

# Scriptie

De vergoeding van immateriële schade die gelegen is  
in het letsel of verlies van een dierbare naaste  
vanuit nationaal, rechtsvergelijkend en Europees  
perspectief.



De betekenis van de rechtsontwikkelingen op Europees niveau  
voor Nederlandse nabestaanden en naasten

M.M. van Essen  
Studentnummer: 1553348  
Email: m.m.vanessen@student.vu.nl

Master Rechtsgeleerdheid  
Afstudeerrichtingen Privaatrecht & Internationaal en Europees Recht

Scriptiebegeleider privaatrecht: A.J. Akkermans  
Tweede lezer Internationaal en Europees Recht: J.W. Sap  
9 september 2011

De vergoeding van immateriële schade die gelegen is  
in het letsel of verlies van een dierbare naaste  
vanuit nationaal, rechtsvergelijkend en Europees  
perspectief.

De betekenis van de rechtsontwikkelingen op Europees niveau  
voor Nederlandse nabestaanden en naasten

*Voor Dillon,*

*Dagen vol met pijn en verdriet,  
waarvan je wilt dat niemand ze ziet.*

*Je bent dierbare mensen verloren,  
hoe kon een persoon jullie leven zo verstoren.*

*Je had niet eens afscheid kunnen nemen,  
binnen een paar tellen waren ze verdwenen.*

*Maar wij zijn er voor je elk moment,  
omdat je onze vriend en klasgenoot bent.  
Wij zullen er altijd voor je zijn, zodra je ons nodig hebt.  
Wij laten je niet vallen.*

*~klas van Dillon, voorgedragen door Valencia Zwaan~  
Alphen aan den Rijn, 20 april 2011*

*Vrije Universiteit Amsterdam  
Faculteit der Rechtsgeleerdheid*

Amsterdam, 2011

M.M. van Essen

# Inhoudsopgave

<b>Verklarende woordenlijst .....</b>	<b>6</b>
<b>Inleiding .....</b>	<b>8</b>
<b>1. Schets van het Nederlandse schadevergoedingsrecht .....</b>	<b>11</b>
1.1 Inleiding .....	11
1.2 Uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht .....	11
1.3 Op grond van de Nederlandse wet vergoedbare schade.....	12
1.3.1 Vermogensschade (artikel 6:96 BW) .....	12
1.3.2 Ander nadeel dan vermogensschade (artikel 6:106 BW).....	12
1.3.3 Schade bij letsel: ‘Verplaatste’ schade (artikel 6:107 BW).....	14
1.3.4 Schade bij overlijden (artikel 6:108 BW).....	14
1.4 Wet schadefonds geweldsmisdrijven .....	14
1.5 Uitleiding .....	15
<b>2. Shockschade .....</b>	<b>17</b>
2.1 Inleidende opmerkingen.....	17
2.2 Begripsbepaling .....	17
2.3 Grondslag van de aansprakelijkheid .....	17
2.4 De ontwikkeling van shockschade in het Nederlandse recht .....	18
2.5 Het Taxibus-arrest.....	20
2.5.1 Het geschil en de vordering.....	21
2.5.2 Voorafgaand aan de rechtsgang .....	22
2.5.3 De Rechtbank Alkmaar .....	22
2.5.4 Het Gerechtshof Amsterdam.....	22
2.5.5 De Hoge Raad .....	23
2.5.6 Nadere beschouwing Taxibus-arrest .....	26
2.6 Uitleiding .....	30
<b>3. Positie van affectieschade in het Nederlands schadevergoedingsrecht .....</b>	<b>31</b>
3.1 Inleiding .....	31
3.2 Begripsbepaling .....	31
3.3 De ontwikkeling van affectieschade binnen het Nederlandse rechtssysteem .....	31
3.3.1 Ontwikkeling wettelijk systeem .....	31
3.3.2 Jurisprudentie .....	33
3.4 De functie van vergoeding van affectieschade .....	35
3.5 Vergoeding van affectieschade in het Nederlands recht .....	35
3.6 Problematisch onderscheid shock- en affectieschade .....	36
3.7 Uitleiding .....	38
<b>4. Wetsvoorstel Affectieschade .....</b>	<b>39</b>
4.1 Inleidende opmerkingen: de achtergrond van het wetsvoorstel .....	39
4.2 Ratio wetsvoorstel.....	41
4.3 Inhoud wetsvoorstel .....	41

4.3.1	Aanpassing artikelen 6:107 en 6:108 BW .....	41
4.3.1.1	Gesloten kring van gerechtigden (artikelen 6:107 lid 2 en 6:108 lid 4 BW) .....	43
4.3.1.2	De hoogte van de vergoeding (artikelen 6:107 leden 3 en 4 en 6:108 lid 7 BW) .....	44
4.3.1.3	Rangordeproblemen (artikel 6:107 lid 5 BW) .....	44
4.3.1.4	Verweermiddelen gedaagden (artikel 6:107 lid 6 BW) .....	44
4.3.1.5	Eenmalig recht (artikel 6:108 lid 8 BW).....	45
4.3.2	Wijzigingen artikel 51a Strafvordering.....	45
4.3.3	Artikel 3 Wet schadefonds geweldsmisdrijven .....	45
4.4	Kritische kanttekeningen bij het wetsvoorstel in de literatuur.....	46
4.4.1	Kritiek van rechtswetenschappers op het wetsvoorstel.....	47
4.4.2	Kritiek vanuit (rechts)economische hoek op het wetsvoorstel.....	49
4.4.3	Kritiek vanuit de psychiatrische gezondheidszorg op het wetsvoorstel.....	50
4.5	Parlementaire behandeling wetsvoorstel.....	50
4.5.1	Behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer der Staten-Generaal.....	50
4.5.2	Behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer der Staten-Generaal .....	51
4.6	Onderzoek ‘Slachtoffers en aansprakelijkheid’ .....	54
4.6.1	Inleidend: opzet van het onderzoek en onderzoeksvragen .....	54
4.6.2	De resultaten van het onderzoek .....	55
4.6.3	De conclusie van het onderzoek.....	57
4.6.4	Door de politiek geuite kritiek op het onderzoek.....	58
4.7	Gevolgen van de afwijzing van het wetsvoorstel voor de praktijk en de rechtspraak .....	59
4.8	Uitleiding .....	61
<b>5.</b>	<b>Rechtsvergelijkend; wettelijke regelingen aangaande de vergoeding van affectieschade in buitenlandse rechtsstelsels.....</b>	<b>62</b>
5.1	Inleiding .....	62
5.2	België .....	63
5.3	Duitsland.....	65
5.4	Engeland .....	66
5.4.1	Vergoeding van affectieschade .....	66
5.4.2	Vergoeding van shockschade .....	67
5.4.3	Samenloop affectieschade en shockschade .....	69
5.5	Frankrijk.....	69
5.6	Uitleiding .....	70
<b>6.</b>	<b>Affectieschade vanuit Europees perspectief .....</b>	<b>71</b>
6.1	Inleiding .....	71
6.2	De positie van nabestaanden en naasten aangaande de door hen geleden affectieschade binnen de Europese Unie .....	71
6.2.1	Principles of European Tort Law en Draft Common Frame of Reference.....	72
6.2.1.1	Principles of European Tort Law .....	72
6.2.1.2	Draft Common Frame of Reference.....	73
6.2.1.3	Rechtsvergelijkend: de regelingen in de PETL en DCFR nader geanalyseerd.....	73
6.2.2	The Pan-European Organisation of Personal Injury Lawyers.....	74

6.3	De positie van nabestaanden en naasten aangaande de door hen geleden affectieschade binnen de Raad van Europa .....	74
6.3.1	Resolutie (75)7 ‘Compensation for physical injury or death’ .....	74
6.3.2	Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.....	75
6.3.2.1	De bevoegdheden van het EHRM onder artikel 41 EVRM .....	75
6.3.2.2	Jurisprudentie van het EHRM aangaande de immateriële schade van ‘secondary victims’ .....	77
6.4	Doorwerking van het recht op Europees niveau in het Nederlandse schadevergoedingsrecht .....	85
6.4.1	Doorwerking van de jurisprudentie van het EHRM in het nationale recht .....	85
6.4.2	Beleid van het EHRM aangaande het recht van ‘secondary victims’ op vergoeding van affectieschade .....	85
6.4.2.1	Verplicht artikel 41 EVRM tot het vergoeden van affectieschade van ‘secondary victims’?.....	86
6.4.2.2	Verplicht artikel 13 EVRM tot het vergoeden van affectieschade van ‘secondary victims’?.....	86
6.4.3	Is het Nederlandse recht in overeenstemming met het door het EHRM gevoerde beleid? .....	88
6.4.4	Gevolgen voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht .....	89
6.4.5	Mogelijkheden voor Nederlandse nabestaanden tot een beroep op de jurisprudentie van het EHRM .....	90
6.5	Uitleiding .....	92
<b>7.</b>	<b>Conclusie.....</b>	<b>93</b>
7.1	Inleiding .....	93
7.2	Deelvraag 1: Affectieschade vanuit nationaal, rechtsvergelijkend en Europees perspectief .....	93
7.2.1	De positie van nabestaanden en naasten in het Nederlandse schadevergoedingsrecht .....	93
7.2.2	De positie van nabestaanden en naasten in nationale rechtsstelsels van andere Europese landen .....	94
7.2.3	De positie van nabestaanden en naasten in het recht op Europees niveau .....	94
7.2.4	Afsluitend .....	96
7.3	Deelvraag 2: Nederlandse recht v. het recht op Europees niveau .....	96
7.3.1	Doorwerking van de jurisprudentie EHRM in Nederlandse schadevergoedingsrecht .....	96
7.3.2	Nederlandse schadevergoedingsrecht v. de jurisprudentie van het EHRM .....	96
7.3.3	De gevolgen voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht .....	97
7.4	Deelvraag 3: Mogelijkheden voor beroep op het recht op Europees niveau?.....	97
7.5	Ter afronding .....	98
	<b>Literatuurlijst .....</b>	<b>101</b>
	<b>Bijlagen .....</b>	<b>110</b>

## Verklarende woordenlijst

Affectieschade	Een vorm van immateriële schade, bestaande uit het verdriet van anderen dat wordt veroorzaakt door de confrontatie met het overlijden of door het ernstig gewond raken en het daarmee samenhangende leed van een dierbare naaste persoon als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is.
Beginsel van formele rechtskracht	De civiele rechter gaat uit van de rechtmatigheid van een besluit indien en voor zover geen bezwaar/beroep is gemaakt, of dit bezwaar/beroep ongegrond is verklaard.
Bloedverwant tot in tweede graad	Ouders, grootouders, kinderen, kleinkinderen, broers en zusters.
Contra legem	Tegen de wet in; afwijkend van de meest voor de hand liggende uitleg van de wettekst.
Directe slachtoffer	Degene die fysiek letsel lijdt of om het leven komt.
Discretionaire bevoegdheid	Vrije beslissingsruimte; de ruimte die ter discretie van de rechter staat.
Ex aequo et bono	Latijns voor “naar recht en billijkheid”, “volgens het juiste en het goede” of “van het eigen vermogen en geweten”.
Ideële schade	Zie ‘immateriële schade’.
Id quod plerumque accidit	Beginsel aangaande de manier van juridisch beargumenteren en beredeneren waarbij de rechter de vrijheid toekomt om op eigen beweging iets, wat al eerder bewezen of vastgesteld is, af te leiden uit een bepaald feit.
Immateriële schade	Nadeel dat niet uit vermogensschade bestaat maar onstoffelijk van aard is, zoals verdriet, pijn, angst, smart of geestelijk gemis. Deze schade is (in tegenstelling tot materiële schade) niet direct in geld uit te drukken. Wordt ook wel ‘ander nadeel’ of ‘ideële schade’ genoemd.
Indirect slachtoffer	De persoon die als gevolg van de verwonding of de dood van het directe slachtoffer, of als gevolg van de confrontatie met het ongeluk of de ernstige gevolgen van het ongeluk psychisch letsel ondervindt.
Iure proprio	Latijns voor “eigen recht”, “in hun eigen recht”.
Iure successionis	Latijns voor “in het recht van opvolging”.
Gelaedeerde	Benadeelde; iemand die nadeel heeft ondervonden door een onrechtmatige daad.
Laedens	Iemand die schade heeft toegebracht aan een ander (de gelaedeerde).
Lex loci delicti	Het recht van het land waar de onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden.

Margin of appreciation	Deze term geeft de interpretatieruimte aan waarover lidstaten van het EVRM (gelet op hun eigen culturele, economische, politieke en sociale situatie) beschikken met betrekking tot de wijze waarop zij de verdragsrechten en verdragsvrijheden implementeren.
Materiële schade	Schade welke, volgens de rechtspraak, “ <i>schade die direct in geld is uit te drukken</i> ” omvat (ook wel ‘vermogensschade’ genoemd).
Procedurale rechtvaardigheid	Het rechtvaardigheidsoordeel van mensen wordt sterk beïnvloed door procesmatige aspecten en de wijze waarop beslissingen tot stand komen, en minder wordt beïnvloed door de uitkomst van de procedure.
Restitution in integrum	Beginsel van volledige schadevergoeding.
Secundaire victimisatie	Hernieuwd slachtofferschap als gevolg van het letselschadeproces.
Secundaire ziekte winst	De onbewuste neiging van een slachtoffer bedoeld om in het kader van potentieel gewin van financiële of andere aard de symptomen uit te vergroten.
Secondary victims	Nabestaanden en naasten van het primaire slachtoffer van de onrechtmatige handeling.
Smartengeld	Smartengeld is de vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade, waarop een benadeelde recht heeft in bij wet aangewezen gevallen.
Schade	‘Een vermindering in een object’. De vermindering of het nadeel impliceert een vergelijking tussen twee verschillende toestanden, waarbij het enerzijds gaat om de toestand zonder dat de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden en anderzijds gaat om de toestand waarbij de schadeveroorzakende gebeurtenis wel heeft plaatsgevonden. Uit een vergelijking van deze twee toestanden volgt logischerwijs de schade.
Shockschade	Geestelijk letsel opgelopen door de directe confrontatie met een ongeval waarbij een ander dodelijk of ernstig gewond raakt, of de ernstige gevolgen ervan.
Subjectief recht	Een door het objectieve recht verleende bevoegdheid, zoals iemands eigendomsrecht.
Voeging in het strafproces	Verenigde behandeling van zaken door de rechter, of voeging van de benadeelde partij tot het verkrijgen van een schadevergoeding (artikel 332-337 Sv.).
Verkeers- en veiligheidsnormen	Normen die beogen te beschermen tegen persoonsschade (overlijden, ziekte, lichamelijk en geestelijk letsel).
Zuiver declaratoir vonnis	Vonnis waarin de rechter een rechtsverhouding tussen eiser en gedaagde definitief vaststelt.

## Inleiding

Op zaterdag 9 april 2011 is het leven van veel mensen drastisch veranderd. Even na twaalf uur 's middags liep T. van der V. winkelcentrum De Ridderhof in Alphen aan den Rijn binnen, en begon met zijn twee (semi-automatische) vuurwapens 'willekeurig' om zich heen te schieten.<sup>1</sup> Bij het schietincident werden meer dan honderd kogels afgevuurd, vielen zes doden en raakten zestien mensen gewond. Verder heeft een onbekend aantal personen lichamelijk letsel opgelopen als gevolg van rondvliegend glas, vallen of struikelen. Met een derde vuurwapen heeft Van der V. uiteindelijk suïcide gepleegd. Die zaterdag begon als een mooie zonnige lentedag maar liep uiteindelijk voor velen uit op, zoals burgemeester Eenhoorn van Alphen aan den Rijn dit verwoordde, een "pikzwarte dag". Naast het leven van de gewonden heeft deze dag het leven van veel andere mensen ingrijpend veranderd. Gedacht dient te worden aan het leven van de mensen die ten tijde van het schietincident in het winkelcentrum aanwezig waren en 'slechts' met de 'schrik' zijn ontkomen, maar eveneens aan het leven van de nabestaanden en de naasten van de slachtoffers.

Wie als gevolg van het onrechtmatig handelen van een ander een familielid of een kind van eigen vlees en bloed verliest, heeft op grond van het Nederlandse recht geen recht op vergoeding van de immateriële schade die hij/zij daardoor lijdt.<sup>2</sup> Hetzelfde geldt voor degene die immateriële schade lijdt als gevolg van het feit dat een naaste als gevolg van onrechtmatig handelen van een ander ernstig gehandicapt raakt. Ons huidige recht laat een dergelijke vergoeding van zogenaamde 'affectieschade' niet toe. Dit heeft tot gevolg dat de nabestaanden en de naasten van de slachtoffers van het hiervoor genoemde schietincident in Alphen aan den Rijn (hierna 'het schietincident') op grond van het Nederlands wettelijk stelsel geen recht hebben op vergoeding van het leed dat zij hebben als gevolg van het overlijden of het gewond raken van hun naasten. Onder zeer bijzondere omstandigheden wil de rechtspraak daarentegen wel aan een derde het recht op vergoeding van zogenaamde 'shockschade' toekennen. Maar is sprake van samenloop met affectieschade, dan vindt vermindering van de toe te kennen schadevergoeding plaats ter hoogte van de geleden affectieschade.<sup>3</sup> Dit betekent dat nabestaanden en naasten van de slachtoffers die bijvoorbeeld bij het schietincident aanwezig waren en als gevolg hiervan shockschade lijdten, dienen te bewijzen dat de door hen geleden immateriële schade (100%) het gevolg is van de schokkende confrontatie met het schietincident of de directe gevolgen ervan. De door hun geleden immateriële schade die gekwalificeerd wordt als het leed dat puur gevolg is van de verwonding of het overlijden van de naaste (affectieschade) wordt in mindering gebracht op de schadevergoeding.

Het behoeft weinig betoog dat het in de praktijk buitengewoon lastig is een strikt onderscheid tussen shockschade en affectieschade te maken en dat het maken van dergelijk onderscheid aangaande de vergoedbaarheid ervan door de slachtoffers als onbegrijpelijk wordt ervaren. Des te meer nu degene die bijvoorbeeld zwaar lijdt onder het geluid van onrechtmatig kraaiende hanen van zijn buurman; geestelijk letsel oploopt als gevolg van een ongewenste zwangerschap; geestelijk letsel oploopt als gevolg van een onrechtmatige beslaglegging, of geestelijk letsel oploopt als gevolg van het verlies van een 'geesteskind' in de vorm van een familiebedrijf dat door een fout van de kredietverstrekker ten gronde gaat, op grond van het Nederlandse recht niet alleen aanspraak maken op vergoeding van de geleden vermogensschade maar eveneens aanspraak maken op smartengeld.<sup>4</sup> Zacht uitgedrukt zijn dit een aantal minder gelukkige

---

<sup>1</sup> Zie hiervoor Openbaar Ministerie 2011a.

<sup>2</sup> HR 8 april 1983 (*Van der Heijden/Holland*), NJ 1984, 717 (m.nt. CJBH).

<sup>3</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus-arrest*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken).

<sup>4</sup> Zie hiervoor respectievelijk HR 1 november 1996 (*Kraaiende Hanen*), NJ 1997, 134; HR 21 februari 1997 (*Wrongful Birth*), NJ 1999, 145 (m.nt. CJBH); HR 2 mei 1997 (*Kip/Rabobank*), NJ 1997, 662 (m.nt. Ma) en HR 26 juni 1998 (*Kramer/ABN AMRO*), NJ 1998, 778 waarin de mogelijkheid van smartengeld uitdrukkelijk werd opengelaten. Zie hiervoor eveneens *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 4.



consequenties van het door de wetgever gekozen wettelijke stelsel. Het antwoord op de vraag in welke gevallen immateriële schade vergoedbaar is, kan daarom gemakkelijk als willekeurig worden ervaren.

Affectieschade komt in de meeste Europese landen wel voor vergoeding in aanmerking. Dit brengt met zich mee dat indien een calamiteit, zoals het schietincident, plaats vindt in bijvoorbeeld België, in Nederland wonende nabestaanden en naasten (van in Nederland wonende slachtoffers) op grond van het Belgische recht wel recht hebben op (enige mate van) vergoeding van de door hen geleden affectieschade. Dit zelfde geldt voor eventuele Nederlandse nabestaanden van de slachtoffers van de aanslagen in Noorwegen zoals deze op 22 juli 2011 hebben plaatsgevonden.<sup>5</sup> Dit omdat het recht van de plaats van de gebeurtenis, de 'lex loci delicti', bepalend is voor het in aanmerking komen voor een vergoeding van affectieschade. In de huidige tijd lijkt mij het bestaan van dergelijk groot onderscheid als het wel of niet in aanmerking komen voor vergoeding van affectieschade, afhankelijk van de 'lex loci delicti', niet wenselijk.

Men kan zich afvragen of de in de zeventiger en tachtiger jaren door de Nederlandse wetgever met betrekking tot het recht gemaakte keuze voldoet aan de eisen van de huidige tijd. De destijds door de wetgever aangevoerde argumentatie is niet alleen eenzijdig, evaluatie ervan laat eveneens zien dat zij niet (langer meer) overtuigend is.<sup>6</sup> De mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade is al decennia lang onderwerp van discussie. Onder druk van de Tweede Kamer der Staten Generaal (hierna 'de Tweede Kamer') is op 6 februari 2003 het wetsvoorstel 'Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten'<sup>7</sup> (hierna 'wetsvoorstel Affectieschade') ingediend. Het wetsvoorstel Affectieschade is speciaal bedoeld om naasten en nabestaanden erkenning en genoegdoening te geven. Het wetsvoorstel houdt in dat een in de wet aangegeven kring van naasten en familieleden van een slachtoffer met ernstig letsel of van een overleden slachtoffer, in geval hierdoor immateriële schade veroorzaakt is, op de aansprakelijke persoon verhaal kunnen halen voor een bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld bedrag.<sup>8</sup> Het wetsvoorstel wil op deze wijze naasten en nabestaanden tegemoetkomen bij de verwerking van hun leed. Op 23 maart 2010 werd het wetsvoorstel Affectieschade, voor velen geheel onverwachts, door de Eerste Kamer der Staten Generaal (hierna 'de Eerste Kamer') afgewezen. Belangrijke vragen die naar aanleiding van de afwijzing van het wetsvoorstel rijzen zijn onder meer of de deur tot wettelijke vergoeding van affectieschade in Nederland gesloten is of op een kier staat, en of alternatieven bestaan die vergoeding van affectieschade in Nederland mogelijk maken.

Dit onderzoek richt zich tot de volgende probleemstelling:

*Hoe wordt in het Nederlandse recht, het nationale recht van diverse andere Europese landen en het Europese recht, binnen het niet-contractuele aansprakelijkheidsrecht, omgegaan met de immateriële schade die nabestaanden en naasten lijden, als gevolg van het overlijden of ernstig letsel van een naaste welke is ontstaan door onrechtmatig handelen van een ander, en de mogelijkheid tot vergoeding van deze schade;*

*en biedt het Europese recht voor de nabestaanden en/of naasten (die op grond van het Nederlandse schadevergoedingsrecht geen aanspraak kunnen maken op vergoeding van hun affectieschade) mogelijkheden om aanspraak te kunnen maken op een vergoeding van de door hen geleden affectieschade?*

<sup>5</sup> <<http://www.rtl.nl/actueel/rtlnieuws/buitenland/>)components/actueel/rtlnieuws/2011/07\_juli/23/verrijkingsonderdelen/tijdlijn\_oslo\_en\_utoya.xml> (geraadpleegd op 23 juli 2011).

<sup>6</sup> Lindenbergh 2001, p. 61.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2002/2003-2006/2007, 28 781, nr. 1-13; *Kamerstukken I* 2004/2005-2009/2010, 28 781, nr. A-H.

<sup>8</sup> <<http://www.denederlandsegrondwet.nl/9353000/1/j9vvihlf299q0sr/vhi8t61rw7z9>> (geraadpleegd op 26 april 2011).

Om tot een goed antwoord op deze vraag te komen, heb ik de vraag onderverdeeld in de volgende deelvragen:

- I. Hoe wordt in het Nederlandse recht, het nationale recht van diverse andere Europese landen en het Europese recht (binnen het niet-contractuele aansprakelijkheidsrecht) omgegaan met de immateriële schade die nabestaanden en naasten lijden als gevolg van het overlijden of ernstig letsel van een naaste (welke is ontstaan door onrechtmatig handelen van een ander) en de mogelijkheid tot vergoeding van deze schade?
- II. Is het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht (gezien een recht op vergoeding van affectieschade voor naasten en nabestaanden ontbreekt) in overeenstemming met het recht op Europees niveau?
- III. Kunnen naasten en/of nabestaanden op grond van het recht op Europees niveau aanspraak maken op een vergoeding van de door hen geleden affectieschade?

Voordat op deze vragen goed antwoord kan worden gegeven, zullen allereerst het Nederlandse schadevergoedingsrecht en de omgang van het Nederlandse recht met immateriële schade worden behandeld (hoofdstuk 1, 2 en 3), en het wetsvoorstel Affectieschade (hoofdstuk 4) alsmede de mogelijkheden tot vergoeding van affectieschade in andere landen (hoofdstuk 5) en in Europees perspectief (hoofdstuk 6) uiteen worden gezet. Vervolgens zullen naar aanleiding van de probleemstelling diverse conclusies (hoofdstuk 7) worden getrokken.

# 1. Schets van het Nederlandse schadevergoedingsrecht

## 1.1 Inleiding

Het schadevergoedingsrecht is opgenomen in afdeling 6.1.10 van het Burgerlijk Wetboek (hierna 'BW'), welke geschreven is voor vorderingen tot schadevergoeding van privaatrechtelijke aard.<sup>9</sup> In de afdeling zijn bepalingen bijeengebracht die betrekking hebben op de wettelijke verplichting tot het vergoeden van schade.<sup>10</sup> Hierin ligt besloten dat de bepalingen niet (rechtstreeks) van toepassing zijn indien de verplichting tot schadevergoeding voortvloeit uit een rechtshandeling.<sup>11</sup> Een van de belangrijkste wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding is die wegens onrechtmatige daad (artikel 6:162 e.v. BW).

Opmerkelijk is dat aan afdeling 6.1.10 geen duidelijk schadebegrip ten grondslag ligt. Zowel in de wet als in de parlementaire geschiedenis is geen definitie van het begrip 'schade' terug te vinden. Desondanks levert het ontbreken van een dergelijke definitie in de praktijk geen grote problemen op, aangezien in afdeling 6.1.10 specifiek bepaald is welke schade voor vergoeding in aanmerking komt en waaruit deze schadeposten bestaan. In dit verband is niet geheel onbelangrijk dat slechts de schade voor vergoeding in aanmerking komt die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat de schade als gevolg van de gebeurtenis kan worden toegerekend (artikel 6:98 BW).

## 1.2 Uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht

Belangrijk uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht is dat ieder in beginsel zijn eigen schade draagt. Dit is slechts anders indien een bijzondere reden bestaat om de schade af te wentelen op een derde. De verplaatsing van de schade naar een derde vereist daarmee een bijzondere rechtvaardiging.<sup>12</sup> Een hiermee samenhangend fundamenteel principe is dat men gehouden is de schade die door eigen onbehoorlijk gedrag aan een ander is toegebracht volledig te vergoeden (hierna 'het beginsel van volledige vergoeding').

De pleger van een onrechtmatige daad is op grond van artikel 6:162 BW dan ook civielrechtelijk verplicht om de onrechtmatig veroorzaakte schade te vergoeden. Het artikel geeft de benadeelde het recht om een schadevergoeding voor de aan zijn zijde ontstane schade te vorderen. Het beginsel van volledige vergoeding is niet uitdrukkelijk in de wet opgenomen maar is af te leiden uit de bewoordingen van artikel 6:109 lid 1 BW. Met de schadevergoeding wordt beoogd de gelaedeerde zoveel mogelijk in de toestand te brengen waarin hij zou verkeren wanneer de schadeveroorzakende gebeurtenis niet had plaatsgevonden.

De ratio hierachter is dat het aansprakelijkheidsrecht als primaire doelstelling heeft de geleden schade te herstellen en eventuele dreigende schade te voorkomen. Gesteld kan worden dat het aansprakelijkheidsrecht eveneens in zeer beperkte mate het geven van 'genoegdoening' (artikel 6:106 BW) nastreeft. Daar komt bij dat vanuit het aansprakelijkheidsrecht een preventieve werking uit kan gaan; de wetenschap dat een aanzienlijke schadevergoeding betaald moet worden wanneer aan derden schade wordt berokkend kan het gedrag van personen beïnvloeden. Belangrijk in dit verband is, dat het aansprakelijkheidsrecht in beginsel niet beoogd de dader te straffen voor zijn daden.<sup>13</sup> Kanttekening is dat het beginsel van volledige vergoeding geen absoluut beginsel is en (vele) uitzonderingen kent.

<sup>9</sup> J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>>; alleen toegankelijk voor abonnees).

<sup>10</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, T.M. p. 331.

<sup>11</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, T.M. p. 331.

<sup>12</sup> Spier, Hartlief e.a. 2006, p. 8.

<sup>13</sup> Zie hiervoor onder meer Parl. Gesch. Boek 6 NBW, T.M. p. 377 en Eindverslag I p. 388. Bron: Spier, Hartlief e.a. 2006, p. 7.

### 1.3 Op grond van de Nederlandse wet vergoedbare schade

Artikel 6:95 BW bepaalt dat naast vermogensschade eveneens ander nadeel voor schadevergoeding in aanmerking komt voor zover de wet daar expliciet recht op geeft. De wetgever maakt met het artikel onderscheid tussen materiële en immateriële schade, en het eventuele recht op schadevergoeding dat hieruit voortvloeit. Het artikel bepaalt dat wanneer uit de wet een verplichting tot schadevergoeding voortvloeit, deze schadevergoedingsplicht in beginsel slechts betrekking heeft op de geleden vermogensschade.<sup>14</sup>

#### 1.3.1 Vermogensschade (artikel 6:96 BW)

Artikel 6:96 lid 1 BW bepaalt dat vermogensschade zowel het geleden verlies als de gederfde winst omvat.<sup>15</sup> Het begrip ‘vermogensschade’ zoals dat in de bepaling wordt gehanteerd betreft materiële schade, en omvat de in geld meetbare aantasting van het vermogen. Niet alleen de vermogensdaling maar ook de vermogensstijging die het slachtoffer ontgaat als gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis dient te worden vergoed. In aanvulling hierop stelt artikel 6:96 lid 2 BW ten aanzien van een aantal specifieke kosten (te weten: beredderingskosten, expertisekosten en incassokosten) buiten twijfel dat zij als vermogensschade dienen te worden gedefinieerd.

#### 1.3.2 Ander nadeel dan vermogensschade (artikel 6:106 BW)

Artikel 6:95 BW bepaalt dat de schadelijdende persoon slechts een recht op vergoeding van ander nadeel toekomt indien de wet dit expliciet aan de schadelijdende persoon toekent. Met de woorden ‘ander nadeel’, zoals deze in artikel 6:95 BW zijn opgenomen, komt eveneens immateriële schade in aanmerking voor een schadevergoeding. Het begrip ‘immateriële schade’ wordt in de rechtspraak gedefinieerd als: “*schade die wordt veroorzaakt door verdriet, smart of geestelijk gemis. Deze schade is (in tegenstelling tot materiële schade) niet direct in geld uit te drukken. De vergoeding die wordt uitgekeerd om immateriële schade te vergoeden heet smartengeld.*”<sup>16</sup> Het gaat daarmee om die schade die niet in het vermogen maar anderszins in onder meer de vorm van pijn, verdriet, gederfde levensvreugde of een geschokt rechtsgevoel wordt geleden. Aangezien geen markten voor deze bronnen van welbevinden bestaan, is het onmogelijk om na een dergelijk verlies door vervanging of vergoeding weer volledig in de oude toestand terug te geraken. Een immaterieel verlies betekent daarmee in eerste plaats een directe achteruitgang in welbevinden maar kan in de tweede plaats tevens gevolgen hebben voor de waarde die een individu hecht aan materiële zaken (meer in het bijzonder aan geld).<sup>17</sup> De vergoeding van immateriële schade heeft een dubbele functie; enerzijds gaat het om genoegdoening (de bevrediging van het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde) en anderzijds gaat het om vergoeding van de schade om op deze wijze het onrecht en het geleden nadeel te compenseren.<sup>18</sup> De wetgever heeft onder meer in artikel 6:106 BW, artikel 89 Wetboek van Strafvordering (hierna ‘Sv’) en artikel 106 Vreemdelingenwet voorzien in een recht op vergoeding van ander nadeel. Artikel 6:106 BW is de belangrijkste regeling aangaande het recht op smartengeld, en bevat een limitatieve opsomming van gevallen waarin een benadeelde een vergoeding van immateriële schade kan vorderen.

Allereerst bepaalt artikel 6:106 lid 1 sub a BW dat indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had immateriële schade toe te brengen, de aansprakelijke persoon jegens het slachtoffer altijd voor de schade een schadevergoeding verschuldigd is. Dit betreft een bijzondere bepaling nu het oogmerk gericht moet zijn op het toebrengen van immaterieel nadeel. De bepaling is onder meer van toepassing in geval van het opzettelijk

<sup>14</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, T.M. p. 332.

<sup>15</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, T.M. p. 334.

<sup>16</sup> <<http://www.rechtspraak.nl/Wat+is+rechtspraak/Begrippenlijst+van+A+tot+Z.htm>> (geraadpleegd op 22 maart 2011).

<sup>17</sup> Zie hiervoor Suurmond & Van Velthoven 2005, p. 1934.

<sup>18</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, T.M. p. 377; J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>>; alleen toegankelijk voor abonnees).

beschadigen van een zaak van een ander waarvan men op de hoogte is dat deze zaak voor de ander emotionele waarde vertegenwoordigt; het plaatsnemen van een fictieve overlijdensadvertentie; misbruik van de telefoon (denk hierbij onder meer aan ‘hijgers’); het expres hinderen van de burens door het wegnemen van zonlicht of het veroorzaken van stankoverlast en/of geluidshinder.<sup>19</sup> Het stelsel van de wet (met name artikel 6:108 BW) verhindert niet dat het artikel toepassing vindt indien een persoon om het leven wordt gebracht met het oogmerk één of meer nabestaanden daarmee immateriële schade toe te brengen en het om het leven brengen jegens benadeelde een onrechtmatige daad oplevert.<sup>20</sup>

Met de bepaling van artikel 6:106 lid 1 sub b BW wordt recht op vergoeding van immateriële schade toegekend aan de benadeelde welke lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. Geestelijk letsel is niet als zelfstandig element in de bepaling opgenomen maar kan onder omstandigheden als ‘op andere wijze in zijn persoon is aangetast’ worden aangemerkt. Overigens gaat het hier niet om de gevallen waarbij naast psychisch letsel eveneens lichamelijk letsel is opgetreden, dergelijke gevolgen worden dan meegenomen bij de beoordeling van het smartengeld als gevolg van lichamelijk letsel. Het recht op smartengeld in geval van geestelijk letsel wordt niet snel door de rechter aangenomen.<sup>21</sup> In het algemeen wordt aangenomen dat sprake moet zijn van een erkend psychiatrisch ziektebeeld; het enkele gevoel van onbehagen, kwetsing, onvrede of ongenoegen is onvoldoende.<sup>22</sup> Voorts kan het waarnemen van of het geconfronteerd worden met de directe gevolgen van een ernstig (dodelijk) ongeval onder omstandigheden aantasting in de persoon op andere wijze tot gevolg hebben. Onder ‘op andere wijze in zijn persoon is aangetast’ vallen mede ernstige onrechtmatige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer, onrechtmatige inbreuken op (andere) persoonlijkheidsrechten en onrechtmatige inbreuken op auteursrechten. Belangrijk is dat het enkel verwonden of overlijden van een dierbare naaste géén aantasting in de persoon oplevert.

Artikel 6:106 lid 1 sub c BW bepaalt dat indien het nadeel is gelegen in de aantasting van de nagedachtenis van een overledene en is toegebracht aan de echtgenoot, de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of de bloedverwant tot in tweede graad van de overledene, deze persoon recht heeft op vergoeding van de immateriële schade indien de aantasting plaatsvond op een wijze die de overledene (ware hij nog in leven geweest) recht zou hebben gegeven op een schadevergoeding wegens het schaden van zijn eer of goede naam. Het gaat hierbij om een eigen en zelfstandig recht van genoemde nabestaanden op vergoeding van hun immateriële schade.<sup>23</sup>

De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid met betrekking tot het bepalen van de omvang van de schadevergoeding, en dient de schadevergoeding naar billijkheid vast te stellen.<sup>24</sup> Hieruit vloeit voort dat de rechter bij het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding rekening dient te houden met alle omstandigheden van het geval. De rechter mag bij de begroting van de schadevergoeding mede letten op de

<sup>19</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, T.M. p. 378; J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>>; alleen toegankelijk voor abonnees). Zie hierover onder meer Verheij 1998, p. 324.

