

Het verworpen wetsvoorstel affectieschade...

...Hoe nu verder?



Naam: Angelica de Jong

ANR: 523821

Opleiding: Master Rechtsgeleerdheid
Accentprogramma privaatrecht

Afstudeerzitting: 24 augustus 2012 16:00-17:00 uur

Examencommissie: mevr. E.A.G van Schagen
&
mevr. C.C.H.A van der Kop

Inhoudsopgave

1. Inleiding	1
2. Vergoeding van affectieschade in het Nederlandse rechtsstelsel	3
2.1 De huidige wet- en regelgeving inzake affectieschade	3
2.2 Kritiek op het huidige wettelijke stelsel	7
2.3 Wetsvoorstel affectieschade	10
3. De behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden	14
4. Mogelijkheden om alsnog te voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade.....	18
4.1. Herzien en opnieuw indienen van het wetsvoorstel affectieschade	18
4.2 Andere vormen van compensatie, dan een financiële vergoeding.....	29
4.2.1 Verklaring voor recht als vorm van genoegdoening	29
4.2.2. Aanbieden van excuses door de schadeveroorzaker	32
4.3 Vergoeding van affectieschade vanuit de verzekeraars.....	36
5. Conclusies	40
Literatuurlijst	43

1. Inleiding

Een kind komt ten gevolge van een medische beroepsfout (onrechtmatige daad) te overlijden. De ouders ondervinden hiervan veel leed en verdriet. Voor hun verwerkingsproces hebben zij zowel behoefte aan een financiële ver

goeding als aan de bevrediging van hun immateriële behoeften zoals o.a.: erkenning door de schadeveroorzaker dat er een fout is gemaakt, erkenning van de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid hiervoor, erkenning voor hetgeen hen is overkomen, willen weten wat er precies is gebeurd, willen voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt en het willen ontvangen van excuses.¹ Helaas staan de ouders met hun voorgenoemde behoeften in het huidige Nederlandse rechtssysteem voor een gesloten deur. Het enige wat hen in geval van overlijden van hun kind resteert is een recht op vergoeding van de begrafenis kosten.

Indien naasten of nabestaanden schade lijden in de vorm van leed en verdriet doordat een naast familielid ernstig blijvend letsel oploopt of overlijdt ten gevolge van een onrechtmatige daad², is er sprake van affectieschade. Deze schade komt in Nederland tot op heden niet voor vergoeding in aanmerking. Naasten en nabestaanden hebben alleen recht op vergoeding van de door hen geleden schade indien deze rechtstreeks is ontstaan door de onrechtmatige daad, maar niet indien deze schade is ontstaan door het verdriet om het overlijden of letsel van een naast familielid.

Op de keuze van de wetgever, om vergoeding van affectieschade in het huidige Burgerlijke Wetboek niet mogelijk te maken, is de afgelopen jaren vanuit de literatuur de nodige kritiek geuit. Ook hebben veranderde maatschappelijke opvattingen ertoe geleid dat naasten en nabestaanden via gerechtelijk procedures hebben geprobeerd vergoeding van affectieschade alsnog mogelijk te maken. Naar aanleiding hiervan werd op 6 februari 2003 het wetsvoorstel affectieschade ingediend. Met dit wetsvoorstel zou het gesloten systeem van art. 6:107-108 BW worden uitgebreid met een regeling ter vergoeding van affectieschade.

Alle goede bedoelingen ten spijt werd dit wetsvoorstel op 23 maart 2010 door de Eerste Kamer verworpen. Relevant detail hierbij is dat het wetsvoorstel niet werd verworpen omdat er geen maatschappelijke behoefte zou bestaan aan vergoeding van affectieschade, maar omdat men het in de Eerste Kamer niet eens kon worden over de vormgeving hiervan.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste kamer is door het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van de Vrije Universiteit Amsterdam³ onderzoek verricht naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van naasten en nabestaanden met

¹ Zie: Huver e.a. 2007, p. 64-65, 81-82 en Akkermans e.a. 2008 p.2, 14-15, 38-42 en 71-73.

² Denk hierbij o.a. aan: een verkeersongeval, arbeidsongeval of medische beroepsfout.

³ Huver e.a. 2007 en Akkermans e.a. 2008.

betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht en een recht op vergoeding van affectieschade. Uit de onderzoeksresultaten blijkt dat zowel naasten als nabestaanden behoefte hebben aan een recht op vergoeding van affectieschade.⁴ Voor de verwerking van hun leed en verdriet hebben zij zowel behoefte aan een financiële vergoeding als aan de bevrediging van hun immateriële behoeften.⁵

Naar aanleiding van de onderzoeksresultaten van het IGER, de ontwikkelingen uit de rechtspraak en de kritiek uit de literatuur, ben ik van mening dat onderzoek dient te worden verricht naar de volgende vraag:

Welke mogelijkheden bestaan er, om na verwerping van het wetsvoorstel affectieschade, alsnog aan de uit wetenschappelijk (empirisch) onderzoek gebleken behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden omtrent een recht op vergoeding van affectieschade tegemoet te komen?

Ter beantwoording van deze vraag wordt allereerst in hoofdstuk 2 § 2.1 een beeld geschetst van de huidige stand van zaken omtrent de vergoeding van affectieschade in Nederland. Hierna wordt in § 2.2 ingegaan op de kritiek uit de juridische wereld, de psychologie en de psychiatrie op de onmogelijkheid van de vergoeding van affectieschade. Waarna in § 2.3 wordt ingegaan op het wetsvoorstel affectieschade en de verwerping hiervan. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 aandacht besteed aan de uit wetenschappelijk onderzoek gebleken behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden omtrent de vergoeding van affectieschade. Aan de hand hiervan worden in hoofdstuk 4 mogelijkheden uiteengezet waarmee, na de verwerping van het wetsvoorstel, alsnog kan worden voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade. Tot slot volgen in hoofdstuk 5 de conclusies van mijn onderzoek.

De afgelopen 15 jaar is veelvuldig geschreven over een recht op vergoeding van affectieschade en de vraag hoe dit daadwerkelijk dient te worden vormgegeven. De mogelijkheden die zullen worden uitgewerkt in hoofdstuk 3 betreffen daarom allen reeds in de literatuur aangestipte mogelijkheden. Echter is het in deze literatuur in de meeste gevallen slechts bij het aanstippen van deze mogelijkheden gebleven. In het onderhavige onderzoek wordt daarom aan de hand van de uit wetenschappelijk onderzoek gebleken behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden bekeken, welke mogelijkheden (of combinatie van mogelijkheden) geschikt zijn om na de verwerping van het wetsvoorstel alsnog te voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade.

⁴ Akkermans e.a. 2008, p. 2, 34-37 en 69-70.

⁵ Huver e.a. 2007, p. 64-65, 81-82 en Akkermans e.a. 2008 p.2, 14-15, 38-42 en 71-73.

2. Vergoeding van affectieschade in het Nederlandse rechtsstelsel

Het huidige Nederlandse rechtsstelsel kent geen recht op vergoeding van affectieschade. Als gevolg hiervan is dit stelsel de afgelopen jaren onderhevig geweest aan stevige kritiek vanuit de literatuur. Ook is hierdoor in de rechtspraak door naasten en nabestaanden geprobeerd de grenzen van het wettelijke stelsel te verruimen, om vergoeding van affectieschade alsnog mogelijk te maken.

In dit hoofdstuk wordt een beeld geschetst van de huidige stand van zaken omtrent de vergoeding van affectieschade in Nederland. Hiervoor wordt allereerst ingegaan op de onmogelijkheid van de vergoeding van affectieschade binnen het huidige Nederlandse rechtsstelsel en de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan in de rechtspraak. Vervolgens wordt ingegaan op de kritiek uit de literatuur op deze onmogelijkheid, waarna tot slot aandacht wordt besteed aan het wetsvoorstel affectieschade en de verwerping hiervan.

2.1 De huidige wet- en regelgeving inzake affectieschade

In het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht is het ingevolge art. 6:95 BW in beginsel mogelijk dat, indien uit de wet een verplichting tot schadevergoeding voortvloeit, geleden vermogensschade wordt vergoed. Ander nadeel dan vermogensschade wordt slechts vergoed voor zover de wet recht geeft op vergoeding hiervan. Het onderscheid dat hier wordt gemaakt tussen vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade⁶ wordt in de artikelen 6:96 en 6:106 BW verder uitgewerkt.

Ingevolge art. 6:106 BW heeft alleen de benadeelde zelf recht op vergoeding van zijn immateriële schade in de onder lid 1 sub a t/m c genoemde gevallen.⁷ Onder deze limitatief opgesomde gevallen valt echter niet de immateriële schade van derden ten gevolge van het verdriet om het ernstige letsel of overlijden van een naast familielid; affectieschade.⁸ Het is in het huidige Nederlandse rechtsstelsel tot op heden dan ook niet mogelijk deze vorm van immateriële schade vergoed te krijgen.⁹

Vergoeding van affectieschade stuit af op het gesloten systeem van art. 6:107-108 BW. In het huidige schadevergoedingsrecht geldt dat in geval van letsel alleen het slachtoffer zelf aanspraak kan maken op vergoeding van zijn vermogens- en immateriële schade. Andere personen¹⁰ die schade lijden doordat het slachtoffer ernstig blijvend gewond raakt of komt te overlijden, hebben slechts recht op

⁶Het gaat in deze scriptie om Personenschade (letsel- en overlijdensschade). Binnen de Personenschade wordt onderscheid gemaakt tussen vermogensschade en immateriële schade (ander nadeel dan vermogensschade).

⁷Sub a: indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had de benadeelde zodanig nadeel toe te brengen, sub b: indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is aangetast of op andere wijze in zijn persoon is aangetast, sub c: indien het nadeel gelegen is in aantasting van de nagedachtenis van een overledene en toegebracht is aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner of een bloedverwant tot in de tweede graad van de overledene, mits de aantasting plaatsvond op een wijze die de overledene, ware hij nog in leven geweest, recht zou hebben gegeven op schadevergoeding wegens het schaden van zijn eer of goede naam.

⁸De definitie van affectieschade luidt ingevolge de *Kamerstukken II 2002/03*, 28 781, nr. 3, p. 1: "het nadeel dat niet uit vermogensschade bestaat, dat men lijdt doordat een persoon waarmee men in een nauwe affectieve relatie staat, ernstig blijvend letsel oploopt of komt te overlijden als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is."

⁹*Kamerstukken II 2002/03*, 28 781, nr. 3, p. 1.

¹⁰Derden; naasten en nabestaanden (hierna ook wel aangeduid als benadeelden).

vergoeding van de door hen geleden vermogensschade die uitdrukkelijk in art. 6:107-108 BW wordt genoemd.¹¹ Art. 6:107 lid 1 BW bepaalt in deze dat naasten recht hebben op vergoeding van de kosten die zij ten behoeve van het slachtoffer hebben gemaakt.¹² Ingevolge art. 6:108 BW hebben nabestaanden recht op vergoeding van gederfd levensonderhoud waarin de overledene zou hebben voorzien (lid 1) en de begrafenis kosten (lid 2).

De algemene regel die hieruit voortvloeit, is dat derden indien zij schade lijden in de vorm van leed en verdriet om het letsel of overlijden van een naast familielid, alleen recht hebben op de in art. 6:107-108 BW genoemde vermogensschade. Naast deze vermogensschade kunnen derden geen eigen aanspraak op vergoeding van hun immateriële schade geldend maken, omdat in geval van affectieschade geen sprake is van een 'zelfstandig' jegens hen gepleegde onrechtmatige daad.¹³ Er is alleen sprake van een onrechtmatige daad jegens hun naaste familielid, die hierdoor ernstig letsel oploopt of komt te overlijden. De afgelopen jaren is in de rechtspraak door verschillende derden geprobeerd deze regel te verruimen om vergoeding van affectieschade alsnog mogelijk te maken.

De eerste zaak waarin een beroep werd gedaan op de rechter om vergoeding van affectieschade mogelijk te maken betreft de zaak Van der Heijden/Holland.¹⁴ In deze zaak raakt een moeder samen met haar dochttertje betrokken bij een auto-ongeluk. De moeder overleeft het ongeluk maar haar dochttertje komt ten gevolge hiervan te overlijden. In deze zaak werd de vordering van de moeder tot vergoeding van haar immateriële schade door de Hoge Raad afgewezen, omdat deze schade uitsluitend zou zijn ontstaan door het overlijden van haar dochttertje. De hier geleden schade betrof daarom affectieschade, welke schade zowel onder het oude- als het nieuwe Burgerlijk Wetboek niet voor vergoeding in aanmerking komt.

Annotator Brunner stelt in zijn noot bij het voorgenoemde arrest de volgende vraag: *"zou in dit arrest anders zijn geoordeeld, indien de psychosomatische verschijnselen van de moeder veroorzaakt waren door de aanrijding en niet specifiek door de dood van haar dochttertje?"*¹⁵

Met andere woorden vraagt hij zich af of in deze zaak anders zou zijn geoordeeld, indien de moeder had gesteld dat haar schade zou zijn ontstaan door de onrechtmatige daad (het verkeersongeval) in plaats van door het (verdriet om het) overlijden van haar dochttertje. In dat geval zou de moeder met haar vordering om vergoeding van immateriële schade de weg van art. 6:106 lid 1 sub b BW hebben

¹¹ Lindenbergh 2008b, p. 2.

¹² Zoals o.a.: inkomstenderving, kosten welke samenhangen met een ziekenhuisopname zoals reiskosten voor het brengen van een bezoek e.d., kosten voor huishoudelijke hulp.

¹³ Lindenbergh 2008b, p. 2.

¹⁴ HR 8 april 1984, NJ 1984, 717 (*Van der Heijden/Holland*), onder 4: De moeder vordert in deze zaak vergoeding van immateriële schade, voor een aantal psychosomatische verschijnselen die na het ongeval bij haar zijn ontstaan." Zij beschouwt deze verschijnselen, omdat deze ver uitstijgen boven normale uitingen van verdriet en rouw welke kunnen ontstaan bij het verlies van een kind, als door het ongeval aan haarzelf toegebracht letsel."

¹⁵ Noot C.J.H. Brunner onder punt 2 bij HR 8 april 1984, NJ 1984, 717 (*Van der Heijden/Holland*).

bewandeld en haar vordering naar huidig recht hebben ingekleed als shockschade in plaats van affectieschade. Deze vraag van annotator Brunner werd vele jaren later in het Taxibus-arrest bevestigend beantwoord.

In de tussenliggende periode heeft de Hoge Raad de arresten Kraaiende hanen, Wrongful birth, Kramer/ABN-AMRO en Kip en Sloetjes/Raiffeisen-Boerenleenbank gewezen.¹⁶ In deze arresten wordt immateriële schade geleden in de vorm van geestelijk letsel door overlast van de kraaiende hanen van de buurman, een ongewenste zwangerschap, een onrechtmatige beslaglegging en door de fout van een bank. De Hoge Raad oordeelde hieromtrent dat het onrechtmatig toebrengen of veroorzaken van zuiver psychisch letsel, bij een zelfstandige vordering van de door deze onrechtmatige daad getroffen persoon, recht kan geven op vergoeding van immateriële schade op grond van art. 6:106 lid 1 sub b BW. Ondanks het gegeven dat in relatief minder ingrijpende situaties dan waarvan sprake is bij affectieschade wel een recht op vergoeding van immateriële schade kan bestaan, bleef vergoeding van affectieschade onmogelijk.

Enige tijd later wees de Hoge Raad het Baby Joost-arrest.¹⁷ In deze zaak raakt baby Joost door een medische beroepsfout ernstig geestelijk en lichamelijk gehandicapt. De schade van Joost werd buiten rechte afgehandeld. Naast deze schade vorderden zijn ouders vergoeding van de door hen zelf geleden schade. Helaas kwam de vraag in hoeverre de onrechtmatige daad jegens Joost recht kan geven op vergoeding van de immateriële schade (o.a. de affectieschade) van zijn ouders in cassatie niet uit de verf. Hierdoor bleef ook na dit arrest vergoeding van affectieschade onmogelijk.

Ook na het Baby Joost- arrest bleven naasten en nabestaanden proberen een recht op vergoeding van affectieschade te creëren via de rechtspraak. Deze pogingen hebben niet geleid tot een recht op vergoeding van affectieschade. Wel hebben zij ertoe geleid dat derden in twee uitzonderingsgevallen een eigen aanspraak op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade geldend kunnen maken, op grond van een 'zelfstandig' jegens hen gepleegde onrechtmatige daad.

De eerste wettelijke uitzonderingsmogelijkheid werd door de Hoge Raad gecreëerd in het Oogmerk-arrest.¹⁸ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat derden op grond van art. 6: 106 lid 1 sub a BW recht hebben op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade, indien de aansprakelijke persoon hun naaste heeft gedood of letsel heeft toegebracht met het oogmerk hen immateriële schade toe te brengen.¹⁹ Hierbij is vereist dat het doden of toebrengen van het letsel door de

¹⁶ HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (*Kip en Sloetjes/Raiffeisen-Boerenleenbank*), HR 1 november 1996, NJ 1997, 134 (*kraaiende hanen*), HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 (*Wrongful birth*) en HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778 (*Kramer/ABN-AMRO*)

¹⁷ HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (*Joost*).

¹⁸ HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 (*Oogmerk*). In deze zaak vermoordt een vader zijn kind met het uitdrukkelijke oogmerk de moeder van het kind (zijn bijna ex-vrouw) nadeel toe te brengen.

¹⁹ HR 26 oktober 2001, NJ 2001, 216, r.o. 3.3.

aansprakelijke persoon een onrechtmatige daad oplevert jegens de derde die de immateriële schade vordert.²⁰ Indien hieraan is voldaan staat het gesloten stelsel van art. 6:107-108 BW niet in de weg aan de vergoeding van immateriële schade aan deze derde.

De tweede uitzonderingsmogelijkheid werd gecreëerd in het Taxibus-arrest.²¹ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat een zelfstandige vordering van derden van de door henzelf geleden schade op grond van art. 6:106 lid 1 sub b BW mogelijk is, indien sprake is van shockschade. Hiervoor dient aan de volgende criteria te worden voldaan:²²

- Er moet sprake zijn van ernstig letsel of overlijden ten gevolge van een ernstig ongeval.
- Dit ongeval moet het gevolg zijn van de onrechtmatige overtreding van een verkeers- of veiligheidsnorm (een onrechtmatige daad).
- De benadeelde moet rechtstreeks met het ongeval zijn geconfronteerd, dan wel direct/zeer kort na het ongeval met de ernstige gevolgen hiervan zijn geconfronteerd.
- Deze confrontatie moet een hevige emotionele shock teweeg hebben gebracht die heeft geleid tot geestelijk letsel dat een in de psychiatrie erkend ziektebeeld oplevert.²³ Dit zal zich met name voordoen indien de derde een nauwe affectieve band had met het slachtoffer.

Naast shockschade was in deze zaak sprake van affectieschade. De Hoge Raad oordeelde ten aanzien hiervan dat in het huidige Nederlandse rechtstelsel geen zelfstandig recht bestaat voor derden ter vergoeding hiervan.

Relevant detail hierbij is dat de Hoge Raad ten aanzien van de onmogelijkheid tot vergoeding van affectieschade stelde dat: *“niet uitgesloten is dat het huidige wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij zoals hier in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen”*.²⁴

De Hoge Raad erkent met deze uitspraak dat het huidige wettelijke stelsel tekortschiet indien blijkt dat er maatschappelijke behoefte bestaat aan een recht op vergoeding van affectieschade.²⁵ Toch oordeelde de Hoge Raad dat het zijn rechtsvormende taak te buiten gaat om in afwijking van het

²⁰ HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 (*Oogmerk*), r.o. 31.

