Alvorens enige kanttekeningen te plaatsen bij het wetsvoorstel wil ik niet onvermeld laten dat ik het positief acht dat de wetgever redelijk voortvarend heeft ingespeeld op de maatschappelijk gevoelde behoefte om een vergoeding van affectieschade mogelijk te maken.

Ik worstel echter met de vraag of het voorgestelde systeem wel recht zal doen aan het individuele geval en of dit systeem wel past binnen het voor het overige gehandhaafde wettelijk stelsel van schadevergoedingsrecht.²⁶ Hoewel de (ogenschijnlijke) eenvoud van het beoogde systeem aantrekkelijk lijkt, kleven er toch de nodige haken en ogen aan.²⁷

Ik wil de volgende kanttekeningen bij het wetsvoorstel plaatsen:

- De term 'ernstig en blijvend letsel' zal onder omstandigheden tot discussie aanleiding kunnen geven. Zo zal vaak pas na geruime tijd (een aantal jaren?) blijken of sprake is van blijvend letsel, hetgeen een voorspoedige afwikkeling van deze schadeclaim in de weg zal staan.
- De beoogde normering van de vergoeding, waarbij geabstraheerd wordt van het door de rechthebbende geleden nadeel, is een vreemde eend in de bijt. In het civiele schadevergoedingsrecht, zoals vastgelegd in Boek 6 BW, kennen wij de figuur van een wettelijke normering van een toe te kennen vergoeding niet.²⁸ Het wordt aan de civiele rechter overgelaten om de hoogte van een smartengelduitkering naar billijkheid vast te stellen.

Ik ervaar het als tamelijk onlogisch dat de burgerlijke rechter ter zake van affectieschade gebonden zou zijn aan een wette-

lijke normering, terwijl diezelfde rechter bij de vaststelling van een vergoeding ter zake van (andere) immateriële schade, waaronder shockschade, volledig de vrije hand wordt gelaten. Ook bij die vaststelling vinden debatten plaats over de intensiteit van het geleden leed, verdient een spoedige afwikkeling van schades de voorkeur en is het wenselijk dat de aansprakelijkheidslast niet, dan wel beperkt en beheersbaar stijgt. De argumenten van de wetgever ter onderbouwing van het voorgestelde systeem overtuigen mij er dan ook niet van dat bij affectieschade dient te worden afgeweken van het huidige stelsel ten aanzien van de vaststelling van (andere) immateriële schadevergoedingen.

Ik zou zelf in elk geval de voorkeur geven aan één systeem: of vaststelling van immateriële schadevergoeding naar billijkheid, of vaststelling conform een wettelijke normering. Mijn voorkeur gaat op dit moment uit naar de eerste optie, waarbij dan eventueel bij algemene maatregel van bestuur een maximumbedrag per gerechtigde²⁹ kan worden vastgelegd. De rechter dient bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding de door de wetgever gekozen uitgangspunten bij het wetsvoorstel als leidraad te hanteren. De gronden voor toekenning van een vergoeding dienen dan ook erkenning en genoegdoening te zijn. Compensatie van leed is onmogelijk, zodat de vergoeding een overwegend symbolische functie zal hebben. Bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding kan de rechter echter wel recht doen aan het individuele geval: de ene naaste is immers de andere niet. De te vormen rechtspraak zal daarbij ongetwijfeld al snel een bandbreedte aangeven waarbinnen vergoedingen voor affectieschade veelal worden toegerekend, waarvan kan worden afgeweken indien de omstandigheden van het geval daartoe nopen.

24. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 15.

25. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 9.

26. Zie W.H. van Boom, Troostgeld voor nabestaanden ondoordacht, NJB 2001, p. 1301 en 1302. Van Boom is er geen voorstander van dat de wetgever gaat sleutelen aan één onderdeel van het letselrecht zonder het hele stelsel aan herziening te onderwerpen.

27. Het advies van de Raad van State d.d. 23 september 2002 met betrekking tot het wetsvoorstel is zeer kritisch. Zie voorts voor enkele kritische reacties in de literatuur op de brief van de Minister van Justitie van 20 juni 2001, respectievelijk op het wetsvoorstel onder meer:

- T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 2001, p. 1467 sub 16;

- W.H. van Boom, Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk, AV&S 2001, p. 95-98;

- A.J. Verheij, Contouren wetsvoorstel vergoeding affectieschade, NJB 2001, p. 1562 e.v.;

- A.J. Van & F.B. Reijnen, De begroting van affectieschade, VR 2002, p. 37-41;

- C.C. van Dam, Smartengeld voor affectieschade en shockschade, Smartengeldnummer van Verkeersrecht, ANWB, 15e druk 2003, p. 6-16.