<sup>20</sup> HR 26 oktober 2001 (R./van de W.), NJ 2002, 216. J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>>; alleen toegankelijk voor abonnees).

<sup>21</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, Eindverslag I p. 389.

<sup>22</sup> Zie hiervoor onder meer HR 13 januari 1995 (*Ontvanger/Bos*), NJ 1997, 336 (m.nt. CJBH) en HR 21 februari 1997 (*Wrongful Birth*), NJ 1999, 145 (m.nt. CJBH); HR 2 mei 1997 (*Kip/Rabobank*), NJ 1997, 662 (m.nt. Ma); HR 23 januari 1998 (*B./Stichting FIOM*), NJ 1998, 366; HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. CJHB). Bron: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>>; alleen toegankelijk voor abonnees).

<sup>23</sup> Parl. Gesch. 6 NBW, MvA II, p. 380; J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>>; alleen toegankelijk voor abonnees).

<sup>24</sup> HR 17 november 2000 (*Druif/BCE Bouw*), NJ 2001, 215. Bron: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>>; alleen toegankelijk voor abonnees).

ontwikkelingen aangaande de hoogte van de vergoeding in het buitenland, maar deze ontwikkelingen kunnen niet bepalend zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen.<sup>25</sup>

### 1.3.3 Schade bij letsel: 'Verplaatste' schade (artikel 6:107 BW)

Een beperkte kring van personen heeft recht op vergoeding van de aan hun zijde ontstane schade, namelijk wanneer het gaat om schade of kosten die normaal gesproken voor rekening van de gelaedeerde zouden komen en daarmee normaal gesproken kunnen worden verhaald op de laedens maar om één of andere reden voor rekening van de derde zijn gekomen (artikel 6:107 BW). In dit geval is de schade als het ware verplaatst van de gelaedeerde naar de derde. Het kan hierbij onder meer gaan om ziekenhuis-, verpleeg- en revalidatiekosten, kosten voor huishoudelijke hulp voor het gezin van de gewonde en inkomstendering en/of verlies van vrije tijd wanneer de ouders zich met de verzorging van een gewond kind gaan bezighouden<sup>26</sup>. Het betreft een zelfstandig recht met een exclusief karakter, op grond waarvan het irrelevant is of ook jegens deze derde(n) onrechtmatig is gehandeld of toerekenbaar tekort is geschoten.<sup>27</sup> Dit laatste brengt met zich mee dat, voor zover het gaat om schade als gevolg van kwetsing van een ander, vergoeding van schadeposten die niet in het artikel worden genoemd evenmin langs een andere weg mogelijk is.

### 1.3.4 Schade bij overlijden (artikel 6:108 BW)

Een limitatief bepaalde kring van personen heeft ex artikel 6:108 BW recht op een vergoeding van bepaalde schade in geval van overlijden van een naaste. Grondslag van de vordering is de krenking van een rechtsgoed van de overledene,<sup>28</sup> wat vereist dat jegens de overledene aansprakelijkheid zou hebben bestaan. Het artikel geeft een zelfstandig recht, zodat niet van belang is of jegens de nabestaande(n) onrechtmatig is gehandeld. Het eerste lid bepaalt ten aanzien van een limitatief aantal personen dat zij in geval van overlijden van een naaste een vordering tot schadevergoeding jegens de aansprakelijke hebben op grond van het gederfde levensonderhoud. Het tweede lid verplicht vervolgens het vergoeden van de in redelijkheid gemaakte kosten van lijkbezorging. De gerechtigde van de schadevergoeding is degene voor wiens last de kosten voor lijkbezorging zijn gekomen. Van belang is dat artikel 6:108 BW een exclusief karakter heeft, wat met zich meebrengt dat vergoeding van schadeposten die niet in het artikel worden genoemd evenmin langs een andere weg mogelijk is, zolang het gaat om schade als gevolg van het overlijden van een ander.

## **1.4 Wet schadefonds geweldsmisdrijven**

De Wet schadefonds geweldsmisdrijven (hierna 'Wsg') kent een regeling die ertoe strekt slachtoffers van opzettelijk gepleegde geweldsmisdrijven, welke de door het misdrijf ontstane schade niet langs civielrechtelijke weg of op andere wijze kunnen verhalen, aanspraak te geven op een naar redelijkheid en billijkheid te bepalen uitkering. Het Schadefonds Geweldsmisdrijven (hierna 'het Schadefonds') dient daarmee als vangnetvoorziening in geval daders niet aansprakelijk kunnen worden gesteld.

Slachtoffers van een geweldsmisdrijf kunnen bij het Schadefonds een aanvraag indienen voor een vergoeding van de door hen geleden materiële en immateriële schade die direct het gevolg is van het ernstige letsel dat is ontstaan ten gevolge van het misdrijf. Het Schadefonds betaalt geen (volledige) schadevergoeding maar betaalt een zogenaamde 'uitkering'. Het gaat hierbij om een tegemoetkoming in de geleden schade, waarbij de hoogte

<sup>25</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, T.M. p. 377.

<sup>26</sup> HR 28 mei 1999 (*Johanna Kruidhof*), NJ 1999, 564 (m.nt. ARB).

<sup>27</sup> J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>>; alleen toegankelijk voor abonnees).

<sup>28</sup> Zie onder meer Parl. Gesch. Boek 6 NBW, T.M. p. 393; J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>>; alleen toegankelijk voor abonnees).

van de uitkering kan afwijken van de hoogte van de (totale) schade. De uitkering bedraagt ten hoogste het bedrag van de geleden schade naar burgerlijk recht, met een in het Besluit schadefonds geweldsmisdrijven (hierna ‘het besluit’) bepaald maximum bedrag per geval. Artikel 2 lid 1 van het besluit bepaalt dat de uitkering voor andere dan vermogensschade ten hoogste 9.100 euro per geval bedraagt.

Om voor een schadevergoeding in aanmerking te komen dient voldaan te zijn aan de volgende vijf criteria: (I) Jegens het slachtoffer moet een misdrijf met geweld zijn gepleegd; (II) de dader moet met opzet (willens en wetens) gehandeld hebben; (III) het geweldsmisdrijf moet in Nederland of aan boord van een Nederlands schip of vliegtuig hebben plaatsgevonden; (IV) als gevolg van het geweldsmisdrijf moet aan de zijde van het slachtoffer ernstig lichamelijk en/of geestelijk letsel zijn ontstaan; (V) de aanvraag van de uitkering op grond van de Wsg dient binnen drie jaar na de dag waarop het misdrijf is gepleegd te zijn ingediend bij het Schadefonds. Indien de schade (mede) gevolg is van omstandigheden die aan het slachtoffer toegerekend kunnen worden, dan wordt geen of een lagere uitkering toegekend.

Schade die op andere wijze voor vergoeding in aanmerking kan komen, komt niet voor een uitkering van het Schadefonds in aanmerking. Indien het slachtoffer zelf of de naaste die door het slachtoffer in levensonderhoud wordt voorzien een dusdanig inkomen of vermogen heeft dat deze de schade zonder moeilijkheden en bezwaren zelf kan dragen, dan komt de materiële schade eveneens niet voor een uitkering van het Schadefonds in aanmerking. De uitkering voor de geleden immateriële schade staat daarentegen los van het inkomen en het vermogen, en komt eveneens in deze gevallen voor een uitkering in aanmerking.

Tot voor kort konden directe nabestaanden (te weten: de echtgenoot, partner, ouders en kinderen) van een naaste, welke door een opzettelijk gepleegd geweldsmisdrijf om het leven is gekomen, van het Schadefonds enkel een uitkering krijgen voor de materiële schade die het directe gevolg was van het overlijden.<sup>29</sup> Voor een uitkering ten behoeve van de geleden materiële schade van naasten is vereist dat deze naaste voor het levensonderhoud van de overledene afhankelijk zou zijn geweest en door het overlijden schade lijdt. Sinds 1 januari 2011 kunnen nabestaanden aangaande de door hen geleden affectieschade een beroep doen op het Schadefonds. Het Schadefonds hanteert sinds 1 januari 2011 een tijdelijke beleidsregel op grond waarvan nabestaanden (de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerd partner; de kinderen van het slachtoffer; broers en zussen van het slachtoffer; de ouders van het slachtoffer) aanspraak kunnen maken op een uitkering voor immateriële schade.<sup>30</sup> Overigens heeft de Eerste Kamer op 31 mei 2011 het Wetsvoorstel tot aanpassing van de Wsg<sup>31</sup> aangenomen. Op grond van dit wetsvoorstel kunnen nabestaanden onder omstandigheden op grond van artikel 4 Wsg, als vangnetregeling, toch aanspraak maken op enige tegemoetkoming voor de door hen geleden affectieschade.<sup>32</sup> Naar verwachting zal deze wettelijke regeling met ingang van 1 januari 2012 in werking treden.<sup>33</sup> Hierover meer in paragraaf 3.3.1.

## **1.5 Uitleiding**

Belangrijk uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht is dat ieder in beginsel zijn eigen schade draagt; eventuele verplaatsing van de schade naar een derde vereist dan ook een bijzondere rechtvaardiging. Daarentegen is degene die door eigen onbehoorlijk gedrag schade heeft toegebracht aan een ander gehouden deze schade volledig te vergoeden.

---

<sup>29</sup> Jansen 2009b, p. 9.

<sup>30</sup> Zie hiervoor <<https://www.schadefonds.nl>> (geraadpleegd op 6 juni 2011).

<sup>31</sup> *Kamerstukken II 2009/2010, 32 363, nr. 1, 2, 7 & 8.*

<sup>32</sup> *Kamerstukken II 2009/2010, 32 363, nr. 7 & 8.*

<sup>33</sup> Zie hiervoor <<https://www.schadefonds.nl>> (geraadpleegd op 6 juni 2011).

Dat het Nederlandse recht in beginsel enkel de gekwetste zelf recht op schadevergoeding toekent betekent niet dat derden als gevolg van de onrechtmatige gedraging jegens de gekwetste geen schade lijden. Deze schade komt op grond van de Nederlandse wetgeving in beginsel voor rekening van de derde.<sup>34</sup> Derden hebben in beginsel slechts aanspraak voor vergoeding van ‘verplaatste schade’ (artikel 6:107 BW), gederfd levensonderhoud en kosten van lijkbezorging (artikel 6:108 BW).

Voorgaande resulteert erin dat de nabestaanden en naasten van de slachtoffers van het schietincident met de door hen geleden materiële en immateriële schade blijven zitten. Voor nabestaanden bestaat slechts de mogelijkheid om, indien zij aan de criteria voldoen, op grond van de Wsg aanspraak te maken op een uitkering van het Schadefonds.

---

<sup>34</sup> HR 12 december 1986 (*Rockwool/Poly*), NJ 1987, 958 (m.nt. ARB).



## 2. Shockschade

### 2.1 Inleidende opmerkingen

Vergoeding van shockschade vormt een specifiek onderdeel binnen de problematiek van vergoeding van psychisch letsel. De vraag naar vergoeding van shockschade heeft zich onder meer voorgedaan na de aanslag van Karst T. op Koninginnedag 2009 in Apeldoorn. De verzekeraar van Karst T. ontving 118 schadeclaims waarvan het overgrote merendeel betrekking had op de vergoeding van de zogenaamde ‘shockschade’; 79 schadeclaims hadden betrekking op shockschade van mensen die in Apeldoorn aanwezig waren en 12 schadeclaims waren afkomstig van mensen die shockschade hebben opgelopen voor de televisie.<sup>35</sup> Het shockschadeslachtoffer is over het algemeen een derde die als gevolg van het fysieke letsel van een andere persoon psychisch letsel lijdt. De verwachting is dat de vraag naar vergoeding van shockschade zich eveneens zal voordoen naar aanleiding van het schietincident. In dit hoofdstuk zal worden stilgestaan bij de aanspraak die derden eventueel kunnen maken op vergoeding van de door hen geleden shockschade.

### 2.2 Begripsbepaling

De term ‘shockschade’ is terug te voeren op het van oudsher gebruikte Engelse begrip ‘nervous shock’.<sup>36</sup> De parlementaire geschiedenis definieert ‘shockschade’ (ook wel ‘schrikschade’ genoemd) als schade welke is ontstaan naar aanleiding van een shock die het gevolg is van het waarnemen van of het geconfronteerd worden met een ongeval met dodelijke afloop.<sup>37</sup> Advocaat-Generaal (hierna ‘A-G’) Strikwerda formuleert shockschade ruimer dan de wetgever voor ogen had en formuleert ‘shockschade’, namelijk als “*schade, zowel materiële als immateriële, die wordt toegebracht door de schokkende ervaring als gevolg van de waarneming van of confrontatie met een ongeval waarbij een ander dodelijk of ernstig gewond raakt*”.<sup>38</sup> A-G Strikwerda beperkt zich met deze omschrijving, in tegenstelling tot de wetgever, niet tot dodelijke ongevallen.

Bij shockschade gaat het niet om de zogenaamde ‘verplaatste schade’ van artikel 6:107 BW maar om eigen materiële en immateriële schade van de benadeelde derde in geval van het overlijden of het letsel van de naaste. Om voor een schadevergoeding in aanmerking te komen dient sprake te zijn van een jegens de benadeelde gepleegde onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) en dient de geschonden norm te strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde deze heeft geleden (het zogenaamde ‘relativiteitsvereiste’ van artikel 6:163 BW).

### 2.3 Grondslag van de aansprakelijkheid

In de praktijk leveren, ten aanzien van de grondslag van de aansprakelijkheid, de onrechtmatigheidsvraag (artikel 6:162 BW) en het relativiteitsvereiste (artikel 6:163 BW) problemen op bij de toekenning van een schadevergoeding voor shockschade. Wat opvalt is dat in de parlementaire geschiedenis niet expliciet op deze problematiek is ingegaan. A-G Strikwerda stelt dat de wetgever er kennelijk vanuit is gegaan dat bij shockschade sprake is van een onrechtmatige daad die bestaat uit inbreuk op een subjectief recht, namelijk het recht op lichamelijke integriteit van het slachtoffer van de shockschade.<sup>39</sup> Maar aangenomen dat shockschade bij bepaalde personen die geconfronteerd worden met een ongeval waarbij doden of gewonden vallen een voorzienbaar gevolg is, is een gedraging evenwel niet onrechtmatig om de enkele reden dat zij (geestelijk)

<sup>35</sup> Zie hiervoor <<http://www.stichtingpiv.nl/Smartsite.shtml?id=279454&Parent=760875&Doc=761194>> (geraadpleegd op 17 juni 2011).

<sup>36</sup> Verheij 2002, p. 117.

<sup>37</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, M.v.A. I. Inv., p. 1274.

<sup>38</sup> Zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), punt 14.

<sup>39</sup> Zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), punt 16.

letsel als voorzienbaar gevolg heeft. A-G Strikwerda stelt daarom dat de onrechtmatigheid óf moet worden gegrondvest op de gevaarstelling die tot het ongeval heeft geleid, óf moet worden gegrondvest op de schending van een afzonderlijke zorgvuldigheidsnorm.<sup>40</sup> De eerste benadering verdient volgens A-G Strikwerda de voorkeur. Allereerst omdat de wetgever, aangezien zij op dit punt heeft gezwegen, kennelijk van deze benadering is uitgegaan. De wetgever heeft kennelijk de opvatting dat de dader bedacht kan zijn op shockschade bij bepaalde personen als gevolg van de confrontatie met een ernstig ongeval. Maar eveneens omdat gevaarstelling in beginsel als onrechtmatig mag worden aangemerkt, indien men bedacht had kunnen zijn op de schade die bij realisering van het gevaar is opgetreden.<sup>41</sup> Kortom, in deze benadering is de gevaarstelling onrechtmatig indien men op shockschade bij bepaalde personen als gevolg van de confrontatie met het ongeval bedacht had kunnen zijn. Deze benadering heeft tot voordeel dat de onrechtmatigheidsvraag en het relativiteitsvereiste als het ware samen vallen, waardoor het relativiteitsvereiste geen bijzondere problemen oplevert. Immers, bij een onrechtmatige daad die bestaat uit een inbreuk op een subjectief recht (in geval van het recht op lichamelijke integriteit van het slachtoffer van shockschade) is ten opzichte van de subjectief gerechtigde aan het relativiteitsvereiste steeds voldaan. Uit de jurisprudentie blijkt dat de Hoge Raad eveneens deze benadering volgt.

In het kader van de afbakening van de kring van gerechtigden is desondanks door verscheidene auteurs het belang van het relativiteitsvereiste benadrukt.<sup>42</sup> Zo heeft Lindenbergh het vereiste van de fysieke gevarezone (ook wel 'the zone of physical danger') uit het relativiteitsvereiste afgeleid. Volgens dit vereiste van de fysieke gevarezone mag de relativiteit alleen worden aangenomen indien men zelf ook fysiek gevaar heeft gelopen. Dit heeft tot gevolg dat bijvoorbeeld de moeder die psychisch letsel lijdt doordat zij vanuit de verte waarneemt dat haar kind wordt overreden niet tot de kring van gerechtigden behoort en daarmee geen recht heeft op vergoeding van shockschade. Terwijl passanten die zich toevallig in de fysieke gevarezone bevonden wel recht hebben op vergoeding van shockschade. Verheij meent daarom dat het relativiteitsvereiste zich in ieder geval dient uit te strekken tot derden die zich in de zogenaamde 'zone of emotional danger' bevinden. Derden die een nauwe affectieve band met het slachtoffer onderhouden hebben op grond van dit vereiste in ieder geval recht op vergoeding van shockschade. Verheij benadrukt hierbij dat dit niet betekent dat mensen die buiten de emotionele gevarezone vallen per definitie geen recht zouden hebben op shockschade. Kottenhagen daarentegen verwerpt de relativiteit en meent dat de afbakening van de kring van gerechtigden dient plaats te vinden vanuit de juridische causaliteit (artikel 6:98 BW). Kottenhagen pleit ervoor de kring van gerechtigden ruim te trekken, en meent dat shockschadeslachtoffers recht hebben op een schadevergoeding als ze getuige waren van het ongeval of van de directe gevolgen ervan, mits zij een nauwe affectieve band met het slachtoffer kunnen aantonen. Verdere bespreking van deze discussie omtrent het belang en de rol van het relativiteitsvereiste gaat het kader van deze scriptie te buiten.

#### **2.4 De ontwikkeling van shockschade in het Nederlandse recht**

Hoewel vroeger omtrent de erkenning van shockschade, zowel om rechtspolitieke redenen als om redenen van wetssystematiek (voornamelijk de hiervoor besproken onrechtmatigheidsvraag en het relativiteitsvereiste vormen de barrière) grote terughoudendheid bestond, heeft de discussie zich tegenwoordig verlegd naar de vraag onder welke omstandigheden shockschade voor vergoeding in aanmerking dient te komen en welke beperkingen het huidige BW aan de vergoeding van deze vorm van schade stelt.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), punt 17.

<sup>41</sup> HR 22 april 1994 (*Taxusstruik*), NJ 1994, 624 (m.nt. CJHB).

<sup>42</sup> Zie hiervoor onder meer Verheij 2002, p. 141-143.

<sup>43</sup> Zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), punt 14.

Shockschade en de hiermee samenhangende aanspraak op schadevergoeding aan de zijde van een derde zijn door de Hoge Raad voor het eerst erkend in 1983 in de zaak Van der Heijden/Holland<sup>44</sup>. In de eerste plaats oordeelde de Hoge Raad dat het Nederlandse recht geen mogelijkheid kent tot het vergoeden van affectieschade. Daarnaast bepaalde de Hoge Raad dat een schadevergoeding ter compensatie van schade aan derden slechts wordt toegekend indien sprake is van geestelijk letsel ('shock') dat men oploopt door een schokkende gebeurtenis, waarbij de shock dermate ernstig is dat deze leidt tot een aantasting van de gezondheid in de vorm van een psychisch erkend ziektebeeld.<sup>45</sup> In navolging op dit arrest werd in de parlementaire behandeling van thans artikel 6:106 BW de vraag gesteld, of dergelijke 'shock' aanleiding kan zijn voor letsel of een andere aantasting van de persoon waarvan artikel 6.1.9.11 BW oud (thans artikel 6:106 BW) aanspraak geeft op vergoeding van een ander nadeel dan vermogensschade. Uit de parlementaire geschiedenis komt naar voren dat zowel artikel 6:106 BW als het arrest Van der Heijden/Holland<sup>46</sup> zich er niet tegen verzetten dat dergelijke 'shock' aanleiding kan zijn voor letsel of een andere aantasting in de persoon waarvan het artikel aanspraak geeft op de geleden immateriële schade.<sup>47</sup>

Ondanks dat in de jaren na de uitspraak Van der Heijden/Holland diverse vorderingen aangaande de vergoeding van shockschade van derde(n) bij de feitenrechter zijn ingesteld, heeft het ongeveer twintig jaar geduurd voordat opnieuw een zaak over een vordering van schadevergoeding voor schade bestaande uit geestelijk letsel als gevolg van een schokkende gebeurtenis tot de Hoge Raad werd uitgeprocedeerd. De Nederlandse jurisprudentie omtrent de problematiek van shockschade is spaarzaam. Een aantal relevante uitspraken is dan ook gewezen door feitenrechters.

De Rechtbank Leeuwarden oordeelde op 16 december 1998 in een zaak dat, nu de eiseres vrijwel direct is geconfronteerd met de verschrikkelijk gevolgen van een aanrijding van haar vijftienjarige dochter als gevolg waarvan de dochter ter plaatse is overleden, de bij de moeder ontstane psychische gevolgen voor de gedaagde (door wiens schuld het ongeval is veroorzaakt) voorzienbaar moeten zijn geweest en dat de gedaagde om die reden jegens de eiseres onrechtmatig heeft gehandeld.<sup>48</sup>

De Rechtbank Alkmaar heeft daarentegen in de zaak die ten grondslag ligt aan het Taxibus-arrest een geheel andere gedachtegang gevolgd, en oordeelde dat de vordering ongegrond is nu niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Immers, zo overweegt de rechtbank, de overtreding van de verkeersnorm leidt niet tot bescherming van familieleden van verkeersdeelnemers. Het Gerechtshof (hierna 'het hof') Amsterdam verwerpt in dezelfde zaak zowel de beperkte opvatting omtrent het relativiteitsvereiste als de door Lindenbergh verdedigde leer omtrent de fysieke gevarenzone. Het vonnis van de rechtbank en het vonnis van het hof worden nader uiteengezet in respectievelijk paragraaf 2.5.3 en paragraaf 2.5.4. Het criterium van de fysieke gevarenzone is eveneens verworpen in een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 27 april 2000.<sup>49</sup>

Eveneens verdienen twee uitspraken van de Rechtbank Middelburg aandacht.<sup>50</sup> Uit deze uitspraken blijkt dat getuigen van een ongeval met een naaste aanspraak kunnen maken op een vergoeding van de door hen geleden shockschade, maar dat berichtgeving als zodanig of een veel latere confrontatie met het slachtoffer (in het

<sup>44</sup> HR 8 april 1983 (*Van der Heijden/Holland*), NJ 1984, 717 (m.nt. JHB).

<sup>45</sup> HR 8 april 1983 (*Van der Heijden/Holland*), NJ 1984, 717 (m.nt. JHB). Zie hiervoor eveneens Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2005, p. 2241; JBMV in zijn noot voor HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), punt 3.

<sup>46</sup> HR 8 april 1983 (*Van der Heijden/Holland*), NJ 1984, 717 (m.nt. JHB), r.o. 4.1 slot.

<sup>47</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, M.v.A. I. Inv., p. 1274.

<sup>48</sup> Kottenhagen 2002, p. 185.

<sup>49</sup> Eisers in deze zaak betroffen diverse bewoners die ervan getuige waren hoe, ten tijde van de Bijlmerramp, het vliegtuig neerstortte op de twee flats en haar inwoners, en als gevolg hiervan shockschade hadden opgelopen. Het verweer van gedaagden dat zij niet aansprakelijk waren omdat geen sprake was van lichamelijk letsel of levensgevaar, werd door de rechtbank verworpen. Het feit dat geen gevaar heeft bestaan voor fysiek letsel, betekent volgens de rechtbank niet dat de ontstane shockschade niet aan de wederpartij kan worden toegerekend. Een en ander hangt af van de omstandigheden van het geval, aldus de rechtbank. Rb. Amsterdam 27 april 2000 (*Bijlmer-ramp*), *NJkort* 2000, 78.

<sup>50</sup> Rb. Middelburg 20 december 2000, *L&S* 2001, nr. 1, p. 25 e.v. en Rb. Middelburg 31 januari 2001, *L&S* 2001, nr. 1, p. 28 e.v.

ziekenhuis) geen aanspraak geven op een vergoeding van de door hen geleden shockschade. De Rechtbank 's-Hertogenbosch heeft vervolgens de vordering tot vergoeding van shockschade van een moeder die als gevolg van een vermoedelijke medische fout is geconfronteerd met het stervensproces van haar dochter afgewezen.<sup>51</sup>

Na ongeveer twintig jaar heeft de Hoge Raad zich op 22 februari 2002 in de zaak Woudsend/Veldman<sup>52</sup> (ookwel bekend onder de namen 'Shockschade-arrest' en 'Taxibus-arrest') voor het eerst écht uitgelaten over de problematiek rondom de vergoeding van de schade als gevolg van het waarnemen van een schokkende gebeurtenis. De Hoge Raad bevestigde in deze zaak dat shockschade voor vergoeding in aanmerking kan komen mits aan een aantal voorwaarden is voldaan, en formuleert meer algemeen onder welke omstandigheden ruimte bestaat voor een vordering ter zake van eigen schade van een derde. Gezien het praktische belang van de uitspraak zal deze onder paragraaf 2.5.5 nader uiteengezet en toegelicht worden.

Hierop volgde de Vilt-zaak (ookwel 'Shockschade-arrest II' genoemd) waarin de Hoge Raad herhaalde hoe hij de speciale regeling van de artikelen 6:107, 6:107a en 6:108 BW ziet, en overwoog: "*Art. 6:108 geeft een beperkt aantal gerechtigden bij overlijden van een naaste of dierbare -ongeacht of degene die jegens de overledene aansprakelijk is voor de gebeurtenis die tot diens dood heeft geleid zich tevens onrechtmatig heeft gedragen jegens deze gerechtigden en ongeacht of die persoon tegenover de overledene een opzetdelict heeft begaan- slechts aanspraak op de in art. 6:108 BW genoemde vermogensschade; het stelsel van de wet staat aan toekenning van een vergoeding voor ook andere materiële en immateriële schade in de weg*".<sup>53</sup> De Hoge Raad houdt daarmee vast aan zijn eerdere interpretatie dat artikel 6:108 BW limitatief en exclusief bepaalt welke nabestaanden vergoeding kunnen ontvangen ten aanzien van welke schade.<sup>54</sup> Daarbuiten is een vergoeding dus onmogelijk, ook indien tegenover de nabestaande (eveneens) een (autonome) onrechtmatige daad is gepleegd. De bijzondere regeling van de artikelen 6:107 en 6:108 BW derogeeert namelijk aan het algemene onrechtmatigedaadsrecht.<sup>55</sup> Dit is slechts anders indien sprake is van een shockschade-situatie in de zin van het Taxibus-arrest. Artikel 6:108 BW staat niet in de weg aan dit type vordering (op grond van het algemeen onrechtmatigedaadsrecht), aangezien de Hoge Raad middels het vereiste dat bij de derde door de rechtstreekse confrontatie met het ongeval en/of de ernstige gevolgen daarvan een hevige shock is teweeggebracht en niet door enkel het overlijden van een ander een manier heeft gevonden om artikel 6:108 (en artikel 6:107) BW te omzeilen.<sup>56</sup> Aangaande de in de rechtszaak centraal staande rechtsvraag, of het vereiste van rechtstreekse confrontatie als criterium voor shockschade mag worden afgezwakt indien de normschending ernstig is, oordeelde de Hoge Raad: "*Met artikel 6:106 BW is beoogd vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade slechts in beperkte mate mogelijk te maken, in verband waarmee voor vergoeding van shockschade alleen onder strikte voorwaarden plaats is. Hiermee strookt niet het vereiste van waarneming van het ongeval of directe confrontatie met zijn ernstige gevolgen vanwege de aard of ernst van de normschending, zoals vanwege het opzettelijk begaan daarvan, terzijde te stellen of af te zwakken*".<sup>57</sup>

## 2.5 *Het Taxibus-arrest*

Nadat de vijfjarige Simone van haar moeder toestemming heeft gekregen om over het woonerf naar de nabij gelegen speelplaats te fietsen, wordt zij op 9 april 1992 op het woonerf door een achteruitrijdende taxibus

<sup>51</sup> Rb 's-Hertogenbosch 13 juli 2001, zaaknr. 27160/HA ZA 98-1587.

<sup>52</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken).

<sup>53</sup> In deze zaak ging het om een vordering van ouders die hun kinderen hebben verloren na een wilde achtervolging die resulteerde in een ernstig auto-ongeluk. De politie heeft de ouders destijds bericht over het ernstige auto-ongeluk en het overlijden van hun kinderen. HR 9 oktober 2009 (*Vilt*), NJ 2010, 387 (m.nt. Vranken), RvdW 2009, 1154, r.o. 3.5. Zie hiervoor eveneens Giesen & Rijnhout 2011, p. 35; Lindenberg 2002b, p. 338.

<sup>54</sup> Zie hiervoor onder meer HR 12 december 1986 (*Rockwool/Poly*), NJ 1987, 958 (m.nt. CJHB); HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken).

<sup>55</sup> Rijnhout 2010, p. 37.

<sup>56</sup> Rijnhout 2010, p. 37.

<sup>57</sup> HR 9 oktober 2009 (*Vilt*), NJ 2010, 387 (m.nt. Vranken), RvdW 2009, 1154, r.o. 3.5.

aangereden. Naar aanleiding van de aanrijding viel Simone achter de taxibus van haar fiets. Als gevolg van het achteruitrijden van de taxibus werd het hoofdje van Simone door één van de achterwielen van de taxibus overreden. De schedel van het meisje raakt hierdoor zodanig ernstig beschadigd dat de hersenen buiten de schedel op het wegdek komen te liggen, en Simone ter plaatse aan haar verwondingen overlijdt. Op het moment van het ongeluk bevond de moeder van Simone (hierna ‘de moeder’) zich in haar, nabij de plaats van het ongeluk, gelegen woning. De moeder was, gewaarschuwd door een buurvrouw, vrijwel direct na het ongeluk op de plaats van het ongeluk aanwezig waar zij werd geconfronteerd met haar dochter die levenloos op straat lag. Toen ze probeerde om het hoofd van haar dochter naar zich toe te draaien verdween haar hand, tot haar grote ontzetting, vrijwel geheel in de schedel van haar dochter. Tegelijkertijd constateerde zij dat hetgeen op straat lag, wat zij daarvoor had aangezien voor braaksel, een deel van de schedelinhoud van haar dochter was. Dit heeft bij de moeder tot ernstig geestelijk letsel geleid, welke door de psychiater van de moeder is omschreven als *“een gestagneerd rouwproces resulterend in een ernstige depressie met melancholische (vitale) kenmerken en een ernstige posttraumatische stressstoornis waarbij zij onder meer de afschuwelijke confrontatie met haar dochter steeds weer herbeleeft”*.

### 2.5.1 Het geschil en de vordering

De moeder, eiseres in onderhavige zaak, vordert een schadevergoeding ter hoogte van 5.823,49 gulden voor de door haar geleden materiële schade (waaronder vergoeding van therapiekosten, kosten van medische expertise en buitengerechtelijke bijstand) en 100.000 gulden voor de immateriële schade. Partijen verschillen van mening over de vraag, of de bestuurder van de taxibus met het veroorzaken van het ongeval met de vijfjarige Simone eveneens een onrechtmatige daad jegens haar moeder heeft gepleegd; en wanneer dit zo is over de vraag, op welke wijze onderscheid gemaakt dient te worden tussen shockschade en affectieschade.<sup>58</sup>

De moeder stelt dat de bestuurder van de taxibus uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor vergoeding van materiële en immateriële schade die zij lijdt en zal lijden als gevolg van het geestelijke letsel dat zij ten gevolge van de confrontatie met haar verminkte dochter heeft opgelopen. Zij stelt dat de bestuurder van de taxibus zich gezien de omstandigheden ervan bewust had moeten zijn dat de moeder van het meisje in de buurt zou zijn geweest en dat zij als gevolg van het geheel geestelijk letsel zou oplopen, en dat op grond hiervan voldaan is aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW. Aangaande het recht op vergoeding van de immateriële schade stelt ze dat sprake is van aantasting van de persoon in de zin van artikel 6:106 lid 1 sub b BW, en dat nu het uitgesloten is vast te stellen welk deel van het psychisch letsel gevolg is van de confrontatie met de schokkende gebeurtenis (de zogenaamde ‘shockschade’) en welk deel van het psychisch letsel gevolg is van de verbreking van de affectieve relatie met haar dochtertje (de zogenaamde ‘affectieschade’) haar schade behandeld dient te worden als zuivere shockschade.

Aansprakelijkheidsverzekeraar Woudsend bestrijdt de vordering en stelt dat, nu de geschonden verkeersnorm niet strekt ter bescherming van anderen dan de verkeersdeelnemers, niet voldaan is aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW en dat op grond hiervan geen onrechtmatige daad jegens de moeder is gepleegd. Wat betreft de aanspraak van de immateriële schade stelt Woudsend zich allereerst op het standpunt dat vergoeding van geleden shockschade vereist dat de geschokte op het moment van de gebeurtenis zich moet hebben bevonden in de fysieke gevarezone en dat dit gezien de omstandigheden in onderhavige zaak niet het geval was. Ten tweede stelt Woudsend zich op het standpunt dat het Nederlandse recht, gezien het limitatieve karakter van de artikelen 6:106 en 6:108 BW, geen vergoeding toekent voor affectieschade.

---

<sup>58</sup> Zie hiervoor eveneens Den Hollander 2002, p. 33.

### 2.5.2 Voorafgaand aan de rechtsgang

Voor de bespreking van de rechtsgang in onderhavig geschil verdient opmerking dat Woudsend diverse pogingen heeft gedaan om het geschil in de minne te regelen, en daarom de moeder tweemaal een aanbod tot uitbetaling van een bedrag van 30.000 gulden aan smartengeld heeft gedaan.<sup>59</sup> De moeder heeft deze afgewezen omdat Woudsend geen juridische erkenning wilde en kon geven dat de moeder ernstig leed en groot onrecht was aangedaan. Eenmaal in de rechtsprocedure verweekelt heeft Woudsend op grond van principiële argumenten doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad. Dit wel onder de mededeling jegens de moeder, dat het reeds betaalde bedrag aan smartengeld en proceskosten niet door Woudsend zou worden teruggevorderd indien de Hoge Raad Woudsend in het gelijk zou stellen.

### 2.5.3 De Rechtbank Alkmaar

De rechtbank overweegt dat toewijzing van een vordering op grond van artikel 6:162 BW vereist dat onrechtmatig jegens de benadeelde is gehandeld, en dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. In navolging hierop overweegt de rechtbank dat aangezien de (on)geschreven normen van verkeersgedrag niet de veiligheid van eenieder dienen en er evenmin toe leiden dat onjuist verkeersgedrag onrechtmatig is jegens allen die ingevolge het gedrag in persoon of goed schade lijden, Woudsend terecht heeft aangevoerd dat de in het verkeer geldende normen niet de strekking hebben tot bescherming van de belangen van familieleden van verkeersdeelnemers of van anderen die in enige relatie staan tot de verkeersdeelnemers.<sup>60</sup> Bij vonnis van 17 december 1998 heeft de rechtbank de vordering afgewezen. De rechtbank voert hiertoe aan dat de vaststelling dat de moeder zich op het moment van het ongeluk in haar woning bevond en niet als verkeersdeelnemer bij het ongeluk betrokken was, ertoe leidt dat de geschonden norm van verkeersgedrag niet strekt tot de bescherming van de belangen van de moeder.

### 2.5.4 Het Gerechtshof Amsterdam

In hoger beroep overwoog het hof dat de normen voor verkeersgedrag er ongetwijfeld in de eerste plaats toe strekken dat een aan- en overrijding wordt voorkomen maar dat in het midden kan blijven of deze verkeersnormen mede bedoeld zijn om de belangen te beschermen van alle familieleden van verkeersdeelnemers en van alle anderen die in enige bijzondere betrekking staan tot verkeersdeelnemers, die als gevolg van schending van die normen schade lijden in persoon of goed.<sup>61</sup> Het hof overweegt vervolgens dat gezien de omstandigheden er geen goede reden is om aan te nemen dat de verkeersnormen niet mede strekken tot bescherming van de moeder tegen de schade zoals deze aan de orde was. Dat de moeder niet zelf aan het verkeer deelnam, zich daarom niet in de fysieke gevarezone van de geschonden verkeersnorm bevond, en zelf geen lichamelijk letsel opliep acht het hof onvoldoende reden om anders te oordelen. Onder deze omstandigheden kan volgens het hof niet worden volgehouden dat de bestuurder van de taxibus niet bedacht hoefde te zijn op deze soort schade van de moeder van de aan het verkeer deelnemende vijfjarige meisje.<sup>62</sup> Het hof wijst bij vonnis van 27 april 2000 aan de moeder een bedrag van 30.000 gulden aan smartengeld toe voor de schade die zij ondervindt vanwege het geestelijk letsel wat zij heeft opgelopen als gevolg van de schokkende confrontatie. Een vergoeding voor het verdriet dat de moeder heeft wegens het overlijden van haar dochter wijst het hof, onder verwijzing naar het wettelijke stelsel van schadevergoedingsrecht en het met zich

<sup>59</sup> Zie hiervoor Den Hollander 2002, p. 34; Van 2002, p. 43.