²¹ HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (*Taxibus*). In deze zaak wordt een vijfjarig meisje overreden door een taxibusje. Wanneer de gewaarschuwde moeder aankomt bij haar kind en het hoofdje probeert te draaien, wordt zij geconfronteerd met de geheel verwoeste schedel met daaruit de schedelinhoud van haar kind. De moeder stelt aan deze confrontatie een Post Traumatische Stress-Stoornis te hebben overgehouden en vordert shockschade.

²² Zie voor deze criteria: HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (*Taxibus*), r.o. 4.3. Indien aan de gestelde criteria is voldaan en sprake is van shockschade bestaat zowel een recht op vergoeding van de vermogens- als immateriële schade.

²³ Het alleen verkeren in psychisch onbehagen of het zich gekwetst voelen is volgens de Hoge Raad onvoldoende om te kunnen spreken van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Zie: HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 (*Ontvanger/Bos*) en HR 23 januari 1998, NJ 1998, 366 (*B/Stichting Fiom*).

²⁴ HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (*Taxibus*), r.o. 4.2.

²⁵ Deze maatschappelijke behoefte blijkt later uit wetenschappelijk onderzoek van het IGER.

huidige wettelijke stelsel in deze zaak vergoeding van affectieschade toe te kennen. Hierdoor bleef ook na het Taxibus-arrest vergoeding van affectieschade onmogelijk.

Na het Taxibus-arrest is door verschillende naasten, nabestaanden en lagere rechters geprobeerd de door de Hoge Raad in dit arrest gestelde criteria op te rekken, om vergoeding van affectieschade alsnog mogelijk te maken.²⁶ Uiteindelijk heeft de Hoge Raad deze ontwikkeling in het Vilt-arrest²⁷ een halt toegeroepen, door strikt vast te houden aan de in het Taxibus-arrest gestelde criteria. In het Vilt-arrest vorderden de nabestaanden van de slachtoffers van een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval vergoeding van shockschade. Echter was in deze zaak niet aan alle criteria uit het Taxibus-arrest voldaan. Er was geen sprake van waarneming van het ongeval/de directe confrontatie met de ernstige gevolgen hiervan en ook niet van lijden aan een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. In tegenstelling tot de situatie uit het Taxibus-arrest was in het Vilt-arrest wel sprake van een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval.

De vraag die in deze zaak aan de Hoge Raad werd voorgelegd betrof dan ook: “Brengt de aard of ernst van de normschending mee dat de criteria uit het Taxibus-arrest, waaraan in het Vilt-arrest niet was voldaan, opzijgezet kunnen worden dan wel kunnen worden afgezwakt?”²⁸ De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend.

In zijn oordeel heeft de Hoge Raad destijds naar alle waarschijnlijkheid het in behandeling zijnde wetsvoorstel affectieschade meegenomen.²⁹ Aannee van het betreffende wetsvoorstel zou het verlangen van derden om via de weg van de shockschade hun affectieschade vergoed te krijgen waarschijnlijk doen afnemen, omdat in dat geval vergoeding van affectieschade via de wet mogelijk zou zijn. Door de uitspraak van de Hoge Raad in het Vilt-arrest en het uitblijven van een recht op vergoeding van affectieschade staan naasten en nabestaanden ten aanzien van de vergoeding van hun affectieschade vandaag de dag nog steeds voor een gesloten deur. Hierdoor zal hun drang om vergoeding van affectieschade te bewerkstelligen via de rechtspraak niet afnemen.³⁰

Zoals uit deze paragraaf blijkt komt affectieschade in het huidige Nederlandse rechtstelsel niet voor vergoeding in aanmerking. Dit betekent echter niet dat derden geen enkel recht hebben op vergoeding van immateriële schade. Helaas zijn de mogelijkheden hiertoe slechts beperkt tot de uitzonderingsgevallen zoals geschetst in het oogmerk- en Taxibus-arrest.

2.2 Kritiek op het huidige wettelijke stelsel

Sinds de invoering van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek in 1992 is op de keuze van de wetgever om

²⁶ Zie o.a.: Vos en Dans 2006, p. 111-116, Ales 2009, p. 9-11 en Emaus 2011, p. 63-71.

²⁷ HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 (*Vilt*).

²⁸ HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 (*Vilt*), noot J.B.M. Vranken onder 6.

²⁹ Zie: Rijnhout & Giesen 2011, p. 37.

³⁰ Dit blijkt ook uit de rechtspraak. Zie voor een recent voorbeeld: Hof 's- Hertogenbosch, 19 juni 2012, *LJN*: BW8927.

vergoeding van affectieschade niet mogelijk te maken en op de daartoe aangevoerde argumenten uit de Parlementaire Geschiedenis³¹ veel kritiek geuit.³² De destijds door de wetgever aangevoerde argumenten tegen de vergoeding van affectieschade kunnen vandaag de dag worden weerlegd. Dit wordt in de literatuur dan ook door verschillende auteurs gedaan.³³

Naast de weerlegging van de argumenten tegen een recht op vergoeding van affectieschade, worden in de literatuur ook argumenten voor een recht op vergoeding genoemd. Een vaak aangehaald argument is dat in de meeste Europese landen vergoeding van affectieschade wel mogelijk is.³⁴ Ook het gegeven dat in minder ingrijpende situaties dan waarvan sprake is bij affectieschade wel een recht op vergoeding van immateriële schade kan bestaan, wordt in de literatuur gezien als een argument voor vergoeding van affectieschade.³⁵

Ten aanzien van dit laatste argument is vooral het arrest Kip en Sloetjes/Raiffeisen-Boerenleenbank³⁶ van belang. Uit dit arrest blijkt dat affectieve gevoelens een rol kunnen spelen bij het ontstaan van psychisch letsel waarvoor een recht op vergoeding van immateriële schade kan bestaan. In het betreffende arrest stelt de heer Kip dat hij zijn bedrijf zelf heeft opgericht en opgebouwd en hierdoor een hechte persoonlijke band met het bedrijf heeft verkregen. Vervolgens stelt hij immateriële (psychische) schade te hebben geleden, wanneer hij door een fout van de bank zijn bedrijf verliest.

Naar aanleiding van dit arrest rijst de vraag: *indien een recht op vergoeding van immateriële schade kan bestaan voor een 'vader' voor het verlies/de aantasting van zijn 'geesteskind' moet dit recht dan ook niet bestaan voor een biologische vader wiens kind van vlees en bloed wordt doodgereden?*³⁷

Indien al wordt gesteld dat er sprake kan zijn van een hechte persoonlijke band tussen een oprichter en zijn bedrijf, is hiervan naar mijn mening zeker sprake in de relatie ouder(s) - kind. Mijns inziens lijden naasten en nabestaanden evengoed immateriële schade indien hun naaste familielid ten gevolge van een onrechtmatige daad ernstig blijvend letsel oploopt of komt te overlijden. De nauwe affectieve relatie met het slachtoffer zorgt er in dit verband voor dat hun leed en verdriet veel heviger is en moeilijker valt te verwerken.

Naar mijn mening dient de voorgaande vraag positief te worden beantwoord. Schade in de vorm van leed en verdriet door het ten gevolge van een onrechtmatige daad van een ander verliezen van een

³¹ Zie: Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981, p. 388-389 en Reehuis & Slob 1990, p. 1272-1274.

³² Zie o.a.: Lindenbergh 1998, paragraaf 6.5, Verheij 1998, p. 325-327, Lindenbergh 2001, p. 65-66 en Giesen 2003, p. 18- 19.

³³ Zie o.a.: Lindenbergh 1998, paragraaf 6.2 t/m 6.7, Verheij 1998, p. 325- 327, Hartlief 2000, p. 871, Hartlief 2004, p. 1-2 en Rijnhout 2010, p. 37-41.

³⁴ Zie o.a.: Hartlief 2003, p. 77, Schreuder 2006, p. 14-20, Lindenbergh 2008b, p. 261, Lindenbergh 2008a, § 4.4.4, Wijnakker 2010, p. 314 en *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 5.

³⁵ Zie: Lindenbergh 2001, p. 61 en § 2.1. van deze scriptie.

³⁶ HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 (*Kip en Sloetjes/Raiffeisen-Boerenleenbank*). In deze zaak vorderen de eisers zowel vermogens- als immateriële schade, nadat door een fout van de bank hun bedrijf failliet is gegaan.

³⁷ Verheij 1998, p. 329-330, Kottenhagen 1998, p.141 en Van 2000, p. 23.

kind (een persoon) van 'vlees en bloed', zou net zoals de schade door het ten gevolge van een onrechtmatige daad failliet gaan van een bedrijf, recht moeten geven op vergoeding van immateriële schade. In ons huidige rechtsstelsel komt het eerstgenoemde echter niet voor vergoeding in aanmerking, omdat in geval van affectieschade geen sprake is van een 'zelfstandig' jegens de derde gepleegde onrechtmatige daad. Hiervan is enkel sprake in de uitzonderingsgevallen zoals geschetst in het Oogmerk- en Taxibus-arrest.

Dat naasten en nabestaanden psychische (immateriële) schade kunnen lijden ten gevolge van ernstig blijvend letsel of het overlijden van een dierbaar familielid, blijkt ook uit de psychiatrie en de psychologie. In geval van affectieschade is sprake van onverwacht ernstig blijvend letsel of overlijden van een naaste, waarbij veelal sprake is van gebeurtenissen die met verwijtbaarheid of nalatigheid gepaard gaan en een verwondend karakter hebben.³⁸ Onderzoek van Lehman e.a.³⁹ heeft aangetoond dat dergelijke gebeurtenissen tot een heftiger en langduriger rouwproces leiden dan aan niemand te verwijten sterfgevallen door ziekte waarop men zich kan 'voorbereiden'.⁴⁰ Deze gebeurtenissen voegen aan het rouwproces een traumatische dimensie toe, met een gecompliceerd rouwproces tot gevolg.⁴¹ Wanneer de symptomen die optreden bij een gecompliceerd rouwproces, worden vergeleken met de symptomen die leiden tot een posttraumatische stress-stoornis (PTSS) zien we dat deze symptomen grote overlap vertonen.⁴²

Psychiater Van Tilburg stelt naar aanleiding van de onderzoeksresultaten uit de literatuur dan ook dat, indien men de eis dat er sprake dient te zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld terzijde stelt⁴³, volgens recente wetenschappelijke inzichten affectieschade kan worden opgevat als een vorm van shockschade.⁴⁴

In het huidige rechtsstel is dit niet het geval, hierin wordt strikt onderscheid gemaakt tussen shock- en affectieschade. Hierbij wordt gesteld dat in geval van shockschade sprake is van een 'zelfstandig' jegens de derde gepleegde onrechtmatige daad, omdat de schade van deze derde is ontstaan ten gevolge van de rechtstreekse confrontatie met de schokkende gevolgen van de onrechtmatige daad (traumatisering), waardoor een psychiatrisch erkend ziektebeeld is ontstaan. In geval van affectieschade is geen sprake van een 'zelfstandig' jegens de derde gepleegde onrechtmatige daad,

³⁸ Van Tilburg 2008, p. 392.

³⁹ Lehman, Wortman & Williams 1987, p. 218-231.

⁴⁰ Van Tilburg 2008, p. 392.

⁴¹ Green 2000, p. 1-17.

⁴² Zie o.a.: Schut e.a. 1991 p. 225-234, Engelhard & Engelhard 2008, p. 227-244, Engelhard 2008, p. 20-46 en Van Tilburg 2008, p. 389-393. Uit deze literatuur komt naar voren dat de veel van de criteria waaraan dient te worden voldaan voor de diagnose PTSS, ook aanwezig zijn in geval van een gecompliceerd rouwproces.

⁴³ Een gecompliceerd rouwproces wordt namelijk in de Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (het in de psychiatrie gehanteerde diagnose- en kwalificatiesysteem voor de vaststelling van in de psychiatrie erkende ziektebeelden) niet erkend als een psychiatrisch ziektebeeld.

⁴⁴ Van Tilburg 2008, p. 395-396. Van Tilburg pleit dan ook voor het identiek behandelen van shock- en affectieschade.

omdat de schade van deze derde 'slechts' is ontstaan door het verdriet om het ernstige letsel of overlijden van een naast familielid.

Uit de psychiatrie blijkt dat traumatisering (wat veelal leidt tot een psychiatrisch erkend ziektebeeld) wordt veroorzaakt door het ontvangen van de onverwachte informatie dat een naast familielid ernstig blijvend gewond is geraakt of is komen te overlijden, of men hier nu getuige van is (rechtstreeks mee wordt geconfronteerd) of niet.⁴⁵ Ook blijkt dat een gecompliceerd rouwproces (waarvan sprake is bij affectieschade) grote overeenkomsten vertoont met wel in de psychiatrie erkende ziektebeelden zoals een PTSS (waarvan sprake dient te zijn in geval van shockschade). Het enkele feit dat een gecompliceerd rouwproces (nog) niet wordt erkend als een psychiatrisch ziektebeeld⁴⁶, mag er mijns inziens daarom niet aan in de weg staan affectieschade voor vergoeding in aanmerking te laten komen.

Gezien de huidige stand van de wetenschap, waaruit blijkt dat beide schadesoorten grote overlap vertonen en waaruit blijkt dat affectieschade een even grote impact kan hebben op de psychische gemoedstoestand van naasten en nabestaanden dan shockschade, wordt in de literatuur gesteld dat het maken van onderscheid tussen shockschade (traumatisering)- en affectieschade (gecompliceerd rouwproces) tot lastige problemen kan leiden en vaak zelfs onmogelijk zal zijn.⁴⁷ Naar mijn mening kan dit onderscheid tussen wel voor vergoeding in aanmerking komende shockschade en niet vergoedbare affectieschade in de toekomst dan ook geen stand houden en dienen beide schadesoorten voor vergoeding in aanmerking te komen.⁴⁸

2.3 Wetsvoorstel affectieschade

Naar aanleiding van de kritiek uit de literatuur op het ontbreken van een recht op vergoeding van affectieschade en de ontwikkelingen hieromtrent in de rechtspraak werd op 6 februari 2003 bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel affectieschade ingediend. Door aanpassing van de artikelen 6:107 en 6:108 BW zou het voor een aantal nader omschreven personen, in geval van ernstig blijvend letsel (art. 6:107) en overlijden (art. 6:108), mogelijk worden om € 10.000 aan affectieschade te vorderen.

⁴⁵ De traumatisering door een gebeurtenis waarbij een naaste ernstig blijvend letsel oploopt of overlijdt, blijkt niet minder traumatisch, indien de derde niet rechtstreeks met het ongeval, dan wel direct/zeer kort hierna met de ernstige gevolgen hiervan wordt geconfronteerd, maar hierover pas later wordt geïnformeerd. Zie: Van Tilburg 2008, p. 394-395 en Engelhard 2008, p. 38-39, 43-44.

⁴⁶ In de psychiatrie wordt wel bepleit een gecompliceerd rouwproces te erkennen als een psychiatrisch ziektebeeld. Zie o.a.: Stroebe e.a. 2000, p. 57-75 en Lichtenthal, Cruess & Prigerson 2004, p. 637-662.

⁴⁷ Van Dam 2003a, p.14, spreekt in dit kader van een mission impossible, A-G Franx spreekt in punt 5 van zijn conclusie bij HR 8 april 1984, *NJ* 1984, 717 (Van der Heijden/Holland) van: "een exercitie van twijfelachtige aard en praktisch niet of nauwelijks uitvoerbaar". Zie ook: Van Tilburg 2008, p. 393-396 en Engelhard 2008, p. 35-36, 41-41, Zie voor voorbeelden o.a.: Rechtbank Middelburg 25 juni 2003, *LJN* AH9234 en Hof `s- Hertogenbosch, 19 juni 2012, *LJN*: BW8927.

⁴⁸ Zie ook: Van Tilburg 2008, p. 396-397: Wetgeving waarin shockschade wel en affectieschade niet voor vergoeding in aanmerking komt, miskent de wetenschappelijke stand van zaken.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer, stemde het overgrote deel van de Kamerfracties hiermee in. Toch werd er ook kritiek geuit op het wetsvoorstel. Deze kritiek had betrekking op het gefixeerde bedrag van € 10.000 aan schadevergoeding, de onduidelijkheid rondom het begrip ‘ernstig blijvend letsel’ en de beperkte vaste kring van gerechtigden.⁴⁹ De betreffende kritiek heeft uiteindelijk geleid tot aanpassing van het wetsvoorstel. Allereerst werd een hardheidsclausule toegevoegd. Hiermee zouden ook derden die wel een nauwe affectieve band hebben met het primaire slachtoffer, maar niet behoren tot de kring van gerechtigden, toch in aanmerking kunnen komen voor vergoeding van affectieschade.⁵⁰ Ook werd in het wetsvoorstel aan art. 6:107 BW een derde lid toegevoegd, waarmee aan de hand van een AMvB nader kon worden bepaald welk letsel als ernstig blijvend letsel zou worden aangemerkt.⁵¹ Aan het gefixeerde schadebedrag van € 10.000 werd vastgehouden.⁵²

Uiteindelijk werd het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen en doorverwezen naar de Eerste kamer.⁵³ Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer nam het politieke debat rondom de vergoeding van affectieschade echter een verassende wending. In de Eerste Kamer werd, in tegenstelling tot in de Tweede Kamer, de behoefte van naasten en nabestaanden aan een recht op vergoeding van affectieschade in twijfel getrokken.⁵⁴

Naar aanleiding hiervan werd onderzoek verricht naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van naasten en nabestaanden met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht en een recht op de vergoeding van affectieschade.⁵⁵ In afwachting van de onderzoeksresultaten werd de behandeling van het wetsvoorstel aangehouden.⁵⁶ Na bekendmaking hiervan werd de behandeling weer hervat. Tijdens deze hervatte behandeling werd wederom veel kritiek geuit op het gefixeerde bedrag van € 10.000 aan schadevergoeding.⁵⁷ Naar aanleiding hiervan werd de behandeling van het wetsvoorstel wederom geschorst en werd een ontwerp-AMvB opgesteld, met hierin enige differentiatie in de toe te kennen bedragen aan vergoeding voor affectieschade.⁵⁸

Ingevolge deze ontwerp-AMvB zouden naasten in geval van ernstig blijvend letsel van een naaste, afhankelijk van de categorie gerechtigden waarin zij vallen, recht hebben op € 12.500,- of € 15.000,- aan schadevergoeding en nabestaanden in geval van overlijden van een naaste op € 15.000,- of

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 5, p. 3-9.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 781, nr. 9, p. 1-2.

⁵¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 781, nr. 9, p. 1-2.

⁵² *Handelingen II* 2004/05, 28 781, 60, p. 3881-3882.

⁵³ *Handelingen II* 2004/05, 28 781, 62, p. 3984.

⁵⁴ *Kamerstukken I* 2005/06, 28 781, nr. D, p. 2.

⁵⁵ *Kamerstukken I* 2005/06, 28 781, nr. C, p. 3-4. Zie voor dit onderzoek: Huver e.a. 2007 en Akkermans e.a. 2008.

⁵⁶ *Handelingen I* 2005/06, 28 781, 38, p. 1853.

⁵⁷ *Handelingen I* 2008/09, 28 781, 34, p. 1554-1562.

⁵⁸ *Handelingen I* 2008/09, 28 781, 34, p. 1587-1589.