28. Buiten de wetgever om vinden wel initiatieven plaats om te komen tot normering van schadevergoedingen. Zo hebben het Verbond van Verzekeraars en de organisatie van werkgevers het Convenant Asbestslachtoffers vastgesteld. Hierin is een standaardbedrag aan smartengeld vastgesteld en voor materiële schade en overlijdensschade een minimumbedrag. De vastgestelde bedragen worden jaarlijks geïndexeerd.

29. Zie daartoe het advies van de Raad van State, Kamerstukken II 2002/03, 28 781, A, p. 5 en 6.

Op de langere termijn zou de wetgever kunnen bezien of gekomen kan worden tot een wettelijke normering over de gehele linie van immateriële schadevergoedingen. Voor een dergelijk stelsel valt immers veel te zeggen: het is goedkoop in toepassing, transparant, voorspelbaar, calculeerbaar, het maakt een beroep op de rechter veelal overbodig en leidt tot een snellere afdoening van schadeclaims. Teneinde de invoering van een wettelijk recht op affectieschade niet te belemmeren ben ik er echter geen voorstander van om in het kader van de invoering van dat recht reeds een algehele herziening van het stelsel van schadevergoedingsrecht na te streven. Indien een dergelijke wetgevingsoperatie in werking zou worden gezet, zou een wettelijk recht op vergoeding van affectieschade nog jaren op zich laten wachten. Daarmee zou de wetgever de betreffende naasten geen dienst bewijzen.

- De minister heeft in zijn nader rapport naar aanleiding van kritiek van de Raad van State op de voorgestelde gefixeerde vergoeding erkend dat de intensiteit van het leed niet in alle gevallen gelijk is. Hij heeft daarbij in het bijzonder gedacht aan het leed van ouders bij verlies of ernstige verwonding van hun minderjarig kind door de schuld van een derde. De minister erkent dat de wet er niet aan in de weg moet staan om bij de bepaling van het bedrag met dergelijke sprekende gevallen rekening te houden. Het voorstel is, aldus de minister, in die zin aangepast.³⁰

Bedoelde aanpassing heb ik echter niet in het wetsvoorstel teruggevonden. Of is het zo dat de ruimte voor sprekende gevallen moet worden gevonden in het feit dat in een algemene maatregel van bestuur een bedrag *of bedragen* voor de toe te kennen vergoeding moet(en) worden vastgesteld? De wetgever dient op dit punt duidelijkheid te verschaffen.

- De kring van gerechtigden acht ik wel heel eng getrokken en te zeer beperkt tot die naasten die in een nauwe gezinsrelatie tot het slachtoffer staan. Denkbaar zou zijn dat een vergoeding van affectieschade ook op zijn plaats is:
 - voor de levensgezel van de gekwetste/overledene, die ten tijde van de gebeurtenis een duurzame lat-relatie met deze had;
 - in de relatie tussen ouders of adoptiefouders en hun zelfstandig wonende meerderjarige kinderen. Een zeer nauwe affectieve band tussen ouders en kinderen behoeft immers niet tot een einde te komen c.q. minder innig te worden op het moment waarop de kinderen het ouderlijk huis verlaten;
 - in de relatie tussen (adoptief)broers en -zussen.

Anders dan de wetgever ben ik van mening dat een hardheidsclausule onontbeerlijk is. De categorieën e en f bieden onvoldoende ruimte om de in mijn voorbeeld genoemde personen tot de kring van gerechtigde naasten toe te laten.

- Met betrekking tot het voorgestelde artikel 107 lid 3, respectievelijk artikel 108 lid 6 teken ik het volgende aan: S.D. Lindenbergh heeft onlangs een behartenswaardig pleidooi gehouden om artikel 6:106 lid 2 BW te schrappen.³¹ Het komt mij voor dat de wetgever zich terdege rekenschap dient

te geven van de door Lindenbergh aangevoerde argumenten, alvorens de beoogde uitbreiding van de werking van artikel 6:106 lid 2 definitief in de wettekst op te nemen.