<sup>60</sup> Rb. Alkmaar 17 december 1998, rolnr. 25879/HA ZA 97-581, r.o. 5.2 derde en vierde alinea (ongepubliceerd).

<sup>61</sup> Hof Amsterdam 27 april 2000, VR 2000, 87, r.o. 4.11.

<sup>62</sup> Hof Amsterdam 27 april 2000, VR 2000, 87, r.o. 4.11.

meebrengende onderscheid tussen de vergoedbare shockschade en de niet-vergoedbare affectieschade, van de hand.<sup>63</sup>

### 2.5.5 De Hoge Raad

De Hoge Raad merkt allereerst in rechtsoverweging 4.1 op dat de toewijzing van een vordering tot vergoeding van immateriële schade slechts in beperkte mate het leed kan verzachten, maar dat deze in zekere mate wel een erkenning van het ondervonden leed kan betekenen. In navolging hierop overweegt de Hoge Raad dat deze erkenning niettemin geen grond voor de toewijzing van een schadevergoeding voor immateriële schade kan zijn.<sup>64</sup> Hier vanuit gaande vervolgt de Hoge Raad in dezelfde rechtsoverweging met: “(...) *Ten overvloede wordt daarbij aangetekend dat in vele gevallen sprake is van leed dat wordt ondervonden als gevolg van een verkeersongeval zonder dat iemand voor dit leed in rechte verantwoordelijk kan worden gehouden. In een aantal gevallen zal de dood of het letsel van een bij een verkeersongeval betrokken persoon leiden tot aanzienlijk (financieel) nadeel bij derden. Ook ten aanzien van hen geldt dat het recht beperkingen stelt aan de mogelijkheid van vergoeding van dit nadeel, omdat te ruim getrokken grenzen van aansprakelijkheid in maatschappelijk opzicht tot onaanvaardbare gevolgen zou kunnen leiden. Andere vormen van compensatie en erkenning van leed dan toekenning van een bedrag aan smartengeld zijn denkbaar. De rechter kan daarover niet een allesomvattend oordeel geven, doch mag slechts beoordelen welke vergoeding binnen het stelsel van de wet voor toewijzing in aanmerking komt.*”

Aansluitend gaat de Hoge Raad in rechtsoverweging 4.2 in op het stelsel van artikel 6:108 BW en overweegt ten aanzien van affectieschade: “*Het stelsel van de wet brengt mee dat nabestaanden ingeval iemand met wie zij een nauwe en/of effectieve band hadden, overlijdt ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander jegens hem aansprakelijk is, geen vordering geldend kunnen maken tot vergoeding van nadeel wegens het verdriet dat zij ondervinden als gevolg van dit overlijden. Artikel 6:108 BW geeft immers in een dergelijk geval slechts aan een beperkt aantal gerechtigden de mogelijkheid tot het vorderen van bepaalde vermogensschade. Hoewel deze bepaling van tamelijk recente datum is, kan er grond bestaan om de redenen die tot de daarin neergelegde regeling van de schadevergoeding hebben geleid, te heroverwegen. Niet uitgesloten is dat het 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. Het gaat echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen. In de eerste plaats zou immers opnieuw een, aan de wetgever voorbehouden, afweging moeten worden gemaakt van de voor- en nadelen die aan het huidige stelsel verbonden zijn. Voorts vergt een herziening van het bestaande stelsel een afbakening van de gevallen waarin een vergoeding passend wordt gevonden en een concrete aanwijzing van de personen aan wie een dergelijke vergoeding toekomt. Ten slotte is het ook aan de wetgever te beoordelen of, en zo ja in hoeverre, aan de toekenning van een dergelijke vergoeding financiële grenzen gesteld moeten worden in verband met de consequenties die daaraan kunnen zijn verbonden.*”<sup>65</sup> Kort gezegd constateert de Hoge Raad in deze rechtsoverweging dat het stelsel van de wet (artikel 6:108 BW) met zich meebrengt dat vergoeding van affectieschade niet mogelijk is, en dat de rechterlijke macht zich niet bevoegd acht om hierin eventuele veranderingen door te voeren. Op grond van deze overweging wijst de Hoge Raad het verzoek om vergoeding van de geleden en de te lijden affectieschade dan ook van de hand.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Hof Amsterdam 27 april 2000, VR 2000, 87, r.o. 4.17 & 4.18.

<sup>64</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 4.1.

<sup>65</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 4.2.

<sup>66</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 6.1 e.v.

In rechtsoverweging 4.3 geeft de Hoge Raad vervolgens een algemene regel voor de behandeling van een zaak als onderhavige: *“Indien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij in een geval als hier bedoeld niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffene in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond. De daardoor ontstane immateriële schade komt op grond van het bepaalde in art. 6:106 lid 1, aanhef onder b BW voor vergoeding in aanmerking. Daarvoor is dan wel vereist dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.”*<sup>67</sup> De Hoge Raad stelt in de eerste plaats vast dat derden recht kunnen hebben op vergoeding van shockschade. In de tweede plaats blijkt uit deze overweging dat het criterium van de fysieke gevarenzone niet door de Hoge Raad wordt gehanteerd.

Na deze drietal algemene overwegingen gaat de Hoge Raad over tot de beoordeling van het cassatiemiddel waarin Woudsend stelt dat voor de toekenning van shockschade vereist is dat degene die op de vergoeding aanspraak maakt door aanwezigheid direct betrokken is geweest bij het ongeval of de gebeurtenis waardoor het slachtoffer is overleden. De Hoge Raad acht deze opvatting onjuist, en voert aan: *“Voldoende is dat een rechtstreeks verband bestaat tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen oploopt anderzijds. Deze confrontatie kan ook plaatsvinden (kort) nadat de gebeurtenis die tot de dood of verwonding van een ander heeft geleid, heeft plaatsgevonden. De aard van deze schade brengt mee dat deze schade in het algemeen slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien (i) de betrokkene rechtstreeks wordt geconfronteerd met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden, en (ii) deze confrontatie bij de betrokkene een hevige schok teweeggebracht heeft, hetgeen zich met name kan voordoen indien sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene die door het ongeval is gedood of gewond geraakt.”*<sup>68</sup> De Hoge Raad overweegt verderop in dezelfde rechtsoverweging dat daarvan ongetwijfeld sprake is in het geval dat een moeder haar kind op de plaats van het ongeval dood en ernstig verminkt aantreft en als gevolg van deze traumatische ervaring geestelijk letsel oploopt.<sup>69</sup> De Hoge Raad acht in onderhavige zaak het letsel zodanig ernstig van aard dat moet worden aangenomen dat zij in haar persoon is aangetast, en concludeert dat nu aan alle voorwaarden voor een vergoeding van shockschade is voldaan de moeder aanspraak heeft op een vergoeding van de shockschade.<sup>70</sup>

Daaropvolgend gaat de Hoge Raad in op de stellingname van Woudsend dat het hof ten onrechte onderscheid heeft gemaakt tussen de gevolgen van de confrontatie met het ongeval en de gevolgen van het overlijden van haar dochter.<sup>71</sup> De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 5.4 *“De bestreden oordelen van het Hof moeten als volgt worden verstaan. Het verlies van een kind kan voor de betrokken ouder een zodanig verdriet en zodanige problemen van verwerking van het verlies van dit kind opleveren dat daardoor geestelijk letsel ontstaat dat aantasting van de persoon oplevert. In een dergelijk geval laat het wettelijk stelsel niet toe dat aan deze ouder een schadevergoeding wegens verdriet om de dood van een kind, wordt toegekend. Het wettelijk stelsel verzet zich echter niet tegen een vergoeding van immateriële schade, wanneer deze schade een*

<sup>67</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 4.3.

<sup>68</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 5.1 & 5.2.

<sup>69</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 5.2.

<sup>70</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 5.2.

<sup>71</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 5.3 & 5.4.



gevolg is van de aan het onrechtmatig handelen van de veroorzaker toe te rekenen schokkende confrontatie met de ernstige gevolgen van het ongeval. Aan toekenning van een dergelijke vergoeding staat in het bijzonder niet in de weg dat ook verdriet is ontstaan door het letsel en de dood van het kind. Bij het naar billijkheid schatten van de immateriële schadevergoeding zal de rechter ermee rekening moeten houden dat in een geval als het onderhavige een onderscheid moet worden gemaakt tussen het verdriet van de getroffene dat een gevolg is van de dood van haar kind, en het leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval ter zake waarvan haar wel een schadevergoeding toekomt.” Kortom, de Hoge Raad overweegt dat in een geval als onderhavige de rechter bij het naar billijkheid schatten van de immateriële schadevergoeding onderscheid dient te maken tussen het verdriet van de getroffene dat gevolg is van de dood van haar kind (waarvoor geen vergoeding kan worden toegekend) en haar leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval (waarvoor wel een vergoeding kan worden toegekend). Gelet op artikelen 6:97 en 6:106 lid 1 BW oordeelt de Hoge Raad vervolgens dat het bestreden oordeel van het hof niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt.<sup>72</sup>

Hierna gaat de Hoge Raad in op het (incidentele) beroep van de moeder. De stelling dat het Hof ten onrechte geen vergoeding heeft toegewezen ter zake van haar verdriet als gevolg van het overlijden van haar kind vindt bij de Hoge Raad geen gehoor. Onder verwijzing naar rechtsoverweging 4.2 oordeelt de Hoge Raad in rechtsoverweging 6.1 “Ook al is aannemelijk dat V., als moeder van een jong kind dat bij een ernstig verkeersongeval om het leven is gekomen, valt in de categorie van personen die het meest in aanmerking zouden komen voor de toekenning van een vergoeding ter zake van, zoals het in het algemeen wordt aangeduid, affectieschade, dan nog kan de rechter daarin niet de vrijheid vinden om, vooruitlopend op een eventueel door de wetgever door te voeren wijziging van de wet op dit punt, aan haar een vergoeding toe te kennen.” Eveneens de stelling van de moeder dat artikel 6:108 BW, door geen vergoeding van affectieschade toe te kennen, in strijd is met artikel 8 EVRM (het zogenaamde beginsel van ‘family life’), wordt door de Hoge Raad verworpen.<sup>73</sup> De Hoge Raad voert hiertoe het volgende aan: “In de eerste plaats heeft de bestuurder van de taxibus die het onderhavige ongeval heeft veroorzaakt, een verkeersnorm overtreden met als tragisch gevolg voor V. het verlies van haar dochter, doch het veroorzaken van dit ongeval is als zodanig niet een inbreuk op het recht op eerbiediging van ‘family life’ van V. In de tweede plaats kan niet als juist worden aanvaard dat artikel 8 EVRM ertoe noopt dat in de wetgeving wordt voorzien in een recht op (immateriële) schadevergoeding aan de ouder die een kind verliest als gevolg van het onrechtmatig handelen of nalaten van een ander. Het toekennen van schadevergoeding kan weliswaar mede worden gezien als een erkenning van en genoegdoening voor het verdriet wegens de dood van een kind, maar kan niet ertoe bijdragen dat in het onderhavige geval de moeder van het kind, V., in staat wordt gesteld overeenkomstig de strekking van artikel 8 EVRM een normaal gezinsleven te leiden. Ten slotte ziet het onderdeel eraan voorbij dat artikel 6:108 niet een beperking inhoudt van een bestaand recht op schadevergoeding, doch juist de grondslag biedt voor een uitbreiding van het recht op schadevergoeding waarop de benadeelde ten opzichte van wie niet onrechtmatig is gehandeld, anders geen aanspraak zou kunnen maken. Zoals hiervoor (...) is overwogen gaat een verdere uitbreiding de rechtsvormende taak te buiten.”<sup>74</sup> Ten slotte, vindt tevens de stelling van de moeder dat het hof ten onrechte slechts 30.000 gulden als vergoeding voor de immateriële schade heeft toegewezen gekregen geen gehoor.<sup>75</sup>

Op grond van voorgaande overwegingen verwerpt de Hoge Raad het beroep en laat het arrest van het hof in stand.

<sup>72</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 5.4.

<sup>73</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 6.3 & 6.4.

<sup>74</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 6.3.

<sup>75</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 6.4.

### 2.5.6 Nadere beschouwing Taxibus-arrest

De Hoge Raad heeft zich in de rechtsoverwegingen 4.1 tot en met 4.3 met een aantal algemene opmerkingen duidelijk uitgelaten omtrent shock- en affectieschadeproblematiek. Om deze reden betreft het een belangrijk arrest in het personenschadevergoedingsrecht. Uit de overwegingen komt naar voren dat de Hoge Raad het belang van de onderhavige problematiek onderkent. De Hoge Raad stelt voorop dat als het gaat om dit soort leed de rol van het recht en van geld slechts beperkt is. Zonder enige verdere uitwerking te geven overweegt de Hoge Raad dat te ruim getrokken grenzen tot onaanvaardbare gevolgen kunnen leiden. De Hoge Raad overweegt dat andere vormen van compensatie en erkenning van leed denkbaar zijn, maar dat het aan de wetgever is om te beoordelen welke vergoeding binnen het stelsel van de wet voor toewijzing in aanmerking komt. De Hoge Raad houdt in het arrest duidelijk vast aan de niet-vergoedbaarheid van affectieschade, en dat het aan de wetgever is om hier eventueel verandering in te brengen. Volgens Hartlief kon de Hoge Raad niet anders doen dan benadrukken dat in het huidige stelsel affectieschade niet voor vergoeding in aanmerking komt, ook niet verkapt langs de weg van shockschade.<sup>76</sup>

Wel suggereert de Hoge Raad dat, in verband met de maatschappelijke behoefte om aan nabestaanden enige genoegdoening te verschaffen, reden bestaat voor heroverweging van deze wettelijke regeling. Tegelijkertijd erkent de Hoge Raad -in navolging op de literatuur en de lagere rechtspraak- ten aanzien van derden wel de mogelijkheid tot het instellen van een vordering tot vergoeding van shockschade die zowel van materiële als van immateriële aard is. Het arrest is voornamelijk in dit opzicht van belang voor de Nederlandse rechtsontwikkeling. De Hoge Raad zet met zijn overweging dat een veroorzaker onder omstandigheden ook onrechtmatig jegens een ander dan het primaire slachtoffer kan handelen, de relativiteitskwestie voorop.<sup>77</sup> De vraag is daarmee of de shockschade redelijkerwijs is toe te rekenen. Lindenbergh acht dit terecht.<sup>78</sup>

De Hoge Raad overweegt in rechtsoverweging 5.2 dat derden een recht op vergoeding van shockschade toekomt indien: (I) sprake is van een schending van een verkeers- of veiligheidsnorm met als gevolg overlijden of kwetsing van iemand; (II) waarbij de waarneming van het ongeval of de directe confrontatie met de gevolgen daarvan bij de derde(n) een emotionele schok teweeg heeft gebracht; (III) waaruit geestelijk letsel is voortgevloeid (wat zich voornamelijk zal kunnen voordoen bij iemand die in een nauwe affectieve relatie staat tot de getroffene); (IV) welk geestelijk letsel in rechte kan worden vastgesteld (wat in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld). Het gaat hier om cumulatieve vereisten. De Hoge Raad geeft met de formulering van deze criteria zelf invulling aan het beschermingsbereik, en probeert een betrekkelijk nauwkeurige omschrijving te geven van de ruimte die naast artikel 6:108 BW bestaat voor een zelfstandige vordering uit onrechtmatige daad. Lindenbergh is hier een groot voorstander van; het biedt voor de uitspraak mogelijkheden om ter inspiratie te dienen.<sup>79</sup> Maar met deze formulering van de criteria heeft de Hoge Raad enige ruimte opengelaten. Den Hollander wijst erop dat vooropgesteld moet worden dat vele mensen na een ernstig of minder ernstig ongeluk direct worden geconfronteerd met de gevolgen van het ongeval, en als gevolg hiervan (psychisch) letsel oplopen.<sup>80</sup> Volgens Den Hollander is het onduidelijk of de Hoge Raad voor al deze mensen de mogelijkheid biedt om vergoeding van shockschade te claimen. Van Tilburg merkt op dat -wanneer het arrest vanuit psychiatrisch oogpunt wordt bekeken- de door de Hoge Raad geformuleerde criteria onoverkomelijke problemen met zich meebrengen, onder meer in situaties waarbij sprake is van samenloop van shockschade en affectieschade.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> Zie hiervoor Hartlief 2003, p. 76.

<sup>77</sup> Vos en Dans 2006, p. 112; Lindenbergh 2002b, p. 337.

<sup>78</sup> Zie hiervoor Lindenbergh 2002a, p. 66.

<sup>79</sup> Zie hiervoor Lindenbergh 2002a, p. 67.

<sup>80</sup> Den Hollander 2002, p. 38. Zie hiervoor eveneens Van Tilburg 2004, p. 7.

<sup>81</sup> Van Tilburg 2004, p. 10.

Bij het criterium ‘schending van een verkeers- of veiligheidsnorm met als gevolg het overlijden of het kwetsen van iemand’ kunnen de volgende opmerkingen worden geplaatst. Ten eerste verdient opmerking dat de Hoge Raad in het algemeen spreekt van ‘schending van een verkeers- of veiligheidsnorm’, en daarmee geen onderscheid maakt naar de aard van de normschending (waarbij te denken valt aan het onderscheid van schuld- en risicoaansprakelijkheid, onderscheid tussen doen en nalaten, et cetera). In navolging hierop verdient ten tweede opmerking dat de Hoge Raad -met deze formulering- aan verkeers- en veiligheidsnormen een zodanig beschermingsbereik toekent, dat zij er eveneens toe strekken derden (die door confrontatie met een ongeval psychische schade lijden) te beschermen, ongeacht of ze zelf in gevaar hebben verkeerd.<sup>82</sup> De Hoge Raad verwerpt met deze overweging, evenals het hof, expliciet de theorie van de fysieke gevarenzone. Ten derde volgt de Hoge Raad (met haar overweging dat niet enkel bij een dodelijk ongeval vergoeding van shockschade mogelijk is maar eveneens bij een ongeval met letsel als gevolg) niet de parlementaire geschiedenis, en hanteert een ruimere opvatting dan de wetgever. Dit heeft direct gevolgen voor het aantal mogelijke gerechtigden. Zo worden bijvoorbeeld door rechters strafbepalingen op één lijn gesteld met verkeers- en veiligheidsnormen,<sup>83</sup> maar kan ook worden gedacht aan rampen. Bij dit laatste kan onder meer gedacht worden aan de confrontatie van de ouders met hun verminkte kinderen als gevolg van de brand in Volendam in café De Hemel, welke plaatsvond in de nieuwjaarsnacht van 2000 op 2001.<sup>84</sup>

Aangaande het criterium, dat sprake moet zijn geweest van waarneming van het ongeval of een directe confrontatie met de gevolgen waardoor een emotionele schok teweeg is gebracht, verdient opmerking dat niet vereist is dat men het slachtoffer daadwerkelijk heeft zien verongelukken. De Hoge Raad benadrukt dat een rechtstreeks verband tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen oploopt anderzijds voldoende is. Daarmee lijkt volgens Kottenhagen de leer van ‘immediate aftermath’ in ons rechtstelsel ingang te hebben gevonden.<sup>85</sup> Op grond van deze leer hebben niet alleen de bij de calamiteit betrokken personen recht op een vergoeding van shockschade maar eveneens personen die worden geconfronteerd met de directe gevolgen van de calamiteit. Tot de laatste groep personen kunnen onder meer toevallige passanten, reddingswerkers en gewaarschuwde familieleden worden gerekend.

Kanttekening is dat onduidelijkheid bestaat over wanneer sprake is van een rechtstreekse confrontatie met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden.<sup>86</sup> Nu, volgens de Hoge Raad, de moeder van het slachtoffer onder deze omstandigheden ongetwijfeld recht heeft op vergoeding van de shockschade, mag aangenomen worden dat in vergelijkbare omstandigheden eveneens een vergoeding voor shockschade toekomt aan vaders, broers, zusters en anderen die in een bijzondere affectieve relatie tot het slachtoffer staan.<sup>87</sup> In het algemeen wordt aangenomen dat de confrontatie met het letsel of het overlijden niet genoeg is.<sup>88</sup> Door de

<sup>82</sup> Vos & Dans 2006, p. 112.

<sup>83</sup> Voorbeelden hiervan zijn onder meer Hof Leeuwarden 19 juni 2002 *NJ* 2003, 206 waarin het ging om een fatale verkeersruzie tussen C en M, waarbij C uiteindelijk een vuurwapen pakt en M doodschiet. De moeder, twee broers en zus van M zijn hiervan getuigen, en vorderen voor de civiele rechter vergoeding van de door hun geleden shockschade. Het hof beoordeelt de vordering aan de hand van de criteria zoals deze voortvloeien uit het Taxibus-arrest en overweegt “*Naar het oordeel van het hof dient het door C begane onrechtmatig handelen, het opzettelijk van het leven beroven van M, bij de toepassing van het onderhavige leerstuk op één lijn te worden gesteld met het overtreden van een verkeers- of veiligheidsnorm als genoemd in het arrest van de Hoge Raad*”; en Rb. Arnhem 29 maart 2006, *LJN* AW2774 waarin een vader van zijn schoonzoon een vergoeding van de door hem geleden shockschade vorderde, omdat de schoonzoon zijn vrouw met tachtig messteken om het leven had gebracht. De rechtbank gaat er bij haar beoordeling van de gevolgen van de confrontatie (aan de hand van de criteria van het Taxibus-arrest) vanuit dat een strafbepaling op één lijn te stellen is met een verkeers- en veiligheidsnorm. *Bronnen*: Vos & Dans 2006, p. 112 & 113; Lindenbergh 2008b, p. 257.

<sup>84</sup> Zie hiervoor Kottenhagen 2002, p. 187.

<sup>85</sup> Zie hiervoor Kottenhagen 2002, p. 187.

<sup>86</sup> Dit blijkt onder meer uit Rb. Roermond 12 mei 2004, *LJN* AP1094. *Bronnen*: Vos & Dans 2006, p. 113; Lindenbergh 2002a, p. 68.

<sup>87</sup> Kottenhagen 2002, p. 185.

<sup>88</sup> Zo werd door het Hof 's-Gravenhage een vordering tot vergoeding van shockschade, die door de vader van Y wordt gevorderd nadat de vader als gevolg van een door Y overkomen verkeersongeval met de ingrijpende persoonsverandering van Y wordt geconfronteerd, afgewezen wegens gebrek aan een directe confrontatie. Het hof oordeelt dat geen sprake is van een hevige emotionele schok als gevolg van de confrontatie met het ongeval; de oorzaak van de door de vader geleden schade is de dagelijkse confrontatie met de persoonsverandering van zijn zoon (Hof 's-Gravenhage 11 juni 2003, *Prg.* 2004, 6153 (m.nt. Abas), r.o. 4). Eveneens van belang in dit opzicht is een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch waarbij het ging om een 14-jarige jongen die door

formulering van de Hoge Raad lijkt in ieder geval uitgesloten dat slachtoffers van shockschade als gevolg van een (eerdere) mededeling (bijvoorbeeld over het dodelijk verongelukken van familieleden) een schadevergoeding kunnen vorderen.<sup>89</sup> In de literatuur wordt aangenomen dat, om te kunnen spreken van rechtstreekse confrontatie met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden, in beginsel kort na het ongeval de ongevalplaats dient te zijn waargenomen. Voorbeelden van zaken waarin de geschrokkenen tijdens de calamiteit niet aanwezig was maar toch aanspraak kon maken op een schadevergoeding voor shockschade zijn onder meer: Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 233;<sup>90</sup> Rechtbank Dordrecht 7 juni 2002, *LJN* AE3830;<sup>91</sup> Hof Amsterdam 24 maart 2006, *LJN* AV8220<sup>92</sup> en Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 maart 2006, *NJF* 2006, 26<sup>93</sup>. Hartlief merkt op dat het getuige zijn van of het geconfronteerd worden met het ongeval of de ernstige gevolgen ervan eventueel kan plaatsvinden middels rechtstreekse televisiebeelden.<sup>94</sup> Eveneens wijst Hartlief erop dat naasten die langs de plek des onheils komen en daar worden geconfronteerd met de omstandigheden en de ernstige gevolgen van het ongeval tevens binnen het beschermingsbereik vallen.

Betoogd wordt dat de grens die dient te worden gesteld aan de kring van gerechtigden eerder is bereikt naarmate het verband met het onrechtmatig handelen verder weg ligt; ligt het verband verder weg (denk hierbij bijvoorbeeld aan shockschade door berichtgeving) dan bestaat in beginsel geen aanspraak op een schadevergoeding.<sup>95</sup> Belangrijke kanttekening hierbij is dat wanneer het gaat om de plotselinge dood van een naaste ten gevolge van een verkeersongeluk, de kans dat je daardoor getraumatiseerd wordt niet uitsluitend afhankelijk is van het er al dan niet bij aanwezig zijn geweest.<sup>96</sup> Door de wijze waarop de mens psychisch functioneert behoeft een mededeling dat een naaste plotseling is overleden niet minder traumatisch te zijn dan het zien gebeuren ervan. Daarom is er in de literatuur voor gepleit om dit naar omstandigheden anders te laten zijn, en de aard van de normschending als maatgevend te beschouwen voor de aansprakelijkheid.<sup>97</sup> Dit zou met zich meebrengen dat in geval van een zeer ernstige normschending minder eisen worden gesteld aan de directe confrontatie, waardoor een schadevergoeding sneller kan worden toegekend. Daarmee is gesuggereerd dat ook buiten de situaties waar de criteria van de Hoge Raad in algemeenheid op zien, een recht op schadevergoeding in geval van shockschade kan bestaan.<sup>98</sup> Belangrijke constatering is dat deze visie in de rechtspraak navolging heeft gekregen. Lagere rechters stellen doorgaans in het geval van een ernstige normschending minder strenge eisen aan de directe confrontatie met de gevolgen van het ongeval.<sup>99</sup>

---

een 30-jarige Ier op het hoofd werd geslagen. Pas enkele dagen later wordt vastgesteld dat sprake is van een bloedophoping ten gevolge van een schedelbreuk, en komt de jongen te overlijden. Het hof wijst de vordering van de vader voor vergoeding van zijn shockschade van de hand, nu volgens het hof geen sprake was van een directe confrontatie aangezien de vader op het moment dat zijn zoon de vuistslag kreeg hierbij niet aanwezig was en de vuistslag geen zichtbaar letsel tot gevolg had (Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2003, *VR* 2004, 83). Zie hiervoor eveneens Vos & Dans 2006, p. 113; Lindenbergh 2002a, p. 69.

<sup>89</sup> Kottenhagen 2002, p. 188; Hartlief 2003, p. 76.

<sup>90</sup> Het Hof Leeuwarden achtte in deze zaak het horen van de klap van het ongeval en het kort daarna aanschouwen van de plaats van het ongeval door de moeder voldoende om te spreken van directe confrontatie. Zie hiervoor ook Vos & Dans 2006, p. 113; Lindenbergh 2002a, p. 69; Van Dam 2002, p. 207.

<sup>91</sup> Het ging in deze zaak om een elfjarig meisje welke lag te slapen op het moment dat in de kamer ernaast drie mensen (waaronder haar moeder) werden beroofd en vermoord. Nadat het meisje wakker was geworden opende ze de deuren van de kamer en werd zij geconfronteerd met de gruwelijke gebeurtenissen en de ernstige gevolgen ervan. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat het feit dat het meisje geen getuige was van de beroving en de moorden geen beletsel is om een vergoeding van shockschade aan het meisje toe te kennen.

<sup>92</sup> Het Hof Amsterdam oordeelde in dezelfde zin als het, van het in voetnoot 95 besproken, oordeel van de Rechtbank Dordrecht (in de zaak Rb. Dordrecht 7 juni 2002, *LJN* AE3830) aangaande een vader die zijn dochter, badend in het bloed door de vele messteken, aantrof in zijn woonkamer.

<sup>93</sup> In deze zaak vorderde een vrouw die haar zwaar mishandelde echtgenoot thuis stervend aantrof een vergoeding van de door haar geleden shockschade. De Rechtbank 's-Hertogenbosch overweegt dat de vrouw aanspraak maakt op vergoeding van shockschade aangezien duidelijk is dat zij een hevige emotionele schok heeft gekregen toen zij werd geconfronteerd met de ernstige gevolgen van de mishandeling van haar echtgenoot. De rechtbank besteedt in deze zaak geen aandacht aan het feit dat de vrouw de voorafgaande ruzie niet heeft gezien.

<sup>94</sup> Zie hiervoor Hartlief 2003, p. 76.

<sup>95</sup> Vos & Dans 2006, p. 114; Lindenbergh 2002b, p. 338.

<sup>96</sup> Zie hiervoor Van Tilburg 2004, p. 11.

<sup>97</sup> Zie hiervoor Vos & Dans 2006.

<sup>98</sup> Vos & Dans 2006, p. 114; Van Dam 2002, p. 207.

<sup>99</sup> Voorbeelden hiervan zijn de uitspraken Rechtbank Arnhem 29 maart 2006, *LJN* AW2774 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 5 februari 2003, *LJN* AF3886. Zie hiervoor onder meer Lindenbergh 2008b, p. 257.

Uit de formulering van het criterium dat vereist dat het geestelijk letsel gevolg moet zijn van de emotionele schok en de confrontatie, komt duidelijk naar voren dat de enkele vaststelling dat sprake is van geestelijk letsel in beginsel onvoldoende is. Door het overleggen van medische bescheiden en/of het inwinnen van deskundigenbericht dient (naast het bestaan van het geestelijk letsel) het causaal verband tussen de confrontatie, de emotionele schok en het geestelijk letsel aangetoond te worden.<sup>100</sup> Bij het aantonen van het causale verband is het bestaan van een affectieve relatie met het directe slachtoffer geen noodzakelijk vereiste. Daarmee is aansprakelijkheid jegens personen die geen affectieve relatie met het slachtoffer onderhouden niet uitgesloten.<sup>101</sup> Wel zal, naar verwachting, indien geen sprake is/was van een affectieve relatie minder snel worden aangenomen dat het geestelijk letsel het gevolg is van de desbetreffende gebeurtenis.<sup>102</sup>

Het criterium, welke bepaalt dat het geestelijk letsel in rechte vastgesteld moet kunnen worden, brengt met zich mee dat sprake moet zijn van een erkend psychisch ziektebeeld. De jurisprudentie van de Hoge Raad gewezen voor het Taxibus-arrest vereist niet expliciet dat de benadeelde lijdt aan een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.<sup>103</sup> De Hoge Raad brengt daarbij voor het eerst de koppeling aan met een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Lindenbergh merkt op dat het begrijpelijk is dat de kans op het ontstaan van bepaalde gevolgen mede het beschermingsbereik bepalen maar dat de wijze waarop de Hoge Raad het nu formuleert in de praktijk met zich mee zal brengen dat niet alleen aan de hand van het handelen van de veroorzaker kan worden vastgesteld jegens wie het handelen onrechtmatig is.<sup>104</sup> Immers pas wanneer een bepaald gevolg (het geestelijk letsel) zich heeft verwezenlijkt wordt de handeling onrechtmatig geacht. Dit terwijl het hierbij in feite gaat om het onderscheid tussen de vestiging en de omvang van de aansprakelijkheid. Volgens Lindenbergh ligt het in de rede dat de rechter zich hieromtrent oriënteert op deskundigen op dit terrein en de diagnosteringssystemen DSM IV en ICD 10. Maar hij benadrukt hierbij dat deze instrumenten niet gemaakt zijn voor juridische doeleinden, en dat om deze reden het niet verstandig dat de rechter steeds zonder meer op de resultaten hiervan afgaat.

Door de diverse rechtsinstanties wordt afwisselend gedacht over de hardheid van het te leveren bewijs dat sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Zo besteedde onder meer de rechtbank in de Dordtse Moordzaak geen aandacht aan de vraag of bij een getuige van het ongeval sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, en oordeelde (eenvoudig) dat de vordering integraal toewijsbaar is nu de vordering niet onrechtmatig en ongegrond voorkomt.<sup>105</sup> Ook in de literatuur wordt gesteld dat de formulering van het criterium zodanig is dat het uitzonderingen toelaat.<sup>106</sup>

Volledigheidshalve, verdient in dit opzicht opmerking dat in twee latere arresten (die geen vordering tot shockschade betroffen) de Hoge Raad het vereiste anders formuleert. De Hoge Raad overweegt dat de partij die zich op de aantasting van de persoon beroept voldoende concrete gegevens moet aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan. Nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel moet zijn of kunnen worden vastgesteld.<sup>107</sup> Maar in meeste gevallen wil de rechter wel degelijk overtuigend bewijs zien dat sprake is van geestelijk letsel welke in direct causaal verband staat met de schadeveroorzakende gebeurtenis.<sup>108</sup>

---

<sup>100</sup> Vos & Dans 2006, p. 115.

<sup>101</sup> Lindenbergh 2002a, p. 70.

<sup>102</sup> Vos & Dans 2006, p. 115; Lindenbergh 2002a, p. 70.

<sup>103</sup> Zie eveneens A-G Hartkamp in zijn conclusie voor HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 366.

<sup>104</sup> Zie hiervoor Lindenbergh 2002a.

<sup>105</sup> Rb. Dordrecht 7 juni 2002, *LJN* AE3830, r.o. 10.

<sup>106</sup> Zie hiervoor ondermeer Kottenhagen 2002, p. 183 & Verheij 2002, p. 181 & 182.

<sup>107</sup> HR 9 mei 2003, *NJ* 2003, 168, r.o. 5.2.3 en HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 38, r.o. 5.2.3.

<sup>108</sup> Dit blijkt onder meer uit de volgende uitspraken Hof Leeuwarden 8 mei 2002, *NJ* 2003, 233, r.o. 21; Hof Amsterdam 27 februari 2003, *VR* 2004, 9; Rb. Middelburg 25 juni 2003, *VR* 2004, 23, r.o. 2.4; Rb. Haarlem 23 juli 2003, *VR* 2005, 74, r.o. 5.7-5.8; Hof 's-Gravenhage 6 augustus 2003, *Prg.* 2004, 6244,

Ten slotte verdient aangaande de samenloop van shockschade en affectieschade opmerking, dat de benadering van de Hoge Raad in het Taxibus-arrest hieromtrent in de literatuur meer realistisch wordt geacht dan zoals de Rechtbank Leeuwarden deze volgt.<sup>109</sup> Het door de rechter redelijkerwijs schatten van de hoogte van het smartengeld aan de hand van de omstandigheden verdient de voorkeur. Immers, het in percentages uitdrukken welk deel van de schade kan worden beschouwd als shockschade lijkt nauwelijks mogelijk. Om een maximale vergoeding van de immateriële schade te verkrijgen zal de moeder moeten aantonen, terwijl haar eigen kind is overleden, dat sprake is van 0% affectieschade en 100% shockschade. Deze stelling is naast weinig sympathiek tevens onwaar. Het is immers zeer goed mogelijk dat de gevolgen deels veroorzaakt zijn door de eigen benarde positie en deels door het overlijden/letsel van de direct getroffen. Een andere kanttekening is dat de begrippen affectieschade en shockschade alleen in het recht en niet in de psychologie of psychiatrie worden gehanteerd. Het bestek van deze scriptie laat een uitvoerigere nabeschuiving van het Taxibus-arrest niet toe.<sup>110</sup>

## 2.6 Uitleiding

De Hoge Raad heeft bepaald dat een derde ingeval hij/zij schade heeft opgelopen door de confrontatie met een schokkende gebeurtenis onder omstandigheden aanspraak kan maken op een schadevergoeding voor de geleden schade. Naast de materiële schade (welke veelal zullen bestaan uit medische kosten die gemaakt moeten worden of gemaakt zijn om (psychisch) letsel te genezen), biedt artikel 6:106 lid 1 sub b BW (met de bewoordingen 'aantasting van de benadeelde in zijn persoon op andere wijze') een wettelijke basis voor vergoeding van zijn/haar immateriële schade als gevolg van een schokkende gebeurtenis.<sup>111</sup> De minister heeft bepaald dat de regeling van artikel 6:106 lid 1 sub b BW terughoudend dient te worden toegepast. Het woord 'shock' duidt er volgens de parlementaire geschiedenis op dat slechts in zeer ernstige gevallen ruimte bestaat voor het toekennen van een schadevergoeding. Daarnaast dient volgens de parlementaire geschiedenis de kring van gerechtigden niet al te ruim te worden getrokken.<sup>112</sup>

De betekenis van een vordering tot schadevergoeding van shockschade is voor derden, zoals de naasten en nabestaanden van de slachtoffers van het schietincident, daarom beperkt. In eerste plaats is de voorwaarde van geestelijk letsel in de vorm van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld voor vele naasten/nabestaanden, ondanks dat hun leven een geheel andere wending en waarde heeft gekregen, een drempel die in de weg staat aan het verkrijgen van een vergoeding. Immers de immateriële schade die deze nabestaanden en naasten lijden, kan in veel gevallen niet gekwalificeerd worden als een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. In de tweede plaats dient, indien sprake is van geestelijk letsel, het letsel zijn oorzaak te vinden in de confrontatie met de calamiteit, de ernstige gevolgen en/of de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden. Het geestelijk letsel mag daarmee niet terug te voeren zijn op het enkele letsel of overlijden van een naaste. Daarmee biedt de schrikschadevordering, wanneer de benadeelde stuit op de regel van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht dat affectieschade niet voor vergoeding in aanmerking komt, slechts een uitkomst voor een enkeling. De vordering van vergoeding van shockschade biedt dus geen mogelijkheden voor de vergoeding van affectieschade in de vorm van 'gewoon' verdriet of leed veroorzaakt door letsel of overlijden.