€ 17.500,- aan schadevergoeding.⁵⁹ Na publicatie van deze ontwerp-AMvB werd de behandeling van het wetsvoorstel hervat. Hierbij waren de meningen over het wetsvoorstel en de AMvB wederom erg verdeeld.⁶⁰ Tot slot vond op 23 maart 2010 de stemming over het wetsvoorstel plaats, waarbij het wetsvoorstel met 30 stemmen voor en 36 stemmen tegen werd verworpen.⁶¹

Uit de voorgaande beschrijving blijkt dat het wetsvoorstel affectieschade voornamelijk is verworpen omdat men het niet eens kon worden over de vormgeving hiervan. Slechts eenmalig is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel twijfel geuit over de maatschappelijke behoefte aan een recht op vergoeding van affectieschade. Aan de hand van wetenschappelijk onderzoek waaruit blijkt dat deze behoefte onder naasten en nabestaanden wel degelijk bestaat kan deze twijfel worden weerlegd.⁶²

Ondanks de maatschappelijke behoefte aan een recht op vergoeding van affectieschade ben ik van mening dat het toenmalige wetsvoorstel terecht is verworpen. Het wetsvoorstel voorzag namelijk niet in de uit wetenschappelijk onderzoek gebleken behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden.⁶³ Het wetsvoorstel en deze behoeften en verwachtingen sloten onder meer op de volgende punten niet op elkaar aan:

- Het wetsvoorstel was hoofdzakelijk gericht op financiële compensatie en besteedde geen aandacht aan de emotionele gevolgen van het ongeval voor de naasten en nabestaanden. Ook werd geen aandacht besteed aan hun immateriële behoeften. Dit terwijl naasten en nabestaanden veel waarde hechten aan de bevrediging hiervan.⁶⁴ Juist de bevrediging van hun immateriële behoeften blijkt bij te dragen aan de verwerking van hun leed en verdriet, niet een enkele financiële vergoeding.⁶⁵

- In het wetsvoorstel werd bij de vaststelling van het uit te keren bedrag aan schadevergoeding onvoldoende rekening gehouden met de individuele omstandigheden van het geval.⁶⁶ In de AMvB bij het wetsvoorstel werd slechts onderscheid gemaakt tussen gevallen van ernstig blijvend letsel of overlijden en binnen de categorie van gerechtigden. Er werd geen rekening gehouden met individuele omstandigheden van het geval zoals: de mate van verwijtbaarheid van de schade aan de schadeveroorzaker⁶⁷, de aard van de gebeurtenis, de aard en ernst van de schade en de aard van de affectieve relatie. Dit terwijl uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat naasten en nabestaanden willen dat er bij de vaststelling van het uit te keren bedrag rekening wordt gehouden met deze

⁵⁹ In geval van overlijden lag het uit te keren bedrag aan schadevergoeding € 2500 hoger dan in geval van ernstig blijvend letsel en voor partners, ouders en kinderen, lag het uit te keren bedrag € 2500 hoger dan voor de overige gerechtigden.

⁶⁰ *Handelingen I*, 2009/10, 28 781, 21, p. 871-882.

⁶¹ *Handelingen I*, 2009/10, 28 781, 23, p. 1013-1014.

⁶² Akkermans e.a. 2008, p. 2, 34-37 en 69-70.

⁶³ Zie: Huver e.a. 2007, p. 64-65, 81-82, Akkermans e.a. 2008 p.2, 14-15, 38-42 en 71-73 en hoofdstuk 2.

⁶⁴ Akkermans e.a. 2008 p. 2, 14-15, 38-40 en 71-73.

⁶⁵ Van Wees e.a. 2007, p. 855, Du Perron 2003, p. 161.

⁶⁶ *Handelingen I*, 2009/10, 21, p. 871 en 873-874.

⁶⁷ Denk hierbij o.a. aan: te hard/ door het rood rijden, onder invloed van alcohol of drugs een ongeval veroorzaken.

individuele omstandigheden.⁶⁸ Zij willen niet dat ongelijke gevallen gelijk worden behandeld, zij willen erkenning van *hun* lijden en *hun* specifieke situatie.⁶⁹

- De schadeveroorzaker merkt ('voelt') in de meeste gevallen niks van het feit dat hij een naaste of nabestaande affectieschade moet vergoeden, omdat in de praktijk deze vergoeding door zijn verzekeraar zou worden betaald.⁷⁰ Dit terwijl naasten en nabestaanden er voor de verwerking van hun leed en verdriet behoefte aan hebben dat de schadeveroorzaker wordt gestraft.⁷¹

- Het begrip 'ernstig blijvend letsel' uit het wetsvoorstel bood onvoldoende houvast en was te onduidelijk. Dit kan aanleiding geven tot procedures over de vraag of door een slachtoffer opgelopen letsel nu wel of niet onder deze categorie valt en in die zin of naasten wel of geen recht hebben op vergoeding van affectieschade.⁷² Dit terwijl naasten en nabestaanden behoefte hebben aan duidelijkheid hieromtrent.

Na de mijns inziens terechte verwerping van het wetsvoorstel, dient te worden onderzocht wat de mogelijkheden zijn om na de verwerping van het wetsvoorstel alsnog te voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade. Voordat in hoofdstuk 4 op deze mogelijkheden wordt ingegaan, worden in hoofdstuk 3 allereerst de behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden uiteengezet waaraan met een recht op vergoeding van affectieschade tegemoet moet worden gekomen.

⁶⁸ Akkermans e.a. 2008, p. 2, 45-46 en 74-75.

⁶⁹ Hartlief 2003, p. 80.

⁷⁰ *Handelingen I*, 2009/10, 21, p. 871 en *Handelingen I*, 2009/10, 21, p. 878.

⁷¹ Van Wees e.a. 2007, p. 855 en Akkermans e.a. 2008, p. 15,63-64.

⁷² *Handelingen I*, 2009/10, 21, p. 876- 877.

3. De behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden

De verwerping van het wetsvoorstel affectieschade heeft ertoe geleid dat er tot op heden nog steeds geen mogelijkheid bestaat voor de vergoeding van affectieschade. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt echter dat zowel onder naasten als nabestaanden behoefte bestaat aan een recht op vergoeding van affectieschade.⁷³ Tussen deze maatschappelijke behoefte aan en recht op vergoeding van affectieschade en de huidige wetgeving bestaat dus een discrepantie. In hoofdstuk 4 zullen enkele mogelijkheden uiteen worden gezet om deze discrepantie op te lossen.

Allereerst dient hiervoor duidelijk te zijn wat nu precies de behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden zijn, waarmee bij de vormgeving van een recht op vergoeding van affectieschade rekening moet worden gehouden. In dit hoofdstuk zullen deze behoeften en verwachtingen, zoals gebleken uit wetenschappelijk onderzoek van het IGER, uiteen worden gezet.

In het eerste deel van het onderzoek zijn de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers, naasten en nabestaanden met betrekking tot de letselschadeprocedure in het civiele aansprakelijkheidsrecht onderzocht.⁷⁴ Uit de onderzoeksresultaten komt naar voren dat zowel slachtoffers van letsel (ten gevolge van een onrechtmatige daad) als hun naasten en nabestaanden niet alleen behoefte hebben aan een financiële vergoeding, maar dat de bevrediging van hun immateriële behoeften eveneens een belangrijke rol speelt.⁷⁵

Wat de hiervoor aangehaalde immateriële behoeften precies zijn wordt uiteengezet in de hierna volgende tabel uit het onderzoek van het IGER:⁷⁶

⁷³ Dit hoofdstuk is grotendeels gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek van het IGER, omdat dit onderzoek speciaal is uitgevoerd in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel affectieschade in de Eerste Kamer. Tot op het moment van uitvoering van dit onderzoek bestond er geen wetenschappelijk (empirisch) onderzoek ter beantwoording van de vragen: bestaat er maatschappelijke behoefte aan een recht op vergoeding van affectieschade? En wat zijn de behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden hieromtrent? Daarmee is dit onderzoek het enige wetenschappelijke onderzoek dat zich (voornamelijk in het tweede deel van het onderzoek) volledige richt op een recht op vergoeding van affectieschade. Er bestaan wel verschillende wetenschappelijke onderzoeken naar de behoeften en verwachtingen van letselschadeslachtoffers, maar naast het onderzoek van het IGER, geen naar de behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden.

⁷⁴ Huver e.a. 2007. In dit deel van het onderzoek werden interviews gehouden met 43 slachtoffers en 10 naasten van ernstig gewonde slachtoffers en 8 nabestaanden van overleden slachtoffers. Omdat in dit deel van het onderzoek slechts kort en beperkt wordt ingegaan op de behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden inzake een recht op vergoeding van affectieschade, is voornamelijk deel 2 van het onderzoek van belang.

⁷⁵ Huver e.a. 2007, p. 62-66.

⁷⁶ Huver e.a. 2007, p. 82.

Immateriële behoeften van slachtoffers, naasten en nabestaanden		
Erkenning	Specifiek door de wederpartij	Dat deze een fout heeft gemaakt Dat deze zich de consequenties voor het slachtoffer realiseert Door het aanbieden van excuses Doordat deze de situatie zo dragelijk mogelijk maakt
	Door de wederpartij, de buitenwereld en de eigen sociale omgeving	Van dat wat men is overkomen Door serieus te worden genomen Dat niet het slachtoffer maar de wederpartij verantwoordelijk is Dat de wederpartij aansprakelijk is
	Door het ontvangen van financiële compensatie	
Het willen weten wat er is gebeurd Het ter verantwoording willen roepen van de wederpartij Het niet willen boeten voor de fout van een ander Het willen verkrijgen van gerechtigheid Het willen voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt.		

In het tweede gedeelte van het onderzoek werd specifiek gekeken naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van naasten en nabestaanden inzake een recht op vergoeding van affectieschade.⁷⁷ Uit dit deel van het onderzoek blijkt dat onder naasten en nabestaanden⁷⁸ sterke behoefte bestaat aan een recht op vergoeding van affectieschade.⁷⁹ Zij ervaren het als een gemis dat er bij de afwikkeling van de schade niet wordt stilgestaan bij de emotionele gevolgen van het ongeval.⁸⁰ Daarnaast missen zij een financiële tegemoetkoming voor de emotionele gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis voor henzelf.⁸¹

Ten aanzien van een recht op vergoeding van affectieschade blijken zowel naasten als nabestaanden te verwachten dat dit recht een positief effect zal hebben op de bevrediging van hun immateriële behoeften.⁸² Voor hun verwerkingsproces blijken naasten en nabestaanden voornamelijk de bevrediging van de hierna opgesomde behoeften erg belangrijk te vinden.⁸³

- Te weten komen wat er precies is gebeurd en wie hiervoor verantwoordelijk is.
- Dat de schadeveroorzaker zijn fout (en de aansprakelijkheid hiervoor) erkent.
- Dat de schadeveroorzaker zijn excuses aanbiedt, medeleven toont en zich de gevolgen van het ongeval voor de naasten en nabestaanden realiseert.
- Vaststelling van de juridische aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker door de rechter (of een andere instantie).

⁷⁷ Dit deel van het onderzoek bevat een vragenlijstsonderzoek naar de behoeften en verwachtingen van 391 naasten en 72 nabestaanden uit Nederland inzake de vergoeding van affectieschade en 14 interviews met naasten en nabestaanden uit België, over hun ervaringen met de vergoeding van affectieschade in België.

⁷⁸ Akkermans e.a. 2008, p. 34-37: "Hierbij bestond geen significant verschil tussen de naasten en nabestaanden in hun behoefte aan vergoeding van affectieschade".

⁷⁹ Akkermans e.a. 2008, p. 34-37.

⁸⁰ Akkermans e.a. 2008, p. 36.

⁸¹ Akkermans e.a. 2008, p. 36.

⁸² Akkermans e.a. 2008, p. 38-40

⁸³ Akkermans e.a. 2008, p. 42.

- Dat actie wordt ondernomen om soortgelijke schadeveroorzakende gebeurtenissen in de toekomst te voorkomen.
- Dat de verzekeraar van de schadeveroorzaker zorgt voor een soepele afwikkeling van de schade.

Uit praktijkervaringen in België⁸⁴ blijkt dat het ontvangen van een financiële vergoeding voor affectieschade gemengde gevoelens oproept. Enerzijds zien benadeelden de vergoeding als erkenning van hun leed en verdriet die steun geeft en troost. Anderzijds werd juist aangegeven dat leed en verdriet niet met geld zijn te compenseren.⁸⁵ Ook blijkt uit de praktijkervaringen dat naasten en nabestaanden graag zouden zien dat hun immateriële behoeften worden bevredigd.⁸⁶

Uit de voorgaande bevindingen volgt dat naasten en nabestaanden ten aanzien van een recht op vergoeding van affectieschade zowel behoefte hebben aan een financiële vergoeding als aan de bevrediging van hun immateriële behoeften.⁸⁷ Hierbij dient te worden opgemerkt dat er ook altijd naasten en nabestaanden zullen zijn die geen behoefte hebben aan een financiële vergoeding, maar enkel aan de bevrediging van hun immateriële behoeften.

Ten aanzien van de wijze van vaststelling van het bedrag aan vergoeding voor affectieschade geven naasten en nabestaanden aan voorkeur te hebben voor een systeem waarbij rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van het geval boven een systeem met vaste bedragen.⁸⁸ De wijze van vaststelling waarnaar hun voorkeur uit gaat kan echter aanleiding geven tot lastige discussies en een langdurige afwikkeling, welke de verwerking van het leed en verdriet juist zullen belemmeren.⁸⁹ Wanneer we in dit kader kijken naar de praktijkervaringen uit België, blijkt dat naasten en nabestaanden het erg belangrijk vonden dat er niet over de hoogte van het bedrag aan schadevergoeding hoefde te worden gediscussieerd.

Voorgaande bevindingen laten zien dat ten aanzien van de vaststelling van het bedrag aan schadevergoeding behoefte bestaat aan een systeem dat rekening houdt met de individuele omstandigheden van het geval, zonder dat hierdoor lastige discussies ontstaan die leiden tot een langdurige afwikkeling.

Naar mijn mening dient daarom te worden gewerkt met een systeem waarin aan de hand van objectieve criteria, bij de vaststelling van het bedrag aan affectieschade toch rekening kan worden

⁸⁴ De praktijkervaringen zoals gebleken uit de Interviews gehouden door het IGER in het kader van het wetenschappelijke onderzoek met 14 naasten en nabestaanden in België welke een vergoeding voor genegenheids- of morele schade hebben ontvangen. België kent wel een recht op vergoeding van affectieschade (genegenheids- of morele schade).

⁸⁵ Akkermans e.a. 2008, p. 63.

⁸⁶ Akkermans e.a. 2008, p. 64.

⁸⁷ Dit wordt eveneens bevestigd door de gegevens hieromtrent uit de psychiatrie. Van Tilburg 2008, p. 396- 397: "Een financiële vergoeding vormt een noodzakelijke aanvulling op de erkenning. Erkenning zonder financiële vergoeding wordt al snel gezien als een leeg gebaar".

⁸⁸ Akkermans e.a. 2008, p. 45-46.

⁸⁹ Akkermans e.a. 2008, p. 2.

gehouden met de individuele omstandigheden van het geval, zonder dat hierdoor lastige discussies ontstaan. De vormgeving van dit systeem zal hierna in hoofdstuk 4 § 4.1 nader worden toegelicht.

Ten aanzien van de hoogte van het bedrag aan vergoeding voor affectieschade geven naasten aan behoefte te hebben aan een bedrag tussen de € 10.000 en € 25.000 en nabestaanden aan een bedrag tussen de € 50.000 en € 100.000.⁹⁰ Hieruit blijkt dat naasten maar vooral nabestaanden behoefte hebben aan hoge bedragen aan schadevergoeding.

Ook blijkt de behoefte van naasten aan een recht op vergoeding van affectieschade groter naarmate hun naaste ten gevolge van het ongeval ernstiger wordt beperkt in zijn dagelijkse functioneren.⁹¹

Indien een naast familielid ernstiger letsel oploopt waardoor hij/zij hulpbehoevend wordt, hebben naasten grotere behoefte aan een recht op vergoeding van affectieschade. Daarbij verwachten zij in dat geval een grotere bijdrage van dit recht aan de verwerking van hun leed en verdriet.

Tevens blijkt een sterker verwijt richting de verantwoordelijke persoon, voor zowel naasten als nabestaanden, gepaard te gaan met een grotere behoefte aan een recht op vergoeding van affectieschade en een grotere verwachte bijdrage hiervan aan de verwerking van hun leed en verdriet.⁹²

Ook deze gegevens bevestigen de behoefte van naasten en nabestaanden dat er bij de vaststelling van het bedrag aan schadevergoeding rekening moet worden gehouden met de individuele omstandigheden van het geval.

⁹⁰ Akkermans 2008 e.a., p. 49.

⁹¹ Akkermans e.a. 2008, p. 54.

⁹² Akkermans e.a. 2008, p. 55.

4. Mogelijkheden om alsnog te voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade

Aan de hand van de behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden uit hoofdstuk 3, zullen in dit hoofdstuk enkele mogelijkheden uiteen worden gezet waarmee, na de verwerping van het wetsvoorstel, alsnog kan worden voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade. Hierbij wordt ingegaan op de volgende mogelijkheden:

- Herzien en opnieuw indienen van het verworpen wetsvoorstel affectieschade.
- Andere vormen van compensatie dan financiële compensatie: een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening en het aanbieden van excuses door de schadeveroorzaker.
- Vergoeding van affectieschade vanuit de verzekeraars.

4.1. Herzien en opnieuw indienen van het wetsvoorstel affectieschade

De eerste mogelijkheid betreft het herzien van het verworpen wetsvoorstel aan de hand van de uit wetenschappelijk onderzoek gebleken behoeften en verwachtingen. Deze mogelijkheid wordt behandeld omdat uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat zowel onder naasten als nabestaanden behoefte bestaat aan een recht op vergoeding van affectieschade.⁹³ De Hoge Raad stelde destijds in het *Taxibus*-arrest dat indien blijkt dat er maatschappelijke behoefte bestaat aan een recht op vergoeding van affectieschade, het huidige wettelijke stelsel tekortschiet.⁹⁴ Het opnieuw creëren van een wettelijk recht op vergoeding van affectieschade ligt hierdoor het meest voor de hand. Om hiermee tegemoet te kunnen komen aan de behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden, zoals gebleken uit hoofdstuk 3, dient het verworpen wetsvoorstel op de volgende punten te worden herzien:

- *Opnemen van een regeling voor gevallen van samenloop van shockschade & affectieschade*

Met het herziene wetsvoorstel wordt voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade. Naast het recht op vergoeding van shockschade bestaat dan (indien het wetsvoorstel wordt aangenomen) tevens een recht op vergoeding van affectieschade. Shock- en affectieschade zijn echter twee verschillende schadesoorten. Indien sprake is van shockschade, is in tegenstelling tot bij affectieschade, sprake van een 'zelfstandig' jegens de derde gepleegde onrechtmatige daad. Zoals hiervoor in hoofdstuk 2 §2.2 uiteengezet vertonen beide schadesoorten wel grote overeenkomsten. Gevolg hiervan is dat indien sprake is van shockschade in het merendeel van deze gevallen ook sprake is van affectieschade. Wanneer een naast familielid ten gevolge van een onrechtmatige daad ernstig blijvend letsel oploopt of komt te overlijden zullen diens naasten of nabestaanden hier namelijk altijd veel verdriet van hebben, of hierbij nu tevens sprake is van shockschade of niet.

⁹³ Akkermans e.a. 2008, p. 34-37.

⁹⁴ HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (*Taxibus*), algemene gezichtspunten r.o. 4.2.