- De op advies van de Raad van State voorgestelde maximering van de vergoeding van affectieschade voor het geval meerdere naasten daarop recht hebben, acht ik als vaste regel onbillijk. Waarom zou de aansprakelijke persoon bevoordeeld moeten worden, indien hij meerdere naasten van zijn slachtoffer affectieschade berokkent? Ik acht het uiteraard wel redelijk dat indien de aansprakelijke persoon onvoldoende verhaal biedt om alle naasten een volledige vergoeding te voldoen, het beschikbare bedrag dan pondspondsgewijs onder deze naasten wordt verdeeld. Dat het recht op vergoeding van affectieschade niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de gekwetste kan worden uitgeoefend, kan ik alleen maar billijken.
 - Artikel 107 lid 6, respectievelijk artikel 108 lid 5 (huidig lid 3) maakt het naar mijn mening terecht mogelijk dat de aangesproken partij jegens de naaste hetzelfde verweer kan voeren als haar jegens de gekwetste/overledene ten dienste zou hebben gestaan.³² Ook de mogelijkheid van een beroep op medeschuld van de naaste aan het letsel of het overlijden in diens relatie tot de aangesproken partij, acht ik terecht. Ik merk echter wel op dat discussies over schuldverdelingen te verwachten zijn en daarmee een toename van het beroep op de rechterlijke macht.
 - Artikel 108 lid 8, dat bepaalt dat niet tweemaal vergoeding van affectieschade kan worden verkregen op grond van dezelfde gebeurtenis, acht ik niet zonder meer redelijk. Het is voorstelbaar dat de naaste van een persoon die ernstig en blijvend letsel heeft opgelopen en vervolgens maanden later alsnog als gevolg daarvan overlijdt, meer affectieschade lijdt dan de naaste van een persoon die bij of vrijwel direct na de schadeveroorzakende gebeurtenis komt te overlijden.
- Zoals de minister zelf ook al heeft aangegeven, zal voorts het begrip 'dezelfde gebeurtenis' aanleiding kunnen geven tot interpretatiegeschillen.

Conclusie

Hoewel de wetgever ernaar heeft gestreefd met het wetsvoorstel affectieschade een eenvoudig toepasbare regeling te ontwerpen, waarbij de schade zo veel mogelijk buiten rechte en voortvarend kan worden afgewikkeld, is hij in die opzet niet volledig geslaagd. In het wetsvoorstel zijn de nodige termen opgenomen, die een nadere interpretatie behoeven. De rechter zal er bij de uitvoering

30. Kamerstukken II 2002/03, 28 781, A, p. 6 en 7 sub 5a en 5b.

31. S.D. Lindenbergh, De vermogensrechtelijke lotgevallen van het recht op smartengeld, TVP 2003, p. 1-6.

32. Anders: A.J. Verheij, Contouren wetsvoorstel vergoeding affectieschade, NJB 2001, p. 1567 sub 3.4. Hij wijst erop dat smartengeld voor affectieschade een symbolische functie lijkt te hebben. Hij vraagt zich af of het wel met deze symbolische functie in overeenstemming is dat de 'eigen schuld' van het slachtoffer aan zijn naasten of nabestaanden kan worden tegengeworpen.

van het wetsvoorstel dan ook nog vaak genoeg aan te pas moeten komen, dit mede gelet op de mogelijkheid van schulddeelingen en de invloed van de redelijkheid en billijkheid bij de beantwoording van de vraag of vergoeding van affectieschade onder omstandigheden onaanvaardbaar is (zie voetnoot 22). Mijn voorkeur gaat ernaar uit om in afwachting van een wettelijke normering over de gehele linie van immateriële schadevergoedingen de beoogde fixatie van de vergoeding van affectieschade los te laten en de bepaling van de hoogte van de vergoeding in laatste instantie over te laten aan de rechter. Een begrenzing wordt daarbij aangebracht door de beperkte kring van gerechtigden, die wat mij betreft dus wel moet worden uitgebreid met een hardheidsclausule. De rechter zal bij zijn beslissing acht moeten slaan op de parlementaire geschiedenis bij dit wetsontwerp, en laten meewegen dat de wetgever heeft gedacht aan een symbolisch bedrag van € 10.000 per gerechtigde. Teneinde te voorkomen dat de aansprakelijkheidslast al te zeer zal stijgen lijkt het mij een goede gedachte een maximumbedrag per gerechtigde in een algemene maatregel van bestuur te laten vastleggen. Het is uiteraard wel van belang dat nader inzicht wordt verkregen in de financiële consequenties van de door mij genoemde aanpassingen.

*Mevrouw mr. M. Keijzer-de Korver,
Stadermann Luiten Advocaten te Rotterdam*