---

r.o. 12.1; Hof Leeuwarden 22 december 2004, *JA* 2005, 15; Rb. 's-Hertogenbosch 1 maart 2006, *NJF* 2006, 266, r.o. 2.9; Rb. Arnhem 29 maart 2006, *LJN* AW2774, r.o. 3.10. *Bron*: Vos & Dans 2006, p. 115.

<sup>109</sup> Zie hiervoor Kottenhagen 2002, p. 188.

<sup>110</sup> Voor verdere informatie hieromtrent kunnen onder meer Den Hollander 2002; Hartlief 2003; Kottenhagen 2002; Lindenbergh 2002a; Lindenbergh 2002b; en Vos & Dans 2006 worden geraadpleegd.

<sup>111</sup> Zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), *NJ* 2002, 240 (m.nt. Vranken), punt 15.

<sup>112</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW InvW., M.O. I, p. 1857.

### 3. Positie van affectieschade in het Nederlands schadevergoedingsrecht

#### 3.1 Inleiding

In ons leven onderhouden we bepaalde affectieve banden met de wereld om ons heen. Deze affectieve banden kunnen betrekking hebben op mensen (waarbij onder meer gedacht kan worden aan partners, familieleden en vrienden) en op zaken (waarbij onder meer gedacht kan worden aan huizen en foto's). Het kan zijn dat deze affectieve verbanden worden verstoord, hierbij kan affectieschade ontstaan.<sup>113</sup> In dit hoofdstuk zal worden toegelicht wat affectieschade precies inhoudt, en in kaart worden gebracht welke positie affectieschade in het Nederlandse recht inneemt. Daarna zal kort worden ingegaan op het onderscheid tussen shockschade en affectieschade.

#### 3.2 Begripsbepaling

Affectieschade is een vorm van ander nadeel dan vermogensschade, en is daarmee een vorm van immateriële schade. Affectieschade bestaat uit het verdriet van anderen dat wordt veroorzaakt door de confrontatie met het overlijden of het ernstig gewond raken en het daarmee samenhangende leed van een dierbare naaste persoon als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is.

#### 3.3 De ontwikkeling van affectieschade binnen het Nederlandse rechtsstelsel

##### 3.3.1 Ontwikkeling wettelijk systeem

Naar het oude recht kwam derden in beginsel geen enkel recht op schadevergoeding toe.<sup>114</sup> Regelingen zoals die in de artikelen 6:106 lid 2, 6:107, 6:107a en 6:108 BW zijn opgenomen ontbraken destijds. In artikel 1406 BW (oud) was enkel een regeling opgenomen aangaande de vergoeding van schade als gevolg van overlijden door een onrechtmatige daad. Belangrijke verschillen met de huidige regelingen zijn onder meer (I) de beperktere kring tot gerechtigden; (II) dat de schade door gederfd levensonderhoud slechts werd vergoed indien en voor zover tijdens het leven van de overledene daadwerkelijk in levensonderhoud van de nabestaande(n) werd voorzien; en (III) de kosten van lijkbezorging kwamen niet voor vergoeding in aanmerking, al werden deze in de praktijk veelal wel vergoed. Het samenstel van artikel 1406 en 1407 BW (oud) verhinderde een vordering tot vergoeding voor verdriet om de dood of het letsel van een ander,<sup>115</sup> en maakte vergoeding van immateriële schade op grond van bijvoorbeeld het overlijden van een dierbare naaste dan ook onmogelijk.<sup>116</sup> Daarnaast bestond onder het oude recht evenmin de mogelijkheid om een vergoeding van immateriële schade te verkrijgen als gevolg van geestelijk letsel dat onder omstandigheden kon worden aangemerkt als een aantasting in de persoon.<sup>117</sup>

Bij de totstandkoming van het huidige BW is de vraag aan de orde gekomen, of derden in geval van overlijden van een dierbare naaste aanspraak moeten kunnen maken op een vergoeding van hun immateriële schade. De wetgever heeft er destijds bewust voor gekozen om affectieschade niet in aanmerking te laten komen voor een schadevergoeding. In de parlementaire geschiedenis worden de volgende argumenten voor de uitsluiting van enig recht op vergoeding van affectieschade aangevoerd.<sup>118</sup>

<sup>113</sup> Verheij 1998, p. 324.

<sup>114</sup> J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>> ; alleen toegankelijk voor abonnees); Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2005, p. 2249 & 2250.

<sup>115</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW InvW., V.V. I., p. 1272.

<sup>116</sup> HR 8 april 1983 (*Van der Heijden/Holland*), NJ 1984, 631. Zie hiervoor eveneens Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2005, p. 2241.

<sup>117</sup> HR 13 juni 1995 (*Ontvanger/Bos*), NJ 1997, 366 en HR 23 januari 1998 (*B./Stichting FIOM*), NJ 1998, 366. Zie hiervoor eveneens Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2005, p. 2241 & 2242.

<sup>118</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, M.v.A. I. p. 1273-1274.

- I. Hoe schrijnender het leed waar het om gaat, hoe groter de weerstand vanuit de samenleving zal zijn tegen de gedachte dat men dit op enigerlei wijze met geld zou kunnen vergoeden.
- II. Het toekennen van een vergoeding zou leiden tot ‘commercialisering’ van verdriet. De redenering hierachter was dat het moeilijk anders dan om hoge bedragen kan gaan, zodat men zich zal moeten verzekeren. Dit zou weer verhoging van de vergoeding in de hand werken en daarmee de instelling van partijen beïnvloeden. De weduwe die als eiseres optreedt zal bijvoorbeeld haar verdriet gedurende de procedure ‘op peil’ moeten houden, en zich daarom van het opbouwen van een nieuwe relatie moeten onthouden om de vergoeding van haar vordering niet in gevaar te brengen.
- III. Vergoeding van affectieschade zou tot onsmakelijke procespraktijken leiden. De gedaagde heeft er belang bij alles, ook intimiteiten, op tafel te brengen die aannemelijk kunnen maken dat bijvoorbeeld het huwelijk van de eisende partij minder goed was dan zij doet voorkomen. Deze zal harerzijds gedwongen worden evenzeer op dergelijke details in te gaan.
- IV. Gevaar van ‘explosie van schadeclaims’, en de opkomst van de zogenaamde ‘claimcultuur’.
- V. Toekenning van een dergelijk recht zou tot gevolg hebben dat de juridische afwikkeling van de gevolgen van een ongeval complexer worden, wat op haar beurt zal leiden tot een grotere belasting van de rechterlijke macht.
- VI. Het is voor de rechter lastig om de kring van gerechtigden en de omvang van de schadevergoeding vast te stellen.
- VII. Met de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek (hierna ‘het NBW’) is het aantal risicoaansprakelijkheden toegenomen. Uitbreiding van de aansprakelijkheidsgronden vraagt om terughoudendheid aangaande de omvang van de schadevergoedingsplicht. Door vergoeding van affectieschade zou de aansprakelijkheidslast te veel toenemen.

Dit resulteert erin dat derden ook onder de huidige BW in beginsel geen aanspraak maken op een schadevergoeding voor de door hen geleden immateriële schade als gevolg van het letsel of overlijden van een naaste. Dit wordt nader toegelicht in paragraaf 3.5.

Naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Baby Joost<sup>119</sup> werd op 6 februari 2003 een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer, waarin een voorstel werd gedaan om een beperkt aantal naasten recht te geven op een vast bedrag van smartengeld. Het wetsvoorstel zal nader wordt toegelicht en besproken in hoofdstuk 4. Op 23 maart 2010 is het wetsvoorstel door de Eerste Kamer verworpen. Derden worden tot op de dag van vandaag, wat betreft hun affectieschade, niet gehoord.

Opmerking verdient dat na de afwijzing van het wetsvoorstel Affectieschade door de Eerste Kamer, de minister van Justitie (destijds Hirsch Ballin) een wijziging heeft aangebracht in het Wetsvoorstel tot aanpassing van de Wsg<sup>120, 121</sup>. Dit deed de minister onder verwijzing naar het uitgangspunt van de Wet versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces<sup>122</sup> (zoals deze op 1 januari 2011 in werking is getreden); het zoveel mogelijk gelijktrekken van de positie van de slachtoffers en de nabestaanden. Met de wijziging van het wetsvoorstel kwam artikel 4 lid 1 derde volzin Wsg te vervallen, en kwam artikel 4 lid 1 tweede volzin Wsg te luiden: “Zij belooft ten hoogste het bedrag van de door het letsel of het overlijden veroorzaakte schade, daaronder begrepen immateriële schade van nabestaanden”.<sup>123</sup> Het Wetsvoorstel tot aanpassing van de Wsg beoogde na de wijziging eveneens de vergoeding van immateriële schade van nabestaanden (lees: affectieschade) uit het Schadefonds mogelijk te maken.<sup>124</sup> Zoals in paragraaf 1.4 al

<sup>119</sup> HR 8 september 2000 (*Baby Joost*), NJ 2000, 734 (m.nt. A.R. Bloembergen).

<sup>120</sup> *Kamerstukken II 2009/2010*, 32 363, nr. 1 & 2.

<sup>121</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II 2009/2010*, 32 363, nr. 7, p. 1 & 2.

<sup>122</sup> *Stb.* 2010, 1.

<sup>123</sup> *Kamerstukken II 2009/2010*, 32 363, nr. 8, p. 1.

<sup>124</sup> *Kamerstukken II 2009/2010*, 32 363, nr. 7.



aangegeven is het Wetsvoorstel aanpassing van de Wsg op 31 mei 2011 door de Eerste Kamer goedgekeurd, en is het wetsvoorstel verheven tot wet.<sup>125</sup> Daarmee kunnen nabestaanden in geval van overlijden van een naaste in de toekomst onder omstandigheden mogelijk toch, op grond van de vangnetregeling van artikel 4 Wsg, enige financiële compensatie ontvangen voor de door hen geleden affectieschade. Ondanks dat de wet naar verwachting pas per 1 januari 2012 in werking zal treden, hanteert het Schadefonds al sinds 1 januari 2011 een tijdelijke beleidsregel op grond waarvan nabestaanden aanspraak kunnen maken op een uitkering voor immateriële schade.

### 3.3.2 Jurisprudentie

Bovendien komt ook in de rechtspraak de terughoudendheid aangaande de toekenning van een schadevergoeding voor affectieschade duidelijk tot uitdrukking. De rechter wijst vorderingen tot vergoeding van affectieschade principieel af.<sup>126</sup> Desondanks heeft de rechter in bepaalde gevallen van kindermoord wel rekening gehouden met de aantasting van affectieve gevoelens.<sup>127</sup>

In 1983 wijst de Hoge Raad in de zaak Van der Heijden/Holland de vordering tot schadevergoeding af van een moeder die stelt psychomatische klachten te hebben naar aanleiding van het overlijden van haar tweejarige dochter, die bij haar in de auto zat, als gevolg van een verkeersongeval dat door een ander werd veroorzaakt.<sup>128</sup> De moeder stelde dat sprake was van 'schrikschade' en vorderde op grond van artikelen 1401 j° 1407 BW (oud) een schadevergoeding van de door haar geleden immateriële schade. In aanvulling hierop stelde de moeder dat artikel 1406 BW (oud) niet aan haar vordering in de weg stond. De Hoge Raad oordeelde dat de schade van mevrouw Van der Heijden gekwalificeerd diende te worden als schade ter zake van het overlijden van een ander, en overwoog dat ons recht uit gaat van een beperkte kring van gerechtigden en vergoedbaarheid van slechts enkele specifieke schadeposten bij letsel- en overlijdensschade (artikelen 1407 en 1408 BW oud; thans artikelen 6:107 en 6:108 BW). De Hoge Raad nam in deze zaak de exclusieve werking van artikel 1406 BW (oud) aan en overwoog, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, dat het artikel meebrengt dat aansprakelijkheid voor schade van psychosomatische aard veroorzaakt door het overlijden van een kind is uitgesloten. De opvatting dat een vordering tot vergoeding van zodanige schade op grondslag van artikel 1407 BW (oud) wel mogelijk is, is volgens de Hoge Raad onjuist omdat dit tot gevolg zou hebben dat een nabestaande van een overledene aanspraak zou hebben op vergoeding van andere schade (met andere woorden de immateriële schade als gevolg van de dood van een kind) dan waarvoor artikel 1406 BW (oud) vergoeding aan toekent. Dergelijke situatie is niet verenigbaar met de strekking van artikel 1406 BW (oud). Kortom, in deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat ons recht geen mogelijkheid kent tot vergoeding van immateriële schade in verband met het verdriet veroorzaakt door letsel of overlijden van een naaste.

Een zaak die in het kader van dit verband tevens kort toelichting verdient betreft het Jeffrey-arrest<sup>129</sup>. In deze zaak vorderden de ouders van de drie jarige Jeffrey, die na afloop van een zwemtherapie buiten toezicht van de moeder en de therapeute in het zwembad was verdronken, een verklaring voor recht dat het ziekenhuis waar de therapie had plaatsgevonden aansprakelijk was voor het overlijden van hun zoon. De Hoge Raad overwoog in deze zaak dat de ouders niet hebben bestreden dat het door hun gestelde belang een 'zuiver emotioneel' belang is, en overwoog vervolgens dat een 'zuiver emotioneel' belang niet is aan te merken als 'voldoende belang' zoals vereist is in artikel 3:303 BW. Hiermee oordeelt de Hoge Raad dat een 'zuiver emotioneel' belang niet voldoende

<sup>125</sup> Zie hiervoor <[http://www.europa-nu.nl/id/viei7wr4p1vv/32363\\_uitbreiding\\_van\\_de\\_werkingssfeer](http://www.europa-nu.nl/id/viei7wr4p1vv/32363_uitbreiding_van_de_werkingssfeer)> (geraadpleegd op 6 juni 2011).

<sup>126</sup> Verheij 2002, p. 201.

<sup>127</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 2 mei 1997, *NJkort* 1998, 10; Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 1998, *VR* 1999, 63 (m.nt. Verheij); Hof 's-Hertogenbosch 31 augustus 1999, *VR* 2000, 228; HR 26 oktober 2001, *RvdW* 2001, 169.

<sup>128</sup> HR 8 april 1983 (*Van der Heijden/Holland*), *NJ* 1984, 717 (m.nt. CJHB).

<sup>129</sup> HR 9 oktober 1998 (*Jeffrey*), *NJ* 1998, 853.

belang is in de zin van artikel 3:303 BW. Was affectieschade wel voor vergoeding in aanmerking gekomen, dan zou het emotionele belang ook een vermogensrechtelijk belang zijn geweest en hadden de ouders wel een voldoende belang gehad bij het vorderen van een verklaring voor recht. Het arrest heeft tot veel protest en nadere beschouwingen over de rol van het vermogensrecht in het algemeen en het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het bijzonder geleid.

De afgelopen decennia hebben de desbetreffende ‘derden’ in dit verband diversen malen in de rechtspraak de grenzen van ons wettelijk stelsel opgezocht en getracht deze grenzen te verleggen. De eerste duidelijke poging om de grenzen van de wet te verleggen werd gedaan in de zaak Baby Joost.<sup>130</sup> In de Baby Joost-zaak heeft de Hoge Raad geen smartengeld toegekend aan de ouders van Joost die als gevolg van een medische fout ernstige hersenbeschadiging heeft opgelopen en daardoor zowel lichamelijk als geestelijk gehandicapt is geraakt. De Hoge Raad overwoog dat bij het aangaan van de medische overeenkomst partijen niet met zoveel woorden hebben uitgesproken of de ouders van Joost ook voor zichzelf contracteren, en de wederpartij er daarom vanuit mocht gaan dat de ouders de overeenkomst als wettelijk vertegenwoordigers van hun kind sloten, en oordeelde dan ook dat het hof op grond hiervan kon aannemen dat zij geen contractspartij zijn en jegens hen daarom geen wanprestatie is gepleegd. De Hoge Raad oordeelde eveneens dat een medische fout geen schending van artikel 8 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (hierna ‘EVRM’) vormt, en dat het beroep op artikel 8 EVRM niet slaagt. Deze uitspraak van de Hoge Raad heeft in de literatuur en politiek veel teweeggebracht. Zo achtte Lindenbergh de motivering van de verwerping van het beroep op artikel 8 EVRM te kort door de bocht.<sup>131</sup> Hoewel de Hoge Raad de ouders van Joost geen recht op smartengeld heeft toegekend, heeft de Hoge Raad de mogelijkheid van vergoeding van affectieschade ook niet principieel afgewezen.<sup>132</sup>

De rechter is slechts bereid gebleken om affectieschade te vergoeden op grond van artikel 6:106 lid 1 sub a BW. Deze bepaling geeft recht op een vergoeding van immateriële schade indien de veroorzaker het oogmerk had deze immateriële schade aan te richten. De Hoge Raad overwoog in het Oogmerk-arrest dat het stelsel van de wet (met name artikel 6:108 BW) niet aan een vergoeding van immateriële waarde in de weg staat, indien de dader iemand heeft gedood met het oogmerk aan een ander zodanig nadeel toe te brengen.<sup>133</sup> De Hoge Raad oordeelde dat in het bijzondere geval dat de dader het oogmerk heeft om de naaste of nabestaande te kwetsen het stelsel van artikel 6:107 en 6:108 BW ruimte biedt voor een eigen vordering van de derde en deze derde daarmee recht heeft op smartengeld.

In het Taxibus-arrest (besproken in paragraaf 2.5) overwoog de Hoge Raad vervolgens dat derden op grond van het Nederlandse recht in beginsel geen aanspraak maken op vergoeding van de door hen geleden affectieschade. De Hoge Raad heeft daarbij aangegeven dat het buiten zijn rechtsvormende taak valt om daarin verandering te brengen; het doorvoeren van een dergelijke verandering is de taak van de wetgever. Uit deze uitspraak blijkt bovendien dat de rechterlijke macht, in zaken waarin naast shockschade tevens affectieschade getracht wordt vergoed te krijgen, niet bereid is geweest om op het wetsvoorstel affectieschade te anticiperen.<sup>134</sup>

---

<sup>130</sup> HR 8 september 2000, *NJ* 2000 (*Baby Joost*), 734 (m.nt. A.R. Bloembergen).

<sup>131</sup> Zie hiervoor Lindenbergh 2008a, p. 61.

<sup>132</sup> Verheij 2002, p. 204.

<sup>133</sup> HR 26 oktober 2001 (*Oogmerk*), *NJ* 2001, 216 (m.nt. Vranken), r.o. 3.3.

<sup>134</sup> Dit blijkt onder meer uit de uitspraken HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), *NJ* 2002, 240 (m.nt. Vranken); Rb. Den Bosch 5 februari 2003, *LJN* AF3886, r.o. 4.14 en Rb. Maastricht 3 mei 2006, *LJN* AX0354, r.o. 4.9. Zie hiervoor onder meer Vos & Dans 2006, p. 111.

### 3.4 De functie van vergoeding van affectieschade

In de literatuur wordt verschillend gedacht aangaande de vraag, wat de functie is van vergoeding van affectieschade. Aan de vergoeding van affectieschade worden voornamelijk de functies van compensatie, erkenning en/of genoegdoening toegekend. Verheij gaat ervan uit dat de vergoeding van affectieschade strekt tot compensatie en genoegdoening.<sup>135</sup> Volgens Van Dam heeft de vergoeding van affectieschade een genoegdoeningsfunctie: het herstellen van het gekrenkte rechtsgevoel van de benadeelde zelf en de maatschappij.<sup>136</sup> Lindenbergh stelt daarentegen dat smartengeld strekt tot compensatie.<sup>137</sup> Dat de vergoeding van affectieschade eveneens kan leiden tot erkenning is goed naar voren gekomen naar aanleiding van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Affectieschade.<sup>138</sup>

### 3.5 Vergoeding van affectieschade in het Nederlands recht

Ten aanzien van het antwoord op de vraag of affectieschade als gevolg van het overlijden of het oplopen van ernstig letsel van een dierbare naaste een recht op schadevergoeding creëert, lijkt in de parlementaire geschiedenis eenduidig te worden geantwoord; vergoeding van affectieschade is niet mogelijk.<sup>139</sup> De huidige Nederlandse wetgeving kent geen expliciete rechtsgrond voor vergoeding van affectieschade. Uit het stelsel van de wet vloeit voort dat in beginsel geen vergoeding van immateriële schade wordt toegekend in geval van verdriet om verwonding of overlijden van anderen.<sup>140</sup> Het samenstel van de artikelen 6:106, 6:107 en 6:108 BW verhindert een vordering tot vergoeding van het verdriet om het overlijden of het letsel van een ander.<sup>141</sup> Het huidige wettelijke stelsel laat dan ook niet toe dat derden aangaande de schade die ze lijden door verwonding of het verlies van een naaste, buiten de door de wettelijke bepalingen bestreken schade om, een eigen aanspraak op een schadevergoeding geldend maken op grond van een 'zelfstandig' jegens hun gepleegde onrechtmatige daad of tekortkoming.<sup>142</sup>

Ratio van het huidige wettelijk stelsel is tweeledig.<sup>143</sup> Ten eerste beoogt de huidige regeling duidelijkheid te bieden aan derden aangaande hun aanspraken op een eventuele schadevergoeding, zonder dat in individuele gevallen telkens opnieuw (aan de hand van de relativiteit en de causaliteit) beoordeeld hoeft te worden of hun een aanspraak op schadevergoeding toekomt. Ten tweede beoogt de huidige regeling de schadevergoedingsclaims door derden te beperken, om op deze wijze de gevreesde 'claimcultuur' te voorkomen.

Het ontbreken van een rechtsgrond voor vergoeding van affectieschade in de Nederlandse wetgeving heeft tot gevolg dat personen die in hun directe omgeving (bijvoorbeeld de partner of overige gezinsleden) geconfronteerd worden met een gelaedeerde die bijvoorbeeld ernstig invalide is geraakt of is overleden, in beginsel geen recht hebben op vergoeding van de door hen geleden affectieschade. Dat Nederland terughoudend is met de toekenning van een schadevergoeding in geval van affectieschade bleek eveneens op 23 maart 2010 toen de Eerste Kamer, na een wetsprocedure van tien jaar, het wetsvoorstel Affectieschade afwees.

<sup>135</sup> Zie hiervoor Verheij 1998, p. 326 & Verheij 2002, p. 207.

<sup>136</sup> Zie hiervoor Verheij 2002, p. 207.

<sup>137</sup> Zie hiervoor Verheij 2002, p. 207.

<sup>138</sup> Zie hiervoor hoofdstuk 4.

<sup>139</sup> Parl. Gesch. Boek 6 NBW, p. 1284 & 1288.

<sup>140</sup> J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>>; alleen toegankelijk voor abonnees); HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken).

<sup>141</sup> Zie hiervoor hoofdstuk 1, en Parl. Gesch. Boek 6 NBW InvW., V.V. I, p. 1272.

<sup>142</sup> Zie voor een uitgebreide behandeling hiervan onder meer HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), r.o. 4.1 & 4.2; Lindenbergh 1998 p. 179 e.v.

<sup>143</sup> Zie hiervoor Lindenbergh 2008b, p. 255.

Voorgaande lijkt slechts anders wanneer de aansprakelijke persoon het oogmerk had immateriële schade toe te brengen aan de derde, in dit geval kan ex artikel 6:106 lid 1 sub a BW een schadevergoeding worden gevorderd.<sup>144</sup> Ondanks dat de parlementaire geschiedenis zwijgt over de vraag of de verwonding of het doden van een mens met het oogmerk een derde emotioneel te treffen recht geeft op smartengeld en de literatuur hierover verdeeld is,<sup>145</sup> heeft de Hoge Raad in de zaak HR 21 oktober 2001, NJ 2002, 216 (m.nt. JBMV) aan de moeder van een door de vader vermoord kind smartengeld toegekend, nu de Hoge Raad oordeelde dat het in deze zaak ging om de onder artikel 6:106 lid 1 sub a BW genoemde bijzondere geval dat de laedens (in casu de vader) het oogmerk had de gelaedeerde (in casu de moeder) immateriële schade te berokkenen.

### 3.6 *Problematisch onderscheid shock- en affectieschade*

Affectieschade wordt vaak in verband gebracht met shockschade. Het onderscheid en de verhouding tussen shock- en affectieschade is in het Nederlandse recht van groot belang. Door enerzijds vast te houden aan het stelsel van artikel 6:108 BW, dat het recht op vergoeding van immateriële schade wegens het verdriet om het verlies van een naaste in de weg staat, en anderzijds ruimte te bieden voor een zelfstandige vordering van derden ter zake van de gebeurtenis die het overlijden heeft veroorzaakt ontstaat een spanningsveld.<sup>146</sup> Immers vindt het psychisch letsel zijn oorzaak in (de confrontatie met) het ongeval dan is sprake van vergoedbare shockschade; is het psychisch letsel daarentegen veroorzaakt door het enkele overlijden van het kind dan is sprake van niet-vergoedbare affectieschade.

Zoals hiervoor al is benadrukt betreffen affectieschade en shockschade in theorie verschillende schaden. Affectieschade is de schade die bestaat uit het verdriet wegens het overlijden of (ernstig) gewond raken van een naaste.<sup>147</sup> Over het algemeen hebben mensen met affectieschade geen geestelijk letsel maar ‘enkel’ (zeer) veel verdriet. Het is wel mogelijk dat mensen zoveel verdriet hebben dat zij als gevolg hiervan geestelijk letsel krijgen, maar het hebben van geestelijk letsel is geen voorwaarde voor het bestaan van affectieschade. Shockschade is de schade die bestaat uit het geestelijk letsel als gevolg van het waarnemen van een schokkende gebeurtenis dat een ander is overkomen of de confrontatie met de directe gevolgen daarvan. Shockschade heeft daarmee een ruimere omschrijving en een ruimere kring van gerechtigden dan affectieschade.<sup>148</sup> Geestelijk letsel is voorwaarde voor het bestaan van shockschade; mensen met shockschade hebben om die reden per definitie geestelijk letsel. Er zijn een aantal argumenten tegen deze strikte afbakening van shock- en affectieschade.

In de eerste plaats zal in de praktijk, voornamelijk indien een affectieve relatie met het directe slachtoffer bestond, veelal samenloop van shockschade en affectieschade plaatsvinden. In deze gevallen lopen shockschade en affectieschade door elkaar heen en zijn zij niet gemakkelijk van elkaar te onderscheiden.<sup>149</sup> De samenloopkwesatie speelt daar waar dezelfde gebeurtenis in eerste plaats een dusdanig schokkende ervaring voor de naaste van het slachtoffer oplevert dat deze daardoor ernstige psychische schade oploopt en in de tweede plaats ernstig letsel of overlijden van het slachtoffer tot gevolg heeft, hetgeen (los van de schokkendheid van de gebeurtenis) als een zwaar verlies voor de naaste moet worden beschouwd. Dit kan zich

<sup>144</sup> J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8* (<<http://www.kluwer.nl/png/UKB/index.jsp>>; alleen toegankelijk voor abonnees).

<sup>145</sup> Zie hiervoor Parl. Gesch. Boek 6 NBW, Eindverslag I p. 389 & Verheij 1998, p. 324.

<sup>146</sup> Zie hiervoor Lindenberg 2002a, p. 70.

<sup>147</sup> Den Hollander 2002, p. 35-36.

<sup>148</sup> Zie hiervoor Van Tilburg 2004, p. 10.

<sup>149</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II* 2002/2003, 28 781, nr. 3, p. 5; Den Hollander 2002, p. 37.

bijvoorbeeld voordoen indien een naaste ooggetuige is van een ernstig ongeval of een misdrijf en daarbij zelf mede is betrokken.<sup>150</sup>

De rechter zal in dergelijke samenloop van shock- en affectieschade op grond van huidige wetgeving een onderscheid dienen te maken tussen de affectieschade en shockschade.<sup>151</sup> De Hoge Raad geeft in het Taxibus-arrest geen concrete invulling hoe dit kan of dient te gebeuren, en verwijst de uitwerking van deze problematiek naar de feitenrechter. Belangrijke vragen ten aanzien hiervan zijn: (I) hoe moet het onderscheid worden aangebracht tussen enerzijds ‘het verdriet van de getroffene dat een gevolg is van het overlijden van een kind’ en anderzijds ‘haar leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval?; en (II) zijn rechters wel in staat tot het maken van dergelijk onderscheid? De Hoge Raad laat zich over deze praktische problemen niet uit. In plaats daarvan benadrukt de Hoge Raad dat het onderscheid behoort tot het terrein van het ‘naar billijkheid schatten van de immateriële schadevergoeding’. Kennelijk komt de feitenrechter als het gaat om een kwestie van schadebegroting een grote mate van vrijheid toe.

Lindenbergh stelt zich op het standpunt dat de rechter, wanneer hij deze taak serieus neemt, voor een onmogelijke opgave staat.<sup>152</sup> Simpelweg omdat leed zo niet ‘werkt’; niet omdat leed zich niet laat aanmeten maar omdat het zich naar zijn aard niet op dergelijke wijze naar oorzaak laat onderscheiden. Tevens merken Vos en Dans op dat het onderscheid tussen confrontatieschade en overlijdensschade in theorie weliswaar verdedigbaar is, maar in de praktijk niet te maken is.<sup>153</sup> Volgens Lindenbergh ligt het in de rede dat de rechter zich oriënteert op hetgeen deskundigen op dit terrein naar voren brengen en dat daarbij diagnosteringssystemen van DSM IV en ICD 10 een belangrijke rol spelen. Lindenbergh benadrukt wel dat men erop bedacht dient te zijn dat deze diagnosteringssystemen niet voor juridische doeleinden ontwikkeld zijn, en hoopt dat rechters geen hulp inroepen van deskundigen maar ‘gewoon’ knopen doorhakken.<sup>154</sup> Eveneens Hartlief merkt op dat het voor de hand zou liggen dat de rechter bij het maken van het onderscheid tussen confrontatie- en overlijdensschade aansluiting zal zoeken bij bekende diagnosteringssystemen, maar de rechter dient hierop niet blind te varen.<sup>155</sup> Van Dam attendeert erop dat het maken van dergelijk onderscheid voor psychiaters al een ‘mission impossible’ is, laat staan voor rechters.<sup>156</sup>

Ten tweede is de gebruikelijke afbakening van shock- en affectieschade uiterst onsympathiek. Het shockschadeslachtoffer zal ter verkrijging van een schadevergoeding moeten bewijzen dat het psychische letsel niet veroorzaakt wordt door het overlijden of het ernstige letsel van de dierbare naaste. Buiten dat het uiterst onsympathiek is, is dit veelal een onoverkomelijk bewijsprobleem. Het is wetenschappelijk niet goed mogelijk gebleken betrouwbare en valide criteria te ontwikkelen om het rouwproces en de traumatisering van elkaar te onderscheiden. Van Tilburg concludeert zonder enige twijfel dat het maken van een dergelijk onderscheid naar de oorzaak van het geestelijk letsel (of dat zijn oorzaak vindt in een trauma of het verlies) in de praktijk onmogelijk zal zijn.<sup>157</sup> Een psychiatrisch rapport kan uitsluitsel geven over de ernst van het psychische letsel, maar kan geen helderheid bieden omtrent de vraag of het letsel op één oorzaak is terug te voeren. Dit is in een zeer gering aantal gevallen misschien mogelijk indien sprake is van héél specifieke omstandigheden van het ongeval die een zodanig grote mate van zelfstandigheid hebben dat het psychisch letsel daarop duidelijk valt terug te voeren. Maar ook in deze situatie, zoals in het Taxibus-arrest, zorgt de

<sup>150</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 6.

<sup>151</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 6.

<sup>152</sup> Zie hiervoor Lindenbergh 2002a, p. 71.

<sup>153</sup> Zie hiervoor Vos en Dans 2006, p. 116.

<sup>154</sup> Zie hiervoor Lindenbergh 2002a, p. 70; Hartlief 2003, p. 76.

<sup>155</sup> Zie hiervoor Hartlief 2003, p. 76.

<sup>156</sup> Zie hiervoor Van Dam 2002; Hartlief 2003, p. 76.

<sup>157</sup> Zie hiervoor Van Tilburg 2004, p. 10 & 11.

afbakening voor grote problemen bij de vaststelling van de schadevergoeding. Daarnaast dient bedacht te worden dat symptomen van eventuele trauma's en het rouwproces elkaar vaak overlappen.

In de derde plaats valt als theoretisch bezwaar aan te voeren dat de kwalificatie van de schade door deze afbakening afhankelijk wordt gesteld van de oorzaak van de schade.<sup>158</sup> Deze wijze van definiëren is niet gebruikelijk in het schadevergoedingsrecht. Voor de kwalificatie van zaakschade wordt geen gewicht toegekend aan de oorzaak van de schade, maar is het object waarin de schade geleden is van belang. Het is daarmee niet relevant of de zaakschade is ontstaan door bijvoorbeeld brand of vandalisme. Dit geldt niet alleen voor zaakschade voor benoeming van alle schadeposten. Het opzettelijk veroorzaken van immateriële schade door het beschadigen van een zaak waarmee het slachtoffer een affectieve band heeft, blijft immateriële schade en wordt door deze oorzaak geen zaakschade. Vanuit dit oogpunt is het dan ook niet logisch om ter beantwoording van de vraag of sprake is van shockschade of affectieschade een onderzoek in te stellen naar de oorzaak die ten grondslag ligt aan het psychische letsel.

Ten slotte voert Lindenbergh als principieel bezwaar tegen het te maken onderscheid aan, dat wanneer eenmaal wordt aangenomen dat de geschrokkene een zelfstandige vordering heeft, deze vordering aanspraak geeft op vergoeding van de volledige schade.<sup>159</sup>

### 3.7 *Uitleiding*

De belangrijkste conclusie van dit hoofdstuk is dat naar het Nederlandse recht vergoeding van affectieschade niet mogelijk is. Affectie- en shockschade zijn in theorie twee strikt van elkaar gescheiden soorten schade, maar in de praktijk is veelal sprake van samenloop van shock- en affectieschade. Bij de vaststelling van een schadevergoeding voor shockschade dient de rechter daarom een 'vermindering' in de vergoeding aan te brengen ter hoogte van het deel van het leed dat enkel wordt veroorzaakt door het overlijden of ernstige letsel van de naaste. Nu de niet-vergoedbare affectieschade en de vergoedbare shockschade niet strikt van elkaar te onderscheiden zijn, maakt dit het vaststellen van een schadevergoeding problematisch.<sup>160</sup> In de praktijk zullen nabestaanden en naasten daarom bij hun vordering tot vergoeding van shockschade moeten aantonen dat de door hun geleden psychisch letsel alleen veroorzaakt is voor de confrontatie met de schokkende gebeurtenis en/of de ernstige gevolgen hiervan. Zo zal bijvoorbeeld de vader, die tijdens het schietincident met zijn twee dochtertjes in de Ridderhof liep, bij een eventuele vordering tot vergoeding van shockschade moeten bewijzen dat zijn psychisch letsel niet het gevolg is van het feit dat zijn 10-jarige dochtertje als gevolg van rondvliegende kogels ernstig gewond is geraakt. Dergelijke situatie dient als onwenselijk te worden gekwalificeerd.

---

<sup>158</sup> Zie hiervoor Verheij 2002, p. 137; Lindenbergh 2002a, p. 71; Lindenbergh 2008b, p. 258.

<sup>159</sup> Zie hiervoor Lindenbergh 2008b, p. 258.

<sup>160</sup> Zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken), punt 16; Verheij 1998, p. 327.