Wanneer in de toekomst wordt voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade komt zowel shock- als affectieschade voor vergoeding in aanmerking. Hierdoor dient in het herziene wetsvoorstel een regeling te worden opgenomen voor gevallen van samenloop van shock- en affectieschade. Omdat shock- en affectieschade (bijna) onmogelijk van elkaar zijn te onderscheiden, dienen naar mijn mening via deze regeling in geval van samenloop beide schadesoorten te worden vergoed. Indien in geval van shockschade de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker voor de onrechtmatige daad en daarmee voor de schade van de derde komt vast te staan moet deze mijns inziens de volledige schade vergoeden. Dit houdt in zowel de vermogens- als de immateriële schade.⁹⁵ Daar komt bij dat indien in geval van samenloop beide schadesoorten worden vergoed, hiermee ook in gevallen van shockschade de immateriële behoeften van naasten en nabestaanden kunnen worden bevredigd.

- Afbakening van het begrip 'ernstig blijvend letsel'

Naast een recht op vergoeding van affectieschade voor nabestaanden van een ten gevolge van een onrechtmatige daad overleden slachtoffer, kunnen ook naasten van een slachtoffer dat ernstig blijvend letsel oploopt recht hebben op vergoeding van affectieschade. Het begrip 'ernstig blijvend letsel' uit het verworpen wetsvoorstel bood echter onvoldoende houvast en was te onduidelijk. Dit begrip dient daarom beter te worden afgebakend.

Hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij the "Guides to the Evaluation of Permanent Impairment" van de American Medical Association (AMA).⁹⁶ Dit betreffen de Amerikaanse richtlijnen ter bepaling van blijvend functieverlies. In deze richtlijnen wordt voor vrijwel alle vormen van lichamelijk letsel weergegeven in welke mate het slachtoffer hierdoor wordt beperkt in zijn dagelijkse functioneren. Deze richtlijnen kunnen eventueel verder worden aangevuld met richtlijnen van Nederlandse specialistenverenigingen, zoals o.a. de Nederlandse Richtlijnen voor de bepaling van functieverlies bij neurologische aandoeningen, van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie.

Aan de hand van de voorgenoemde richtlijnen kan vervolgens in samenspraak met medische specialisten en/of deskundigen wettelijk (in een AMvB) worden vastgelegd in welke gevallen sprake is van ernstig blijvend lichamelijk letsel.⁹⁷ De gevallen waarin gebruik kan worden gemaakt van deze richtlijnen betreffen die gevallen waarin sprake is van medisch objectief vaststelbaar letsel of invaliditeit.

⁹⁵ In geval van shockschade komt zowel de vermogens- als immateriële schade voor vergoeding in aanmerking. In het uit te keren bedrag aan immateriële schade zal hierbij tevens de vergoeding voor affectieschade worden meegerekend.

⁹⁶ Rondinelli, Genovese & Bringham 2008. Omdat de AMA- guides specifiek zijn gericht op het vaststellen van de mate van invaliditeit, wordt bij de afbakening van het begrip 'ernstig blijvend letsel' hiervoor gekozen in plaats van voor de AMWB-smartengeld gids. De ANWB- smartengeld gids ziet namelijk op de vaststelling van de omvang van het smartengeld.

⁹⁷ Dit kan worden gedaan door percentages vast te stellen waarbij sprake is van ernstig blijvend lichamelijk letsel. Zie: *Kamerstukken II 2002/03, 28781, nr. 3, p.11*. Hierin wordt geopperd dat in geval van blijvend functioneel verlies van 70% of meer sprake zal zijn van ernstig blijvend letsel. Zie ook: Van & Rijnen 2002, p. 39.

Echter zullen er ook altijd gevallen zijn waarin de mate van het letsel naar uiterlijke kenmerken niet bij het slachtoffer is vast te stellen, waardoor voor diens naasten geen directe aanleiding bestaat voor vergoeding van affectieschade. Denk hierbij o.a. aan: “coma, ernstige karakter- en gedragsveranderingen, algeheel verlies van het vermogen tot spreken, ernstige afasie, ernstige aantastingen van de geheugenfunctie en ernstig of algeheel functieverlies van zintuigen.”⁹⁸ Toch kunnen ook deze vormen van letsel, verlies of ernstige verstoring van de mogelijkheid tot persoonlijk contact tussen het slachtoffer en diens naasten met zich meebrengen, zodat eveneens sprake is van ernstig blijvend letsel.⁹⁹ Ook deze vormen van letsel dienen daarom voor vergoeding in aanmerking te komen.

Probleem bij deze laatste categorie gevallen is dat hiervoor, niet net zoals voor objectief vaststelbaar letsel, richtlijnen bestaan om vast te stellen of er sprake is van ernstig blijvend letsel. Oplossing hiervoor kan zijn in samenspraak met medische specialisten en deskundigen in een AMvB vastleggen in welke van deze gevallen sprake is van ernstig blijvend letsel.¹⁰⁰ Voordeel hiervan is dat het begrip ‘ernstig blijvend letsel’ hierdoor beter wordt afgebakend, nadeel is echter dat er altijd gevallen zullen zijn die hier buiten vallen. Een andere oplossing kan zijn de rechter over deze categorie van gevallen te laten oordelen.¹⁰¹ Voordeel hiervan is dat alle omstandigheden van het geval kunnen worden meegewogen, nadeel is echter dat het de deur opent voor derden om te proberen voor minder ernstige vormen van letsel vergoeding van affectieschade te vorderen.

Gezien de voorgaande bevindingen ben ik van mening dat op dit punt gekozen moet worden voor een gesloten stelsel, waarbij wettelijk wordt vastgelegd welke vormen van letsel onder het begrip ‘ernstig blijvend letsel’ vallen. Hierdoor is het voor rechters, benadeelden en verzekeraars duidelijk in welke gevallen een recht op vergoeding van affectieschade bestaat. Bij deze benadering bestaat echter het risico dat er naasten buiten de boot vallen, omdat het letsel van hun familielid niet onder de in de AMvB vastgelegde gevallen ernstig blijvend letsel valt. Omdat met het opstellen van de AMvB in samenspraak met medici wordt getracht een zo volledig mogelijk overzicht te geven van die gevallen waarvoor een recht op vergoeding van affectieschade kan bestaan, verdient dit mijns inziens de voorkeur boven een open stelsel waarin de rechter per geval van letsel bepaalt of hierbij sprake is

⁹⁸ Zie: *Kamerstukken II* 2002/03, 28781, nr. 3, p.11.

⁹⁹ Zie: *Kamerstukken II* 2002/03, 28781, nr. 3, p.11.

¹⁰⁰ Indien in een AMvB wettelijk wordt vastgelegd welk letsel onder de categorie ‘ernstig blijvend letsel’ valt, is sprake van een gesloten stelsel.

¹⁰¹ Indien de rechter beslist welk letsel onder de categorie ‘ernstig blijvend letsel’ valt en wanneer dit niet wettelijk is gelimiteerd, is sprake van een open stelsel. Hiervan is o.a. sprake in België. Daar oordeelt de rechter voor gevallen van letsel of hierbij sprake is van ernstig blijvend letsel en welk bedrag wordt uitgekeerd aan vergoeding.

van ernstig blijvend letsel. Een dergelijk open stelsel vormt een te grote belasting voor de rechter, maakt het wetsvoorstel onvoorspelbaar en onbeheersbaar en kan leiden tot een claimcultuur.¹⁰²

- Aanpassing van de kring van gerechtigden

In het verworpen wetsvoorstel werd in de aldaar geïntroduceerde kring van gerechtigden geen rekening gehouden met de hechtheid van de werkelijke band ten tijde van het overlijden of oplopen van het letsel. Wanneer hier geen rekening mee wordt gehouden kunnen situaties ontstaan waarin personen die geen hechte band hebben met het slachtoffer, maar wel behoren tot de kring van gerechtigden, aanspraak kunnen maken op vergoeding van affectieschade.¹⁰³ Dergelijke situaties zijn niet wenselijk, omdat deze niet bij zullen dragen aan de verwerking van het leed en verdriet van de naasten of nabestaanden met wel een hechte band.

Mijns inziens dient in de herziene versie van het wetsvoorstel daarom rekening te worden gehouden met de hechtheid van de band tussen het slachtoffer en diens naasten of nabestaanden ten tijde van het oplopen van het letsel of het overlijden. Naar mijn mening dient voor het bestaan van een recht op vergoeding van affectieschade sprake te zijn van een nauwe persoonlijke betrekking tussen het slachtoffer en diens naasten of nabestaanden. Met andere woorden moet er sprake zijn van family life in de zin van art. 8 EVRM. De kring van gerechtigden bestaat in dat geval uit benadeelden die in een nauwe gezinsrelatie of een daarmee vergelijkbare relatie staan tot het slachtoffer. Juist deze personen moeten het door letsel of overlijden van een dierbaar familielid veroorzaakte leed en verdriet dragen en hun leven hierop opnieuw inrichten.¹⁰⁴

Mijns inziens dient de kring van gerechtigden uit het verworpen wetsvoorstel er aan de hand van het begrip family life als volgt uit te komen zien:

- Echtgenoot/echtgenote of geregistreerde partner van het slachtoffer. Op het moment van aanvraag van de echtscheidingsprocedure/ontbinding van het geregistreerde partnerschap vervalt het recht op vergoeding van affectieschade.¹⁰⁵
- Levensgezel van het slachtoffer die ten tijde van de schadeveroorzakende gebeurtenis een duurzame gemeenschappelijke huishouding voert met het slachtoffer.¹⁰⁶ Hierbij kan o.a. gedacht worden aan (langdurig) samenwonende stellen, verloofden.

¹⁰² *Kamerstukken II 2002/03, 28781, nr. 3, p.7.*

¹⁰³ Bijv. een moeder heeft haar kind al vanaf de geboorte alleen opgevoed, omdat de vader na de geboorte nooit meer iets van zich heeft laten horen. Op een dag komt het kind ten gevolge van een onrechtmatige daad te overlijden. In dit voorbeeld zouden ingevolge het verworpen wetsvoorstel zowel de moeder met een hechte band als de vader zonder band, die zich nooit over het kind heeft bekommerd, recht hebben op vergoeding van affectieschade.

¹⁰⁴ Zie: Giesen 2003, p.27.

¹⁰⁵ Ingevolge het EHRM is sprake van family life tussen echtgenoten, indien er sprake is van een 'lawful and genuine marriage', ook al wonen zij niet samen. Zie: EHRM 28 mei 1985, nr. A-94, par. 62 (*Abdulaziz/verenigd Koninkrijk*).

- (Adoptie) ouder(s) van en/of minderjarige kinderen, die in een nauwe persoonlijke betrekking staan tot elkaar, zodat sprake is van 'family life' in de zin van artikel 8 EVRM.¹⁰⁷ Hierdoor vallen biologische ouders zonder feitelijk contact met het kind buiten de kring van gerechtigden. Dit geldt eveneens voor biologische kinderen zonder feitelijk contact met hun biologische ouders. Feitelijk contact en omgang tussen ouders en kinderen zijn onmisbare voorwaarden voor het bestaan van family life.
- (Adoptie) ouder(s) van en/of meerderjarige in gezinsverband thuiswonend kinderen. Hierbij geldt eveneens het hiervoor genoemde vereiste van family life.¹⁰⁸
- Degene die binnen duurzaam gezinsverband de zorg voor het slachtoffer heeft of met het slachtoffer samen leeft. Denk hierbij aan grootouders die de zorg voor hun kleinkind op zich hebben genomen, deze kleinkinderen in geval van het wegvallen van de grootouder(s) en pleegouders en pleegkinderen.¹⁰⁹
- Een andere persoon die in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot het slachtoffer staat, dat uit eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat deze als naaste wordt aangemerkt.¹¹⁰ Dit betreft de hardheidsclausule.

Via de hardheidsclausule kunnen personen (zoals o.a.: ouders van en/of uitwonende meerderjarige kinderen, broers/ zussen, schoonouders/schoonkinderen, ooms/tantes) die niet behoren tot de kring van gerechtigden, hun situatie voorleggen aan de rechter. De rechter beoordeelt vervolgens of er sprake is van een nauwe affectie relatie, waarvoor in uitzonderlijke gevallen toch een recht op vergoeding van affectieschade kan bestaan.¹¹¹

In de hier voorgestelde kring van gerechtigden wordt gekozen voor het opnemen van een hardheidsclausule, waardoor rekening kan worden gehouden met individuele gevallen, boven een vaste kring van gerechtigden. Een vaste kring van gerechtigden heeft namelijk het nadeel dat er altijd personen, die wel een nauwe affectieve relatie hebben met het slachtoffer, maar niet behoren tot de

¹⁰⁶ Ingevolge het EHRM is sprake van family life tussen een langdurig ongehuwd samenwonende man en vrouw en hun kind. Zie: EHRM 18 december 1986, nr. A 112, par. 56; *NJ* 1989, 97 (*Johnston/Ierland*).

¹⁰⁷ Ingevolge het EHRM is er ook sprake van family life tussen adoptieouders en hun adoptiekinderen, omdat er geen onderscheid mag worden gemaakt tussen biologische en geadopteerde kinderen. Zie: EHRM: 13 juli 2004, nr. 69498/01 (*Pla en Puncernau/ Andorra*).

¹⁰⁸ Indien meerderjarige kinderen nog thuis wonen is er sprake van family life en vallen zij onder de kring van gerechtigden, indien zij niet meer thuis wonen maar er wel sprake is van een nauwe affectieve relatie, komen zij en/of hun ouder(s) in aanmerking voor de hardheidsclausule.

¹⁰⁹ Ingevolge het EHRM is sprake van family life tussen naaste verwanten, zoals grootouders en kleinkinderen. Zie: EHRM 13 juni 1997, nr. A 31, par. 45, *NJ* 1980, 462 (*Marckx/België*). De Hoge Raad gaat er in zijn jurisprudentie vanuit dat tussen pleegouders en hun pleegkind een betrekking kan bestaan die family life impliceert. Zie: HR 6 november 1987, *NJ* 1988, 829; HR 10 maart 1989, *NJ* 1990, 24, HR 23 maart 1990, *NJ* 1991, 149 en 150.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 9, p. 1-2.

¹¹¹ Het hanteren van een hardheidsclausule wordt ook aanbevolen vanuit de psychiatrie. Zie: Van Tilburg 2008, p. 397. Naast en nabestaanden dienen er door o.a. advocaten wel op worden gewezen dat de hardheidsclausule slechts geldt in uitzonderlijke gevallen om zo onnodige procedures en teleurstelling te voorkomen. Eventueel kunnen er criteria worden opgesteld aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of zij in aanmerking komen voor de hardheidsclausule.

kring van gerechtigden hier buiten kunnen vallen. Met het hanteren van een hardheidsclausule wordt dit voorkomen. Daarentegen dient te kring van gerechtigden mijns inziens ook niet te ruim te worden getrokken vanwege de beheersbaarheid van het wetsvoorstel en het in de hand houden van de stijging van de aansprakelijkheidslast.¹¹² Daarom zal alleen vergoeding van affectieschade mogelijk zijn voor personen die in een nauwe gezinsrelatie of een daarmee gelijk te stellen relatie staan tot het slachtoffer, waarbij sprake is van family life in de zin van art 8 EVRM.

- Rekening houden met de individuele omstandigheden van het geval

In het verworpen wetsvoorstel werd bij de vaststelling van de uit te keren bedragen onvoldoende rekening gehouden met de individuele omstandigheden van het geval, terwijl naasten en nabestaanden hier wel degelijk behoefte aan hebben.¹¹³ Een systeem waarin wordt gewerkt met vaste bedragen aan schadevergoeding, waarbij onvoldoende rekening wordt gehouden met deze individuele omstandigheden zal het toch al geschokte rechtsgevoel van de benadeelden eerder nog verder schokken dan bevredigen. Ook zullen zij zich met de uitkering van vaste bedragen afgescheept voelen, waardoor een dergelijk systeem niet bijdraagt aan de verwerking van hun leed en verdriet.

Vergoeding van affectieschade op maat; per benadeelde vaststellen welke impact het letsel of verlies van de naaste heeft op diens leven, waarbij alle individuele omstandigheden worden meegewogen zou hiervoor de oplossing zijn.¹¹⁴ Echter zijn aan dergelijk maatwerk zware psychische belasting en rechtsonzekerheid voor de naasten en nabestaanden, grote financiële onzekerheid voor de aansprakelijkheidsverzekeraars en een te grote belasting van de rechter verbonden. Daarbij beschikken rechters niet over de expertise om leed en verdriet afzonderlijk te meten, waardoor deskundigen moeten worden ingeschakeld met als gevolg hoge kosten en langlopende procedures die niet bij zullen dragen aan de verwerking van het leed en verdriet.¹¹⁵

De best mogelijke oplossing is daarom, om bij de vaststelling van de uit te keren bedragen aan affectieschade te werken met een systeem waarin rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van het geval, zonder dat men zich waagt aan het afzonderlijk meten van het leed en verdriet. Dit kan worden vormgegeven door de uit te keren bedragen te laten vaststellen door een rechter aan de hand van objectieve criteria.¹¹⁶ Door gebruik te maken van deze criteria wordt het ontstaan van discussies over de uit te keren bedragen voorkomen. Hierbij kan worden gedacht aan de volgende criteria:

¹¹² Zie voor een dergelijke ruime kring van gerechtigden o.a.: België, Portugal en Zwitserland: waar ook schoonouders- en kinderen, broers/zussen en neven/nichten standaard tot de kring van gerechtigden behoren. In de hierboven voorgestelde benadering kunnen zij alleen in uitzonderlijke gevallen via de hardheidsclausule, in aanmerking komen voor vergoeding.

¹¹³ Akkermans e.a. 2008, p. 45-46.

¹¹⁴ Van & Rijnen 2002, p. 38.

¹¹⁵ Van & Rijnen 2002, p. 38.

¹¹⁶ Van & Rijnen 2002, p. 38, Van 2002, p. 43-44 en Hartlief 2004, p. 5.

➤ **De ernst van de verwondingen:**

Allereerst kan in de uit te keren bedragen onderscheid worden gemaakt tussen gevallen van ernstig blijvend letsel en overlijden. In geval van overlijden is dan een hogere vergoeding gerechtvaardigd dan in geval van ernstig blijvend letsel.¹¹⁷ Indien sprake is van ernstig blijvend letsel kan vervolgens onderscheid worden gemaakt tussen naasten van ernstig gewonde hulpbehoevende en niet hulpbehoevende slachtoffers. Indien een slachtoffer zodanig ernstig letsel oploopt dat hij hierdoor levenslang 24 uur per dag intensieve verzorging nodig heeft en diens naasten besluiten deze zorg op zich te nemen, zullen zij hun leven hierop moeten aanpassen. In dat geval is een hogere vergoeding gerechtvaardigd dan in geval van ernstig blijvend letsel zonder hulpbehoevendheid.¹¹⁸

➤ **De aard van de affectieve relatie:**

Tevens kan onderscheid worden gemaakt naar de aard van de affectieve relatie. Uit de literatuur en praktijk blijkt dat het letsel of overlijden van een (minderjarig) kind of partner het ergste is wat iemand kan overkomen.¹¹⁹ In geval van letsel of overlijden van deze personen kan daarom een hoger bedrag aan vergoeding zijn gerechtvaardigd voor de ouder(s) of echtgeno(o)t(e) van het slachtoffer, dan voor de overige gerechtigden.¹²⁰ Juist bij deze groep gerechtigden is geen sprake meer van een ongestoord gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM indien hun kind of echtgeno(o)t(e) ernstig blijvend letsel oploopt of overlijdt. Ook kan onderscheid worden gemaakt naar de leeftijd van het slachtoffer. Indien sprake is van letsel of overlijden van een (minderjarig) kind is een hogere vergoeding gerechtvaardigd dan in geval van het overlijden of letsel van een al ouder of (hoog)bejaard familielid. De ouders van een kind worden bij het overlijden hiervan nog jaren (tot hun dood) geconfronteerd met dit verlies. Dit geldt eveneens ten aanzien van ernstig letsel waardoor het kind hulpbehoevend wordt. De ouders zijn in dat geval tot zij hiertoe niet meer in staat zijn belast met de intensieve zorg voor hun kind. Hierdoor is geen sprake meer van een

¹¹⁷ Deze aanname wordt ondersteund door het onderzoek van het IGER waaruit blijkt dat nabestaanden behoefte hebben aan hogere bedragen aan vergoeding dan naasten. Zie: Akkermans e.a. 2008, p. 47-49. Ook wordt dit ondersteund door de differentiatie zoals aangebracht in de bedragen uit de Ontwerp-AMvB. In geval van overlijden lagen de bedragen in deze AMvB €2500 euro hoger dan in geval van ernstig blijvend letsel.