## 4. Wetsvoorstel Affectieschade

### 4.1 Inleidende opmerkingen: de achtergrond van het wetsvoorstel

Zoals in hoofdstuk 3 al naar voren is gekomen, is bij de totstandkoming van het huidige BW de vergoeding van affectieschade expliciet van de hand geweest. Desondanks hebben de maatschappelijke opvattingen op dit punt sindsdien niet stil gestaan. De laatste jaren is steeds meer aandacht voor de emotionele kant van letselzaken en de behoeften van slachtoffers en hun naasten. Uit onderzoek blijkt dat veronachtzaming van de positie van het slachtoffer door de overheid kan leiden tot uitholling van het vertrouwen dat de burger in de overheid (in voornamelijk het opsporings- en justitieel apparaat) heeft.<sup>161</sup> Slachtofferzorg (in ruime betekenis van het woord) heeft een belangrijkere plaats gekregen in het justitiebeleid, en is daarom de afgelopen jaren integraal en structureel ingebed in de wijze waarop strafbare feiten door de overheid worden afgedaan.<sup>162</sup> Zo biedt artikel 51a Wetboek van Strafvordering (hierna 'Sv') slachtoffers van een strafbaar feit de mogelijkheid om zich ter zake van de door hen geleden schade -als gevolg van het strafbare feit- als benadeelde partij te voegen in het strafproces, en kan het Schadefonds op verzoek een tegemoetkoming toekennen aan slachtoffers van geweldsmisdrijven die hun schade niet elders kunnen verhalen.

Van verschillende zijden is twijfel geuit omtrent de houdbaarheid van de keuze van de wetgever om de vergoeding van affectieschade expliciet van de hand te wijzen, en is aangedrongen op verruiming van de mogelijkheden om naasten en nabestaanden genoegdoening te geven voor het ondergane leed. Een toenemend aantal schrijvers heeft in de loop der jaren de keuze van de wetgever bekritiseerd, en heeft zich uitgesproken voor vergoeding van affectieschade.<sup>163</sup> Veelal wordt door (rechts)wetenschappers gewezen op het afgenomen gewicht van de genoemde beweegredenen van de wetgever in de huidige tijd, en wordt betoogd dat het mogelijk is een regeling zodanig vorm te geven dat genoemde nadelen grotendeels worden vermeden. Zo verliezen de, in het kader van de totstandkoming van het huidige BW, genoemde bezwaren een belangrijk deel van hun gewicht indien wordt gekozen voor een regeling die uitgaat van een in de wet omschreven, uitputtende kring van personen, die recht hebben op een bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld bedrag aan immateriële schade, zowel in geval van ernstig en blijvend letsel als in geval van overlijden.<sup>164</sup>

Daarnaast heeft, door de jaren heen, een toenemend aantal naasten de rechter geconfronteerd met schadevergoedingsvorderingen. Naasten hebben op deze wijze getracht om middels rechtsprocedures erkenning te krijgen voor hun leed. Naar aanleiding van het arrest in de Baby Joost zaak<sup>165</sup> zijn door toenmalig lid Vos (VVD) Kamervragen gesteld.<sup>166</sup> Naar aanleiding hiervan pleit de Tweede Kamer voor een wettelijke regeling, en heeft de Tweede Kamer op 9 november 2000 de door Vos (VVD), Dittrich (D66) en Santi (PvdA) ingediende motie (waarin het kabinet werd verzocht om met een wetsvoorstel ter regeling van affectieschade te komen) aangenomen.<sup>167</sup>

Vanuit het uitgangspunt dat de wet grenzen behoort te stellen, waarbinnen affectieschade voor vergoeding in aanmerking komt, dwingen voornoemde ontwikkelingen tot heroverweging van de keuze van de wetgever.<sup>168</sup> Naar aanleiding van de aangenomen motie heeft de minister van Justitie (destijds A.H. Korthals) bij brief van

<sup>161</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 2.

<sup>162</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 2.

<sup>163</sup> Hierbij kan verwezen worden naar Van Dam 1991; Lindenberg 1998; Verheij 1998. *Bronnen: Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 4; Verheij 2001, p. 1562.

<sup>164</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 6.

<sup>165</sup> HR 8 september 2000 (*Baby Joost*), NJ 2000, 734 (m.nt. A.R. Bloembergen).

<sup>166</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 4. Zie hierover onder meer Rijnhout 2010, p. 38.

<sup>167</sup> *Kamerstukken II 2000/2001*, 27 400 VI, nr. 31; *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 4. Zie hierover onder meer Lindenberg 2010, p. 1210.

<sup>168</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 1.

20 juni 2001<sup>169</sup> aangegeven dat de regering bereid is consequenties te willen verbinden aan de ‘veranderende waardering van de materie’ en eveneens bereid is een wettelijke regeling vast te stellen waarin de kring van gerechtigden en het vergoedingsniveau worden bepaald. De brief bevat een schets van de hoofdlijnen van een eventuele wettelijke regeling zoals deze de minister voor ogen staat. Zorg wordt uitgesproken over de consequenties van een regeling van vergoeding van affectieschade voor de aansprakelijkheidslast en de zogenaamde ‘claimcultuur’. In zijn toelichting bevestigt de minister dat de discussie rondom de ‘claimcultuur’ een belangrijke rol speelt bij de invulling van de regeling.<sup>170</sup> De regering is om deze reden slechts bereid tot het invoeren van een niet al te ruimhartige regeling die een beperkte stijging van de aansprakelijkheidslast tot gevolg heeft. De regering wil enkel een vergoeding voor die derden die geacht worden emotioneel het zwaarst getroffen te worden. De regeling beoogt volgens de minister geen reële compensatie maar erkenning van het feit dat ook aan naasten en nabestaanden van het slachtoffer leed is toegebracht. Om deze reden zou de vergoeding volgens de regering laag kunnen blijven. De regering zou bij het toekennen van een vergoeding geen onderscheid willen maken tussen overlijden en ernstig (blijvend) letsel, en de omvang van de vergoeding willen vaststellen op een bedrag van 10.000 euro per gerechtigde.<sup>171</sup>

Al naar aanleiding van deze brief van de minister van Justitie zijn in de literatuur kritische uitlatingen gedaan over het wetsvoorstel dat de minister destijds voor ogen had.<sup>172</sup> Van Boom betoogde dat de positie van derden, die schade lijden door letsel of overlijden van een naaste, integraal onder de loep moet worden genomen omdat de schade van derden zich over het algemeen niet beperkt tot de immateriële affectieschade. Hij wijst hierbij op het verlies van inkomsten, het stuklopen van een carrière, het teruglopen van de winst van de eigen onderneming, et cetera. Verheij plaatste onder meer kritische vragen en opmerkingen bij de door de minister vastgestelde kring van gerechtigden, fixering van het smartengeld en de mogelijkheid tot toerekening van de ‘eigen schuld’ van het directe slachtoffer aan de naasten en nabestaanden. De beoogde regeling laat volgens Verheij zowel bij de kring van gerechtigden als bij het niet maken van onderscheid tussen overlijden en ernstige verwonding spanning zien tussen: enerzijds de wens om smartengeld toe te kennen aan degene die affectieschade hebben, en anderzijds het zoveel mogelijk streven naar abstrahering van de concrete omstandigheden van het geval zodat een eenvoudige regeling ontstaat die buiten de rechter om kan worden toegepast.

Ondanks de in de literatuur geuite kritiek sluit de inhoud van het op 6 februari 2003 in de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel nauw aan bij de geschetste hoofdlijnen van de beoogde regeling zoals deze was opgenomen in hierboven genoemde brief van de minister. De inhoud van het wetsvoorstel zal in paragraaf 4.3 worden uiteengezet. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel vermeldt dat het wetsvoorstel moet worden bezien in het kader van een breder pakket van maatregelen inzake slachtofferzorg dat de laatste jaren gestalte heeft gekregen, zowel ten aanzien van de formele positie van het slachtoffer (in voornamelijk het strafproces) als ten aanzien van diens materiële positie.<sup>173</sup> Bij de evalueatie van slachtofferzorg is onder meer naar voren gekomen dat de mate waarin, in het kader van strafrechtelijke afhandeling van een schadeveroorzakende gebeurtenis, aandacht wordt besteed aan de mogelijkheid om een schaderegeling te treffen met de dader of op andere wijze de schade vergoed te krijgen in hoge mate bepalend is voor de tevredenheid van slachtoffers over de wijze waarop zij door de overheid worden bejegend en ook voor het vertrouwen dat zij hebben in het functioneren van de politie en het Openbaar Ministerie.<sup>174</sup> Voor de minister van Justitie (destijds J.P.H. Donner) is dit een duidelijke aanwijzing dat de zorg voor een behoorlijke

<sup>169</sup> *Kamerstukken II 2000/2001*, 27 400 VI, nr. 70. Zie onder meer Hartlief 2004a, p. 2.

<sup>170</sup> Zie hiervoor Hartlief 2004a, p. 2.

<sup>171</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II 2000/2001*, 27 400 VI, nr. 70, p. 5.

<sup>172</sup> Zie hiervoor Verheij 2001 & Van Boom 2001.

<sup>173</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II 2002-2003*, 28 781, nr. 3, p. 2.

<sup>174</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 3.



afwikkeling van de schade in de beleving van slachtoffers kennelijk een belangrijk onderdeel van slachtofferzorg is.<sup>175</sup> Gezien de ingrijpende gevolgen die veelal ook voor naasten en nabestaanden van slachtoffers optreden, vallen ook deze personen in een aantal gevallen binnen het bereik van slachtofferzorg. Het wetsvoorstel draagt volgens de minister bij aan een behoorlijke afwikkeling van slachtofferzorg doordat het vergoeding mogelijk maakt van een schadecomponent die, in de praktijk, in de beleving van slachtoffers en hun naasten, als vorm van erkenning van het verlies en leed dat hun door de schadeveroorzakende gebeurtenis is toegebracht, van groot belang is.

## **4.2 Ratio wetsvoorstel**

Het wetsvoorstel strekt ertoe een wettelijke regeling tot stand te brengen voor de vergoedbaarheid van zogenaamde ‘affectieschade’. In de memorie van toelichting wordt aan de regeling de volgende grondslag gegeven: *“Het voorstel erkent dat een normschending jegens het slachtoffer haar weerslag heeft op diens verwanten. Het beoogt uitdrukking te geven aan het gegeven dat ernstig letsel of het overlijden van een naaste voor de verwanten als een ernstig verlies wordt ervaren. De kring van gerechtigden is in het voorstel nauw getrokken en beperkt zich in beginsel tot die naasten die in een nauwe gezinsrelatie of daarmee op een lijn te stellen relatie tot het slachtoffer staan. Deze relatie brengt immers met zich mee dat deze naasten niet slechts hun verdriet moeten dragen, maar ook moeten meemaken dat zij hun leven opnieuw moeten inrichten. Het recht op vergoeding van affectieschade beoogt in de eerste plaats erkenning te verschaffen dat deze naasten dit onheil wordt aangedaan. Daarnaast wordt met het recht op vergoeding van affectieschade beoogd deze naasten genoegdoening te verschaffen in die zin dat het geschokte rechtsgevoel van de naasten in zekere zin wordt verzacht doordat van de laedens een opoffering wordt verlangd. Erkenning en genoegdoening zijn aldus de belangrijkste gronden voor het recht op vergoeding van affectieschade. Daarbij zij opgemerkt dat compensatie van het leed dat de naasten wordt aangedaan hooguit op de achtergrond een motief is om dit recht te erkennen, nu het wegnemen van dit leed door schadevergoeding slechts op gebrekkige wijze kan worden verwezenlijkt.”*<sup>176</sup> Bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel dient dan ook bedacht te worden dat het wetsvoorstel niet primair gericht is op het verschaffen van financiële compensatie maar de ratio er vooral in gelegen is dat, indien iemand ernstig onheil overkomt en als gevolg hiervan ernstig letsel oploopt of komt te overlijden, het rechtens erkenning verdient dat dit behalve voor het directe slachtoffer eveneens grote gevolgen heeft voor een nauwe kring van naasten rond het slachtoffer. De financiële compensatie is slechts het middel om naasten en nabestaanden een zekere genoegdoening te verschaffen voor het toegebrachte verlies.

## **4.3 Inhoud wetsvoorstel**

Het wetsvoorstel strekt in de eerste plaats tot wijziging van artikelen 6:107 en 6:108 BW. In de tweede plaats brengt het wetsvoorstel wijzigingen aan in artikel 51a Sv en artikel 3 Wsg. Voor de volledigheid is het oorspronkelijke wetsvoorstel, wat hieronder nader zal worden besproken, in bijlage 1 bijgesloten.

### **4.3.1 Aanpassing artikelen 6:107 en 6:108 BW**

In de kern beogen de wijzigingen aan een beperkte kring van naasten, zowel in geval van ernstig letsel als in geval van overlijden van een dierbare, een recht op vergoeding van affectieschade toe te kennen (respectievelijk artikel 6:107 lid 1 sub b BW en artikel 6:108 lid 3 BW). Het vormt daarmee een voorbeeld van de in artikel 6:95 BW bedoelde situatie waarin de wet recht geeft op vergoeding van ander nadeel dan

<sup>175</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 3.

<sup>176</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 1 & 2.

vermogenschade, met dien verstande dat dit recht wordt toegekend aan een bepaalde kring van naasten van het slachtoffer. Wie binnen één van de categorieën van naasten valt, zoals deze in het artikel zijn opgenomen, heeft recht op vergoeding van affectieschade, ongeacht of (nog) sprake was van een affectieve relatie met het directe slachtoffer.

Hoewel de minister heeft aangegeven dat het wetsvoorstel ruimte laat voor differentiatie in de omvang van de vergoeding,<sup>177</sup> heeft de minister in de nota van 10 februari 2004<sup>178</sup> aangegeven dat naar zijn oordeel geen behoefte bestaat aan differentiatie. Het gaat om een in Algemene Maatregel van Bestuur (hierna ‘AmvB’) nader te bepalen bedrag, welke de regering graag wil vaststellen op een bedrag van 10.000 euro per gerechtigde.<sup>179</sup> De minister erkent daarbij dat de intensiteit van het leed niet in alle gevallen gelijk is, maar voert aan dat het bedrag van 10.000 euro in lijn is met hetgeen in veel andere landen als een passende vergoeding wordt gezien. Het is de bedoeling van de minister om het bedrag te indexeren, zodat ook met geldontwaarding rekening wordt gehouden.<sup>180</sup>

Volgens de minister doet het gekozen stelsel recht aan de belangrijkste functies van de vergoeding van immateriële schade aan naasten, te weten: het rechtens tot uitdrukking brengen van erkenning dat ook door deze naasten van het slachtoffer een ingrijpend verlies wordt geleden, en het verschaffen van genoegdoening aan deze naasten voor dit verlies. Niet nodig wordt geacht dat middels de schadevergoeding getracht wordt het toegebrachte leed, zo dit al mogelijk is, in geheel ongedaan te maken of te vergoeden. Door deze opzet wordt grotendeels voorkomen dat de rechter wordt geconfronteerd met de in de praktijk zeer lastige afweging aangaande de hoogte van het bedrag van de vergoeding,<sup>181</sup> en wordt voorkomen dat de zware emotionele belasting die gepaard zou gaan met een civiele procedure aan de verwerking van het leed in de weg staat.<sup>182</sup> Daarnaast wordt door het bedrag/de bedragen niet op een al te hoog niveau vast te leggen eveneens rekening gehouden met het voor het huidige stelsel aangevoerde argument dat de toename van risicoaansprakelijkheden tot terughoudendheid noopt ten aanzien van de omvang van de schadevergoedingslast.

De minister meent dat het voor zich spreekt dat niet iedere verwonding van een naaste recht behoort te geven op vergoeding van affectieschade. Gekozen is voor een formulering die tot uitdrukking brengt dat de verwonding van het slachtoffer ernstig en blijvend moet zijn. Voornamelijk het blijvende karakter maakt dat naasten in veel gevallen gedurende zeer lange tijd op indringende wijze met de ingrijpende gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis, voor zowel henzelf als het slachtoffer, worden geconfronteerd.<sup>183</sup> De bewijslast ten aanzien van het ernstig en blijvend letsel ligt in beginsel bij degene die zich op het aan hen toekomende recht van vergoeding van affectieschade beroept. De term ‘ernstig en blijvend letsel’ heeft in concrete gevallen nadere uitleg, en zal mogelijk aanleiding kunnen geven tot geschillen. In de praktijk zal het hoogst waarschijnlijk gaan om medisch objectiveerbaar letsel, waarbij de minister onderscheid maakt tussen drie verschillende groepen letsel die hiertoe gerekend worden.<sup>184</sup> Ten eerste heeft het, ondanks dat mag worden aangenomen dat bij blijvend functioneel verlies van 70% of meer sprake zal zijn van ernstig blijvend letsel zoals in dit wetsvoorstel bedoeld, niet steeds om een bepaalde gradatie van functionele invaliditeit te gaan. Gezien de ratio van het wetsvoorstel moet het vereiste van ernstig en blijvend letsel mede beoordeeld worden in het licht van hetgeen het letsel betekent in termen van verlies voor de naaste. Met andere woorden, het letsel moet leiden tot een ingrijpende en blijvende verstoring van het leven zoals het slachtoffer dat op het

<sup>177</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. A, p. 6 & 7.

<sup>178</sup> *Kamerstukken II 2003/2004*, 28 781, nr. 6, p. 2.

<sup>179</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 7.

<sup>180</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 7.

<sup>181</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 7.

<sup>182</sup> *Kamerstukken II 2003/2004*, 28 781, nr. 6, p. 3.

<sup>183</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 11.

<sup>184</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 11 & 12.

moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis met de naaste had. De ernst van het medisch objectief vaststelbaar letsel of de mate van functionele invaliditeit van de gewonde zelf vormen daarvoor wel een zeer belangrijke aanwijzing maar hoeven niet doorslaggevend te zijn. In de tweede plaats kunnen zich gevallen voordoen waarbij de lichamelijke (of uiterlijk waarneembare) component van het letsel niet zo ernstig is dat ze op zich zelf beschouwd aanleiding kan geven tot vergoeding van affectieschade, maar waarbij de combinatie daarvan met andere componenten van het letsel een zodanig verlies of ernstige verstoring van de mogelijkheid tot wezenlijk persoonlijk contact tussen het slachtoffer en diens naasten meebrengt, dat dit binnen het bereik van ‘ernstig en blijvend letsel’ in de zin van het wetsvoorstel valt. Hierbij dient gedacht te worden aan coma, ernstige karakter- en gedragsveranderingen, het algeheel verlies van het vermogen tot spreken, ernstige afasie, ernstige aantastingen van de geheugenfunctie en ernstig of algeheel functieverlies van zintuigen. Aan de rechter wordt ruimte gelaten om alle omstandigheden van het geval in overweging te nemen. Ten derde zijn gevallen denkbaar waarin het slachtoffer door het gebeuren volledig of nagenoeg volledig afhankelijk wordt van zodanig intensieve hulp en zorg, dat de mogelijkheid van het onderhouden van een privéleven ernstig wordt verstoord. Het gaat hier om gevallen waarin het letsel niet alleen voor het slachtoffer zelf ernstige beperkingen in het dagelijks functioneren teweegbrengt, maar vanwege de nauwe persoonlijke band die naasten met hem hebben, ook voor zijn naasten. In de praktijk zal dit doorgaans gepaard gaan met een hoog tot zeer hoog percentage aan blijvend functioneel verlies bij het slachtoffer, maar ook hier moet enige ruimte voor beoordeling worden gelaten.

#### *4.3.1.1 Gesloten kring van gerechtigden (artikelen 6:107 lid 2 en 6:108 lid 4 BW)*

De artikelen 6:107 lid 2 en 6:108 lid 4 BW bepalen dat slechts een limitatief aantal naasten aanspraak kunnen maken op het recht van vergoeding van hun affectieschade in geval van ernstig letsel of het overlijden van hun dierbare naaste. Het uitgangspunt is dat die kring wordt beperkt tot personen die geacht mogen worden een zeer nauwe band met het slachtoffer te hebben. Alleen in die gevallen is het gerechtvaardigd ervan uit te gaan dat het letsel van het slachtoffer voor deze personen een zo ernstig verlies betekent dat vergoeding op zijn plaats is. Zou de kring van gerechtigden te ruim worden getrokken, dan zou de beheersbaarheid van de regeling sterk afnemen en zou voorts onvoldoende zekerheid bestaan dat de vergoeding alleen wordt toegekend in gevallen waarin daadwerkelijk sprake is van een ernstig verlies. In dat geval zou, gelet op de primaire functie van het recht op vergoeding van affectieschade, de waarde van de daarin gelegen erkenning van het geleden verlies in de praktijk sterk kunnen devalueren waardoor het wetsvoorstel zijn doel zou voorbijjagen.<sup>185</sup>

De categorieën van de leden a en b betreffen het geval waarin het slachtoffer en de naaste partners zijn. De categorieën van de leden c en d omvatten de relatie tussen ouders, adoptieouders en hun minderjarige kinderen, alsmede de tot hun gezin behorende meerderjarige kinderen.<sup>186</sup> De categorieën van de leden e en f betreffen gevallen waar in gezinsverband een zorgrelatie bestaat, waarbij eveneens het oog op het verzekeren van een voldoende nauwe band wordt vereist dat deze zorgrelatie een duurzaam karakter heeft. Deze categorieën zijn algemener geformuleerd dan die onder de leden a tot en met d, waardoor de regeling enigszins breder toepasbaar is. De minister licht toe dat dit dient te worden gezien in het kader van het spanningsveld tussen de wenselijkheid van een regeling die in voldoende mate recht doet aan eisen van billijkheid en het gelijk behandelen van gelijkwaardige gevallen en, anderzijds de noodzaak van een beheersbare regeling waarvan de gevolgen met voldoende zekerheid kunnen worden overzien. De minister acht het niet wenselijk om een algemene hardheidsclausule in het wetsvoorstel op te nemen. Maar de minister acht het wel duidelijk dat de regeling, teneinde gemakkelijk als willekeurig te ervaren uitkomsten zoveel mogelijk te voorkomen,

<sup>185</sup> Kamerstukken II 2002/2003, 28 781, nr. 3, p. 11.

<sup>186</sup> Zie hiervoor Kamerstukken II 2002/2003, 28 781, nr. 3, p. 12 & 13.

enige ruimte moet bieden om in sprekende gevallen ook naasten die zich lastig laten vatten in specifiek te benoemen categorieën voor vergoeding van affectieschade in aanmerking te laten komen. De categorieën e en f bieden volgens de minister door hun formulering deze ruimte in beperkte maar voldoende mate en maken een algemene hardheidsclausule overbodig. Of sprake is van zorg in gezinsverband zal in het algemeen eenvoudig uit de feitelijke situatie van betrokkenen kunnen worden afgeleid, zodat de toepassing van de bepaling in de praktijk niet tot grote problemen zal leiden. Daarbij is mede van belang dat de begrippen ‘zorg’ en ‘gezinsverband’ reeds op verschillende plaatsen in de wetgeving zijn opgenomen.

Belangrijke kanttekening is dat niet geheel kan worden uitgesloten dat volgens het wetsvoorstel recht zou bestaan op vergoeding van affectieschade terwijl dit (mede gelet op de relatie tussen de rechthebbende naaste en de gekwetste of overledene, zoals deze zich in de periode voorafgaand aan de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft ontwikkeld en hetgeen het slachtoffer zelf daaromtrent mogelijkerwijs te kennen heeft gegeven) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.<sup>187</sup> Te denken valt aan gevallen waarin een ouder aanspraak maakt op vergoeding van affectieschade wegens het verlies of ernstig en blijvend letsel van een kind, terwijl deze ouder zich jegens het kind heeft schuldig gemaakt aan een ernstig gewelds- of zedendelict.<sup>188</sup> In gevallen waarin vergoeding, gezien de omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, kan de vordering op grond van artikel 6:2 lid 2 BW worden afgewezen.

#### *4.3.1.2 De hoogte van de vergoeding (artikelen 6:107 leden 3 en 4 en 6:108 lid 7 BW)*

De artikelen 6:107 leden 3 en 4 en 6:108 lid 7 BW van het beoogde wetsvoorstel hebben (evenals artikelen 6:107 lid 2 en 6:108 lid 4 BW) een beperkende werking. Artikel 6:107 lid 3 BW biedt allereerst de mogelijkheid een maximum bedrag vast te stellen dat de aansprakelijke persoon in totaal aan affectieschade verschuldigd is.<sup>189</sup> In aansluiting hierop bepalen de artikelen 6:107 lid 4 BW en 6:108 lid 7 BW dat wanneer meer dan één naaste recht heeft op vergoeding van affectieschade en het totaal van de vergoedingen het bij AmvB vastgestelde maximale bedrag overschrijdt, de rechten van deze naasten naar evenredigheid moeten worden teruggebracht tot het beloop van dat bedrag.

#### *4.3.1.3 Rangordeproblemen (artikel 6:107 lid 5 BW)*

Artikel 6:107 lid 5 BW geeft een regeling voor situaties waarin de aansprakelijke persoon onvoldoende solvent is, en bepaalt dat de naaste zijn recht niet ten nadele van de gekwetste kan uitoefenen. De regeling heeft in dergelijke situaties tot doel eventuele rangordeproblemen te voorkomen.<sup>190</sup> Het voorkomt dat vergoedingen die aan de naaste(n) toekomen in mindering kunnen worden gebracht op de aanspraak op schadeloosstelling van het slachtoffer. Gegeven het afhankelijke karakter van de aanspraken van de naaste(n), verleent het lid dan ook van voorrang aan de aanspraak van het slachtoffer.

#### *4.3.1.4 Verweermiddelen gedaagden (artikel 6:107 lid 6 BW)*

Het recht op vergoeding van affectieschade -zoals dat volgens het wetsvoorstel in het leven wordt geroepen- is een eigen recht van de naaste dat niet ter beschikking staat van de gekwetste of, in het geval van artikel 6:108 BW, de overledene.<sup>191</sup> Op grond van artikel 6:107 lid 6 BW kan de gedaagde bij een vordering tot vergoeding van affectieschade dezelfde verweren aanvoeren als de verweren die hij jegens het directe slachtoffer kan tegenwerpen. Dit wordt gerechtvaardigd door het nauwe verband tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en het recht op vergoeding van affectieschade. Op grond van deze bepaling kunnen bijvoorbeeld fouten van

<sup>187</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 13 & 14.

<sup>188</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 14.

<sup>189</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 14.

<sup>190</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 14.

<sup>191</sup> *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 13.

het slachtoffer zelf, die mede oorzaak zijn van het letsel, als ‘eigen schuld’ in de zin van artikel 6:101 BW mee worden gewogen bij de vraag of en in hoeverre vergoeding van affectieschade aan de naaste op haar plaats is.<sup>192</sup>

#### *4.3.1.5 Eenmalig recht (artikel 6:108 lid 8 BW)*

Artikel 6:108 lid 8 BW beoogt een beperkende werking. De bepaling maakt het eventueel tweemaal toekennen van een vergoeding voor affectieschade aan dezelfde naaste(n) onmogelijk. In de praktijk kan zich de situatie voordoen waarbij het directe slachtoffer op een later tijdstip alsnog, als gevolg van het ernstige letsel komt te overlijden. Indien de naaste in deze situatie al een vergoeding voor affectieschade heeft ontvangen ter zake van het ernstige letsel van een naaste, dan kan de naaste bij het later overlijden niet (nogmaals) aanspraak maken op de vergoeding van affectieschade. Dat de laatste vordering rust op het overlijden van de dierbare, terwijl de eerste vordering gegrond was op het ernstig en blijvend letsel van de dierbare, doet hier niet aan af. Het overlijden geeft dan ook geen aanleiding tot vergoeding van affectieschade voor zover aan dezelfde gerechtigde reeds een vergoeding van affectieschade is toegekend op grond van ernstig blijvend letsel van dezelfde naaste. Volgens de minister bestaat geen goede grond om de gevolgen van dezelfde gebeurtenis tweemaal te vergoeden. Deze bepaling behoeft, gezien het in het wetsvoorstel gekozen systeem, waarin de hoogte van de vergoeding in geval van ernstig en blijvend letsel en in geval van overlijden nader worden vastgesteld, niet tot grote problemen te leiden.<sup>193</sup>

#### 4.3.2 Wijzigingen artikel 51a Strafvordering

Het huidige artikel 51a lid 1 Sv bepaalt dat degene die rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit zich ter zake van zijn vordering tot schadevergoeding als benadeelde partij kan voegen in het strafproces. Artikel 51a lid 2 Sv voorziet op dit moment niet in een mogelijkheid voor naasten van een overleden slachtoffer of een slachtoffer met ernstig en blijvend letsel om zich ter zake van hun vordering tot vergoeding van affectieschade in de strafrechtelijke procedure jegens de gedaagde te voegen. Volgens de minister kan hier echter wel behoefte aan bestaan.<sup>194</sup> Het wetsvoorstel voorziet daarom in de volgende wijziging van artikel 51a lid 2 Sv: *“Indien de in het eerste lid genoemde persoon ten gevolge van het strafbare feit ernstig en blijvend letsel heeft, kunnen zich tevens voegen de personen, bedoeld in artikel 6:107, tweede lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de in het eerste lid, onder b, van het artikel bedoelde vordering. Indien de in het eerste lid genoemde persoon ten gevolge van het strafbare feit is overleden, kunnen zich voegen diens erfgenamen ter zake van hun onder algemene titel verkregen vordering en de personen, bedoeld in artikel 6:108, eerste tot en met vierde lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de daar bedoelde vorderingen.”* Met de voorgestelde wetswijziging kunnen de naasten, welke zijn opgesomd in artikel 6:107 lid 2 BW, op grond van artikel 51a lid 2 Sv zich ter zake van hun vordering van artikel 6:107 lid 1 sub b BW of artikel 6:108 leden 1 tot en met 4 BW als partij voegen in de strafzaak jegens de verdachte.

#### 4.3.3 Artikel 3 Wet schadefonds geweldsmisdrijven

De minister acht het wenselijk dat ook de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in een dergelijke regeling voor vergoeding van affectieschade van naasten (als bij het wetsvoorstel opgenomen in het BW) gaat voorzien. Aan artikel 3 lid 1 Wsg wordt onderdeel d toegevoegd waarin wordt opgenomen: *“Aan de in artikel 107, eerste lid, onder b, en tweede lid, en artikel 108, derde en vierde lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde naasten van een onder a of b bedoeld persoon, ter zake van het daar bedoelde nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.”* Hiermee wordt bereikt dat naasten die naar omstandigheden zijn aangewezen op

<sup>192</sup> Kamerstukken II 2002/2003, 28 781, nr. 3, p. 14.

<sup>193</sup> Kamerstukken II 2002/2003, 28 781, nr. 3, p. 15.

<sup>194</sup> Kamerstukken II 2002/2003, 28 781, nr. 3, p. 16.

het Schadefonds -en voldoen aan de binnen het Schadefonds geldende voorwaarden voor vergoedbaarheid- eveneens de in het wetsvoorstel vervatte erkenning van het door hen geleden verlies kunnen krijgen.

Na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel zal affectieschade van naasten mede zijn begrepen onder het bedrag van 9.100 euro, dat op grond van redelijkheid en billijkheid door het Schadefonds aan vergoeding voor geleden immateriële schade kan worden betaald. Indien het slachtoffer als gevolg van het misdrijf overlijdt kan het Schadefonds op grond van erfgenaamschap en de in artikel 3 Wsg opgenomen regeling (die veel overeenkomt met de regeling van artikel 6:108 BW) een schadevergoeding uitkeren aan nabestaanden. Daarmee sluit de regeling van het Schadefonds nauw aan op de vergoedbaarheid van schade als gevolg van letsel en overlijden zoals deze in het BW is geregeld.

#### **4.4 Kritische kanttekeningen bij het wetsvoorstel in de literatuur**

Voorafgaand verdient de vraag of het civiele recht berekend moet zijn op de situatie waarin een gedupeerde geen financiële aanspraak doet gelden maar een ander type van genoegdoening vraagt, enige aandacht. Deze vraag wordt door verscheidene (rechts)wetenschappers verschillend beantwoord. In de kern gaat het om de vraag of men op het terrein van hoogst persoonlijk leed een rol ziet weggelegd voor het aansprakelijkheidsrecht.<sup>195</sup> Du Perron, Verheij, Lindenberg en Van Maanen c.s. vinden van wel. Anderen, waaronder Nieskens-Isphording, menen van niet: “*Het vermogensrecht, hoe propvol emoties ook, draait uiteindelijk om de poen*”.<sup>196</sup>

Lindenberg beaamt dat er principiële redenen bestaan om tegen een wettelijk recht op vergoeding van affectieschade te zijn.<sup>197</sup> Lindenberg geeft aan dat de getuigenissen van de Belgische nabestaanden in het onderzoek van Akkermans c.s. bij Lindenberg de laatste twijfels hebben weggenomen. De juridische erkenning van affectieschade en van de positie van benadeelden, kan volgens Lindenberg voor benadeelden een positieve invloed hebben op de verwerking van het verlies of de ernstige verwonding van hun naaste. Hij acht het om deze reden dan ook niet verwonderlijk dat in veruit de meeste Europese landen het recht wel in enige vorm van vergoeding van affectieschade voorziet.<sup>198</sup> Daarnaast merkt Lindenberg op dat “*de beleving door betrokkenen niet verloopt volgens de fijne lijnen van juridische onderscheidingen*”.<sup>199</sup>

Sieburg brengt daarentegen naar voren dat de rechter geen hulpverlener is maar een juridische geschillenbeslechter. De rechter zou om deze reden geen medeleven moeten tonen met een procespartij en zich niet rechtstreeks met emoties mogen inlaten.<sup>200</sup> Langemeijer geeft aan dat voor een ‘zuiver declaratoir vonnis’ geen ruimte bestaat. Het op deze wijze rechtstreeks behartigen van de belangen van burgers past volgens Langemeijer meer bij mediation dan bij overheidsrechtspraak. Als tussenoplossing oppert hij dat een ‘verklaring voor recht’ zou moeten kunnen leiden tot een condemnatoire veroordeling in relatie tot schadebepalende maatregelen (immateriële schade daaronder begrepen).<sup>201</sup>

Volgens Du Perron treedt de rechter helemaal niet buiten zijn grenzen als hij te maken heeft met andere dan financiële belangen. Ook dan dient de rechter volgens Du Perron het recht toe te passen. Du Perron benadrukt

---

<sup>195</sup> Lindenberg 2010, p. 1531.

<sup>196</sup> Nieskens-Isphording 1999, p. 137; Groenhuijsen 2003, p. 1371.

<sup>197</sup> Lindenberg 2010, p. 1531.

<sup>198</sup> Lindenberg 2010, p. 1531.

<sup>199</sup> Groenhuijsen 2003, p. 1371.

<sup>200</sup> Groenhuijsen 2003, p. 1371.

<sup>201</sup> Groenhuijsen 2003, p. 1371 & 1372.

dat de juridische vraag is, of een zuiver emotioneel belang ten grondslag mag liggen aan een vordering in rechte (ja) en of die aard van de vordering redengevend mag zijn voor het afwijzen daarvan (nee).<sup>202</sup>

Naast de discussie omtrent de vraag of emotionele belangen überhaupt door de rechter dienen te worden behartigd, is eveneens de inhoud van het wetsvoorstel veelvuldig in de literatuur besproken en becommentarieerd.<sup>203</sup> Getracht zal worden om hieronder een zo volledig maar tegelijkertijd een zo beknopt mogelijk overzicht te geven van de geuite kritische kanttekeningen bij het wetsvoorstel.

#### 4.4.1 Kritiek van rechtswetenschappers op het wetsvoorstel

De uitwerking van het wetsvoorstel werd te klassiek bevonden, nu het wetsvoorstel uitgaat van erkenning en genoegdoening door compensatie.<sup>204</sup> Terwijl het nabestaanden en naasten bij de vordering tot vergoeding van affectieschade in de kern om erkenning en genoegdoening gaat, en dus niet om de compensatie. Hoofdzakelijk werd aangevoerd dat door de manier waarop aan de regeling invulling is gegeven, de tot vergoeding van affectieschade zijn doel voorbij zal schieten. Hierbij richtte de kritiek zich voornamelijk op de in het wetsvoorstel vastgelegde kring van gerechtigden en vergoeding. Daarnaast werden kanttekeningen geplaatst bij de onbepaalbaarheid van het begrip ‘ernstig en blijvend letsel’ en het ontbreken van een procedure aangaande de wijze van aanbidding.

Ten aanzien van de kring van gerechtigden werd voornamelijk aangevoerd dat deze te beperkt was.<sup>205</sup> Consequentie is dat degene die niet in het artikel genoemd worden nooit een recht op vergoeding van affectieschade zouden hebben. Getwijfeld wordt aan de juistheid van de, op geen enkele wijze onderbouwde, veronderstelling van de minister dat “*er buiten de kring van gerechtigden zoals deze in het wetsvoorstel is opgenomen (niet) nog veel naasten denkbaar zijn bij wie er een te rechtvaardigen behoefte aan erkenning en genoegdoening bestaat, zodanig dat dit het opnemen van een hardheidsclausule noodzakelijk maakt*”. Waarom wel bij verlies van een inwonend kind, maar niet bij verlies van een uitwonend kind? Daarnaast werden vraagtekens geplaatst bij de vraag of de limitatief genoemde naasten altijd recht op een vergoeding zouden moeten hebben. De politiek zou proberen affectie in een formele opsomming van relaties vast te leggen, terwijl het uiteindelijk niet om een formele maar om een feitelijke vraag (namelijk, of in de concrete relatie(vorm) sprake is van een voldoende affectieve relatie) gaat. Gepleit werd voor een meer open norm en het opnemen van een hardheidsclausule, waardoor in sprekende gevallen kan worden gezocht naar een billijke oplossing voor het concrete individuele geval.

Met betrekking tot de wijze waarop in het wetsvoorstel invulling is gegeven aan de schadevergoeding is in de literatuur discussie ontstaan. Het wetsvoorstel roept de vraag op of het mogelijk is om met een geldbedrag te voldoen in de emotionele behoefte van personen die zware emotionele verliezen hebben geleden, en zo ja hoe hoog dergelijk bedrag zou moeten zijn.<sup>206</sup> Over het algemeen wordt geconcludeerd dat een schadevergoeding een bijdrage kan leveren de tegemoetkoming aan de emotionele behoeften van slachtoffers en hun naasten. Enerzijds wordt door (rechts)wetenschappers juist aansluiting wordt gezocht bij een gefixeerd bedrag,<sup>207</sup> terwijl andere (rechts)wetenschappers zich kritisch opstellen tegenover het gefixeerde bedrag dat de minister voor ogen had<sup>208</sup>.

---

<sup>202</sup> Groenhuijsen 2003, p. 1372.

<sup>203</sup> Zie hiervoor onder meer Verheij 2001; Keijzer-de Korver 2003; Hartlief 2003.

<sup>204</sup> Zie hiervoor Hartlief 2004a, p. 4.

<sup>205</sup> Aangevoerd door onder meer Hartlief, Van Dam, Van Orsouw en Verheij. Zie hiervoor Hartlief 2004a; Van Orsouw 2004; Verheij 2001.

<sup>206</sup> Mulder 2010, p. 293.

<sup>207</sup> Onder meer Frenk, Groenhuijsen, Van Maanen en Mulder. Zie hiervoor Groenhuijsen 2003, p. 1371 & 1372; Mulder 2010, p. 293, 295 & 296.

<sup>208</sup> Onder meer Van Orsouw, Hartlief, Du Perron, Zie hiervoor Van Orsouw 2004, p. 109-110; Mulder 2010, p. 293 & 295; Hartlief 2004a, p. 4 & 5.

Voorstanders van de handhaving van een gefixeerd bedrag voeren hier over het algemeen voor aan dat slachtoffers willen weten waar ze aan toe zijn. Er wordt op gewezen dat het niet gaat om de hoogte van de vergoeding maar om de manier waarop het bedrag wordt toegekend en uitgekeerd; de schadevergoeding dient daarmee niet het doel op zich te zijn maar slechts een middel ter voldoening van emotionele behoeften. Het systeem moet daarom zo min mogelijk dwingen tot rechtszaken, en al helemaal niet tot rechtsprocedures omtrent de vraag naar de mate van affectie tussen de overledene en de nabestaande. Daarnaast wordt aangevoerd dat voor slachtoffers de erkenning, het weten wat er precies gebeurd is en een spijtbetuiging door de veroorzaker van het nadeel, belangrijker is. Op grond hiervan achten zij het mogelijk dat de gestelde doelen (erkenning en genoegdoening) middels het wetsvoorstel behaald kunnen worden, mits er voldoende aandacht zal zijn voor de manier waarop de vergoeding wordt vastgesteld en aangeboden.

Andere (rechts)wetenschappers vinden het wetsvoorstel daarentegen in de kern onjuist, omdat het geen differentiatie toestaat. Het wetsvoorstel zou om deze reden, zonder een gegronde rechtvaardiging, ongelijke gevallen een gelijke behandeling geven. Met de vaste hoogte van de schadevergoeding behoeven de bijzondere omstandigheden niet aan de orde te komen, aangezien deze niet relevant zijn voor het recht op een schadevergoeding. Ondanks dat de aard en de omvang van het concrete verdriet en het leed van de naaste(n) niet of nauwelijks in geld is uit te drukken, wordt erop gewezen dat dit niet zonder meer te betekenen heeft dat een wettelijke regeling de mogelijkheid dient uit te sluiten dat bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding (door de rechter) rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden van het geval. Hierbij wordt erop gewezen dat een regeling die een vast bedrag toekent, ongeacht de aard en de graad van verwantschap en ongeacht wat er is gebeurd, zijn doel voorbij kan schieten. Naasten willen immers in rechte erkenning voor *hun* speciale situatie; het lijden wordt immers mede bepaald door de aard van de gebeurtenis, de aard van de schade, de wijze van ontstaan ervan, de ernst van het verwijt dat de dader eventueel kan worden gemaakt et cetera. Tegelijkertijd zullen (evenals onder het huidige recht) derden die ogenschijnlijk in dezelfde positie verkeren naar verwachting zonder een goede inhoudelijke rechtvaardiging, ongelijk behandeld worden.<sup>209</sup> De mogelijkheid dat een open regeling ter zake de hoogte van de vergoeding kan leiden tot gevoel van miskennis in het geval de naaste een discussie dient te voeren met de aansprakelijke partij over de hoogte van een passende vergoeding wordt onderkent. Maar dient te worden afgewogen tegen de mogelijkheid dat toekenning van een vast bedrag kan leiden tot gevoel van miskennis. Daarvan uitgaande ligt het, wanneer men voor compensatieoplossing kiest, veel meer voor de hand om voor een variabele vergoeding te kiezen. Geadviseerd wordt om meer aandacht aan de claims van naasten te geven. Zo is Du Perron voorstander van een systeem waarbij de hoogte van de schadevergoeding afhankelijk wordt gesteld van de mate van verwijtbaarheid en schuld.<sup>210</sup> Als het leed ontstaat als gevolg van ‘normale’ onzorgvuldigheid of ‘schuldloze’ verwezenlijking van een risico bij risicoaansprakelijkheid kan de financiële uitkering beperkt blijven. Is daarentegen sprake van een hogere graad van verwijtbaarheid dan schuld (bijvoorbeeld opzet en daaraan grenzende roekeloosheid), dan zouden naasten/nabestaanden voor een volledige vergoeding van affectieschade in aanmerking moeten komen, onder meer vanwege het preventieve effect die van een dergelijke regeling kan uitgaan. Eveneens wordt er in dit kader op gewezen dat het wetsvoorstel geen onderscheid maakt tussen letsel en overlijden, en dat dit nader dient te worden heroverwogen.<sup>211</sup>

Daarnaast zijn (rechts)wetenschappers van oordeel dat de regering bijzonder weinig heeft gedaan met de ervaringen in andere landen en handelt alsof ze als eerste ergens mee begint.<sup>212</sup> Dit terwijl in veel andere landen vergoeding van affectieschade met differentiatie en toewijzing door de rechter de orde van de dag is.

---

<sup>209</sup> Zie hiervoor Verheij 2005.

<sup>210</sup> Zie hiervoor Hartlief 2009 p. 2253; Groenhuijsen 2003, p. 1371.

<sup>211</sup> Zie hiervoor Hartlief 2004a, p. 3.

<sup>212</sup> Onder meer Van Orsouw, Hartlief en Verheij. Zie hiervoor onder meer Hartlief 2004a, p. 6 & Van Orsouw 2004, p. 109 & 111.



Zonder dat dit in deze landen aanleiding lijkt te geven tot een claimcultuur, onsmakelijke praktijken of een anderszins ontsporend aansprakelijkheidsrecht. Onvoldoende onderzoek is verricht naar de ervaringen in andere landen, naar hetgeen in de medische wereld (de psychiatrie en de psychologie) bekend is over de gevolgen van het overlijden of ernstig gewond raken van een naaste, en naar de vraag welke eisen vanuit dit perspectief dienen te worden gesteld aan een eventuele vergoeding van affectieschade.<sup>213</sup>

Overigens wordt er tevens op gewezen dat de rechter tot nu toe weinig oog heeft gehad voor de menselijke en emotionele kant van de zaak, en dat daar verandering in moet worden gebracht.<sup>214</sup> Hierbij wordt onderkent dat de rechter geen therapeut is, maar wordt erop gewezen dat het -ook in de tijd waarin zorg wordt uitgesproken over de ontwikkeling in de richting van een claimcultuur- belangrijk is dat degenen die uiteindelijk het oordeel vellen, weten waarom het de eisers (werkelijk) te doen is. Bij een positieve benadering kan dit mensen goed doen, en in een zakelijkere benadering kan dit wellicht onvrede en nieuwe conflicten voorkomen.

#### 4.4.2 Kritiek vanuit (rechts)economische hoek op het wetsvoorstel

Suurmond en Van Velthoven stellen dat de functie die we aan het aansprakelijkheidsrecht toekennen bepaalt hoe moet worden omgegaan met immateriële verliezen.<sup>215</sup> Wanneer het aansprakelijkheidsrecht ten doel heeft een ex post signaal af te geven dat de dader verantwoordelijk is voor het immateriële leed, dan is volgens hun een symbolische vergoeding (meer dan) voldoende. Het aansprakelijkheidsrecht kent echter nog twee andere functies: preventie en risicospreiding. De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht vereist dat, om de juiste prikkel te geven, de volledige schadevergoeding in rekening wordt gebracht (de immateriële schade hierbij inbegrepen).

Aannemende dat de preventieve prikkel werkt en dat alle potentiële veroorzakers van een onrechtmatige handeling zich conformeren aan de minimum vereiste zorgvuldigheidsnormen, dan is de eventuele schade voor rekening van de slachtoffers. Mensen kunnen (als potentieel slachtoffer) hierop inspelen door een schadeverzekering af te sluiten voor de materiële verliezen. Voor immateriële schade zal geen verzekering worden afgesloten die een bepaald geldbedrag uitkeert in het geval van immaterieel verlies, omdat dit ertoe zou leiden dat de materiële positie van het slachtoffer in geval van immaterieel verlies beter is dan wanneer dit verlies zich niet voordoet. Dit brengt onzekerheid over de materiële positie met zich mee. Risico-averse personen verkiezen het (soms onvermijdelijke) immateriële verlies boven het (soms onvermijdelijke) immateriële verlies in combinatie met materiële onzekerheid. Helemaal wanneer het immateriële verlies ertoe leidt dat de waarde van geld daalt. In deze situatie schiet de betrokkene er niets mee op als hij geld overhevelt van de mogelijke toekomstige situatie zonder verlies naar de mogelijke situatie met verlies.

Suurmond en Van Velthoven concluderen dat (rechts)economische analyse steun biedt aan de gedachte om voor de vergoeding van affectieschade met vastgestelde bedragen te werken. Met oog op de preventie stellen zij dat het voldoende is als het bedrag van de vergoeding wordt gebaseerd op de geldwaarde van een statisch mensenleven. Zij stellen zich op het standpunt dat het bedrag van 10.000 euro per gerechtigde uit oogpunt van compensatie en risicospreiding waarschijnlijk te hoog is. Immers, zo stellen zij, slachtoffers zelf hebben geen behoefte aan een verzekering voor affectieschade, en zijn dus ook niet gediend met een aansprakelijkheidsregeling in plaats van zo'n verzekering.

---

<sup>213</sup> Van Orsouw 2004, p. 109 & 111.

<sup>214</sup> Hartlief 2004a, p. 4.

<sup>215</sup> Zie hiervoor Suurmond & Van Velthoven 2005, p. 1934-1936.

#### 4.4.3 Kritiek vanuit de psychiatrische gezondheidszorg op het wetsvoorstel

De doelstellingen van het herstelproces globaal kunnen beschreven worden als enerzijds het herwinnen van het vertrouwen in zichzelf, de medemens en de wereld en anderzijds het herwinnen van de regie over de inrichting van het eigen leven, meer gespecificeerd als zelfzorg, relaties en werk in de ruimste zin.<sup>216</sup> Op basis hiervan stelt Van Tilburg dat compensatie van immateriële schade vereist erkenning; erkenning van allen die er voor het slachtoffer ‘toe doen’. Dat omvat niet in de laatste plaats de erkenning door de dader die aansprakelijk wordt gesteld. Wat in onze samenleving over het algemeen wordt gegoten in de vorm van een geldbedrag. Dit niet het enige is waar slachtoffers behoefte aan hebben, maar deze vorm van erkenning kan zeker niet gemist worden. Erkenning zonder vergoeding wordt al gauw gezien als een leeg gebaar. Erkenning in de vorm van een vast geldbedrag loopt eveneens gevaar, indien sprake is van een grote discrepantie met de omvang van de geleden schade. Ook in het geval van affectieschade dient gezocht moet worden naar een wijze van compensatie, die niet alleen recht doet aan de erkenning maar eveneens voorziet in een vergoeding die in overeenstemming is met de grote variatie in intensiteit, verloop en complicaties van traumatische rouwprocessen. Ten aanzien hiervan merkt hij op dat een standaardbedrag geen geloofwaardige erkenning en vergoeding met zich meebrengt, en daarom in beginsel niet verdedigbaar is. Een standaardbedrag is volgens hem slechts te verdedigen wanneer alternatieven onhaalbaar zijn.

Verder stelt Van Tilburg dat de wetgeving goed onderbouwd moet zijn, moet aansluiten op de maatschappelijke behoeften en mogelijkheden, en in overeenstemming moet zijn met de maatschappelijke inzichten. Wetgeving die uitgaat van een scherp onderscheid tussen verdriet/traumatisering en affectieschade/shockschade, miskent de stand van zaken in de wetenschap en de opvattingen van het gezond verstand. Eveneens waarschuwt hij ervoor dat de procedure, die met de toekenning van compensatie verbonden is, voor het slachtoffer helder moet zijn en niet langer moet duren dan nodig is.

Aangaande opmerking van Van Dam, dat de vergoeding voor immateriële schade ten gevolge van psychisch letsel vermoedelijk lager zal blijven dan die voor fysiek letsel, merkt hij op dat een dergelijke gang van zaken voorbij gaat aan de recente berekeningen van de ziektelast die psychische stoornissen veroorzaken. Vervolgens merkt hij op dat de negatieve discriminatie van het psychische letsel (zoals die in de jurisprudentie dreigt te worden voortgezet) op een door vooroordelen en gebrek aan actuele kennis gestuurd beleid berust.

Van Tilburg wijst erop dat vanuit psychiatrisch perspectief de affectieschade bij ernstige verwonding van een naaste primair beoordeeld wordt op basis van de schade die deze heeft toegebracht aan de relatie en niet op basis van de ernst van het fysieke of psychische letsel. Hij merkt op dat de vraag is, in hoeverre de relatie substantieel onomkeerbaar is veranderd. Dergelijke vraag geldt volgens hem eveneens aangaande de kring van gerechtigden bij de compensatie van affectieschade. In dit opzicht wordt gewaarschuwd voor het gebruik van een te formele omschrijving; uiteindelijk wordt het verdriet bepaald door de ervaren kwaliteit van een affectieve relatie. Volledigheidshalve merkt hij hierbij op dat wanneer men om praktische redenen zou menen vast te moeten houden aan een formele omschrijving in termen van familierelaties, men er goed aan doet om een hardheidsclausule in te bouwen.

#### **4.5 Parlementaire behandeling wetsvoorstel**

##### 4.5.1 Behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Na uitvoerige debatten werd het wetsvoorstel Affectieschade op 22 maart 2005 met algemene stemmen in de Tweede Kamer aangenomen. De meeste Tweede Kamerfracties, vertegenwoordigd in de vaste commissie van

---

<sup>216</sup> Zie hiervoor Van Tilburg 2004.

Justitie, stemden in algemene zin in met het wetsvoorstel.<sup>217</sup> Zo benadrukte het CDA dat de politiek niet blind kan zijn voor de maatschappelijke ontwikkelingen op het terrein van affectieschade, en de pogingen van de rechtspraak om affectieschade toe te kennen aan naasten. De PvdA verklaarde dat met het wetsvoorstel tegemoet wordt gekomen aan de wens van de meerderheid van de Tweede Kamer. De VVD verklaarde het met de regering eens te zijn dat de wetgever zelf de grenzen moet trekken in plaats van de ontwikkelingen over te laten aan de jurisprudentie, en was voorts van mening dat dit wetsvoorstel in zijn algemeenheid een positieve bijdrage levert aan slachtofferzorg, in de brede zin van het woord.

Ondanks de positieve reacties in de Tweede Kamer, hebben diverse Tweede Kamerfracties een aantal kritische kanttekeningen geplaatst bij de wijze waarop het wetsvoorstel is vormgegeven. De kritiek in de Tweede Kamer richtte zich, eveneens als in de literatuur, voornamelijk tegen de gesloten kring van gerechtigden, het voornemen tot het hanteren van een gefixeerd bedrag als schadevergoeding en de onbepaaldheid van het begrip ‘ernstig en blijvend letsel’. De kritiek heeft tot een aantal aanpassingen in het wetsvoorstel geleid, waarvan de toevoeging van een hardheidsclausule ten aanzien van de gesloten kring van gerechtigden de belangrijkste was (artikel 6:107 lid 2 sub g en artikel 6:108 lid 4 sub g BW).<sup>218</sup> De hardheidsclausule houdt in dat degene die ook een zeer nauwe band met de gekwetste of overledene heeft, maar niet tot de kring van gerechtigden behoort, aanspraak kan maken op smartengeld. De hardheidsclausule opent de gesloten kring van gerechtigden, en bepaald dat ook recht op vergoeding van affectieschade toekomt aan een andere persoon die in een zodanig nauwe persoonlijk relatie tot de gekwetste/overledene staat dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij als naaste wordt aangemerkt. Daarnaast werd onder vernummering van de leden 3 tot en met 5 van artikel 6:107 BW een nieuw derde lid opgenomen met daarin de bepaling: “*Bij algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld waarmee nader kan worden bepaald wanneer letsel als ernstig en blijvend letsel, bedoeld in lid 1 onder b, kan worden aangemerkt.*”<sup>219</sup>

Ondanks de kritiek op het voornemen tot het vaststellen van een vast gefixeerd bedrag werd een door Kamerlid Luchtenveld (VVD) voorgestelde motie, waarin de regering werd verzocht de AmvB zo op te stellen dat gerechtigden wordt toegelaten het bewijs te leveren dat in hun specifieke geval de vergoeding van affectieschade op een hoger bedrag dient te worden vastgesteld, uiteindelijk niet ingediend omdat de minister inmiddels had aangegeven dat in de AmvB de hoogte van de bedragen kan variëren.

In de Tweede Kamer werd tevens de vraag aan de orde gesteld, of het wetsvoorstel wel ver genoeg gaat, in die zin dat bijvoorbeeld de vergoeding van inkomensschade waarmee naasten van personen die ernstig letsel hebben opgelopen, worden geconfronteerd, zeker zo belangrijk is als de vergoeding van affectieschade. Kamerleden Wolfsen (PvdA) en Luchtenveld (VVD) hebben hieromtrent een motie ingediend, waarin aan de regering het verzoek is gedaan om wetgeving in voorbereiding te nemen waardoor directe naasten en werkgevers de door hen geleden inkomensschade en andere schade beter dan nu kunnen verhalen op de veroorzaker.<sup>220</sup> Tezamen met het wetsvoorstel is deze motie in 2005 unaniem aangenomen.<sup>221</sup>

#### 4.5.2 Behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer der Staten-Generaal

In navolging op de Tweede Kamer plaatste de Eerste Kamer opnieuw kritische kanttekeningen bij het wetsvoorstel. De Eerste Kamer debatteerde drie keer over het wetsvoorstel Affectieschade. Voornamelijk de CDA- en VVD-fractie toonde zich erg kritisch ten aanzien van het wetsvoorstel. In vergelijking met het debat in de Tweede Kamer heeft het debat in de Eerste Kamer een compleet andere wending gekregen. Nadat in de

<sup>217</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 5 p. 1-3.

<sup>218</sup> Zie hiervoor *Kamerstukken II 2004/2005*, 28 781, nr. 9.

<sup>219</sup> *Kamerstukken II 2004/2005*, 28 781, nr. 9.

<sup>220</sup> *Kamerstukken II 2004/2005*, 28 781, nr. 10.

<sup>221</sup> Zie hiervoor *Handelingen II 2004/2005*, 28 781, nr. 62, p. 3984.

Tweede Kamer geruime tijd alleen de vraag ‘hoe?’ ter discussie stond, stond in de Eerste Kamer ineens de vraag ‘of?’ ter discussie. Met andere woorden: bestaat er wel behoefte aan een vorm van vergoeding van affectieschade? Dit is opmerkelijk aangezien bij de totstandkoming van het huidige BW juist de Eerste Kamer twijfelde aan de juistheid van de uitsluiting van het recht op vergoeding van affectieschade.<sup>222</sup> Daarnaast verdient opmerking dat destijds de afwijzing van het recht op vergoeding van affectieschade niet zozeer zijn oorzaak vond in een verondersteld ontbreken van een behoefte aan vergoeding van dergelijke schade maar in argumenten die veelal meer praktisch van aard zijn, welke argumenten in belangrijke mate hun gewicht hebben verloren door de vormgeving van het wetsvoorstel.<sup>223</sup>

Al tijdens de eerste plenaire behandeling op 12 september 2006 twijfelde de Eerste Kamer, voornamelijk de CDA-fractie, aan de onderbouwing van de behoefte aan een recht op affectieschade. Naar het oordeel van het CDA noodzaakt de bestaande rechtspraktijk niet tot het wetsvoorstel en leggen naasten met affectieschade, die op grond van de huidige wetgeving geen recht hebben op vergoeding, zich hier zonder problemen bij neer.<sup>224</sup> De VVD vroeg naar sociaalwetenschappelijke onderbouwing ter ondersteuning van de aannames in het wetsvoorstel ter verdediging van de keuze voor een gefixeerd bedrag.<sup>225</sup> De Minister verklaarde niet bekend te zijn met een specifiek sociaalwetenschappelijk onderzoek dat de aannames ondersteunt, maar stelde dat de aannames worden ondersteund door onder meer Slachtofferhulp Nederland (welke heeft aangegeven dat slachtoffers graag van te voren duidelijkheid willen hebben waar ze aan toe zijn en om deze reden voorstander is van een vast bedrag) en (onder verwijzing naar het rapport ‘Letselschaderegeling: Onderhandelen met het mes op tafel, of een zoektocht naar de redelijkheid’<sup>226</sup>) de Ombudsman. Naar aanleiding van de geuite twijfel werd de minister aangezet tot het laten verrichten van onderzoek naar de omvang van de maatschappelijke behoefte aan vergoeding van affectieschade.<sup>227</sup> Dat dit in strijd is met de door de Raad voor de Rechtspraak verwoorde rechtelijke ervaring,<sup>228</sup> was deze partijen kennelijk ontgaan.<sup>229</sup> In navolging op de eerste plenaire behandeling in de Eerste Kamer is wetenschappelijk onderzoek naar de maatschappelijke behoefte aan de vergoeding voor affectieschade gedaan. Tijdens de plenaire behandeling spraken de CDA-, VVD-, en SGP-fracties hun voorkeur uit om de resultaten van het onderzoek af te wachten,<sup>230</sup> waarop de minister het beter achtte om het resultaat van het onderzoek af te wachten alvorens het wetsvoorstel verder te behandelen.<sup>231</sup> Het door de Vrije Universiteit (te Amsterdam) uitgevoerde onderzoek wees uit dat in onze samenleving in geval van affectieschade een grote behoefte aan het recht op smartengeld bestaat. Het uitgevoerde onderzoek zal nader worden besproken in paragraaf 4.6.

De resultaten van het uitgevoerde onderzoek werden vervolgens door de VVD aangegrepen om te pleiten voor differentiatie in de toe te wijzen schadevergoedingen in plaats van de in het wetsvoorstel opgenomen gefixeerde bedragen.<sup>232</sup> Naar aanleiding hiervan heeft minister van Justitie (destijds Hirsch Ballin) op 9 juni 2009 een concept AmvB met enige differentiatie in bedragen openbaar gemaakt (opgenomen in bijlage 2). Aanvankelijk was het de bedoeling een uniform bedrag vast te stellen, maar na de discussie in de Eerste Kamer werden vier categorieën onderscheiden. Daarmee gaan de gedachten uit naar een aantal vaste bedragen, waarbij variatie ontstaat per relatiecategorie. In de eerste plaats zou een onderscheid gemaakt worden tussen de situaties waarbij een verwant ernstig en blijvend gewond is raakt, en die waarbij de verwant overlijdt. In de

<sup>222</sup> Van Wees 2006, p. 127.

<sup>223</sup> Van Wees 2006, p. 127.

<sup>224</sup> *Kamerstukken I* 2005/2006, 28 781, nr. D, p. 2.

<sup>225</sup> *Kamerstukken I* 2004/2005, 28 781, nr. B, p. 2.

<sup>226</sup> De Ombudsman 2003.

<sup>227</sup> *Kamerstukken I*, 2004/2005, 28 781, nr. B.

<sup>228</sup> *Kamerstukken II* 2002/2003, 28 781, nr. A.

<sup>229</sup> Lindenberg 2010, p. 1530 & 1531.

<sup>230</sup> *Handelingen I* 2005/2006, nr. 38.

<sup>231</sup> *Handelingen I* 2005/2006, nr. 38, p. 1853.

<sup>232</sup> *Kamerstukken I* 2004/2005, 28 781, nr. B, p. 2 & 3.

tweede plaats zou bij de vaststelling van de omvang van de bedragen ook aan de aard van de relatie betekenis worden toegekend.

Op 9 maart 2010 werd in de Eerste Kamer over het wetsvoorstel gedebatteerd. Ondanks de aangebrachte wijzigingen in het wetsvoorstel heeft de Eerste Kamer uiteindelijk niet met het wetsvoorstel ingestemd. Zowel de VVD als het CDA konden zich (kennelijk) niet in het eindresultaat vinden. Op 23 maart 2010 heeft de Eerste Kamer uiteindelijk het wetsvoorstel Affectieschade, met 36 tegen 30 stemmen, verworpen.<sup>233</sup> Een meerderheid van de Eerste Kamer verwierp het wetsvoorstel mede uit angst dat het zou bijdragen aan een claimcultuur. Het CDA vroeg zich (mede namens de SGP en CU-fractie) af of de in het conceptbesluit uitgewerkte differentiatie wel werkbaar zou zijn, en stelde zich eveneens op het standpunt dat de essentie van het wetsvoorstel door de wijzigingen zo ingrijpend is gewijzigd dat de Tweede Kamer zich er opnieuw over zou moeten uitlaten. De stemverklaring van het CDA lijkt principieel van aard, en toont dat de CDA-fractie het ongewenst acht dat erkenning van onpeilbaar leed wordt vertaald naar een financiële vergoeding. Van de Beeten (CDA-senator) stelt dat recht, overheid en wetgeving op dit gebied simpelweg te kort schieten.<sup>234</sup> Lindenbergh merkt op dat het hem bevreemdt dat het CDA dit principiële argument pas in het allerlaatste stadium aanvoert; daarvoor heeft het CDA voornamelijk bedenkingen geuit over de vormgeving van de wettelijke regeling.<sup>235</sup> Volgens de stemverklaring van de VVD zou voornamelijk de vormgeving van de vergoeding bij ernstig en blijvend letsel de ‘bottleneck’ zijn.<sup>236</sup> Maar volgens een latere ‘toelichting’ op de website van de VVD zou het wetsvoorstel veel te beperkend zijn en zou de rechter binnen de grenzen van een maximum bedrag de vrijheid moeten hebben.<sup>237</sup> Volgens de VVD werd in het wetsvoorstel en de AmvB nog steeds onvoldoende rekening gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de naasten en nabestaanden.<sup>238</sup>

Wanneer de debatten in de Eerste Kamer nader bestudeerd worden, kunnen uit de debatten de volgende argumenten worden afgeleid die tegen de vergoeding van affectieschade in de Eerste Kamer zijn aangevoerd:

- Door alle debatterende partijen werd het ontbreken van een regeling aangaande de wijze van aanbieden van het schadevergoedingbedrag in het wetsvoorstel als bezwaarlijk bevonden.<sup>239</sup> Het wetsvoorstel ging uit van zelfregulering. Volgens de minister valt daarbij te denken aan een binnen het Nationale Platform Personenschade (thans ‘De Letselschade Raad’) tot stand te brengen richtlijn of aan een door verzekeraars zelf tot stand te brengen interne bedrijfsregeling.<sup>240</sup> Belangrijke kanttekening is dat het argument nooit als reden voor verwerping van het wetsvoorstel is aangedragen.<sup>241</sup>
- Bij de VVD bestond het bezwaar dat in de meeste gevallen de uitkering zou plaatsvinden door de verzekeraar of het Schadefonds Geweldsmisdrijven, en de dader dus niets zal voelen van de schadevergoedingsverplichting.<sup>242</sup>
- De vrees voor het ontstaan van de zogenaamde ‘claimcultuur’.
- De VVD noemt het wetsvoorstel paternalistisch.<sup>243</sup> Het zijn de desbetreffende wetsbepaling(en) die zou(den) bepalen wie verdriet heeft dat vergoed dient te worden, wat deze vergoeding inhoudt (inhouden) en op welke wijze hier invulling aan wordt gegeven.

<sup>233</sup> Zie hiervoor *Handelingen I* 2009/2010, nr. 23.

<sup>234</sup> Kuipers 2010, p. 132.

<sup>235</sup> Lindenbergh 2010, p. 1530.

<sup>236</sup> Zie hiervoor *Handelingen I* 2009/2010, nr. 23, p. 1013 (VVD).

<sup>237</sup> Broekers-Knol <<http://www.vvd.nl/actueel/842/vvd-wetsvoorstel-affectie-schade-veel-te-beperkend>> (geraadpleegd op 15 juni 2011).

<sup>238</sup> Zie hiervoor Wetsvoorstel affectieschade gesneuveld 2010, p. 834.

<sup>239</sup> Rijnhout 2010, p. 38.

<sup>240</sup> Van der Kolk & Wachter 2009, p. 111.

<sup>241</sup> Rijnhout 2010, p. 39.

<sup>242</sup> Rijnhout 2010, p. 39.

<sup>243</sup> Zie hiervoor *Handelingen I* 2008/2009, nr. 34, p. 1555.

- Zowel de VVD als het CDA (mede sprekend namens de SGP en de CU) vonden het bezwaarlijk dat het begrip ‘ernstig en blijvend letsel’ in het wetsvoorstel niet vastomlijnd is.<sup>244</sup> Dit zou volgens hen aanleiding kunnen geven tot onwenselijke discussies. Dit argument is eveneens aangevoerd ten tijde van de invoering van het BW.
- De gefixeerde bedragen werden bezwaarlijk geacht. De VVD toonde zich voorstander van het hanteren van maximumbedragen, waardoor de rechter een marge zou hebben om rekening te houden met de individuele omstandigheden van het geval.<sup>245</sup> Eveneens de SP-fractie meent dat indien het uitgevoerde onderzoek serieus wordt genomen, geen sprake kan zijn van een gefixeerd bedrag omdat hiermee geen excuses van de dader, medeleven, begrip voor de gevolgen van de daad zou worden bewerkstelligd.
- Tevens de kring van gerechtigden stuitte op bezwaren. Ten eerste werd aangevoerd dat het lastig te bepalen is wie een beroep zou kunnen doen op de hardheidsclausule.<sup>246</sup> Ten tweede werd bezwaar gemaakt tegen de gekozen kring van gerechtigden; een ongeboren kind van de overledene zou wel een vergoeding ontvangen terwijl een uitwonende meerderjarig kind géén vergoeding ontvangt.<sup>247</sup>
- Het CDA voerde aan principiële bezwaren tegen de vergoeding van affectieschade als zodanig te hebben. Het CDA ziet de verwerking van het leed als een taak voor de sociale omgeving van het slachtoffer en diens naasten en nabestaanden, en ziet ten aanzien hiervan geen taak voor de wetgever en het recht.<sup>248</sup> Dit argument was het enige argument dat in het wetsvoorstel niet ondervangen was.

#### 4.6 *Onderzoek ‘Slachtoffers en aansprakelijkheid’*

##### 4.6.1 *Inleidend: opzet van het onderzoek en onderzoeksvragen*

Het onderzoek is in opdracht van het Ministerie van Justitie door een multidisciplinair team, te weten het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht van de Vrije Universiteit van Amsterdam in samenwerking met het Wetenschappelijk onderzoek- en documentatiecentrum, uitgevoerd. Het onderzoek is in twee delen uitgevoerd.

Het eerste deel van het onderzoek ‘Slachtoffers en aansprakelijkheid’ (‘Deel I Terreinverkenning’)<sup>249</sup> betrof een ‘kwalitatief’ onderzoek met een wat meer algemeen karakter. De probleemstelling van het onderzoek was tweeledig: enerzijds richtte het onderzoek zich op concrete vragen die speelden rondom het wetsvoorstel Affectieschade, anderzijds richtte het onderzoek zich op de vraag wat slachtoffers en naasten willen bereiken met het letselschadeproces en welke afwegingen ze in dit kader maken. Het onderzoek bestond uit een literatuuronderzoek, 61 interviews met slachtoffers en naasten van slachtoffers die ernstig gewond zijn geraakt, acht nabestaanden van slachtoffers die zijn overleden, en twee focusgroepen bestaande uit experts op het gebied van afwikkeling van personenschade. Primair diende dit onderzoek om meer inzicht te krijgen in de algemene materie aangaande de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten aangaande het aansprakelijkheidsrecht. Het eerste deel van het onderzoek werd in het voorjaar van 2007 afgerond.

Het tweede deel van het onderzoek ‘Slachtoffers en aansprakelijkheid’ (‘Deel II Affectieschade’)<sup>250</sup> beoogde antwoord te geven op een aantal vragen, die ten tijde van de plenaire behandeling van het wetsvoorstel Affectieschade in de Eerste Kamer bestonden. Het ging hier voornamelijk om de vragen of er behoefte bestaat

<sup>244</sup> Zie hiervoor *Handelingen I* 2009/2010, nr. 23, p. 1013 (VVD); *Handelingen I* 2009/2010, nr. 21, p. 876 (CDA).

<sup>245</sup> Zie hiervoor *Handelingen I* 2009/2010, nr. 21, p. 871.

<sup>246</sup> Zie hiervoor *Handelingen I* 2008/2009, nr. 34, p. 1555 (VVD).

<sup>247</sup> Zie hiervoor *Handelingen I* 2009/2010, nr. 21, p. 878; *Handelingen I* 2009/2010, nr. 21, p. 871 (VVD).

<sup>248</sup> Zie hiervoor *Handelingen I* 2008/2009, nr. 34, p. 1558; *Handelingen I* 2009/2010, nr. 21, p. 879.

<sup>249</sup> Huver e.a. 2007.

<sup>250</sup> Akkermans e.a. 2008b.

aan deze vergoeding, of de vergoeding een bijdrage kan leveren aan de verwerking, en om vragen aangaande de modaliteiten van de vergoeding en de wijze van toekenning. Het doel van het onderzoek was om de informatie te verschaffen die benodigd was om het wetgevingstraject verder voort te kunnen zetten. Naar aanleiding van onder meer de vragen die tijdens de plenaire behandeling in de Eerste Kamer waren gerezen, werden de volgende onderzoeksvragen geformuleerd.<sup>251</sup>

1. In welke mate bestaat er onder naasten (van ernstig gewonde slachtoffers) en nabestaanden (van slachtoffers die zijn overleden) behoefte aan het recht op vergoeding van affectieschade?
2. Kan het vergoeden van affectieschade een positieve bijdrage leveren aan de bevrediging van bij naasten en nabestaanden levende immateriële behoeften?
3. Welke elementen uit het wetsvoorstel dragen bij aan de bevrediging van immateriële behoeften en welke niet (vast bedrag, hoogte van bedrag)?
4. Welke aspecten zijn van belang bij de daadwerkelijke uitkering van de vergoeding, uitgaande van de bevrediging van immateriële behoeften (manier en moment van aanbieden)?
5. In hoeverre hangen de belangrijkste uitkomsten samen met persoonlijke kenmerken (demografische variabelen waaronder financiële positie); kenmerken van de relatie met het slachtoffer; kenmerken van de gebeurtenis (bijvoorbeeld mate van verwijt; en de tijd die sinds de gebeurtenis verlopen is)?

De opzet van het tweede deel van het onderzoek ‘Slachtoffers en aansprakelijkheid’ was tweeledig. Allereerst werd middels een vragenlijstonderzoek onder 391 naasten en 72 nabestaanden (behorende tot de kring van gerechtigden volgens het wetsvoorstel Affectieschade) van ernstig gewonde slachtoffers en overleden slachtoffers in Nederland, een ‘kwantitatief’ onderzoek gehouden. Ten tweede werd middels interviews met veertien Belgische ervaringsdeskundige (familieleden van slachtoffers die onder Belgisch recht een met vergoeding van affectieschade vergelijkbare uitkering hebben ontvangen) een kwalitatief onderzoek gehouden. Aangezien het Belgische rechtssysteem al van oudsher een vergoeding voor immateriële schade aan naasten en nabestaanden van slachtoffers toekent die vergelijkbaar is met het in het wetsvoorstel affectieschade voorgestelde vergoeding, was het doel van dit laatste te leren van de daadwerkelijke ervaringen van naasten en nabestaanden, en gegevens te verzamelen die van waarde kunnen zijn voor de eventuele inrichting van het voorgestelde systeem ter vergoeding van affectieschade.