¹¹⁸ Deze aanname wordt ondersteund door het onderzoek van het IGER waaruit blijkt dat naasten grotere behoefte hebben aan vergoeding van affectieschade en een grotere bijdrage hiervan verwachten aan de bevrediging van hun immateriële behoeften, indien het slachtoffer door het opgelopen letsel ernstiger beperkt is geraakt in zijn dagelijkse functioneren. Zie: Akkermans e.a. 2008, p. 54. Tevens blijken naasten, indien zij de zorg voor hun hulpbehoevende familielid op zich nemen, grotere behoefte te hebben aan vergoeding van affectieschade omdat niet hun volledige inkomensschade o.g.v. van art. 6:107 lid 1 BW wordt vergoed. Denk hierbij o.a. aan gemiste carrièrekansen.

¹¹⁹ Zie: Van & Rijnen 2002, p. 38. Ook in België worden via de indicatieve tabel aan echtgenoten/ duurzaam samenwonende levenspartners en ouders van inwonende (jonge) kinderen de hoogste bedragen aan affectieschade uitgekeerd.

¹²⁰ Deze aanname kan niet worden ondersteund aan de hand van de behoeften van naasten en nabestaanden. Onderzoek van het IGER geeft op dit punt geen uitsluitend, omdat de groep nabestaanden die deelnam aan het onderzoek hiervoor te klein was. Zie: Akkermans e.a. 2008, p. 52, 54. Ter ondersteuning van deze aanname zal daarom nader onderzoek moeten worden verricht en informatie moeten worden ingewonnen in bijv. de psychologie/psychiatrie.

ongestoord gezinsleven. Ten aanzien van dit laatste punt kan worden gekozen voor verhoging van het uit te keren bedrag aan schadevergoeding per leeftijd, aflopend in hoogte naarmate het slachtoffer ouder is.¹²¹

➤ **De mate van verwijtbaarheid van de schadeveroorzakende gebeurtenis.**

Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat voor zowel naasten als nabestaanden een sterker verwijt ten aanzien van het handelen van de schadeveroorzaker gepaard gaat met een grotere behoefte aan vergoeding van affectieschade en een grotere verwachte bijdrage hiervan aan hun verwerking.¹²² Wanneer bij de vaststelling van het uit te keren bedrag aan schadevergoeding rekening wordt gehouden met de mate van verwijtbaarheid aan de schadeveroorzakende gebeurtenis, wordt hiermee tegemoet gekomen aan het geschokte rechtsgevoel van de derden. Daarbij heeft het systeem, voor het gevoel van de benadeelden, toch een deels punitief karakter indien in geval van roekeloos, verwijtbaar of opzettelijk gedrag van de schadeveroorzaker, aan hen (ook al is het door de verzekeraar van de schadeveroorzaker) een hoger bedrag wordt uitgekeerd dan in geval van bijvoorbeeld een ongelukkige samenloop van omstandigheden.¹²³

Aan de hand van de voorgenoemde criteria kan de rechter vervolgens het uit te keren bedrag aan affectieschade vaststellen. Dit wordt gedaan tezamen met een tabel, waarin per gerechtigde bandbreedtes worden neergelegd voor het uit te keren bedrag. Binnen deze bandbreedtes motiveert de rechter aan de hand van de hiervoor genoemde criteria waarom in welk geval, welk bedrag aan affectieschade wordt uitgekeerd. Doordat de rechter hierbij rekening houdt met de individuele omstandigheden van het geval, zullen zijn uitspraak en motivering bijdragen aan de erkenning en genoegdoening.¹²⁴

Tegen het in deze mogelijkheid voorgestelde systeem waarin de rechter aan de hand van wettelijk vastgelegde bandbreedtes en criteria bepaalt in welk geval welk bedrag aan schadevergoeding wordt uitgekeerd, kan worden aangevoerd dat dit kan leiden tot rechtsonzekerheid en onsmakelijke procespraktijken. In dit systeem is namelijk geen sprake van een gesloten stelsel met een wettelijk vastgelegde kring van gerechtigden en vaste bedragen aan schadevergoeding. Wanneer in dit kader wordt gekeken naar andere Europese landen waar vergoeding van affectieschade mogelijk is en waar

¹²¹ Zie: Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 153. Ook kan hierbij worden gekozen om de verhoging van de bedragen bijvoorbeeld per 10 jaar te laten aflopen.

¹²² Akkermans e.a. 2008, p. 3-4, 52, 55, 80 en 85-86. Zie ook: Van Dam 1991, p. 98 en Du Perron 2003, p. 126-127, 131, 145-146. Ook in andere Europese landen wordt dit criterium meegewogen, zie: Schreuder 2009, p. 11-15.

¹²³ Du Perron 2003, p. 144,

¹²⁴ De Raad van State (zie: *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. A, p.6.) stelt in dit kader dat: "naasten en nabestaanden van slachtoffers een deel van de erkenning van hun leed kunnen vinden in een gerechtelijke procedure, waarin de rechter zichtbaar aandacht besteedt aan hun individuele situatie. Toekenning van vaste bedragen kan juist gevoel van miskennen opleveren." Zie ook: Du Perron 2003, p. 146 en 155: "in rechte dient er vanuit te worden gegaan de rechtelijke uitspraken voldoende kunnen opleveren."

wordt gewerkt met differentiatie en toewijzing door de rechter, kan worden gesteld dat dergelijke systemen niet op grote schaal leiden tot rechtsonzekerheid en onsmakelijke procespraktijken.¹²⁵

- De uit te keren bedragen aan vergoeding van affectieschade

In het verworpen wetsvoorstel werden vaste bedragen ter vergoeding van affectieschade gehanteerd. Naasten hadden hierbij recht op €12.500 of €15.000 en nabestaanden op €15.000 of €17.500 aan schadevergoeding. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat naasten behoefte hebben aan een bedrag tussen de € 10.000 en € 25.000 en nabestaanden aan een bedrag tussen de € 50.000 en 100.000.¹²⁶ Zo bezien bestaat er een discrepantie tussen de bedragen uit het verworpen wetsvoorstel en de behoefte van naasten en vooral die van nabestaanden.

Probleem hierbij is dat affectieschade immateriële schade betreft. Vermogensschade kan in beginsel volledig worden gecompenseerd, aan de hand van aanknopingspunten voor het bepalen van de omvang van de schade.¹²⁷ Dit ligt anders bij immateriële schade, hierbij gaat het om de prijs voor het leed en verdriet (het welzijn) van derden ten gevolge van het letsel of overlijden van een naast familielid. Het punt hierbij is dat met een financiële vergoeding de oude toestand niet kan worden hersteld of teruggedraaid. Immateriële schade is niet in geld uit te drukken, waardoor het geleden leed en verdriet nooit volledig kan worden gecompenseerd.

Gezien deze bevindingen rijst de vraag: wat zijn passende bedragen voor vergoeding van affectieschade, wanneer vaststaat dat hiermee de toestand van voor de schadeveroorzakende gebeurtenis nooit kan worden hersteld? Ter beantwoording van deze vraag is het belangrijk te weten wat het doel is van een recht op vergoeding van affectieschade nu blijkt dat volledige compensatie van leed en verdriet niet mogelijk is. Uit de Memorie van Toelichting bij het verworpen wetsvoorstel blijkt dat met het recht op vergoeding van affectieschade allereerst werd beoogd erkenning te verschaffen voor het geleden leed. Daarnaast werd beoogd genoegdoening te bieden voor het geschokte rechtsgevoel van de naasten en nabestaanden, door van de schadeveroorzaker een opoffering te verlangen.¹²⁸

Deze doelstellingen komen overeen met de uit wetenschappelijk onderzoek gebleken behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden. Echter kwamen zij in het verworpen wetsvoorstel niet uit de verf. Het wetsvoorstel was hoofdzakelijk gericht op financiële compensatie, waarbij geen aandacht werd besteed aan de immateriële behoeften. Van de beoogde genoegdoeningsfunctie was

¹²⁵ Zie: Van Dam 1991, p. 105, Van Osrouw 2004, p. 108-1120 en Schreuder 2009, p. 11-15: België, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Italië, Luxemburg en Spanje, kennen een volledig open stelsel ter vergoeding van affectieschade. De enige voorwaarde in deze landen is dat de eiser daadwerkelijk immateriële schade heeft geleden. Opmerking verdient wel dat niet al deze landen een recht op vergoeding van affectieschade in geval van overlijden en letsel kennen.

¹²⁶ Akkermans 2008 e.a., p. 49.

¹²⁷ Suurmond & Van Velthoven 2005, p. 2.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2002/03*, 28 781, nr. 3, p. 1-2.

eveneens geen sprake. De vergoeding van affectieschade zou in de praktijk namelijk door de verzekeraar van de schadeveroorzaker worden betaald, terwijl naasten en nabestaanden aangeven er behoefte aan te hebben dat de schadeveroorzaker hun schade uit eigen zak betaalt en wordt gestraft voor wat hij hen heeft aangedaan.¹²⁹ Probleem ten aanzien van deze behoefte is dat van oudsher het privaatrecht (schadevergoeding; herstel) en het strafrecht (bestrafing; vergelding) strikt zijn gescheiden.¹³⁰ Het is in het huidige privaatrecht dan ook niet mogelijk aan deze behoefte tegemoet te komen, omdat enkel schadevergoeding kan worden geboden en de schadeveroorzaker niet kan worden gestraft.

Gezien de voorgaande bevindingen wordt wel gesteld dat de benadeelden niet geïnteresseerd zouden zijn in een financiële vergoeding. Hiermee ben ik het niet eens. Dat leed en verdriet niet in geld zijn uit te drukken is waar, maar dat betekent mijns inziens niet dat er geen behoefte zou bestaan aan een financiële vergoeding. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt namelijk dat hier wel degelijk behoefte aan bestaat, maar dat naast deze financiële vergoeding tevens de immateriële behoeften moeten worden bevredigd.¹³¹ Ook uit de psychiatrie blijkt dat erkenning zonder vergoeding al snel wordt gezien als een leeg gebaar.¹³² Met een recht op vergoeding van affectieschade dient daarom te worden voorzien in zowel een financiële vergoeding als in bevrediging van de immateriële behoeften.

De financiële vergoeding voor affectieschade dient hierbij te worden gezien als een symbolische vergoeding ter erkenning van het geleden leed en verdriet. De situatie van voor het ongeval kan hiermee immers niet worden hersteld en het geleden leed en verdriet kan nooit volledig worden gecompenseerd. Hierdoor kan worden volstaan met, in vergelijking met de bedragen genoemd door naasten en nabestaanden, relatief lage bedragen.¹³³ In de keuze voor deze bedragen, dient rekening te worden gehouden met de volgende zaken:

- Allereerst moet rekening worden gehouden met de bedragen die worden uitgekeerd indien sprake is van shockschade. Deze bedragen liggen tussen de €10.000 en de €15.000.¹³⁴ Indien sprake wil zijn van shockschade dient aan strenge criteria te worden voldaan. Het ligt daarom niet voor de hand dat de bedragen die worden uitgekeerd in geval van affectieschade (waarvoor deze strenge criteria niet gelden) (veel) hoger zullen zijn.

¹²⁹ Kaptein 1998, p. 81 e.v., Van Wees e.a. 2007, p. 855 en Akkermans e.a. 2008, p. 15,63-64.

¹³⁰ Lindenbergh 1998, p. 6 e.v. en Lindenbergh 2008b. In het privaatrecht zijn punitive damages niet toegestaan. Zie o.a.: Bolt & Lensing 1993 en Stolker 1995, p. 29-41.

¹³¹ Akkermans e.a. 2008, p.38- 44, 45-49 en p. 71-73 en 74-80.

¹³² Van Tilburg 2008, p. 396

¹³³ Suurmond & Van Velthoven 2005, p. 7.

¹³⁴ Zie o.a.: Rb. Haarlem 2 april 2003, VR 2005/74, Rb. Middelburg 25 juni 2003, L/JN: AH9234, Rb. Almelo, 13 januari 2004, VR 2005/4, Hof 's-Gravenhage 14 november 2006, L/JN: AZ4455, Rb. Arnhem, 16 mei 2007, L/JN: BA6358, Hof Arnhem, 22 mei 2007, L/JN: BA5776 en Rb. Rotterdam, 8 februari 2012, L/JN: BW6299.

- Ook dient rekening te worden gehouden met de bedragen aan smartengeld die worden uitgekeerd aan het slachtoffer zelf. Het mag namelijk niet zo zijn dat naasten een hoger bedrag aan vergoeding ontvangen dan het primaire slachtoffer zelf.¹³⁵
- Tot slot dient rekening te worden gehouden met de bedragen die worden uitgekeerd in landen waar wel een recht op vergoeding van affectieschade bestaat. In bijna al deze landen ligt het maximum van de vergoeding voor affectieschade op €20.000.¹³⁶ Ook in het verworpen wetsvoorstel lagen de uit te keren bedragen onder de € 20.000. Hierbij bleef de stijging van de verzekeringspremies binnen de perken.

In de herziene versie van het wetsvoorstel zullen de in de tabel (in de bandbreedtes) op te nemen bedragen daarom onder de € 20.000 moeten komen te liggen. Dit bedrag geldt tevens als maximaal per situatie uit te keren bedrag. Hiermee wordt voorkomen dat indien meerdere gerechtigden recht hebben op vergoeding van affectieschade, zij allen hoge bedragen aan schadevergoeding zullen ontvangen, waardoor deze bedragen bij elkaar opgeteld alsnog leiden tot een enorm hoog uit te keren totaalbedrag aan schadevergoeding.¹³⁷ Voor die gevallen waarin sprake is van meerdere gerechtigden zullen daarom regels moeten worden opgesteld aan de hand waarvan de rechter kan motiveren hoe hij het uit te keren bedrag over deze gerechtigden heeft verdeeld.

Uit deze paragraaf blijkt dat met de hoogte van de bedragen aan schadevergoeding niet tegemoet kan worden gekomen aan de behoeften van naasten en vooral niet aan die van nabestaanden. De bedragen die worden vastgelegd in de reeds genoemde tabel zullen namelijk onder de € 20.000 liggen. Om met het recht op vergoeding van affectieschade toch zo optimaal mogelijk bij te kunnen dragen aan de verwerking van het leed en verdriet, dient daarom meer aandacht te worden besteed aan de bevrediging van de immateriële behoeften van de benadeelden.

- Voorzien in mogelijkheden voor de bevrediging van de immateriële behoeften

Uit hoofdstuk 3 komt naar voren dat naasten en nabestaanden voor hun verwerkingsproces veel waarde hechten aan de bevrediging van hun immateriële behoeften. Ten aanzien van een recht op vergoeding van affectieschade dient daarom naast een financiële vergoeding, meer aandacht te worden besteed aan de bevrediging hiervan.¹³⁸ Ook voor naasten en nabestaanden die geen behoefte hebben aan een financiële vergoeding maar wel aan bevrediging van hun immateriële behoeften, dient het mogelijk te zijn deze behoeften te bevredigen.

¹³⁵ Hiervoor kan worden gekeken naar de ANWB Smartengeldgids en de rechtspraak hieromtrent.

¹³⁶ Zie: Schreuder 2009, p. 11-15. Aan de hand van rechtsvergelijking kan worden gezien of de hoogte en de wijze van vaststelling in de landen waar wel een recht op vergoeding van affectieschade bestaat tot problemen heeft geleid.

¹³⁷ Denk hierbij o.a. aan de volgende situaties: beide ouders vorderen vergoeding van hun affectieschade vanwege het ernstig blijvende letsel/overlijden van hun kind of alle kinderen of de overgebleven ouder uit een gezin waarin een van de ouders ernstig blijvend letsel oploopt/overlijdt vorderen vergoeding van affectieschade.

¹³⁸ Naasten en nabestaanden hebben naast een financiële vergoeding, behoefte aan bevrediging van hun immateriële behoeften. Zie: Akkermans e.a. 2008 p. 2, 14-15, 38-40 en 71-73 en Du Perron 2003, p. 161.

Allereerst dient hiervoor zowel in de procedure rondom de vaststelling van het bedrag aan vergoeding als bij de aanbidding van dit bedrag aan de benadeelden door verzekeraars rekening te worden gehouden met deze immateriële behoeften. Dit kan in de praktijk worden vormgegeven door aan de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL)¹³⁹ een hoofdstuk toe te voegen inzake de behandeling en afhandeling van affectieschade en/of de Letselschade Raad hiervoor richtlijnen te laten opstellen.¹⁴⁰ Daarnaast kan aan deze behoeften tegemoet worden gekomen, door zowel naast de financiële vergoeding als losstaand hiervan, benadeelden de mogelijkheid te bieden gebruik te maken van andere vormen van compensatie ter bevrediging van hun immateriële behoeften.

4.2 Andere vormen van compensatie, dan een financiële vergoeding

Met het uitkeren van enkel een financiële vergoeding voor affectieschade wordt mijns inziens niet aan alle immateriële behoeften van naasten en nabestaanden tegemoet gekomen. Ook zullen er altijd benadeelden zijn die geen behoefte hebben aan een financiële vergoeding, maar enkel bevrediging van hun immateriële behoeften wensen. Ter bevrediging van de uit hoofdstuk 3 gebleken immateriële behoeften, wordt hierna ingegaan op de volgende mogelijkheden: het vorderen van een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening en het aanbieden van excuses door de schadeveroorzaker.

4.2.1 Verklaring voor recht als vorm van genoegdoening

Uit wetenschappelijk onderzoek en de literatuur blijkt dat naasten maar vooral nabestaanden het voor de verwerking van hun leed en verdriet erg belangrijk vinden te weten wat er precies is gebeurd en wie daarvoor verantwoordelijk is (in het bijzonder in situaties waarin de dader ontkent).¹⁴¹

Wanneer aan deze immateriële behoeften niet of onvoldoende tegemoet wordt gekomen, kan dit grote gevolgen hebben voor hun rouwverwerkingsproces. Juist omdat zoals hiervoor in § 4.1 uiteengezet leed en verdriet niet volledig met geld zijn te compenseren, is bevrediging van de immateriële behoeften aan waarheidsvinding en erkenning van verantwoordelijkheid voor het verwerkingsproces van de naasten en nabestaanden erg belangrijk.¹⁴²

Voorgaande immateriële behoeften worden, indien een recht op vergoeding van affectieschade (zoals betoogd in § 4.1) wettelijke wordt geregeld, met dit recht bevredigd.¹⁴³ Voor het bestaan van een recht op vergoeding van affectieschade dient er sprake te zijn van een schadeveroorzakende

¹³⁹ Barendrecht, Kamminga & Van Zeeland 2006.

¹⁴⁰ Nadeel hiervan is echter dat verzekeraars niet verplicht zijn deze code of richtlijnen te hanteren, waardoor niet gegarandeerd kan worden dat de immateriële behoeften van naasten en nabestaanden hiermee worden bevredigd. Om toezicht te houden op de naleving hiervan kan daarom bijv. een toezichthouder worden aangewezen.

¹⁴¹ Zie: Van Dam 2000, p. 74, Den Hollander 2002, p. 34, Du Perron 2003, p. 155, Van Maanen 2003, p. 3, 5, 10, Hartlief 2004, p. 4 en Akkermans e.a. 2008, p. 2, 14-15, 38-40 en 71-73.

¹⁴² Du Perron 2003, p. 155. Dat ook de maatschappelijke behoefte hieraan groot is blijkt uit wetenschappelijk onderzoek van het IGER. Zie: Huver e.a. 2007, p. 64-65, 81-82 en Akkermans e.a. 2008 p. 2, 14-15, 38-42 en 71-73.

¹⁴³ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 8, p. 7.

gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is. Vervolgens dient voor een recht op schadevergoeding de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker te worden erkend en/of door de rechter te worden vastgesteld. Hierdoor wordt de behoefte aan erkenning van verantwoordelijkheid bevredigd. Tevens zal in deze procedure ter sprake komen wat er precies is gebeurd, waardoor de behoefte aan waarheidsvinding wordt bevredigd.

Indien in de toekomst niet wordt voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade of indien naasten/nabestaanden geen behoefte hebben aan een financiële vergoeding (gekoppeld aan het recht op vergoeding van affectieschade), is het voor hun verwerkingsproces van belang dat behoeften aan waarheidsvinding en erkenning van verantwoordelijkheid kunnen worden bevredigd. Een verklaring voor recht kan hiervoor uitkomst bieden. Met een verklaring voor recht doet een rechter een declaratoire uitspraak waarmee tussen procespartijen de rechtsverhouding onweerlegbaar komt vast te staan.¹⁴⁴ De rechter kan hiermee de verantwoordelijkheid van de schadeveroorzaker voor de onrechtmatige daad en daarmee zijn verantwoordelijkheid voor het leed en verdriet van de naasten of nabestaanden vaststellen.¹⁴⁵ De functie van een verklaring voor recht is in deze het bieden van erkenning en genoegdoening.¹⁴⁶

In het Jeffrey-arrest¹⁴⁷ oordeelde de Hoge Raad echter dat een 'zuiver emotioneel belang' niet is aan te merken als een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW.¹⁴⁸ Hierdoor is het in het huidige privaatrecht, indien sprake is van een 'zuiver emotioneel' belang, niet mogelijk een verklaring voor recht te vorderen. Uit deze uitspraak kan worden opgemaakt dat indien de ouders van Jeffrey enig vermogensbelang hadden gesteld, zij wel ontvankelijk waren geweest. Dit zou tot gevolg hebben dat het privaatrecht er uitsluitend is voor vermogensrechtelijke belangen en dat hierin geen plaats is voor immateriële belangen en behoeften.

Het Jeffrey-arrest heeft in de literatuur dan ook de nodige stof doen opwaaien, waarbij door het merendeel van de auteurs wordt geoordeeld dat de uitkomst van dit arrest onwenselijk is.¹⁴⁹ Ook wordt in deze literatuur, nu een recht op vergoeding van affectieschade niet bestaat, gesteld dat de huidige verklaring voor recht verruimd dient te worden zodat het vorderen hiervan ook mogelijk is in geval van een 'zuiver emotioneel belang'. Met deze stelling is niet iedereen het eens.¹⁵⁰ De auteurs die zich wel kunnen vinden in de uitkomst van het Jeffrey-arrest uiten voornamelijk de angst dat

¹⁴⁴ Haas 2010, p. 158.

¹⁴⁵ Van den Berg & Damminga 2002, p. 313.

¹⁴⁶ Van Dam 2003b, p. 25-26

¹⁴⁷ HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (*Jeffery*). In deze zaak vorderen de ouders van Jeffrey een verklaring voor recht om hiermee de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor de dood van hun zoon vast te stellen. De ouders voerden hierbij aan dat zij pas konden beginnen met de verwerking van zijn dood, indien de aansprakelijkheid hiervoor zou zijn vastgesteld.

¹⁴⁸ HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 353 r.o. 3.5 (*Jeffrey*).

¹⁴⁹ Zie o.a.: Van Maanen 1999, p. 47-49, A.R. Bloembergen, onder punt 3 van de noot bij het arrest HR 5 november 1999, NJ 2000, 63 (*Baby Joost*), Barendrecht 2003, p. 101-110, Van Dam 2003b, p. 29 en Asser/Vranken 2008 (III), nr. 66.

¹⁵⁰ Zie o.a.: Nieskens-Isphording 1999, p.137 en Gras 2006, p. 38.

verlaging van de drempel van art. 3:303 BW (waardoor het vorderen van een verklaring voor recht ook mogelijk wordt indien de eiser enkel een 'zuiver emotioneel belang' heeft) kan leiden tot een toename van het aantal rechtszaken en de belasting van de rechter.

Zoals gezegd bestaat onder naasten en nabestaanden grote behoefte aan waarheidsvinding en erkenning van verantwoordelijkheid. Wanneer de aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker in rechte komt vast te staan geeft dit hen erkenning en genoegdoening. Indien derden voor hun verwerkingsproces behoefte hebben aan een rechterlijk oordeel omtrent deze verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker, mag de weg naar de rechter hen mijns inziens niet worden ontzegd omdat zij slechts een 'zuiver emotioneel belang' zouden hebben.¹⁵¹ Tevens is het ingevolge art. 6:103 BW mogelijk ter vergoeding van immateriële schade geen schadevergoeding in geld te eisen maar genoegdoening in een andere vorm te verkrijgen.¹⁵² Ook indien geen behoefte bestaat aan schadevergoeding in geld, maar aan een andere vorm van genoegdoening, is het voor het verwerkingsproces van de benadeelden belangrijk dat dit mogelijk is.¹⁵³

Gezien de voorgaande bevindingen ben ik van mening dat het voor naasten en nabestaanden, in de voorgenoemde gevallen, van groot belang is dat zij een verklaring voor recht kunnen vorderen ter bevrediging van hun immateriële behoeften. De vraag is hoe dit kan worden vormgegeven.

Indien (zoals betoogd in § 4.1) in de toekomst wordt voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade hebben naasten en nabestaanden een vermogensrechtelijk en daarmee een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW voor het vorderen van een verklaring voor recht. Voor hen die enkel behoefte hebben aan de bevrediging van hun immateriële behoeften bestaat in dat geval hiervoor toch een mogelijkheid, via een verklaring voor recht. Door het vorderen van deze verklaring te koppelen aan het vermogensrechtelijke belang van de vergoeding van affectieschade, blijft enkel een zuiver emotioneel belang onvoldoende voor het vorderen hiervan. Hierdoor blijft een drempel bestaan voor burgers om over 'onbelangrijke' zaken te procederen.

Indien in de toekomst niet wordt voorzien in een recht op vergoeding voor affectieschade, dient ter bevrediging van de immateriële behoeften van naasten en nabestaanden te worden voorzien in een op zichzelf staande mogelijkheid tot het vorderen van een verklaring voor recht specifiek toegespitst op waarheidsvinding en erkenning van verantwoordelijkheid in geval van ernstig blijvend letsel of overlijden ten gevolge van een onrechtmatige daad. Omdat deze mogelijkheid losstaat van een recht op vergoeding van affectieschade, kan deze ook bestaan indien de herziene versie van het

¹⁵¹ Van Dam 2003b, p.31. Het gaat hier voor de benadeelden in feite om een access to justice o.g.v. artikel 6 EVRM. "Een rechtssysteem dat in dergelijke gevallen geen toegang tot de rechter mogelijk maakt, schiet hier dan ook tekort".

¹⁵² Dat andere vormen van compensatie in het geval van immateriële schade mogelijk zijn, werd door de Hoge Raad in r.o. 4.1. van het arrest HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (*Taxibus*) al bevestigd.

¹⁵³ Du Perron 2003, p. 153.

wetsvoorstel affectieschade in de toekomst niet wordt aangenomen en tot wet verheven. Ook met deze mogelijkheid wordt de huidige verklaring voor recht niet verruimd.

4.2.2. Aanbieden van excuses door de schadeveroorzaker

Wetenschappelijk onderzoek wijst uit dat zowel naasten als nabestaanden veel waarde hechten aan het aanbieden van excuses door de schadeveroorzaker.¹⁵⁴ Ook uit de literatuur blijkt dat excuses bij kunnen dragen aan de bevrediging van immateriële behoeften.¹⁵⁵ Daarnaast blijkt uit de psychologie dat het maken van excuses wordt gezien als erkenning van de schadeveroorzakende gebeurtenis en de verantwoordelijkheid hiervoor, uitleg over hetgeen is gebeurd en het vertonen van gevoelens zoals spijt, berouw en schaamte.¹⁵⁶ Tevens wordt gesteld dat de schadeveroorzaker door het maken van excuses laat zien dat hij weet dat hij een norm heeft geschonden en niet nogmaals hetzelfde gedrag zal vertonen.¹⁵⁷ Ook wordt gesteld dat het maken van excuses gevoelens van boosheid en wrok bij de benadeelden vermindert.¹⁵⁸ Tot slot hebben excuses, naast financiële compensatie, een zelfstandige toegevoegde waarde voor de verwerking van leed en verdriet van de benadeelden.¹⁵⁹

Aan het aanbieden van excuses door de schadeveroorzaker zou, met het oog op de bevrediging van de immateriële behoeften, dan ook meer aandacht moeten worden besteed.¹⁶⁰ Een lastig punt hierbij is of de schadeveroorzaker (door een rechter) kan worden gedwongen zijn excuses aan te bieden aan de benadeelde(n).¹⁶¹

Mijns inziens staat de vrijheid van meningsuiting hieraan in de weg. Excuses en erkenning van een normschending worden gezien als meningsuiting.¹⁶² Het gedwongen aanbieden van excuses is daarmee in strijd met de vrijheid van meningsuiting. Particulieren kunnen door de rechter daarom niet worden verplicht hun excuses aan te bieden aan het slachtoffer en/of diens naasten of nabestaanden.¹⁶³

Organisaties zouden naar mijn mening wel min of meer verplicht kunnen worden tot het aanbieden van excuses. De vrijheid van meningsuiting staat er niet aan in de weg organisaties te verplichten hun

¹⁵⁴ Huver e.a. 2007, p. 64-65, 81-82 en Akkermans e.a. 2008 p.2, 14-15, 38-42 en 71-73.

¹⁵⁵ Brenninkmeijer 2010, p. 4: Zelfs indien schadevergoeding is uitgekeerd, kan onvrede blijven bestaan indien immateriële behoeften zoals o.a. het aanbieden van excuses niet worden bevredigd.

¹⁵⁶ Lazare 2004, hoofdstuk 3, 4 en 5 (p. 44-133).

¹⁵⁷ Smith & Mackie 2007, p. 390 en Schnabel & Nadler 2008, p. 116-132.

¹⁵⁸ Ohbuchi, Kameda & Agarie 1989, p. 219-227, Bennett & Earwaker 1994, p. 457-464 en Gold & Weiner 2000, p. 291-300.

¹⁵⁹ Okimoto & Tyler 2007, p. 399-420

¹⁶⁰ Van Maanen 2003, p. 3-4 en Uijttenbroek e.a. 2008, p. 778-784: In dit onderzoek wordt zelfs een rechtsplicht voor het maken van excuses bepleit.

¹⁶¹ Uit de psychiatrie blijkt dat ook van excuses waarvan de oprechtheid in twijfel kan worden getrokken of waarbij deze geheel ontbreekt een herstellende werking kan uitgaan. Echter dient er in geval van niet oprechte excuses wel altijd sprake te zijn van erkenning van de normschending. Zie: Garvey 1998, p. 733-794 en Risen & Gilovich 2007, p. 418-433.

¹⁶² Uijttenbroek e.a. 2008, p. 783.

¹⁶³ Dit blijkt ook uit de rechtspraak, zie o.a.: Rb. Utrecht 14 juni 1994, KG 1994, 262; r.o. 4.8, Rb. Den Haag 15 november 2005, L/N: AU6396, Rb. Rotterdam 20 januari 2010, L/N: BL3232, Rb. Breda, 23 maart 2010, L/N: BL8517.

excuses aan te bieden, omdat een organisatie geen eigen mening is toebedeeld.¹⁶⁴ Daarbij komt dat het aanbieden van excuses door organisaties positief kan bijdragen aan het vertrouwen van de maatschappij in deze organisaties, waarvan zij op de lange termijn weer profijt kunnen hebben.

Bij het aanbieden van excuses is allereerst een belangrijke rol weggelegd voor verzekeraars.

Gedurende de behandeling en afhandeling van affectieschade krijgen benadeelden voornamelijk te maken met de verzekeraar van de schadeveroorzaker. Verzekeraars zouden de schadeveroorzaker (hun verzekerde) daarom moeten stimuleren tot het aanbieden van excuses of de excuses van de schadeveroorzaker moeten overbrengen aan de benadeelden.

Dit kan in de praktijk worden vormgegeven door hun verzekerden te stimuleren tot het aangaan van een persoonlijk gesprek met de benadeelden. In aansluiting op het in § 4.1 behandelde recht op vergoeding van affectieschade, kan hiervoor naast de aldaar beschreven gerechtelijke procedure gebruik worden gemaakt van mediation. Hiermee wordt de schadeveroorzaker de mogelijkheid geboden zijn excuses aan te bieden en openheid te geven over wat er precies is gebeurd. Tevens kan via mediation tegemoet worden gekomen aan de overige immateriële behoeften van benadeelden zoals hun verhaal kunnen doen en de schadeveroorzaker bewust maken van de consequenties van zijn handelen.¹⁶⁵ Ook indien geen behoefte bestaat aan een financiële vergoeding voor affectieschade, maar enkel aan de bevrediging van immateriële behoeften, dienen verzekeraars hun verzekerden te stimuleren tot het aangaan van een persoonlijk gesprek met de benadeelden. Dit is in dergelijke gevallen, het minste dat van de verzekeraar en de schadeveroorzaker kan worden verwacht, omdat geen schadevergoeding hoeft te worden uitgekeerd.

Naast een persoonlijk gesprek behoort, indien de benadeelden hierop geen prijs stellen, ook het sturen van een persoonlijke brief tot de mogelijkheden.

Daarnaast is een rol weggelegd voor de directie van een bedrijf om in geval van een bedrijfsongeval hun excuses aan te bieden aan de naasten of nabestaanden van de door het bedrijfsongeval ernstig blijvend gewond geraakte of overleden medewerker.

Tot slot is een belangrijke rol weggelegd voor ziekenhuizen en hun artsen in geval van een medische beroepsfout. Juist hierbij kunnen openheid over hetgeen is misgegaan en het aanbieden van excuses een grotere bijdrage leveren aan de verwerking van het leed en verdriet dan enkel een financiële vergoeding.¹⁶⁶ Het bieden van openheid over fouten en het aanbieden van excuses behoren dan ook

¹⁶⁴ Uijtttenbroek e.a. 2008, p. 783 "Organisaties hebben als zodanig inderdaad geen ziel, hun 'kennis' is een kwestie van juridische constructie, en ook met hun 'mening' ligt het anders dan bij natuurlijke personen.

¹⁶⁵ Akkermans e.a. 2008, p. 38-44 en p. 50-51.

¹⁶⁶ Zie: Du Perron 2003, p. 161, Legemaate 2007, p. 1-4 en Uijtttenbroek e.a. 2008, p. 783.

tot de verantwoordelijkheid van een arts.¹⁶⁷ Het is hierbij aan de Raad van Bestuur van het ziekenhuis hun artsen hiertoe te stimuleren c.q. verplichten.

Ten aanzien van het aanbieden van excuses en het bieden van openheid over gemaakte fouten zijn echter ook problemen te voorzien. Indien een schadeveroorzaker openheid geeft over wat er precies is gebeurd, erkent dat er een fout is gemaakt en hiervoor zijn excuses aanbiedt, wordt veelal verondersteld dat hiermee tevens de juridische aansprakelijkheid voor de schadeveroorzakende gebeurtenis wordt erkend.

Om te voorkomen dat hun verzekerden aansprakelijkheid erkennen voordat deze juridisch (na nader onderzoek) is vastgesteld, nemen verzekeringsmaatschappijen in hun polissen vaak een clause op welke de verzekerden¹⁶⁸ verbiedt aansprakelijkheid te erkennen tegenover de benadeelde(n). Het is echter de vraag hoe effectief een dergelijk door de verzekeraars in hun polissen opgenomen verbod is, nu art. 7:953 BW luidt: *“Indien een verzekering tegen aansprakelijkheid bepaalde erkenningen door de verzekerde verbiedt, heeft overtreding van dat verbod geen gevolg voor zover de erkenning juist is. Een verbod tot erkenning van feiten heeft nimmer gevolg.”* Ingevolge dit artikel mag een verzekerde open en eerlijk over de schadeveroorzakende gebeurtenis praten, zolang hij maar bij de feiten blijft. Bij een juiste erkenning van de aansprakelijkheid behoudt de verzekerde zijn recht op uitkering.¹⁶⁹ Een verbod op het erkennen van juiste feiten is daarmee in strijd met de openbare orde en de goede zeden.¹⁷⁰ Bij een juiste erkenning van de feiten is dit verbod dan ook ongeldig.

Ondanks dat het verzekerden ingevolge art. 7:953 BW vrij staat open over de feiten die hebben geleid tot de schadeveroorzakende gebeurtenis te praten en hiervoor hun excuses aan te bieden, is het voor veel van hen vaak niet duidelijk hoe het nu zit. Mogen zij hun fout nu erkennen en excuses maken of niet? Benadeelden willen immers dat de schadeveroorzaker zijn fout erkent en excuses aanbiedt, maar verzekeraars hebben dit liever niet. Vaak wordt door verzekerden dan ook aangenomen dat op hen een zwijgplicht rust. Dit leidt tot ongewenste situaties, omdat men zeer terughoudend zal zijn met het geven van openheid, het erkennen van verantwoordelijkheid en het maken van excuses.

Verzekerden moeten door hun verzekeraars mijns inziens worden gestimuleerd openheid te bieden over de schadeveroorzakende gebeurtenis, te erkennen dat er een fout is gemaakt, hiervoor spijt betuigen en hun excuses aanbieden. Een lastig punt hierbij zal zijn dat de grens tussen erkenning van

¹⁶⁷ Van de Vathorst 2000, p. 7-9 en Legemaate 2007, p. 1-4.

¹⁶⁸ Zowel particulieren als beroepsbeoefenaren (artsen e.d.), als organisaties (ziekenhuizen, bedrijven).

¹⁶⁹ *Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr.3, p. 26.*

¹⁷⁰ *Kamerstukken II 1999/00 19 529, nr.3, p. 32*

de feiten en erkenning van aansprakelijkheid flinterdun is.¹⁷¹ Verzekeraars moeten hun verzekerden er op dit punt daarom (via hun verzekeringspolissen) op wijzen enkel feiten te erkennen en zich niet uit te laten over de eventuele aansprakelijkheid hiervoor.¹⁷² Voor een oordeel omtrent de aansprakelijkheid en het eventueel uit te keren bedrag aan schadevergoeding kunnen benadeelden terecht bij juridische professionals die hier verder onderzoek naar zullen verrichten.¹⁷³ Op deze wijze worden geen verkeerde verwachtingen geschept bij de benadeelden.

Tot slot leeft onder naasten en nabestaanden van slachtoffers van een medische beroepsfout de behoefte eenzelfde fout in de toekomst voor anderen te voorkomen.¹⁷⁴ Deze behoefte ziet op verbetering van de kwaliteit van de zorgverlening binnen de zorginstelling waar de fout is gemaakt. Hiertoe hebben zij twee mogelijkheden: het indienen van een klacht bij de klachtencommissie van de zorginstelling waar de arts die verantwoordelijk is voor de fout werkzaam is of het dienen van een klacht over de arts bij een tuchtcollege.

Wanneer een klacht wordt ingediend bij een klachtencommissie, zal de commissie deze klacht onderzoeken en indien zij deze gegrond verklaard, aanbevelingen doen aan de Raad van Bestuur van om dergelijke fouten in de toekomst te voorkomen. Indien een klacht wordt ingediend bij een tuchtcollege, wordt onderzocht of de arts tekort is geschoten in de naleving van de tuchtnormen uit art 47 lid 1 sub a en b van de Wet BIG. Indien dit het geval is, kan het tuchtcollege afhankelijk van de ernst van de normschending een tuchtmaatregel aan de arts opleggen, zoals: een waarschuwing, berisping, geldboete, schorsing van de inschrijving in het BIG- register, gedeeltelijke ontzegging van de beroepsuitoefening en doorhaling van de inschrijving in het BIG- register. Sinds 1 juli 2012 worden alle tuchtmaatregelen, met uitzondering van de waarschuwing, die de Inspectie voor de Gezondheidszorg oplegt aan zorgverleners openbaar gemaakt.¹⁷⁵ Iedereen kan nu via het BIG-register kennis nemen van gemaakte fouten en de hiervoor opgelegde tuchtmaatregelen.

Voorgaande mogelijkheden zullen mijns inziens echter niet leiden tot kwaliteitsverbetering, indien door de Raad van Bestuur van het ziekenhuis waar de arts werkzaam is geen actie wordt ondernomen. Naar aanleiding van een ingediende klacht dient de Raad van Bestuur naar mijn mening in gesprek te gaan met de betreffende arts, eventueel tezamen met de overige medewerkers (o.a. artsen, arts-assistenten, verpleegkundigen) van de afdeling waarop de arts werkzaam is, waarin wordt besproken hoe de fout is ontstaan en hoe deze in de toekomst kan

¹⁷¹ Frenk 2006, p. 137.

¹⁷² Uit de rechtspraak blijkt dat zelfs het erkennen van aansprakelijkheid voor de schadeveroorzakende gebeurtenis door de rechter niet wordt meegewogen in zijn oordeel over de juridische aansprakelijkheid. Het erkennen dat er een fout is gemaakt, het betuigen van spijt en het aanbieden van excuses hiervoor moet daarom geen probleem zijn. Zie: Hof Arnhem, 2 december 2003, *LJN* AO0863.

¹⁷³ Frenk 2006, p. 137 en Leegemate 2007, p. 1-4.

¹⁷⁴ Huver e.a. 2007, p. 82 en Van Dijk & Van Mierlo 2009, p.70, 82 en 114.

¹⁷⁵ Zie hiervoor: <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2012/07/02/tuchtmaatregelen-openbaar.html>

worden voorkomen. Dit geldt eveneens ten aanzien van opgelegde tuchtmaatregelen. Indien een arts na een medische fout voor het tuchtcollege wordt gedaagd, dient een afschrift van de uitspraak te worden toegezonden aan de Raad van Bestuur van het ziekenhuis waar de arts werkzaam is. Aan de hand hiervan dient de Raad van Bestuur in gesprek te gaan met de bij de fout betrokken personen. Op deze wijze wordt de kwaliteit van de zorg in het ziekenhuis bewaakt en verbeterd. Overigens doet de Raad van Bestuur er beter aan de kwaliteit en veiligheid van de zorg in hun ziekenhuis voortdurende te bewaken en een beleid te voeren waarin medische fouten zoveel mogelijk worden voorkomen. Hiervoor dient vooral aandacht te worden besteed aan de communicatie en samenwerking.

4.3 Vergoeding van affectieschade vanuit de verzekeraars

Indien na de verwerping van het wetsvoorstel affectieschade, door de wetgever niet wordt voorzien in een wettelijke mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade (zoals betoogd in § 4.1), dient om alsnog aan de uit wetenschappelijk onderzoek gebleken behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden tegemoet te komen, te worden gezocht naar een andere oplossing.

Deze oplossing kan zijn voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade vanuit de (aansprakelijkheids) verzekeraars.¹⁷⁶ Na de verwerping van het wetsvoorstel waren namelijk ook de verzekeraars van mening dat aan de maatschappelijk gevoelde behoefte aan een recht op vergoeding van affectieschade tegemoet moest worden gekomen.¹⁷⁷ Probleem hierbij is dat bij een recht op vergoeding van affectieschade vanuit de verzekeraars dit recht niet wettelijk is vastgelegd, waardoor verzekeraars niet verplicht zijn hierin te voorzien. Allereerst dient daarom te worden voorzien in een wettelijke regeling waarin verzekeraars worden verplicht tot vergoeding van affectieschade. Vergoeding van affectieschade overlaten aan zelfregulering is niet wenselijk, omdat verzekeraars in dat geval niet verplicht zijn tot vergoeding.

Een lastig punt bij de invulling van deze regeling, is dat verzekeraars andere belangen en behoeften hebben bij een recht op vergoeding van affectieschade dan naasten en nabestaanden. Verzekeraars hebben belang bij een regeling met vaste bedragen en een vaste kring van gerechtigden, waardoor de stijging van de verzekeringspremies voor hen gemakkelijk is te berekenen en de regeling beheersbaar is. Hiermee wordt echter niet tegemoetgekomen aan de behoeften van naasten en nabestaanden. Het uitkeren van vaste bedragen aan een vaste kring van gerechtigden, waarbij geen rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden, draagt namelijk niet bij aan hun verwerkingsproces. Onder naasten en nabestaanden leeft dan ook de behoefte dat er rekening

¹⁷⁶ O.a. verzekeraars van autoverzekeringen, aansprakelijkheidsverzekeringen voor particulieren, beroepsbeoefenaren en bedrijven.

¹⁷⁷ Kuipers 2010, p. 133 en 10^e PIV Jaarconferentie 2010, p. 5.

wordt gehouden met de individuele omstandigheden van het geval. Bij het opstellen van een regeling ter vergoeding van affectieschade vanuit de verzekeraars dient daarom te worden gezocht naar de gulden middenweg tussen de behoeften en belangen van de verzekeraars en die van naasten en nabestaanden. Hiervoor zullen compromissen moeten worden gesloten.

Het eerst punt waarop dient te worden gezocht naar een compromis betreft de gevallen waarin een recht op vergoeding van affectieschade kan bestaan. Verzekeraars geven aan alleen tot vergoeding van affectieschade over te willen gaan in geval van overlijden van een naaste en niet in geval van ernstig blijvend letsel.¹⁷⁸ Hiermee willen zij de onduidelijkheid rondom het begrip 'ernstig blijvend letsel' omzeilen. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt daarentegen dat zowel naasten (in geval van ernstig blijvend letsel) als nabestaanden (in geval van overlijden) behoefte hebben aan een recht op vergoeding van affectieschade.¹⁷⁹

Aan deze behoeften kan mijns inziens tegemoet worden gekomen, door toch te voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade zowel in geval van overlijden als in geval van ernstig blijvend letsel van een naaste. Voor het recht op vergoeding in geval van ernstig blijvend letsel zal hierbij, net zoals betoogd in § 4.1, in samenspraak met medische deskundigen in een AMvB worden vastgelegd welk letsel onder het begrip 'ernstig blijvend letsel' valt. Op deze manier wordt zowel tegemoet gekomen aan de behoefte van de benadeelden aan een recht op vergoeding in geval van overlijden en ernstig blijvend letsel, als aan de behoefte van de verzekeraars aan een helder afgebakende beheersbare regeling. Het risico dat er bij een dergelijke aanpak altijd naasten buiten de boot zullen vallen omdat het letsel van hun naaste niet in de AMvB is opgenomen, dient hierbij voor lief te worden genomen. Hier staat namelijk tegenover dat met deze regeling ook een recht op vergoeding van affectieschade bestaat in geval van ernstig blijvend letsel.

Het tweede punt waarop een compromis moet worden gesloten betreft de kring van gerechtigden. Bij het vaststellen van de kring van gerechtigden kan worden aangesloten bij de kring van gerechtigden zoals uitgewerkt in § 4.1. Ook bij een recht op vergoeding van affectieschade vanuit de verzekeraars, dient de kring van gerechtigden te bestaan uit naasten en nabestaanden die in een nauwe gezinsrelatie of een daarmee vergelijkbare relatie staan tot het slachtoffer, zodat er sprake is van family life in de zin van art. 8 EVRM.

De hardheidsclausule uit § 4.1 kan door verzekeringsmaatschappijen niet worden gehanteerd, omdat zij hierover niet zoals een rechter onafhankelijk en objectief kunnen oordelen. Verzekeraars hebben uit kostenperspectief namelijk belang bij een zo klein mogelijke kring van gerechtigden. Een hardheidsclausule blijft daarom in deze regeling buiten beschouwing. Hierdoor zal bij een recht op

¹⁷⁸ Kuipers 2010, p. 133 en 10^e PIV Jaarconferentie, 2010, p. 5.

¹⁷⁹ Akkermans e.a. 2008, p. 34-37.

vergoeding van affectieschade vanuit de verzekeraars sprake zijn van een vaste kring van gerechtigden. Hiertegen valt aan te voeren dat er altijd personen zullen zijn, die wel een nauwe affectieve relatie hebben met het slachtoffer, maar niet behoren tot de vastgelegde kring van gerechtigden, waardoor zij buiten de boot vallen. Mijns inziens moet ook dit risico voor lief worden genomen. In de hier voorgestelde regeling wordt namelijk een zodanig ruime kring van gerechtigden gehanteerd dat de benadeelden met de meest affectieve band in aanmerking komen voor vergoeding. Tegelijkertijd wordt hiermee tegemoet gekomen aan behoefte van de verzekeraars aan een vastomlijnde kring van gerechtigden.

Het derde punt van compromis betreft de vaststelling van de uit te keren bedragen. Aan de behoefte van naasten en nabestaanden dat er bij de vaststelling van de uit te keren bedragen rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van het geval, kan tegemoet worden gekomen door het opstellen van een tabel met hierin per geval weergegeven bedragen. In tegenstelling tot de tabel uit § 4.1, zal in deze tabel niet worden gewerkt met bandbreedtes, maar met vast bedragen waarin differentiatie wordt aangebracht. Hierbij kan differentiatie worden aangebracht in de uit te keren bedragen aan de hand van de in § 4.1 opgesomde objectieve criteria.

Ondanks dat in deze regeling wordt gewerkt met vaste bedragen, wordt door de voorgestelde differentiatie toch voor zover mogelijk rekening gehouden met de individuele omstandigheden van het geval. Tevens wordt hiermee tegemoet gekomen aan de behoefte van de verzekeraars aan een duidelijke en beheersbare regeling, omdat wordt gewerkt met objectieve criteria en vaste bedragen.

Ten aanzien van de hoogte van de vergoeding voor affectieschade werd door de verzekeraars na verwerping van het wetsvoorstel al aangegeven dat zij zich in de in het wetsvoorstel gehanteerde bedragen konden vinden.¹⁸⁰ In het verworpen wetsvoorstel lagen de uit te keren bedragen tussen de € 12.500 en € 17.500.¹⁸¹ Aan de hand van deze bedragen kan door de verzekeraars invulling worden gegeven aan de voorgestelde tabel.

Met de hiervoor uiteengezette regeling wordt een oplossing geboden waarmee wordt getracht zowel aan de behoeften van naasten en nabestaanden als die van de verzekeraars tegemoet te komen. Omdat met deze regeling niet optimaal aan de behoeften van naasten en nabestaanden tegemoet kan worden gekomen, is hierbij de bevrediging van hun immateriële behoeften nog belangrijker.

Aan de bevrediging van deze immateriële behoeften kan tegemoet worden gekomen vanuit de verzekeraars door de schadeveroorzaker (hun verzekerde), te stimuleren tot het aangaan van een gesprek met deze benadeelden in het bijzijn van een onafhankelijke derde, die indien nodig sturing

¹⁸⁰ *Kamerstukken I 2010*, 28781, Nota van toelichting bij 28781 ek-H.

¹⁸¹ Deze bedragen komen eveneens overeen met hetgeen betoogd in § 4.1: bedragen onder de € 20.000.

kan geven aan het gesprek.¹⁸² De benadeelden wordt hierdoor de gelegenheid geboden hun verhaal te doen en de schadeveroorzaker duidelijk te maken wat de consequenties van het ongeval zijn voor hen. Tevens wordt de schadeveroorzaker de gelegenheid geboden medeleven te betuigen, uit te leggen wat er precies is gebeurd, zijn fout te erkennen en excuses aan te bieden. Naast een persoonlijk gesprek behoort, indien de benadeelden hierop geen prijs stellen, ook het sturen van een persoonlijke brief tot de mogelijkheden.

Wanneer de verzekeraars meer aandacht besteden aan de bevrediging van deze immateriële behoeften, werkt dit voor hen op de lange termijn kostenbesparend, omdat naasten en nabestaanden genoeg zullen nemen met de lagere symbolische bedragen aan schadevergoeding en in sommige gevallen zelfs helemaal geen behoefte zullen hebben aan een financiële vergoeding.

Indien tevens wordt voorzien in een op zichzelf staande mogelijkheid voor naasten en nabestaanden tot het vorderen van een verklaring voor recht zoals uiteengezet in § 4.2.1 wordt ook hiermee tegemoet gekomen aan de bevrediging van de immateriële behoeften.

¹⁸² Deze onafhankelijke derde zal gevonden worden in de persoon van een jurist of mediator.

5. Conclusies

In het huidige Nederlandse rechtsstelsel kunnen naasten en nabestaanden slechts in twee uitzonderingsgevallen, zoals uiteengezet in het Oogmerk- en het Taxibus-arrest, een eigen aanspraak op vergoeding van immateriële schade geldend maken op grond van een 'zelfstandig' jegens hen gepleegde onrechtmatige daad. Omdat in geval van affectieschade de schade van derden wordt veroorzaakt door het verdriet om het letsel of overlijden van een naast familielid en niet door de onrechtmatige daad die tot dit letsel of overlijden heeft geleid, is er geen sprake van een 'zelfstandig' jegens hen gepleegde onrechtmatige daad. Als gevolg hiervan is vergoeding van affectieschade in ons huidige rechtsstelsel niet mogelijk.

Naar aanleiding van de uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek van het IGER en de bevindingen uit de psychologie en de psychiatrie staat voor mij vast, dat voor de verwerking van het leed en verdriet, voor naasten en nabestaanden een recht op vergoeding van affectieschade moet bestaan. Nu na de verwerping van het wetsvoorstel affectieschade op dit moment hiertoe geen mogelijkheid bestaat luidt de centrale onderzoeksvraag van deze scriptie als volgt:

Welke mogelijkheden bestaan er, om na verwerping van het wetsvoorstel affectieschade, alsnog aan de uit wetenschappelijk (empirisch) onderzoek gebleken behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden omtrent een recht op vergoeding van affectieschade tegemoet te komen?

Ter beantwoording van deze vraag is allereerst in hoofdstuk 3 bekeken van nu precies de behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden zijn, waarin met een recht op vergoeding van affectieschade moet worden voorzien. Uit dit hoofdstuk blijkt dat ten aanzien van een recht op vergoeding van affectieschade zowel behoefte bestaat aan een financiële vergoeding als aan bevrediging van de immateriële behoeften. Ook zullen er altijd naasten en nabestaanden zijn die geen behoefte hebben aan een financiële vergoeding, maar enkel bevrediging van hun immateriële behoeften wensen.

Voor het verwerkingsproces van naasten en nabestaanden blijkt vooral de bevrediging van de volgende immateriële behoeften essentieel:¹⁸³

- Erkenning van het leed en verdriet ten gevolge van het overlijden of ernstig blijvend letsel van een naast familielid.
- Te weten komen wat er precies is gebeurd (wat tot de onrechtmatige daad heeft geleid) en wie hiervoor verantwoordelijk is.
- Dat de schadeveroorzaker zijn fout (en de aansprakelijkheid hiervoor) erkent.

¹⁸³ Akkermans e.a. 2008, p. 42.

- Dat de schadeveroorzaker zijn excuses aanbiedt, medeleven toont en zich de gevolgen van het ongeval voor de naasten en nabestaanden realiseert.
- Vaststelling van de juridische aansprakelijkheid van de schadeveroorzaker door de rechter (of een andere instantie).
- Dat actie wordt ondernomen om soortgelijke schadeveroorzakende gebeurtenissen in de toekomst te voorkomen.

Daarnaast blijken zowel naasten als nabestaanden er behoefte aan te hebben dat er bij de vaststelling van de uit te keren bedragen en de kring van gerechtigden rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van het geval.

Om tegemoet te komen aan de voorgenoemde behoeften van naasten en nabestaanden zijn in deze scriptie de volgende mogelijkheden uitgewerkt:

1. Herzien en het opnieuw indienen van het verworpen wetsvoorstel affectieschade.
2. Andere vormen van compensatie dan een financiële vergoeding: een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening en het aanbieden van excuses.
3. Vergoeding van affectieschade vanuit de aansprakelijkheidsverzekeraars.

Na de uitwerking van deze mogelijkheden kom ik tot de conclusie dat de best mogelijke manier om aan de behoeften en verwachtingen van naasten en nabestaanden tegemoet te komen een combinatie van de eerste twee mogelijkheden is.

Met het herziene wetsvoorstel wordt allereerst tegemoet gekomen aan de maatschappelijke behoefte aan een recht op vergoeding van affectieschade zowel in geval van overlijden als in geval van ernstig blijvend letsel van een naast familielid.

Daarnaast wordt in deze mogelijkheid rekening gehouden met de individuele omstandigheden van het geval. De kring van gerechtigden wordt namelijk ingevuld aan de hand van het begrip family life uit art. 8 EVRM, waardoor deze bestaat uit personen die in een nauwe gezinsrelatie of een daarmee vergelijkbare relatie staan tot het slachtoffer. Om te voorkomen dat personen die wel een nauwe affectieve relatie hebben met het slachtoffer, maar niet behoren tot de kring van gerechtigden hier buiten zullen vallen, wordt een hardheidsclausule toegevoegd.

Ook zal de vaststelling van de uit te keren bedragen geschieden aan de hand van objectieve criteria, waardoor rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van het geval. Aan de hand van deze criteria kan de rechter in combinatie met een tabel met hierin per categorie van gerechtigden opgenomen bandbreedtes met maximumbedragen bepalen en motiveren welke benadeelden in welke geval recht hebben op welk bedrag aan schadevergoeding. Naast deze financiële vergoeding wordt naasten en nabestaanden de mogelijkheid geboden hun immateriële

behoefden te bevredigen. Met het recht op vergoeding voor affectieschade wordt hierbij allereerst voorzien in de behoeften aan waarheidsvinding en erkenning van verantwoordelijkheid. Tevens kan naast de gerechtelijke procedure inzake het recht op vergoeding van affectieschade gebruik worden gemaakt van mediation. Daarnaast wordt naast en nabestaanden die geen behoefte hebben aan een financiële vergoeding de mogelijkheid geboden hun immateriële behoeften te bevredigen via een verklaring voor recht. In plaats van mediation kan hen voor de bevrediging van hun overige immateriële behoeften door de verzekeraar van de schadeveroorzaker de mogelijkheid worden geboden tot het aangaan van een persoonlijk gesprek met deze persoon. Mocht het in deze mogelijkheid voorgestelde systeem op dit moment te vooruitstrevend zijn, waardoor de wetgever het op dit moment (nog) niet aandurft een wettelijk recht op vergoeding van affectieschade in te voeren, dient naar mijn mening toch te worden voorzien in een recht op vergoeding van affectieschade. Ook de verzekeraars zijn deze mening toebedeeld. Oplossing hiervoor is een recht op vergoeding van affectieschade gecreëerd door de verzekeraars.

Het punt bij deze mogelijkheid is dat indien verzekeraars over gaan tot het opstellen van een regeling ter vergoeding van affectieschade, er sprake zal zijn van een systeem met een vaste kring van gerechtigden en vaste bedragen. Hierdoor kan niet optimaal tegemoet worden gekomen aan de behoefte van naasten en nabestaanden dat er rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van het geval. Gevolg hiervan is dat er compromissen moeten worden gesloten om ten aanzien van de vergoeding van affectieschade te voorzien in een gulden middenweg.

Gezien de voorgaande conclusies dient het verworpen wetsvoorstel affectieschade naar mijn mening te worden herzien en opnieuw te worden ingediend. Waarna deze herziene versie van het wetsvoorstel wel moet worden aangenomen en tot wet verheven. Met een in de wet vastgelegd recht op vergoeding van affectieschade wordt namelijk zowel tegemoet gekomen aan de maatschappelijke behoefte aan een recht op vergoeding van affectieschade als aan de overige (immateriële) behoeften van naasten en nabestaanden. Daarnaast zal dit recht de behoefte van naasten en nabestaanden de grenzen van het huidige wettelijke stelsel te verkennen en verleggen om vergoeding van affectieschade alsnog mogelijk te maken doen afnemen.

Wanneer een recht op vergoeding van affectieschade om welke reden dan ook niet bij wet wordt geregeld rest slechts de 'second best' oplossing: een door de aansprakelijkheidsverzekeraars gecreëerde mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade. Doordat met deze mogelijkheid niet optimaal aan de behoeften van naasten en nabestaanden tegemoet kan worden gekomen, zal onder hen de drang blijven bestaan tot het starten van gerechtelijke procedures hieromtrent.

Literatuurlijst

Ales 2009

A. Ales, 'Affectie- en shockschade; strikte hantering confrontatie-eis', *PIV- Bulletin* 2009-7, p. 9-11.

Asser/Vranken 2008 (III)

J.B.M. Vranken, *Algemeen deel III, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel, studenteneditie ten behoeve van het vak Algemene rechtsleer, Universiteit Utrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Barendrecht 2003

J.M. Barendrecht, 'Jeffrey-arrest', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003.

Barendrecht, Kamminga & Van Zeeland 2006.

J.M. Barendrecht, Y.P. Kamminga & C. van Zeeland, 'Gedragscode Behandeling Letselschade, Goede praktijken bij het regelen van schade', Tilburg 2006.

(<<http://www.deletselschaderaad.nl/library/repository/GedragscodeBehandelingLetselschadeVersie1.0.pdf>>).

Bennett & Earwaker 1994

M. Bennett & D. Earwaker, 'Victims; Responses to Apologies: the effects of offender Responsibility and Severity of Offense', *Journal of Social Psychology* 1994-134, p. 457-464.

Van den Berg & Damminga 2002

J. van den Berg en S. Damminga, 'Geld maakt niet gelukkig', *Ars Aequi* 2002-5, p. 313.

Bolt & Lensing 1993

A.T. Bolt, J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1993.

Brenninkmeijer 2010

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Excuses in het openbaar bestuur', *Nationale ombudsman, Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 2010-3, p. 1-11. (<<http://www.nationaleombudsman-nieuws.nl/boeken-en-artikelen>>).

Van Dam 1991

C.C. van Dam, 'Smartengeld in Europees perspectief: het verdriet van Europa'. *Tijdschrift voor Consumentenrecht* 1991- 2, p. 92-107.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, 'Emotioneel belang en affectieschade', *Verkeersrecht* 2000-3, p. 73-75.

Van Dam 2003a

C.C. van Dam, 'Smartengeld voor affectieschade en shockschade' in: M. Jansen, *Smartengeld uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2003.

Van Dam 2003b

C.C. van Dam, 'Acces to Justice en immaterieel belang', in: G. van Maanen, *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Emaus 2011

P.B. Emaus, 'De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het Vilt-arrest', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2011- 2, p. 63-71.

Engelhard 2008

E.F.D. Engelhard, 'Visie op (de rechtspraak over) de Taxibus-criteria conform recente klinische inzichten', *Vermogensrechtelijke analyses* 2008-1, p. 20-46.

Engelhard & Engelhard 2008

E.F.D. Engelhard & I.M. Engelhard, 'Schokschade', In: I. Giessen, A.J. Verheij & W.H. van Boom (Eds.), *Gedrag en Privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Frenk 2006

N. Frenk, 'De loslippige arts', *Aansprakelijkheid Verzekering & Schade* 2006-22, p. 137-138.

Garvey 1998

S.P. Garvey, 'Can shaming punishments educate?' *The University of Chicago Law Review* 1998- 65(3), p. 733-794.

Giesen 2003

I. Giessen, 'Baby Joost (HR 8 september 2000, NJ 200, 734 nt. ARB)', in: *De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001

I. Giessen, Y.P. Kamminga & J.M. Barendrecht, 'Normering van schadevergoeding door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten', in: Faure & Hartlief, *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.

Gold & Weiner 2000

G.J. Gold & B. Weiner, 'Remorse, confession, group identity, and expectancies', *Basic and Applied Social Psychology* 2000- 22, p. 291-300.

Gras 2006

E. Gras, 'De belang-eis van art 3:303 BW als formele regel of als kader voor substantiële toetsing?' In: A.F. Salomons en G.J.P. de Vries, *Pro forma? (Opstellen over de rol van formele regels en vormvoorschriften in het Privaatrecht)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Green 2000

B.L. Green, 'Traumatic Loss: conceptual and empirical links between trauma and bereavement', *Journal of Personal and Interpersonal Loss*, 2000-5(1), p. 1-17.

Haas 2010

D. Haas, 'Een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening. Heeft de Hoge Raad de deur opengezet?' *Nieuwsbrief Maandblad voor Vermogensrecht* 2010-6, p. 158-162.

Hartlief 2000

T. Hartlief, 'Baby Joost en het verdriet van Nederland' *Ars Aequi* 2000-12, p. 863- 873.

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'Affectieschade: vergoeden of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van het leed van naasten', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2003-2, p. 72-82.

Hartlief 2004

T. Hartlief, 'Affectieschade en 50 jaar Verkeersrecht. Enkele opmerkingen over een wetsvoorstel naar aanleiding van een jubileum', *Verkeersrecht* 2004-1, p. 1-6.

Den Hollander 2002

H.J. den Hollander, 'Affectie, shock en geld', *Tijdschrift voor Personenschade* 2002-2, p. 33-42.

Kaptein 1998

H.J.R. Kaptein, 'Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid', In: N.F. van Manen en R.H. Stutterheim, *Wie draagt de schade?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 81-94.

Kottenhagen 1998

R.J.P. Kottenhagen, 'Vergoeding van immateriële schade; een rechtsgebied in een stroomversnelling?' *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1998-5, p. 137-142.

Kuipers 2010

Lars Kuipers, 'Verzekeraars onderzoeken mogelijkheid regeling buiten wet, Verbijstering over afwijzing wetsvoorstel affectieschade', *Advocatenblad* 2010-5, p. 132-133.

Lazare 2004

A. Lazare, *On Apology*, New York: Oxford University Press 2004.

Legemaate 2007

J. Legemaate, 'Recht op informatie over fouten van artsen', *Tijdschrift voor vergoeding Personenschade* 2007-1, p. 1-4.

Lehman, Wortman & Williams 1987

D.R. Lehman, C.B. Wortman en A.F. Williams, 'Long-term effects of losing a spouse or child in a motor vehicle crash', *Journal of Personality and Social Psychology* 1987- 52(1), p. 218-231.

Lichtenthal, Cruess & Prigerson 2004

W.G. Lichtenthal, D.G. Cruess & H.G. Prigerson, 'A case for establishing complicated grief as a distinct mental disorder in DSM-V', *Clinical Psychological Review* 2004-24, p. 637-662.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (dissertatie Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Lindenbergh 2001

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten, tijd voor een wettelijke regeling', *Nederlands Juristenblad* 2001-2, p. 61-66.

Lindenbergh 2008a

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld 10 jaar later*, Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh 2008b

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld voor naasten: de rechter heeft zijn werk gedaan en de wetgever moet de klus afmaken', *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2008-36, p. 225-263, ook uitgegeven via: Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam Institute of Private Law Accepted Paper Series, p. 1- 16.

(<<http://repub.eur.nl/res/pub/14186/S.D.%20Lindenbergh,%20Smartengeld%20voor%20naasten.pdf>>).

Van Maanen 1999

G.E. Van Maanen, 'Een arrest dat shockeert: HR 9 oktober 1998', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1999-2, p. 47- 49.

Van Maanen 2002

G.E. van Maanen, 'Het shockschade-arrest van 22 februari 2002', *Nederlands Juristenblad* 2002-23, p. 1102 e.v.

Van Maanen 2003

G.E. van Maanen, *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003.

Nieskens-Isphording 1999

B.M.W. Nieskens-Isphording, 'Het vermogensrecht, de Hoge Raad en de emotie van Van Maanen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1999-5, p.137-138.

Ohbuchi, Kameda & Agarie 1989

K. Ohbuchi, M. Kameda & N. Agarie, 'Apology as aggression control: Its role in mediating appraisal and response to harm', *Journal of Personality and Social Psychology* 1989-56, p. 219-227.

Okimoto & Tyler 2007

T.G. Okimoto & T.R. Tyler, 'Is compensation enough? Relational concerns in responding to unintended inequity', *Group Processes & Intergroup Relations* 2007-10(3), p. 399-420.

Van Osrouw 2004

E.M. van Osrouw, 'Wetsvoorstel affectieschade: algemene erkenning of individuele veronachtzaming van het leed van de nabestaande?' *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* 2004-3, p. 108-112.

Du Perron 2003

C.E. Du Perron, *Het opstandige slachtoffer, Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Deventer: Kluwer 2003.

10^e PIV Jaarconferentie 2010

10^e PIV Jaarconferentie; 'In de schaduw van het slachtoffer': *PIV bulletin* 2010-3, p. 4-7.

Reehuis & Slob 1990

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Rijnhout 2010

R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Eerste Kamer', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2010-2, p. 37-41.

Rijnhout & Giesen 2011

R. Rijnhout & I. Giesen, 'Rechtelijke 'ongehoorzaamheid' en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock- en affectieschade keren?', *Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie* 2011-1, p. 35-37.

Risen & Gilovich 2007

J. L. Risen & T. Gilovich, 'Target and observer differences in the acceptance of questionable apologies', *Journal of Personality and Social Psychology* 2007- 92(3), p. 418-433.

Rondinelli, Genovese & Bringham 2008

R. Rondinelli, E. Genovese & C.R. Bringham, *Guides to the Evaluation of Permanent Impairment*, 6th Revised edition, Chicago: American Medical Association 2008.

Schnabel & Nadler 2008

N. Schnabel & A. Nadler, 'A Needs-Based Model of Reconciliation: Satisfying the Differential Emotional Needs of Victim and Perpetrator as a key to Promoting Reconciliation' *Journal of Personality and Social psychology* 2008 94-1, p. 116-132.

Schreuder 2009

L. Schreuder, 'Smartengeld in het buitenland, overzicht van de richtlijnen voor smartengeld in diverse Europese landen', in: *Smartengeld*, Den Haag: ANWB 2006.

Schut e.a. 1991

H. Schut, J. de Keijser, J. van den Bout & J. Dijkhuis, 'Post-traumatic stress symptoms in the first year of conjugal bereavement', *Anxiety Research* 1991-4(3), p. 225-234.

Smith & Mackie 2007

E.R. Smith & D.M. Mackie, *Social Psychology (3rd edition)*, Philadelphia: Psychology Press 2007.

Stolker 1995

C.J.J.M. Stolker, 'Straffen met privaatrecht – of juist verzoenen?' in: A.M. Hol & C.J.J.M. Stolker, *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995.

Stroebe e.a. 2000

M. Stroebe, M. van Son, W. Stroebe, R. Kleber, H. Schut & Jan den Bout, 'On the classification and diagnosis of pathological grief', *Clinical Psychology Review* 2000-22, p. 57-75.

Suurmond & Velthoven

G. Suurmond & B.C.J. van Velthoven, 'Vergoeding van affectieschade: te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers', *Nederlands Juristenblad* 2005-37, p. 1934-1936. Dit tijdschriftartikel betreft een samenvatting van de volledige tekst waarvoor in het artikel een link wordt gegeven: <http://media.leidenuniv.nl/legacy/bvv-2005-01.pdf>, p. 1-12.

Van Tilburg 2008

W. van Tilburg, 'Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater, Beschouwing n.a.v. het wetsontwerp affectieschade Beschouwing tijdens het symposium affectieschade', in: T.I. Oei en L.H.W.M. Kaiser, *Forensische psychiatrie onderweg, in de spiegel kijken naar het verleden en koersen naar de toekomst*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Uijttbroek 2008

E.M. Uijttbroek, A.J. Akkermans, J.E. Hulst & K.A.P.C. van Wees, 'Excuses in het privaatrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2008-6772, p. 778-784.

Van 2000

A.J. Van, 'Recente ontwikkelingen op het gebied van de vergoeding van immateriële schade', in: P. Kottenhagen-Edzes, *Immateriële schade; tendensen en wensen*, Antwerpen: Intersentia 2000.

Van & Reijnen 2002

A.J. Van en F.B. Reijnen, 'De begroting van affectieschade', *Verkeersrecht* 2002-2, p. 37-41.

Van de Vathorst 2000

S. van de Vathorst, *Arts en omgaan met fouten*, Utrecht: Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) 2000.

(<<http://knmg.artsennet.nl/Publicaties/KNMGpublicatie/Arts-en-omgaan-met-fouten-2000.htm>>).

Verheij 1998

A.J. Verheij, 'Vergoeding van affectieschade', *Nederlands Tijdschrift Burgerlijk Recht* 1998-9, p. 324-332.

Vos & Dans 2006

H. Th. Vos & E. Dans, 'Vergoeding van shockschade na het Kindertaxi-arrest', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2006-4, p. 111-116.

Van Wees e.a. 2007

K.A.P.C. van Wees, R.M.E. Huver, H. Elffers, A.J. Akkermans, 'Meer dan geld alleen. Resultaten van een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht', *Ars Aequi* 2007-11, p. 852-861.

Wijnakker 2010

C.P.J. Wijnakker, 'Vergoeding van affectieschade: via het EVRM ook in Nederland mogelijk', *Verkeersrecht* 2010-11, p. 313-315.

Van Zeben, Du Pon & Olthof 1981

C.J. van Zeben, J.W. Du Pon & M.M. Olthof,), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Rapporten:**Akkermans e.a. 2008**

A.J. Akkermans, J.E. Hulst, E.A.M. Claassen, A. ten Boom, N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en D.J. Bruinvels: *Slachtoffers en aansprakelijkheid: Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en*

ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel II Affectieschade, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) 2008.
(<http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/affectieschade.aspx>).

Van Dijk & Van Mierlo 2009

J.J.M. van Dijk & F. van Mierlo, *Leemten in de slachtofferhulpverlening: Resultaten van een verkennend, kwalitatief onderzoek onder verschillende categorieën gedupeerden van ingrijpende gebeurtenissen*, Tilburg: The International Victimology Institute Tilburg (INTERVICT) 2009.
(http://dbiref.uvt.nl/iPort?request=full_record&db=wo&language=eng&query=doc_id=3831847)

Huiver e.a. 2007

R.M.E. Huiver, A.J. Akkermans, N.A. Elbers & K.A.P.C. van Wees: *Slachtoffers en aansprakelijkheid: Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, Deel I Terreinverkenning*, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) 2007.
(<http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/slachtoffers-en-aansprakelijkheidsrecht.aspx>).

Kamerstukken:

Kamerstukken II 1985/86, 19 529, nr.3.

Kamerstukken II 1999/00 19 529, nr.3.

Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. A.

Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 3.

Kamerstukken II 2002/03, 28 781, nr. 5.

Kamerstukken II 2003/04, 28 781, nr. 9.

Handelingen II 2004/05, 28 781, 60.

Handelingen II 2004/05, 28 781, 62.

Kamerstukken I 2005/06, 28 781, nr. C.

Kamerstukken I 2005/06, 28 781, nr. D.

Kamerstukken I 2009/10, 28781, Nota van toelichting bij 28781 ek-H.

Handelingen I 2005/06, 28 781, 38.

Handelingen I 2008/09, 28 781, 34.

Handelingen I, 2009/10, 28 781, 21.

Handelingen I 2009/10, 28 781, 23.

Jurisprudentie:

Hoge Raad:

HR 8 april 1984, *NJ* 1984, 717 (*Van der Heijden/Holland*).

HR 6 november 1987, *NJ* 1988, 829.

HR 10 maart 1989, *NJ* 1990, 24.

HR 23 maart 1990, *NJ* 1991, 149 en 150.

HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 134 (*Kraaiende hanen*).

HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (*Wrongful birth*).

HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 (*Kip en Sloetjes/ Raiffeisen-Boerenleenbank*).

HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 778 (*Kramer/ABN-AMRO*).

HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998, 853 (*Jeffery*).

HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 63 (*Baby Joost*),

HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (*Taxibus*).

HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 (*Vilt*). Zie voor de noot van J.B.M. Vranken bij dit arrest:

(<<http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=113373>> .

Gerechtshof:

Hof Arnhem, 2 december 2003, *LJN* AO0863.

Hof 's-Gravenhage 14 november 2006, *LJN*: AZ4455.

Hof Arnhem, 22 mei 2007, *LJN*: BA5776.

Hof 's- Hertogenbosch, 19 juni 2012, *LJN*: BW8927.

Rechtbank:

Rb. Utrecht 14 juni 1994, *KG* 1994, 262.

Rb. Haarlem 2 april 2003, VR 2005/74.

Rechtbank Middelburg 25 juni 2003, *LJN*: AH9234.

Rb. Almelo, 13 januari 2004, *VR* 2005/4.

Rb. Den Haag 15 november 2005, *LJN*: AU6396.

Rb. Arnhem, 16 mei 2007, *LJN*: BA6358.

Rb. Rotterdam 20 januari 2010, *LJN*: BL3232.

Rb. Breda, 23 maart 2010, *LJN*: BL8517.

Rb. Rotterdam, 8 februari 2012, *LJN*: BW6299.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM):

EHRM 28 mei 1985, nr. A-94, par. 62 (*Abdulaziz/verenigd Koninkrijk*).

EHRM 18 december 1986, nr. A 112, par. 56; *NJ* 1989, 97 (*Johnston/Ierland*).

EHRM 13 juni 1997, nr. A 31, par. 45, *NJ* 1980/462 (*Marckx/België*).

EHRM: 13 juli 2004, nr. 69498/01 (*Pla en Puncernau/Andorra*).

Websites:

<http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2012/07/02/tuchtmaatregelen-openbaar.html>