#### 4.6.2 De resultaten van het onderzoek

In 2007 werden de volgende onderzoeksresultaten van het eerste deel van het onderzoek in het rapport ‘Slachtoffers en aansprakelijkheid, deel I Terreinverkenning’ gepubliceerd.<sup>252</sup> Jaarlijks zou aan ongeveer 2.800 mensen een recht op vergoeding van affectieschade toekomen. Het terreinverkennde onderzoek wees uit dat de behoefte van slachtoffers en naasten/nabestaanden aan financiële compensatie en immateriële wensen (zoals erkenning en genoegdoening) nauw met elkaar verweven zijn en dat tussen deze behoeften geen tegenstelling bestaat. Uit de interviews bleek dat bij alle geïnterviewde slachtoffers en naasten/nabestaanden de immateriële behoeften, meer specifiek de behoefte op ‘erkenning’, een belangrijkere rol spelen. De immateriële behoeften van slachtoffers en naasten, zoals deze in het onderzoek naar voren zijn gekomen, zijn in bijlage 3 opgenomen.

Daarnaast wordt in het rapport gewezen op de wijze waarop slachtoffers en naasten/nabestaanden het aansprakelijkheidsrecht en het letselschadeproces beleven. In dit kader wordt gewezen op secundaire victimisatie, secundaire ziekte winst en procedurele rechtvaardigheid. In de eerste plaats is van belang dat het letselschadeproces belastend kan zijn doordat het “*slachtoffer zich een speelbal voelt van ontwikkelingen waar*

<sup>251</sup> Akkermans e.a. 2008b, p. 17 & 18.

<sup>252</sup> Huver e.a. 2007.

*hij geen vat op heeft, en waarvan bepaalde elementen door het slachtoffer als belastend, grievend of zelfs vernederend worden ervaren”* (ook wel ‘secundaire victimisatie’ genoemd).<sup>253</sup> Benadrukt wordt dat dit kan leiden tot het achterblijven van het herstelproces of tot verergering van de gevolgen van het ongeval. Hiervan is onder meer sprake in geval van een gebrek aan adequate informatie; het gevoel geen regie te hebben over de afwikkeling van het proces en wanneer sprake is van een negatieve ervaring van de bejegening door de wederpartij. In de tweede plaats wordt gewezen op ‘secundaire ziekte winst’, waarvan sprake is indien het slachtoffer, veelal onbewust, in het belang van potentieel gewin van financiële of andere aard de neiging heeft om de symptomen uit te vergroten. Doordat het schadeafwikkelingsproces in deze situatie een stimulans vormt voor het ziek blijven, wordt gezegd dat het aansprakelijkheidsrecht in dergelijke situatie anti-theapeutisch werkt. In de derde plaats wordt erop gewezen dat mensen in hun rechtvaardigheidsoordeel sterk worden beïnvloed door procesmatige aspecten en de wijze waarop beslissingen tot stand komen, en dat de uitkomst van de procedure daarbij minder bepalend is (‘procedurele rechtvaardigheid’). Bepalende factoren hierbij zijn de gelegenheid tot het vertellen van het eigen verhaal; participatie in het beslissingsproces; eerlijkheid; respect; gepaste vragen; vriendelijkheid; vertrouwen; openheid; motivering door de wederpartij van diens eigen handelen; en in geval van beslissingen door een derde de neutraliteit van deze derde. Waarop wordt vastgesteld dat kan worden vastgesteld dat deze inzichten eveneens gelden voor een buitengerechtelijke afwikkeling.<sup>254</sup>

Uit het rapport blijkt dat de deelnemers van de focusgroepen de algemene opvatting dat er behoefte bestaat aan een vergoeding van affectieschade onderschreven. Uit de focusgroepen kwam ook naar voren dat het werken met één vast schadevergoedingsbedrag geen recht doet aan de omstandigheden van het geval, en om die reden geen erkenning en genoegdoening met zich mee kan brengen. Gezien de behoefte aan transparantie en normerende afspraken wordt desondanks, aangaande de vaststelling en hoogte van de vergoedingen, wel enige vorm van normering wenselijk geacht.

Belangrijk aspect dat uit het onderzoek naar voren is gekomen, is dat voor slachtoffers en naasten zowel de financiële vergoeding voor de geleden materiële en immateriële schade als het proces waarmee tot het resultaat wordt gekomen van belang is voor het herstel. Geconcludeerd wordt dat contrast bestaat tussen aan de ene zijde de gerichtheid op financiële compensatie, en aan de andere zijde het belang dat gehecht wordt aan behoeften van immateriële aard. Niet-ervulling van deze immateriële behoeften werkt herstelbelemmerend, terwijl vervulling van deze immateriële behoeften het herstel in psychologische, sociale en medische zin bevordert.

In navolging op het eerste deel van het onderzoek vond het tweede deel (‘Slachtoffers en aansprakelijkheid, deel II Affectieschade’) van het onderzoek plaats. De belangrijkste resultaten van het vragenlijstonderzoek onder naasten en nabestaanden in Nederland kunnen als volgt samen worden gevat.<sup>255</sup> Aangaande de eerste onderzoeksvraag blijkt dat een meerderheid van de naasten/nabestaanden behoefte heeft aan een vergoeding van affectieschade. Hierbij bestonden geen grote verschillen tussen naasten en nabestaanden. Wat betreft de tweede onderzoeksvraag is gebleken dat het merendeel van de naasten/nabestaanden verwacht dat een recht op vergoeding van affectieschade een positieve uitwerking zal hebben op de voldoening van hun immateriële behoeften. Ook omtrent deze verwachting zijn tussen naasten en nabestaanden geen grote verschillen naar voren gekomen. Wel hebben zij aangegeven dat zij vergoeding van de door hen geleden financiële schade, een soepele afwikkeling hiervan en erkenning van de fout door de verantwoordelijke partij (medeomvattend een excuus of het medeleven van de dader) belangrijker vinden voor de verwerking van hetgeen gebeurd is. Met

---

<sup>253</sup> Huver e.a. 2007, p. 30.

<sup>254</sup> Akkermans e.a. 2008b, p. 16.

<sup>255</sup> Akkermans e.a. 2008b. Zie hiervoor eveneens Akkermans & Hulst 2009.



betrekking tot de derde onderzoeksvraag is naar voren gekomen dat de meeste naasten/nabestaanden willen dat bij de toekenning van een vergoeding voor affectieschade rekening wordt gehouden met de individuele omstandigheden van het geval. Ondanks dat dit aanleiding kan geven tot lastige discussies en een langdurige afwikkeling, wordt de voorkeur gegeven aan een variabel of genormeerd bedrag. Dit is opmerkelijk nu tegelijkertijd wordt aangegeven dat een soepele en vlotte afwikkeling van de financiële schade het belangrijkste is. Ten aanzien van een gefixeerd bedrag van 10.000 euro geeft het merendeel van de respondenten aan hier neutraal tegenover te staan (45%), terwijl 28% van de respondenten het bedrag te laag acht en 8,5% van de respondenten dit bedrag juist te hoog acht. Hierbij vonden nabestaanden 10.000 euro vaker te laag dan naasten. Een passend bedrag achten naasten een bedrag tussen 10.000 en 25.000 euro, en nabestaanden een bedrag tussen 50.000 en 100.000 euro. De grote verschillen in de door respondenten genoemde bedragen en het hoge percentage van respondenten dat geen antwoord kan geven op de vraag wat zij als passend bedrag achten, bevestigt dat immateriële schade zich slecht leent voor uitdrukking in een geldbedrag. Desondanks wordt het bedrag van 10.000 euro door het merendeel van de respondenten niet als ongepast ervaren. Voor het afhankelijk stellen van de hoogte van het schadevergoedingsbedrag van de categorie affectieve relaties (zoals bijvoorbeeld ouders, kinderen, partners, et cetera) wordt geen steun gevonden. Verder luidt, ten aanzien van de vierde onderzoeksvraag, de uitkomst van het onderzoek dat wanneer de vergoeding niet op doordachte wijze wordt aangeboden de vergoeding haar doel voorbijschiet. Verder maken de resultaten van het onderzoek omtrent de vijfde onderzoeksvraag duidelijk dat binnen de groep naasten, variabelen (als persoonlijke kenmerken; relatiecategorieën; ongevals categorieën; de mate van verwijt aan de dader) geen beduidend grote invloed hadden. Dit aspect kon, wegens de te kleine groep respondenten, ten aanzien van nabestaanden niet worden onderzocht.

Uit het onderzoek onder de Belgische respondenten kwamen de volgende aspecten duidelijk naar voren.<sup>256</sup>

- Gemengde gevoelens werden geuit met betrekking tot de vraag hoe men het ontvangen van een vergoeding voor genegenheidschade of morele schade heeft ervaren. De schadevergoeding wordt gezien als een erkenning van het leed, en biedt om die reden steun en troost. Maar tegelijkertijd wordt aangegeven dat het leed niet financieel te compenseren is. Kanttekening hierbij is dat de ervaring van de vergoeding van morele- of genegenheidsschade wordt beïnvloed door de hoogte van de vergoeding.
- Met betrekking tot de wijze van het vaststellen van de morele- en genegenheidsschade kwam duidelijk uit de interviews naar voren dat men het belangrijk vindt dat de afhandeling niet te snel, te langzaam of te moeizaam verloopt.
- Ten aanzien van de wijze van aanbidding van de vergoeding kwam naar voren dat naasten/nabestaanden behoefte hebben aan een persoonlijke benadering waaruit medeleven blijkt. Een strikt zakelijke afhandeling wordt als pijnlijk ervaren. Ook het moment van aanbieden van de vergoeding is van groot belang; dit dient niet te vroeg en niet te laat te gebeuren. De afwikkeling van de vergoeding van morele of genegenheidsschade wordt soms als onduidelijk ervaren, nu dit gezamenlijk wordt afgehandeld met de financiële schade.

#### 4.6.3 De conclusie van het onderzoek

In het rapport wordt op grond van de uitkomsten van de onderzoeken tot de volgende conclusies gekomen.<sup>257</sup> In de eerste plaats wordt geconcludeerd dat de meerderheid van de naasten en nabestaanden behoefte heeft aan een vergoeding van de door hen geleden affectieschade. Aansluitend wordt geconcludeerd dat de naasten en nabestaanden de vergoeding van affectieschade meer zien als een middel tot het verkrijgen van erkenning, dan

<sup>256</sup> Akkermans e.a. 2008b. Zie hiervoor eveneens Akkermans & Hulst 2009.

<sup>257</sup> Akkermans e.a. 2008b. Zie hiervoor eveneens Akkermans & Hulst 2009 & Van Wees 2010.

als een doel op zich. Geconcludeerd wordt dat dit goed aansluit bij de primaire doelstelling (het verschaffen van erkenning en genoegdoening) van het wetsvoorstel Affectieschade. Duidelijk is geworden dat de meeste respondenten de voorkeur geven aan een variabel bedrag dat rekening houdt met de individuele omstandigheden. In navolging hierop wordt geconcludeerd dat het voornemen van de wetgever om een gefixeerd bedrag te hanteren niet aansluit bij de wens van naasten en nabestaanden. Uit de rapporten blijkt dat uit het onderzoek ‘Slachtoffers en aansprakelijkheid’ niet eenduidig naar voren is gekomen hoe de hoogte van de vergoeding vastgesteld zou moeten worden.<sup>258</sup> Tegelijkertijd bevestigen de respondenten dat discussies over de hoogte van het bedrag de verwerking van hun verdriet belemmeren. Daarnaast wordt, aangaande het antwoord op de vraag wat een passende vergoeding is, geconcludeerd dat een duidelijk verschil bestaat tussen naasten en nabestaanden. Desondanks wordt een vergoeding van 10.000 euro niet als ongepast beschouwt. Terwijl tegelijkertijd geconcludeerd wordt dat, wanneer het zou gaan om een hoger bedrag, dit naar alle waarschijnlijkheid in meerdere mate aanvaardbaar zal worden gevonden. Eveneens komt men tot de conclusie dat een vergoeding voor affectieschade zijn doel voorbij schiet indien zij niet op een doordachte wijze wordt aangeboden. Ten slotte wordt geconcludeerd dat het de voorkeur verdient om de afwikkeling van de affectieschade middels een ander traject plaats te laten vinden dan die van de vergoeding van de financiële schade.

#### 4.6.4 Door de politiek geuite kritiek op het onderzoek

Vanuit de politiek heeft voornamelijk het CDA kanttekeningen geplaatst bij het onderzoek.<sup>259</sup> Het CDA richtte zich allereerst op de representativiteit van het onderzoek, en wees op de grote moeite die het de onderzoekers heeft gekost om voldoende deelnemers voor het onderzoek te vinden. Gesteld wordt dat de onderzoeksgroep niet duidelijk beargumenteerd waarom de representativiteit van het onderzoek voldoende is. Dit is echter onjuist, de onderzoekscommissie heeft in haar rapport<sup>260</sup> duidelijk beargumenteerd waarom het onderzoek representatief is, en op grond daarvan de mogelijkheid biedt tot doen van algemeen geldende uitspraken.

Daarnaast stelt het CDA het onderzoek en zijn betekenis ter discussie omdat niet (onder vermelding van de contra-argumenten van een dergelijke wettelijke regeling) aan de respondenten gevraagd zou zijn, wat hun reactie zou zijn als de wetgever zou afzien van een wettelijke regeling tot vergoeding van affectieschade. Ook deze door het CDA bij het onderzoek geplaatste kanttekening is echter onjuist. De eerste onderzoeksvraag ziet op de vraag waarvan het CDA aanvoert dat deze ontbreekt. Onder deze eerste onderzoeksvraag zijn aan de respondenten van het onderzoek zijn duidelijk de vragen voorgelegd: hoe zij hun positie achten onder de huidige wetgeving, en of onder hen de behoefte aan een recht op een vergoeding van de door hun geleden affectieschade bestaat. De volgens het CDA ontbrekende vraag wordt daarmee voldoende door andere in het onderzoek gestelde vragen ondervangen. In de eerste plaats omdat, indien de wetgever zou besluiten tot het niet aannemen van de wettelijke regeling, de rechtspositie van naasten en nabestaanden hetzelfde zou zijn als onder het huidige recht. En in de tweede plaats omdat aan nabestaanden en naasten duidelijk de vraag is gesteld of zij behoefte hebben aan een vergoeding van de door hen geleden affectieschade. Een minderheid heeft aangegeven geen behoefte te hebben aan dergelijke vergoeding; de meerderheid heeft daarentegen op deze vraag aangegeven wel behoefte te hebben aan dergelijke vergoeding.

---

<sup>258</sup> Van der Kolk & Wachter 2009, p. 111.

<sup>259</sup> *Handelingen I* 2008/2009, nr. 34.

<sup>260</sup> Akkermans e.a. 2008b.

#### 4.7 *Gevolgen van de afwijzing van het wetsvoorstel voor de praktijk en de rechtspraak*

Als gevolg van de afwijzing van het wetsvoorstel Affectieschade komt aan naasten en nabestaanden op grond van de Nederlandse wet nog steeds geen recht op vergoeding van affectieschade toe. Dit resulteert erin dat deze mensen alsnog met hun schade blijven zitten.

In de literatuur is vol verbazing en verbijstering gereageerd op de afwijzing van het wetsvoorstel. Zo benadrukt Akkermans (nogmaals) dat het gaat om mensen die het allerergste is gebeurd wat je maar kan overkomen.<sup>261</sup> Mensen van wie bijvoorbeeld de partner of een kind om het leven is gekomen, of van wie bijvoorbeeld de partner of een kind levenslang gehandicapt is. Akkermans wijst hierop onder de pijnlijke mededeling dat het huidige Nederlandse rechtssysteem aan deze mensen helemaal niets te bieden heeft, en deze mensen daar soms helemaal in vast lopen.<sup>262</sup> Tevens Slachtofferhulp Nederland liet weten verbaasd en teleurgesteld te zijn naar aanleiding van de verwerping van het wetsvoorstel Affectieschade door de Eerste Kamer.<sup>263</sup> De algemeen directeur van Slachtofferhulp Nederland, Jaap Smit, gaf hierop de volgende reactie “*Het wetsvoorstel voorziet in een grote behoefte onder nabestaanden en naasten. De Tweede Kamer is unaniem akkoord gegaan met dit wetsvoorstel en er bestaat een breed maatschappelijk draagvlak voor. Wij vinden dat hiermee de zwaarst getroffen mensen in de kou blijven staan.*”<sup>264</sup> Volgens de Vereniging van Advocaten van Slachtoffers van Personenschaden negeren de tegenstemmers in de Eerste Kamer “*de wetenschappelijk onderbouwde maatschappelijke behoefte aan vergoeding van affectieschade*”.<sup>265</sup> Eveneens de ANWB reageerde, onder de mededeling 75% van de ANWB leden voorstander is van het toekennen van een recht op affectieschade, teleurgesteld op de afwijzing.<sup>266</sup>

Wat de gevolgen van de afwijzing van het wetsvoorstel Affectieschade zijn voor de rechtspraak is afwachten. Naar verwachting zullen naasten en nabestaanden in de toekomst blijven pogen om in de rechtspraak de grenzen van de wetgeving te verleggen om de door hen geleden affectieschade alsnog vergoed te krijgen. De minister van Justitie wijst erop dat dit een ongewenste situatie is.<sup>267</sup> Volgens de minister van Justitie wordt de rechter in deze situatie uitgenodigd de wet contra legem uit te leggen, weten de aansprakelijkheidsverzekeraars niet hoe ver hun verplichtingen strekken en weten slachtoffers niet waar ze aan toe zijn. De Hoge Raad heeft (zoals in paragraaf 2.5.5 al naar voren is gekomen) in het Taxibus-arrest duidelijk aangegeven dat de vraag aangaande de mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.<sup>268</sup> In navolging hierop heeft de Hoge Raad in het Vilt-arrest<sup>269</sup> een ruime interpretatie van de in het Taxibus-arrest geformuleerde criteria voor vergoeding van de zogenaamde ‘shockschade’ uitdrukkelijk van de hand gewezen. Gezien deze uitspraken ligt het niet voor de hand dat de Hoge Raad ten aanzien hiervan zomaar tot een ander oordeel komt. Simpelweg omdat de Nederlandse wetgever haar deze ruimte niet biedt. Dit zal slechts anders zijn wanneer het internationale of Europese recht hier aanleiding toe geeft.

Opvallend is dat het bedrijfsleven naar aanleiding van de afwijzing van het wetsvoorstel Affectieschade zoekt naar (tijdelijke) oplossingen voor de lacune in het wettelijk stelsel. Vanuit de verzekeringsbranche wordt gezocht naar mogelijkheden om affectieschade onder bepaalde omstandigheden alsnog onder de dekkingsvoorwaarden te laten vallen. Verrassend is dat dit niet de eerste keer is dat verzekeraars een schadepost erkennen voordat de wetgever dit doet. Zo werd door de verzekeraars reeds voor de invoering van

<sup>261</sup> Zie hiervoor Kuipers 2010, p. 133.

<sup>262</sup> Zie hiervoor Kuipers 2010, p. 133.

<sup>263</sup> <<http://www.victoryadvies.nl/content/view/403/326/>> (geraadpleegd op 15 juni 2011).

<sup>264</sup> <<http://www.victoryadvies.nl/content/view/403/326/>> (geraadpleegd op 15 juni 2011).

<sup>265</sup> <<http://www.victoryadvies.nl/content/view/403/326/>> (geraadpleegd op 15 juni 2011).

<sup>266</sup> <<http://www.anwb.nl/rechtshulp/anwb-rechtshulp/standpunten/smartengeld-voor-nabestaanden-naasten-standpunt.html>> (geraadpleegd op 15 juni 2011).

<sup>267</sup> *Kamerstukken II* 2002/2003, 28 781, nr. 3, p. 4.

<sup>268</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), *NJ* 2002, 240 (m.nt. Vranken).

<sup>269</sup> HR 9 oktober 2009 (*Vilt*), *NJ* 2010, 387 (m.nt. Vranken).

het NBW erkend dat nabestaanden recht hebben op vergoeding van de kosten voor lijkbezorging.<sup>270</sup> Kremer, directeur van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars, verlangde naar een duidelijk genormeerd wetsvoorstel. Kremer stelt: *“Wij hadden al eerder vastgesteld dat de premieconsequenties van zo’n regeling beperkt zouden zijn. Zo’n helder voorstel voorkomt dat mensen allerlei omwegen gaan verzinnen om tot schadevergoeding te komen. Ik begrijp niet dat senatoren bang zijn voor een claimcultuur. Zo’n duidelijk genormeerd voorstel voorkomt dat juist. En nu zul je zien dat mensen proberen de regeling voor shockschade op te rekken om een vergoeding voor affectieschade te krijgen.”*<sup>271</sup> Kremer overlegt nu met verzekeraars om te zien of de branche buiten de wet om tot een regeling kan komen. Kremer merkt ten aanzien hiervan op: *“De eerste reacties zijn positief. Het moet wel mogen van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. We zullen zo’n regeling waarschijnlijk wel beperken tot gevallen waarin iemand is overleden. Dat voorkomt discussies over het criterium ‘ernstig en blijvend letsel’.”*<sup>272</sup>

Dergelijke regeling binnen de verzekeringsbranche zal onder meer leiden tot kortere procedures en lagere kosten. Belangrijke kanttekening is dat verzekeraars in hun algemene polisvoorwaarden ‘schade die met opzet of door roekeloosheid is veroorzaakt’ in beginsel uitsluiten van de door de verzekeraar geboden dekking (de zogenaamde ‘opzetclausules’).<sup>273</sup> Dit heeft tot gevolg dat van dekking is uitgesloten die schade welke *“het beoogde of zekere gevolg is van het handelen van verzekerde”*.<sup>274</sup> Een grote groep nabestaanden en naasten (bijvoorbeeld wanneer het gaat om een naaste die is overleden of ernstig gewond is geraakt als gevolg van een geweldsmisdrijf) zullen hierdoor naar verwachting buiten de reikwijdte van de regeling vallen, en op grond van deze regeling geen aanspraak kunnen maken op een vergoeding voor de door hen geleden immateriële schade. De regeling zal daarom naar het aanzien slechts een beperkte groep nabestaanden en naasten uitzicht geven op een vergoeding van de door hen geleden immateriële schade. Doordat dergelijke regeling de verzekeringsmaatschappij (en niet de dader) onder omstandigheden bindt tot het uitkeren van een vergoeding, blijven de nabestaanden en naasten die buiten de regeling vallen alsnog met de door hen geleden immateriële schade zitten.

Van grote betekenis is dat het Schadefonds Geweldsmisdrijven op 26 april 2011 bekend heeft gemaakt dat de Commissie Schadefonds Geweldsmisdrijven een nieuwe tijdelijke beleidsregel heeft vastgesteld, waardoor nabestaanden van slachtoffers van geweld een bredere aanspraak hebben op een uitkering van het Schadefonds.<sup>275</sup> Op grond van deze beleidsregel kunnen nabestaanden (de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerd partner; de kinderen van het slachtoffer; broers of zussen van het slachtoffer; en de ouders van het slachtoffer) ook een tegemoetkoming krijgen voor immateriële schade, die ze lijden als gevolg van het verlies van hun naaste. Daarnaast voorziet de regeling in een bredere aanspraak op vergoeding van materiële letselschade welke de nabestaande lijdt. Zo wordt ook voorzien in een vergoeding voor therapiekosten in verband met rouwverwerking. De beleidsregel is van toepassing op aanvragen die in behandeling zijn op 26 april 2011 of die ná deze datum zijn of worden ingediend. Deze tijdelijke beleidsregel geldt in elk geval tot 1 januari 2012. Naar verwachting zal (zoals in paragraaf 3.3.1 is toegelicht) met ingang van 1 januari 2012 de aangepaste Wsg in werking treden. Belangrijk is te constateren dat ook deze regeling slechts een beperkte reikwijdte heeft (zie hiervoor paragraaf 1.4), waardoor ook deze regeling slechts een beperkt aantal nabestaanden aanspraak geeft op een tegemoetkoming in de geleden immateriële schade.

---

<sup>270</sup> Zie hiervoor Verbond van Verzekeraars in Nederland 1980; Lindenberg 2010 p. 1532.

<sup>271</sup> Kuipers 2010, p. 133.

<sup>272</sup> Kuipers 2010, p. 133.

<sup>273</sup> Zie hiervoor eveneens <<http://www.aansprakelijkheidsrecht.com/column/column02.htm>> (geraadpleegd op 29 augustus 2011).

<sup>274</sup> <<http://www.stichtingpiv.nl/Smartsite.shtml?id=279454&Parent=150049&Doc=243760>> (geraadpleegd 1 augustus 2011).

<sup>275</sup> <<https://www.schadefonds.nl/>> (geraadpleegd op 24 mei 2011).

#### 4.8 *Uitleiding*

Ondanks dat het onderzoek ‘Slachtoffers en aansprakelijkheid’ heeft uitgewezen dat onder naasten en nabestaanden een behoefte tot vergoeding van affectieschade bestaat heeft de Eerste Kamer (tegen alle verwachtingen in) na tien jaar parlementair debat het wetsvoorstel Affectieschade verworpen. De inconsistentie en de lacune in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht blijft daarmee bestaan. De Nederlandse regering onthoudt naasten en nabestaanden, indien zij schade lijden, daarmee van de mogelijkheid om terug te kunnen vallen op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

Jaarlijks blijven ruim 2.800 naasten en nabestaanden met de door hen geleden schade, welke als gevolg van het onrechtmatig handelen van een ander jegens een naaste is ontstaan, zitten. Daar komt bij dat naasten en nabestaanden welke op grond van de omstandigheden aanspraak hebben op een vergoeding van de door hen geleden shockschade in een benarde spagaat blijven staan. Zij zullen voor de toewijzing van de schadevergoeding het onmogelijke moeten blijven aantonen, namelijk dat de geleden schade het gevolg is van de confrontatie met de schokkende gebeurtenis en niet door puur het letsel of het overlijden van de naaste. Slachtoffers raken hierdoor verstrikt in ‘secundaire victimisatie’ en ‘secundaire ziekte winst’.

In dit verband is de vraag van belang, of men op het terrein van immateriële belangen en hoogst persoonlijk leed een rol ziet weggelegd voor het aansprakelijkheidsrecht. Gebleken is dat belangrijke rechtswetenschappers als onder meer Akkermans, Du Perron, Hulst, Kottenhagen, Lindenbergh, Uijtttenbroek, Van Maanen, Verheij en Wees van oordeel zijn dat ten aanzien hiervan een rol voor het aansprakelijkheidsrecht, meer in het bijzonder in het domein van de personenschade, is weggelegd.<sup>276</sup> Gezien het brede maatschappelijke draagvlak voor het wetsvoorstel Affectieschade, is de afwijzing van het wetsvoorstel affectieschade onbevredigend.

---

<sup>276</sup> Zie hiervoor onder meer Akkermans e.a. 2008a; Kottenhagen 2010, p. 134.

## 5. Rechtsvergelijkend; wettelijke regelingen aangaande de vergoeding van affectieschade in buitenlandse rechtsstelsels.

### 5.1 Inleiding

Het uitgangspunt dat benadeelden in beginsel aanspraak maken op een volledige vergoeding van de door hen geleden schade, is diepgeworteld in vrijwel alle West-Europese landen.<sup>277</sup> Het recht op schadevergoeding voor de door derden geleden schade is in die landen gebaseerd op het principe dat als gevolg van een onrechtmatige gedraging of een wanprestatie gepleegd jegens het slachtoffer, derden eveneens schade kunnen lijden.<sup>278</sup> Desondanks levert in een groot aantal landen de positie van indirecte slachtoffers in meer of mindere mate problemen op.

Het recht op smartengeld voor nabestaanden wint internationaal gezien terrein. Anno 2011 kennen in Europa alleen Duitsland, Denemarken en Nederland geen recht op smartengeld toe aan nabestaanden. Europese landen als België, Frankrijk, Luxemburg, Verenigd Koninkrijk, Schotland, Italië, Spanje, Portugal, Zwitserland, Zweden, Finland, Noorwegen, IJsland, Oostenrijk, Griekenland, Servië, Slovenië, Kroatië, Bulgarije en Liechtenstein geven in hun rechtsstelsel naast en/of nabestaanden in enige vorm of mate een aanspraak tot vergoeding van affectieschade. De diverse rechtssystemen van landen, welke dit recht wel kennen, verschillen onderling van elkaar waar het gaat om het toekennen van een vergoeding van immateriële schade voor indirecte slachtoffers. Zo kan onderscheid gemaakt worden tussen rechtsstelsels die een aanspraak op vergoeding van affectieschade beperken tot gevallen van overlijden (onder meer Verenigd Koninkrijk, Luxemburg, Ierland, Italië, Spanje en Zwitserland) en rechtstelsels die ook een aanspraak toekennen in geval van ernstig letsel (onder meer België en Frankrijk).<sup>279</sup> Voorts zijn er een aantal landen waar smartengeld alleen wordt toegekend wanneer de dood van het slachtoffer het gevolg is van grove schuld of opzet van de dader (zoals in Oostenrijk, Finland en Noorwegen).

In veel landen die een regeling kennen is de kring van gerechtigden (soms vergaand) beperkt. Soms met de mogelijkheid om ook buiten de toegewezen kring van gerechtigden een hechte affectieve relatie aan te tonen om aanspraak te maken op een vergoeding van de door hen geleden schade.<sup>280</sup> Sommige landen (onder meer het Verenigd Koninkrijk) kennen een uitgewerkte wettelijke regeling voor de kring van gerechtigden en de toe te kennen vergoeding. In andere landen (onder meer Frankrijk en België) is het recht in de rechtspraak ontwikkeld, hetgeen mogelijk was omdat de wet daarvoor geen belemmering opwerpt. Algemene lijn in de regelingen is dat ze een nauwe affectieve band tussen het directe en het indirecte slachtoffer eisen, slechts ernstig letsel geeft recht op vergoeding en dat sprake is van een zekere normering (op grond van de wet of de rechtspraak) van toe te kennen gematigde bedragen.<sup>281</sup>

In dit hoofdstuk zullen onder meer het Belgische, Duitse, Engelse en Franse recht aangaande de mogelijkheden tot vergoeding van immateriële schade van indirecte slachtoffers (beknopt) worden uiteengezet.<sup>282</sup> Het gaat hierbij om landen die, naast dat zij geografisch gezien nabij Nederland gelegen zijn, op gebied van cultuur en ontwikkeling vergelijkbaar zijn met Nederland.

Ondanks dat regimes van andere landen niet beslissend kunnen zijn voor het regime zoals dat in Nederland wordt gevoerd, zijn buitenlandse regimes belangrijk. In de eerste plaats zijn de ontwikkelingen omtrent

<sup>277</sup> Lindenbergh 2004, p. 111.

<sup>278</sup> Colliginon-Smit Sibinga 2006, p. 273.

<sup>279</sup> Zie hiervoor Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 422 & 428.

<sup>280</sup> *Kamerstukken II* 2002/2003, 28 781, nr. 3 p. 5.

<sup>281</sup> *Kamerstukken II* 2002/2003, 28 781, nr. 3 p. 5.

<sup>282</sup> Voor een volledig rechtsvergelijkend overzicht binnen Europa kunnen Bona, Mewad & Lindenbergh 2005 en Koziol & Steininger 2009 geraadpleegd worden.

vergoeding van immateriële schade van nabestaanden/naasten in buitenlandse rechtsstelsels kenmerkend. In de tweede plaats is in dit licht belangrijk dat de laatste decennia, door eenwording van Europa, de mobiliteit van personen enorm gestimuleerd en bevorderd is. Daardoor is de kans dat slachtoffers van verschillende Europese nationaliteiten betrokken raken bij calamiteiten vele malen groter dan ten opzichte van voor de invoering van het NBW. Beide aspecten roepen de vraag op waarom Nederland op deze ontwikkelingen zou achterblijven. In de derde plaats kan voor de invulling van het in Nederland te voeren wenselijke regime geleerd worden van buitenlandse regimes, of eventueel zelfs aansluiting worden gezocht bij buitenlandse regimes.

## 5.2 België

België kent al lange tijd een regeling die aan naasten en nabestaanden van slachtoffers een vergoeding voor affectieschade toekent. Deze regeling is vergelijkbaar met de regeling zoals deze is opgenomen in het Nederlandse wetsvoorstel Affectieschade.<sup>283</sup> Zoals in paragraaf 5.1 al vermeld kent België een recht op vergoeding van immateriële schade zowel in geval van het ernstig gewond raken als in het geval van het overlijden van een naaste.

In België wordt doorgaans gesproken van ‘morele schade’ in geval van het overlijden, en van ‘genegenheidschade’ in geval van ernstig letsel van een naaste waarmee men een hechte genegenheidsband onderhoudt. Morele schade is het immateriële psychische aspect van letselschade. Onder dit begrip valt pijn, smart, vrees voor de toekomst, het verdriet om het verlies of lijden van een geliefd wezen.<sup>284</sup> Genegenheidsschade wordt gedefinieerd als “*de gevoelsschade veroorzaakt door het zien van het lijden van een geliefd wezen*”.<sup>285</sup> De vergoeding van deze schaden zijn slechts een vorm van troost, welke een compensatie tot doel heeft voor de pijn, de smart of enig ander moreel leed.<sup>286</sup>

De rechtsgrond van het recht op vergoeding van de schade welke is ontstaan als gevolg van een onrechtmatige daad is in het Belgische recht vastgelegd in de artikelen 1382 tot en met 1386bis van het Belgische Burgerlijk Wetboek (hierna ‘het B.W.’). Artikel 1382 B.W. bepaalt dat degene door wiens schuld schade veroorzaakt is aan een ander, verplicht is de aan de ander ontstane schade te vergoeden. Op grond van artikel 1883 B.W. kan aansprakelijkheid niet enkel ontstaan als gevolg van een daad maar tevens als gevolg van onzorgvuldigheid en nalatigheid. De Belgische regeling voor vergoeding van schade als gevolg van een onrechtmatige daad kan gekwalificeerd worden als een open stelsel van vergoeding voor derden.<sup>287</sup> De regeling bevat geen definitie van het begrip ‘schade’, geen opsomming van de kring van gerechtigden, en geen limitering of normering van de bedragen. Het is aan de Belgische rechter om op grond van de concrete gegevens van de zaak te beoordelen wie een vorderingsrecht geniet en of de schade zeker en vaststaand is. In de rechtsleer en de rechtspraak zijn criteria ontwikkeld aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de schade vaststaat en of er een recht op schadevergoeding bestaat. Allereerst dient sprake te zijn van een belangenkrenking. Geen sprake hoeft te zijn van een rechtskrenking. In de tweede plaats moet het gaan om een krenking van het eigen belang. De schade dient dus persoonlijk te zijn geleden. Het derde vereiste waaraan voldaan dient te worden is, dat het moet gaan om een krenking van een rechtmatig belang. Verlies van een onrechtmatig verkregen belang/voordeel kan niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten slotte moet de schade vaststaan.

Uit de ruime formulering van artikel 1382 B.W. vloeit voort dat in het Belgische recht geen onderscheid wordt gemaakt tussen in eerste plaats de vergoeding van zaaks- en personenschade en in de tweede plaats de

---

<sup>283</sup> Akkermans e.a. 2008b, p. 63.  
<sup>284</sup> De Winter en Schryvers 1999, p. 14.  
<sup>285</sup> De Winter en Schryvers 1999, p. 28.  
<sup>286</sup> De Winter en Schryvers 1999, p. 14.  
<sup>287</sup> Zie hiervoor Van Schoubroeck 2004, p. 102.

vergoeding van schade die voortvloeit uit het lichamelijk letsel of overlijden.<sup>288</sup> Sinds een arrest van 17 maart 1881 neemt het Hof van Cassatie aan dat naast vermogensschade ook immateriële schade voor volledige vergoeding in aanmerking komt.<sup>289</sup> Het Hof van Cassatie overweegt dat “*de rechtsvordering tot schadevergoeding wegens morele schade tot doel pijn, smart of enig ander moreel leed te lenigen en in die mate de schade te herstellen*”.<sup>290</sup> In geval van overlijden of ernstige verwonding van een naaste kunnen verwanten dan ook aanspraak maken op smartengeld. Grondvoorwaarde is het bestaan van een hechte genegenheidsband tussen de persoon die aanspraak maakt op vergoeding en het directe slachtoffer; een rechtsband is daarentegen niet vereist. Dit maakt de kring potentiële gerechtigden ruim, aangezien deze niet beperkt blijft tussen directe bloed- of aanverwantschap tussen beide. Naast echtgenoten, ouders, minderjarige en meerderjarige kinderen, broers en zussen, grootouders, kleinkinderen hebben ook een verloofde, adoptief zus, een schoonbroer of -zus, schoonouders en schoonkinderen aanspraak op een vergoeding van hun affectieschade.<sup>291</sup> In de rechtsleer en rechtspraak is aangenomen dat de bewijslast van het bestaan van de genegenheidsband rust op degene die zich beroept op een afwijking van de gewone gang van zaken. Daarmee wordt ervan uitgegaan dat het in bepaalde gevallen zo aannemelijk is dat de onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt dat het bestaan van schade wordt vergoed, tenzij het tegendeel wordt bewezen.<sup>292</sup> In andere relaties dan die van ouders/kinderen en echtgenoten wordt het bestaan van een hechte genegenheidsband met het slachtoffer niet zonder meer vermoed.<sup>293</sup> In deze gevallen wordt bij de beoordeling van het bestaan van een genegenheidsband specifiek aandacht besteed aan de feitelijke omstandigheden van de zaak.

Bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding door de rechter zijn de concrete schadebegroting en de volledige schadevergoeding de belangrijkste uitgangspunten.<sup>294</sup> De rechter laat zich in de regel leiden door de redelijkheid en billijkheid, en de begroting van de schade vindt plaats *ex aequo et bono*.<sup>295</sup> Dit impliceert een beoordeling naar de concrete omstandigheden van het individuele geval, waarbij de intensiteit van de genegenheidsband een belangrijke rol speelt. De rechter kijkt eveneens naar eerder toegewezen schadevergoedingen in analoge gevallen. Voor de begroting van de immateriële schade wordt door de rechter gebruik gemaakt van de zogenoemde ‘indicatieve tabel’, waarin onder meer richtbedragen (tussen de 1.150 en 12.500 euro<sup>296</sup>) worden gegeven voor het toe te kennen smartengeld in geval van overlijden of letsel van een naaste.<sup>297</sup> Van Schoubroeck wijst erop dat richtbedragen voorkomen dat in de procespraktijk grote vertragingen in de afwikkeling en onsmakelijke discussies ontstaan.<sup>298</sup> Verzekeraars hebben veelal het normeren van bedragen bepleit, maar men acht dit in België niet gewenst.<sup>299</sup> De indicatieve tabel is niet bindend; de rechter heeft daarom de vrijheid om van de daarin opgenomen bedragen af te wijken.<sup>300</sup> In de praktijk wijken in sommige gevallen de toegekende bedragen dan ook af van deze algemene richtbedragen. Uit de motivering blijkt dat in deze situaties sprake is van omstandigheden die vergelijkbaar zijn met omstandigheden waaronder in Nederland sprake zou zijn van shockschade.<sup>301</sup> Ondanks dat het begrip ‘shockschade’ niet in het Belgische recht is opgenomen, kan op grond van de motivering geconcludeerd

<sup>288</sup> Van Schoubroeck 2004, p. 103.

<sup>289</sup> Cass. 17 maart 1881, Pas. 1881 I, 163. *Bron*: Van Schoubroeck 2004, p. 103.

<sup>290</sup> Cass. 3 februari 1987, Arr. Cass. 1986-1987, 724. Zie hiervoor onder meer De Winter en Schryvers 1999, p. 27, 34; Van Schoubroeck 2004, p. 103.

<sup>291</sup> Van Schoubroeck 2004, p. 103; Jansen 2009b, p. 11.

<sup>292</sup> Van Schoubroeck 2004, p. 104.

<sup>293</sup> Van Schoubroeck 2004, p. 104.

<sup>294</sup> Akkermans 2008b, p. 64.

<sup>295</sup> Van Schoubroeck 2004, p. 105.

<sup>296</sup> Jansen 2009b, p. 11.

<sup>297</sup> Akkermans e.a. 2008b, p. 64.

<sup>298</sup> Van Schoubroeck 2004, p. 105; A. Ales, ‘Impressie van het jubileumcongres 50 jaar Verkeersrecht/ANWB’, Bulletin 2003/8 <<http://www.stichtingpiv.nl/Smartsite.shtml?id=279454&Parent=243993&Doc=510755>> (geraadpleegd op 16 juni 2011).

<sup>299</sup> A. Ales, ‘Impressie van het jubileumcongres 50 jaar Verkeersrecht/ANWB’, Bulletin 2003/8

<<http://www.stichtingpiv.nl/Smartsite.shtml?id=279454&Parent=243993&Doc=510755>> (geraadpleegd op 16 juni 2011).

<sup>300</sup> Akkermans 2008b, p. 64; Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 273.

<sup>301</sup> Van Schoubroeck 2004, p. 105.



worden dat dergelijke shockschade eveneens in België voor vergoeding in aanmerking komt, alleen niet als afzonderlijke schadepost.

### 5.3 Duitsland

Het Bürgerliches Gesetzbuch (hierna 'BGB') kent, evenals het Nederlandse recht, een speciale regeling voor de zogenoemde 'Drittschaden' (schade aan derden) met daarin een limitatieve opsomming van de bij ernstige verwonding of overlijden van een naaste aan derden te vergoeden schadeposten (§844 en §845 BGB). Immateriële schade van naasten en nabestaanden valt hier niet onder. Evenals in het Nederlandse recht komt aan naasten geen aanspraak tot vergoeding van het verdriet om het overlijden of de ernstige verwonding van een naaste in Duitsland toe.<sup>302</sup> Het Bundesgerichtshof (hierna 'BGH') heeft aangevoerd dat deze bepalingen en het juridische systeem niet kunnen worden ondermijnd door het verlenen van een dergelijke compensatie.<sup>303</sup> Ondanks dat het ontbreken van dergelijk recht op vergoeding van affectieschade van naasten in de literatuur sterk is bekritiseerd, is met de laatste wetwijziging hierin geen verandering aangebracht.<sup>304</sup>

In de bepaalde gevallen maken derden (evenals in Nederland) wel aanspraak op vergoeding van de door hen geleden shockschade ('schockschaden'). Uit de jurisprudentie blijkt dat de bepalingen van §844 en §845 BGB er niet aan in de weg staan, dat nabestaanden onder bepaalde omstandigheden aanspraak maken op een schadevergoeding wegens schending van hun eigen gezondheid in de zin van §823 en §847.<sup>305</sup> In een dergelijk geval wordt door de derde een vergoeding van de eigen gezondheidsschade ('drittverletzung') gevorderd. Of jegens de derde (het indirecte slachtoffer) onrechtmatig is gehandeld, wordt bepaald aan de hand van de vraag of in strijd met een 'verkehrspflicht' is gehandeld. Deze norm zou vergeleken kunnen worden met de Nederlandse verkeers- en veiligheidsnorm.

De rechtspraak heeft overigens aan de mogelijkheid tot vergoeding van de shockschade drie nadere voorwaarden gesteld. In de eerste plaats dient het indirecte slachtoffer aan te tonen dat sprake is van 'gesundheitsverletzung' (gezondheidsaantasting) die buiten het normale verloop is gelegen. Het verdriet dat voortkomt uit rouwverwerking wordt door het BGH gezien als een algemeen levensrisico, en komt daarom niet voor vergoeding in aanmerking. Slechts in ernstige gevallen, zoals een posttraumatische stressstoornis, wordt door het BGH aangenomen dat sprake is van 'gesundheitsverletzung'. In de tweede plaats dient 'der Shock (...), gemessen an seinam Anlaß, verständlich und nachvollziehbar' te zijn. Het psychische letsel moet een aannemelijk gevolg zijn van de gebeurtenis die aan het letsel ten grondslag ligt. Ernstig psychisch letsel als gevolg van lichte omstandigheden, waarbij predispositie een rol speelt, komt derhalve niet voor vergoeding in aanmerking. Er worden geen eisen gesteld aan de wijze waarop het shockschadeslachtoffer van het ongeval van het directe slachtoffer kennis heeft genomen. Hij behoeft het ongeluk van de nauwe verwant niet zelf te hebben waargenomen. In tegenstelling tot het Nederlandse recht verkrijgen in Duitsland nauwe verwanten van het directe slachtoffer eveneens vergoeding van shockschade indien deze is ontstaan door enkel de berichtgeving van het ongeval.<sup>306</sup> Niet voldoende wordt geacht de berichtgeving omtrent beschadiging van een zaak<sup>307</sup> of het overlijden van een hond<sup>308</sup>. Wel voldoende wordt geacht het bericht van het overlijden van een echtgenoot<sup>309</sup> of van het overlijden van een kind door een ongeval,<sup>310</sup> het meemaken van een ongeval waarbij

<sup>302</sup> Jansen 2009b, p. 11; Van Dam 2006, p. 329 & 332; Verheij 2002, p. 193.

<sup>303</sup> BGH 19 december 1978, *VersR* 1979, 323.

<sup>304</sup> Van Dam 2006, p. 329; Verheij 2002, p. 193-195.

<sup>305</sup> RGZ 21 september 1931, 133, 270.

<sup>306</sup> Zie VerkeersrechtsReport (VVR) 1/2005 <[www.burhoff.de/asp\\_vvr/ausgabeninhalte/2beitrag.asp](http://www.burhoff.de/asp_vvr/ausgabeninhalte/2beitrag.asp)> (geraadpleegd op 15 juni 2011). Voorbeeld hiervan is onder meer BGH 11 mei 1971, *BGHZ* 56, 163.

<sup>307</sup> LG Hildesheim 25 oktober 1968, *VersR* 1970, 720.

<sup>308</sup> KreisG Cottbus 12 mei 1993, *NJW-RR* 1994, 804.

<sup>309</sup> BGH 5 februari 1985, *BGHZ* 93, 351.

de echtgenoot overlijdt<sup>311</sup> of het meemaken van het overlijden van een kind als gevolg van het toedienen van de verkeerde medicatie<sup>312</sup>. De oorzaak van de schade kan naast (bericht van) overlijden eveneens gevonden worden in een ongeval met ‘*ersichtlich schweren Verletzungen des Opfers*’ (duidelijke ernstige verwondingen aan het slachtoffer). Ten derde dient de verzoeker te behoren tot de kring van gerechtigden welke is beperkt tot ‘nähe angehörigen’ (nauwe verwanten). Tot deze kring van gerechtigden wordt tevens de ‘verlobte’ (verloofde) gerekend.<sup>313</sup> Het BGH heeft open gelaten of andere derden ook recht hebben op vergoeding van de door hen geleden shockschade. In de praktijk blijkt de aanwezigheid van een nauwe affectieve band een voorwaarde voor vergoeding van de shockschade. Hulpverleners (welke geen nauwe band met de slachtoffers onderhouden) maken op grond van het Duitse recht dan ook geen aanspraak op vergoeding van hun schade. In dit opzicht is verder nog van belang dat het BGH de eigen schuld van het directe slachtoffer toerekent aan het shockschadeslachtoffer.<sup>314</sup>

In de praktijk is de regeling aangaande de vergoeding van shockschade in Duitsland ruimer, dan de regeling aangaande de vergoeding van shockschade zoals deze in Nederland wordt gehanteerd. In de Duitse regeling wordt wel een kring van gerechtigden gehanteerd, maar wordt de ‘directe confrontatie met het ongeval of de directe gevolgen ervan’ niet als voorwaarden gesteld. De ‘directe confrontatie met het ongeval of de directe gevolgen ervan’ is in Nederland daarentegen wel een expliciet vereiste om in aanmerking te komen voor een vergoeding van de geleden shockschade. Daarmee zijn de omstandigheden die recht geven tot een vergoeding van shockschade in Nederland beperkter dan in Duitsland. Een goed voorbeeld hiervan is de enkele berichtgeving over een ongeval of overlijden dat in Nederland geen, maar in Duitsland wel, recht geeft op een vergoeding van shockschade.

## 5.4 Engeland

Het algemene deel van het aansprakelijkheidsrecht wordt in Engeland gevormd door een breed scala aan in de rechtspraak ontwikkelde ‘torts’ (onrechtmatige daden), die elk hun eigen juridische karakter hebben.<sup>315</sup> Slechts een specifiek aantal deelterreinen is door de Engelse wetgever vastgelegd in ‘statutes’. De belangrijkste rechtsgrondslag voor de vergoeding van schade is de ‘tort of negligence’ (‘nalatigheid’ of ‘onzorgvuldigheid’).

### 5.4.1 Vergoeding van affectieschade

Het Engelse recht geeft naast enkel aanspraak op smartengeld in geval van overlijden van een naaste. Opvallend is dat het recht op vergoeding van smartengeld is vastgelegd in een wettelijke regeling (een zogenaemde ‘statute’). De Fatal Accident Act 1976 (hierna ‘FAA 1976’), zoals gewijzigd door de Administration of Justice Act 1982, geeft derden in bepaalde gevallen aanspraak op een vergoeding voor de door hen geleden schade. Naast de vergoeding voor de door derden geleden materiële schade, kent Engeland eveneens een vergoeding toe aan derden voor de door hen geleden affectieschade. In de wettelijke regeling is een kring van gerechtigden, en de hoogte van het toe te kennen bedrag opgenomen. Section 1 FAA 1976 geeft de in de bepaling opgenomen personen het recht, om in geval van overlijden van een naaste als gevolg van onrechtmatig handelen door een ander, tot het vorderen van een schadevergoeding. Daaropvolgend bepaald Section 1A FAA 1976 (bijlage 4) dat nabestaanden onder omstandigheden een recht op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade toekomt.

---

<sup>310</sup> BGH, *VersR* 66, 283.

<sup>311</sup> BGH 11 mei 1971, *BGHZ* 56, 163.

<sup>312</sup> OLG Freiburg 30 juni 1953, *JZ* 1953, 704.

<sup>313</sup> LG Frankfurt 28 maart 1969, *NJW* 1969, 2286.

<sup>314</sup> BGH 11 mei 1971, *BGHZ* 56, 163.

<sup>315</sup> Jansen 2009a, p. 6.

Section 1A lid 2 FAA 1976 geeft een zeer beperkte kring van personen vervolgens het recht om in bepaalde gevallen aanspraak te maken op een vergoeding voor de door hen geleden affectieschade. De echtgenoot, de geregistreerd partner en de ouders van een minderjarige overledene die nog niet getrouwd was, hebben recht op een vast bedrag aan schadevergoeding ter hoogte van £10.000 (ongeveer 11.312 euro) voor de door hen geleden immateriële schade door het overlijden van hun naaste als gevolg van een onrechtmatige handeling van een ander (section 1A lid 2 j° section 1A lid 3 FAA 1976). In dit opzicht is van groot belang dat de huwelijkspartner en de ouders niet tezamen maar alternatief gerechtigd zijn. Daarnaast verdient opmerking dat indien beide ouders recht hebben op een vergoeding van affectieschade op grond van section 1A lid 4 FAA 1976 het toe te kennen bedrag van £10.000 evenredig tussen hen dient te worden verdeeld. Niet is vereist dat het bestaan of de omvang van de schade aannemelijk wordt gemaakt.<sup>316</sup>

#### 5.4.2 Vergoeding van shockschade

Naast de vergoeding van immateriële schade op grond van section 1A FAA 1976, kunnen derden op grond van de Engelse rechtspraak in bepaalde gevallen eveneens aanspraak maken op een vergoeding van de door hen geleden shockschade. De rechtsgrondslag voor vergoeding van shockschade is over het algemeen de ‘tort of negligence’. Deze rechtsgrondslag is vergelijkbaar met de Nederlandse rechtsgrondslag van onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. Aansprakelijkheid op grond van de ‘tort of negligence’ vereist: (1) dat op de aangesproken partij jegens de benadeelde een zorgvuldigheidsplicht rustte (‘duty of care’);<sup>317</sup> (2) dat de aangesproken partij deze op hem rustende zorgplicht heeft geschonden (‘breach of duty’); en (3) dat de benadeelde als gevolg van deze zorgplichtschending rechtens verhaalbare schade heeft geleden (‘causation’ en ‘damages’). Om voor een vergoeding van shockschade in aanmerking te komen is vereist dat: (1) vaststaat dat jegens de ‘geschrokkenen’ onrechtmatig is gehandeld, en (2) sprake is van een zekere ernst van het psychische letsel.<sup>318</sup>

Ten aanzien van het eerste criterium (dat jegens de ‘geschrokkenen’ onrechtmatig dient te zijn gehandeld) speelt het in de zaak *Page v. Smith*<sup>319</sup> gemaakte onderscheid tussen ‘primary victims’ en ‘secondary victims’ een belangrijke rol. ‘Primary victims’ zijn zij die bij het ongeluk betrokken waren (‘participants’). Ten aanzien van hen hoeft niet vast te staan dat het redelijkerwijs voorzienbaar is dat zij als gevolg van het ongeluk psychisch letsel zullen oplopen. Voldoende is de voorzienbaarheid van fysiek of psychisch letsel in het algemeen. ‘Secondary victims’ zijn alle overige derden die psychisch letsel hebben geleden maar die geen fysiek gevaar hebben gelopen. Voor hen gelden strengere voorwaarden. Het ontstaan van het psychische letsel had voorzienbaar moeten zijn voor de veroorzaker. ‘Primary victims’ hebben in beginsel altijd recht op een vergoeding van shockschade, ongeacht of sprake is van een nauwe affectieve band. Voor ‘secondary victims’ gelden daarentegen strengere eisen. De House of Lords formuleerde in de *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police case* (hierna ‘de *Alcock case*’) drie criteria waaraan voldaan dient te zijn wil jegens indirecte slachtoffers (‘secondary victims’) een zorgplicht (‘duty of care’) hebben bestaan op grond waarvan zij, in geval van schending van deze zorgplicht, aanspraak kunnen maken op een schadevergoeding: “1. *There must be a close tie of love and affection between the plaintiff and the victim.* 2. *The plaintiff must have been present at the accident or its immediate aftermath.* 3. *The psychiatric injury must have been caused by direct perception*

<sup>316</sup> Lindenberg 1998, p. 190.

<sup>317</sup> Ter beantwoording van de vraag of sprake is van een ‘duty of care’ heeft het House of Lords een ‘three-stage test’ geformuleerd. In de eerste plaats wordt gekeken of de schade voorzienbaar (‘foreseeable’) was. In de tweede plaats kijkt de rechter naar de ‘proximity’ (nabijheid) tussen de veroorzaker en het slachtoffer, en in de derde plaats kijkt de rechter of het ‘fair just and reasonable’ is om een duty of care aan te nemen. De ‘duty of care’ is daarmee van groot belang voor de bepaling van de kring van gerechtigden aangaande shockschade.

<sup>318</sup> Lindenberg 1998, p. 190.

<sup>319</sup> *Page v Smith* [1996] A.C. 155. De rechter maakte in deze zaak bij de vraag of sprake was van een de ‘duty of care’ geen gebruik van het criterium ‘redelijke voorzienbaarheid’, maar maakte onderscheid tussen ‘primary victims’ en ‘secondary victims’.

of the accident or its immediate aftermath and not by hearing about it from somebody else.”<sup>320</sup> Het gaat hierbij respectievelijk om de vereisten van ‘emotional proximity’, ‘physical and temporal proximity’, en ‘proximity of perfection’.

‘Emotional proximity’ (emotionele nabijheid) vereist dat de geschrokken persoon een intieme band heeft met degene die is verongelukt of gedood. Ondanks dat er geen formeel criterium bestaat om hier invulling aan te geven, zijn in de praktijk de bestaande ‘bonds of love’ doorslaggevend. In de *Alcock* case werden de vorderingen van broers, ooms, grootouders en vrienden afgewezen onder de motivering dat hun relatie met de slachtoffers niet ‘close’ genoeg was. Dit is geen algemene regel; de toewijzing van een claim van een broer of grootouder is bij ernstig psychisch letsel niet uitgesloten, als sprake is van een ‘close and loving relationship’ kan ‘foreseeability’ (voorzienbaarheid) worden aangenomen. De ‘physical and temporal proximity’ (een fysieke en door de tijd bepaalde nabijheid) vereist dat het psychisch letsel gevolg is van een directe confrontatie met het ongeluk waarbij de dierbare naaste betrokken was. Onvoldoende ‘proximity’ is aanwezig indien het letsel is ontstaan door identificatie in het mortuarium meer dan acht uur na de ongeluk.<sup>321</sup> Daarentegen werd bij een moeder die een uur na het ongeluk in het ziekenhuis arriveerde, daar hoorde dat haar dochter overleden was en zij de overige gezinsleden gewond en in totale ontredding aantrof, ‘proximity’ wel aangenomen.<sup>322</sup> De ‘proximity of perception’ stelt eisen aan de wijze waarop men het ongeluk heeft vernomen: het slachtoffer moet het ongeluk of de ‘immediate aftermath’ zelf hebben gezien of gehoord. Vereist is dat sprake moet zijn van individuele herkenbaarheid; het indirecte slachtoffer dient het ongeluk van de dierbare te hebben gezien.<sup>323</sup> De wetenschap dat een dierbare op de plaats van een calamiteit aanwezig is wordt niet voldoende geacht. Indien voldaan is aan de vereisten van ‘proximity’ bestaat er een ‘duty of care’ jegens het indirecte slachtoffer.

Volledigheidshalve verdient opmerking dat in Engeland onder omstandigheden eveneens hulpverleners, ondanks de afwezigheid van een affectieve band met het directe slachtoffer, (jegens hun werkgever) aanspraak kunnen maken op vergoeding van schade welke zij hebben geleden als gevolg van psychisch letsel.<sup>324</sup> In de *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police* lijkt de House of Lords hieraan strengere eisen en beperkingen te hebben gesteld.<sup>325</sup>

Belangrijke kanttekening bij het onderscheid tussen ‘primary victims’ en ‘secondary victims’ is, dat dergelijk onderscheid tot ongewenste situaties kan leiden. Onder meer in de situatie wanneer een oppas met kind op straat loopt, terwijl de moeder door het raam naar hen kijkt, wanneer het kind door een auto wordt aangereden en ernstig gewond raakt. De oppas betreft in deze situatie een ‘primary victim’ en heeft per definitie recht op een vergoeding van de schade, terwijl de moeder aangemerkt dient te worden als een ‘secondary victim’ en daarom aan strengere voorwaarden dient te voldoen om in aanmerking te komen voor een vergoeding van de door haar geleden shockschade. De Law Commission heeft, om deze onwenselijk gevolgen te voorkomen, dan ook geadviseerd om in de toekomst geen rechtsgevolgen meer te verbinden aan de kwalificatie van primary en secondary victims.

Het tweede criterium vereist dat, wil er sprake zijn van vergoedbare shockschade, het psychische letsel van een zekere ernst dient te zijn. ‘Mere emotional distress’, ‘grief’, ‘fear’ of ‘anxiety’ zijn hiervoor onvoldoende. Vereist is dat het psychische letsel tot lichamenlijk letsel (bijvoorbeeld een hartaanval of een miskraam) of tot

<sup>320</sup> *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992] 1 A.C. 310. Nadat de aansprakelijkheid van de politie was vastgesteld, vorderden in deze zaak nabestaanden van de tijdens de halve finale van de The Football Association Challenge Cup tussen Liverpool en Nottingham Forest om het leven gekomen toeschouwers (de ‘Hillsborough ramp’, 15 april 1989) een schadevergoeding.

<sup>321</sup> *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992] 1 A.C. 310.

<sup>322</sup> *McLoughlin v. O’Brien* [1983] 1 A.C. 410.

<sup>323</sup> *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992] 1 A.C. 310.

<sup>324</sup> Dit blijkt onder meer uit *Chadwick v. British Railways Board* [1967] 1 WLR 912.

<sup>325</sup> *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992] 2 A.C. 455.

een in de psychiatrie erkend ziektebeeld ('recognised psychiatric illness') heeft geleid. Bij dit laatste kan onder meer gedacht worden aan een posttraumatische stressstoornis, 'pathological grief disorder', 'chronic fatigue syndrome', 'hysterical personality disorder' en een 'morbid depression'.<sup>326</sup>

#### 5.4.3 Samenloop affectieschade en shockschade

De voorstelbare situatie dat een nabestaande zowel een vergoeding ontvangt voor 'bereavement damages', op grond van de FAA 1976, als voor shockschade wordt in Engeland niet als bezwaarlijk beschouwd.<sup>327</sup> De vergoeding van shockschade kan toegekend worden wanneer het gaat om ernstige schade ontstaan als gevolg van een schokkende gebeurtenis, waarbij 'normal grief' buiten beschouwing wordt gelaten, terwijl 'bereavement damages' juist oog heeft voor 'normal grief' in geval van overlijden.<sup>328</sup>

### **5.5 Frankrijk**

De Code Civil spreekt enkel over het algemene begrip 'dommage' (schade) en kent het begrip affectieschade ('préjudice d'affection') niet. Ondanks dat in de Franse literatuur de vergoeding van affectieschade altijd omstreden is geweest, heeft de rechter op ruimhartige wijze smartengeld toegekend ter compensatie van affectieschade.<sup>329</sup> In Frankrijk is, evenals in België, de onrechtmatige daad (artikel 1382 Code Civil) de rechtsgrondslag voor de vergoeding van immateriële schade. Het Franse recht kent geen wettelijke beperkingen aan de vergoeding van immateriële schade.

Zowel naasten van een overledene of ernstig gewonde hebben recht op vergoeding van affectieschade. In de rechtspraak is aanvaard dat zowel bij verwonding<sup>330</sup> als bij overlijden een ruime kring van gerechtigden recht heeft op vergoeding van de aan hun zijde ontstane immateriële schade. Wanneer iemand als gevolg van een calamiteit buiten bewustzijn of in een coma is geraakt, hebben de ouders, broers en zussen recht op compensatie van hun affectieschade.<sup>331</sup> Daarnaast heeft de rechter in een aantal zaken smartengeld toegekend buiten gevallen waarin het directe slachtoffer gewond of gedood is. Zo werd een vergoeding van affectieschade toegekend in een zaak waarin ten onrechte was bericht dat een naaste was overleden.<sup>332</sup> Eveneens werd aan een moeder een vergoeding van affectieschade toegekend, hoewel haar kind noch verwond of gedood werd, nadat haar kind was ontvoerd en gepoogd werd te doden.<sup>333</sup> Daarnaast kan de eigenaar van een dier dat onrechtmatig wordt gedood de door hem geleden affectieschade vergoed krijgen.<sup>334</sup>

Niet alleen familieleden maar ook anderen die met het slachtoffer een affectieve relatie onderhielden worden tot de kring van gerechtigden gerekend.<sup>335</sup> Of iemand aanspraak maakt op vergoeding van de affectieschade is afhankelijk van de vraag of verzoeker en het slachtoffer een affectieve band onderhielden.<sup>336</sup> Nabestaanden komen in aanmerking voor vergoeding van hun immateriële schade indien zij met het overleden slachtoffer een 'persoonlijke en rechtstreekse, zekere en rechtmatige relatie' hadden.<sup>337</sup> In bepaalde familieverhoudingen (bloedverwanten en huwelijksverbanden, zoals: ouders, kinderen, broers, zussen, schoonzonen, schoondochters, neven en nichten) wordt een affectieve relatie verondersteld aanwezig te zijn; het gaat om een

<sup>326</sup> Law Commission's report no. 249, par. 2.3 (1988).

<sup>327</sup> Law Commission, Consultation Paper no. 148, p. 95 & 96 <[http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/cp148\\_Claims\\_for\\_Wrongful\\_Death.pdf](http://www.justice.gov.uk/lawcommission/docs/cp148_Claims_for_Wrongful_Death.pdf)> (geraadpleegd op 20 juni 2011). Zie hiervoor ook Lindenberg 1998, p. 190.

<sup>328</sup> Consultation Paper 148, p. 96 & 96. Bron: Lindenberg 1998, p. 190.

<sup>329</sup> Verheij 2002, p. 214.

<sup>330</sup> Civ. 22 oktober 1946, JCP 1946, II, jur. 3365; D. 1947, p. 59; Crim. 9 februari 1989, D. 1989, 614 (comm. Bruneau).

<sup>331</sup> Voorbeeld hiervan is onder meer de zaak Cour d'appel de Paris 10 november 1983, D. 1984, 214.

<sup>332</sup> TI Chartres 24 juli 1980, JCP 1983, II jur. 20108 (note Paulmier).

<sup>333</sup> Crim. 19 juni 1985, Bull. Crim. 1985, no. 236.

<sup>334</sup> Civ. 1<sup>o</sup> 16 januari 1962, D. 1962, jur. p. 199 (obs. Rodière).

<sup>335</sup> Lindenberg 1998, p. 188.

<sup>336</sup> Jansen 2009b, p. 12.

<sup>337</sup> Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 273.

weerlegbaar vermoeden. Ondanks dat het lastig is, staat het de veroorzaker in deze situatie vrij tegenbewijs te leveren. In de verhoudingen daarbuiten dient de affectieve relatie aannemelijk te worden gemaakt.

De veroorzaker kan de eigen schuld van het directe slachtoffer tegenwerpen aan de derde.<sup>338</sup> De Franse rechter is vrij in het bepalen van de hoogte van de toe te kennen vergoeding van affectieschade.<sup>339</sup> De hoogte van de schadevergoeding is afhankelijk gesteld van de mate van hechtheid van de affectieve relatie waarin de naaste tot het slachtoffer staat/stond. De hoogte van de vergoeding ligt tussen 9.000 en 20.000 euro.<sup>340</sup>

De Franse wetgeving neemt een liberale positie in door niet te eisen dat de naaste getuige was van het ongeval, of door te eisen dat de geleden schade van de naaste moet zijn gelegen in een medisch erkende psychische stoornis.<sup>341</sup> Alle soorten psychische schade waarvan de oorzaak is gelegen in de dood of het ernstige letsel van een andere persoon, met inbegrip van natuurlijk verdriet, komt voor vergoeding in aanmerking, onder voorwaarde dat de schade een zeker en rechtstreeks gevolg is van het gedrag van de dader.

## 5.6 Uitleiding

Ondanks de verschillen in vormgeving en invulling van de regelingen aangaande de vergoeding van affectieschade in nationale rechtstelsels van lidstaten van de Raad van Europa, kan geconcludeerd worden dat in grote lijnen steeds meer overeenkomsten bestaan in de diverse Europese nationale wettelijke regelingen, dan op dit moment, onder meer door de EHRM, wordt aangenomen.<sup>342</sup> Sinds 1975 is in veel nationale rechtstelsels van Europese landen en in Europa zelf sprake van een ontwikkeling waarbij het recht op vergoeding van affectieschade in ruime mate wordt erkend. Ondanks deze lijn is het Nederlandse recht aanzienlijk terughoudender en restrictiever wanneer het gaat om de toekenning van een vergoeding van affectieschade.

Dit brengt met zich mee dat indien een calamiteit, zoals het schietincident, plaats vindt in bijvoorbeeld België, in Nederland wonende nabestaanden en naasten (van in Nederland wonende slachtoffers) op grond van het Belgische recht wel recht hebben op (enige mate van) vergoeding van de door hen geleden affectieschade. Evenals de nabestaanden van de slachtoffers van de aanslagen in Noorwegen zoals deze op 22 juli 2011 hebben plaatsgevonden.<sup>343</sup> Daarnaast hebben erfgenamen van een slachtoffer uit Engeland wel recht hebben op vergoeding van diens immateriële schade voor zijn overlijden, terwijl diezelfde erfgenamen geen recht hebben op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade indien het slachtoffer in Nederland komt te overlijden. Dit omdat het recht van de plaats van de gebeurtenis, de ‘lex locus delicti’, bepalend is voor het in aanmerking komen voor een vergoeding van affectieschade.

Is dit rechtvaardig? Naar mijn mening niet. Onder meer gezien de steeds verder groeiende mobiliteit en de eenwording binnen Europa lijkt mij het bestaan van dergelijk groot onderscheid als het wel of niet in aanmerking komen voor vergoeding van affectieschade, afhankelijk van de ‘lex locus delicti’, in de huidige tijd niet wenselijk.

---

<sup>338</sup> Cass. Ass. Plen., 16 juni 1981, JCP 1982, II, 19712.

<sup>339</sup> Verheij 2002, p. 221.

<sup>340</sup> Zie hiervoor Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 273; Jansen 2009b, p. 12.

<sup>341</sup> Van Dam 2006, p. 331.

<sup>342</sup> Wijnakker lijkt eveneens zich van deze mening te vergewissen. Bron: Wijnakker 2010, p. 314.

<sup>343</sup> Zie hiervoor

<[http://www.rtl.nl/actueel/rtlnieuws/buitenland/components/actueel/rtlnieuws/2011/07\\_juli/23/verrijkingsonderdelen/tijdlijn\\_oslo\\_en\\_utoya.xml](http://www.rtl.nl/actueel/rtlnieuws/buitenland/components/actueel/rtlnieuws/2011/07_juli/23/verrijkingsonderdelen/tijdlijn_oslo_en_utoya.xml)> (geraadpleegd op 23 juli 2011).

## 6. Affectieschade vanuit Europees perspectief

### 6.1 Inleiding

In de laatste decennia hebben de ontwikkelingen binnen de Europese Unie en de Raad van Europa ertoe geleid dat de Nederlandse nationale rechtsorde niet meer volledig op zichzelf staat. Zowel het *acquis communautaire* van de Europese Unie als het *acquis* van het EVRM werken door in de nationale rechtsorde. Het is daarom van essentieel belang dat de positie van nabestaanden en naasten aangaande het recht op een vergoeding van de door hen geleden immateriële schade (naar aanleiding van het overlijden of het ernstig gewond raken van een naaste als gevolg van het onrechtmatig handelen van een ander) eveneens vanuit Europees perspectief wordt toegelicht. Daarom zullen in dit hoofdstuk de positie van nabestaanden en naasten (op internationaal niveau ‘secondary victims’ genoemd) aangaande het recht op de door hen geleden affectieschade zowel onder het *acquis* van de Europese Unie als onder het *acquis* van de Raad van Europa uiteengezet worden. In navolging hierop zal onderzocht worden of het Nederlandse personenschadevergoedingsrecht aangaande de omgang met affectieschade in overeenstemming is met het recht op Europees niveau.

### 6.2 De positie van nabestaanden en naasten aangaande de door hen geleden affectieschade binnen de Europese Unie

Het recht van de Europese Unie kent aan nabestaanden en naasten geen recht op vergoeding van de door hen geleden affectieschade toe. De vormgeving van het schadevergoedingsrecht is (vooralsnog) in hoofdzaak een nationale aangelegenheid. Elke lidstaat heeft een eigen (rechts)systeem ontwikkeld ten behoeve van het verkrijgen van balans in de omgang met sociaal-economische behoeften van slachtoffers en in de omgang met schadelijk gedrag.<sup>344</sup> De wetgeving aangaande het personenschadevergoedingsrecht verschilt, zowel aangaande de hoogte van het toe te kennen bedrag als aangaande het functioneren van het verhaalsysteem, aanzienlijk tussen de Europese landen. De diversiteit in de wetgeving gaat verder dan louter technische aspecten van de wetgeving; het gaat om termen als ‘complexiteit’ en ‘interactie met hoe de samenleving zichzelf ziet’. In 2003 bleek dat de grote verschillen veel moeilijkheden met zich meebrachten voor de harmonisatie van het personenschadevergoedingsrecht.<sup>345</sup> Door het toetreden van nieuwe landen tot de Europese Unie is dit beeld op dit moment niet anders. Een algemeen Europees schadevergoedingsrecht lijkt daarom niet dichtbij. Harmonisatie van wetgeving aangaande de compensatie van de zogenaamde ‘secondary victims’ is mogelijk nog moeilijker te realiseren.

Noemenswaardig is het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna ‘HvJ EU’) in de zaak *Leussink e.a. jgens de Europese Commissie*.<sup>346</sup> De heer Leussink, als ambtenaar werkzaam bij de Europese Commissie, raakte ernstig gewond bij een auto-ongeluk waarvoor de Europese Commissie verantwoordelijk werd gehouden. De echtgenote en de vier kinderen van Leussink vorderden op grond van artikel 235 j° 288 lid 2 EG een schadevergoeding voor de door hen geleden immateriële schade. Het HvJ EU wees de vordering van de hand en overwoog: “*Although there can be no doubt about the reality of those effects or about the existence of a link with the accident, they are nevertheless the indirect result of an injury suffered by mr. Leussink and do not constitute part of the harm for which the Commission may be held liable in its capacity as employer. This is borne out by the fact that the Legal systems of most Member States make no provision for compensating such effects.*”<sup>347</sup> Opvallend is dat het HvJ EU in deze zaak aangaande het oorzakelijk verband de

<sup>344</sup> Zie hiervoor Bona, Mewad & Lindenberg 2005, p. 459.

<sup>345</sup> Zie hiervoor Bona, Mewad & Lindenberg 2005, p. 459 & 460.

<sup>346</sup> ECJ 8 oktober 1986, Joined cases 169/83 and 136/84 (*Leussink and others v. Commission*), ECR 1986, 2801.

<sup>347</sup> ECJ 8 oktober 1986, Joined cases 169/83 and 136/84 (*Leussink and others v. Commission*), ECR 1986, 2801, par. 22.

Franse terminologie (dat de schade indirect is) hanteerde om de vordering tot schadevergoeding af te wijzen, terwijl onder het Franse recht de vordering onder toepassing van deze terminologie zou zijn toegewezen.<sup>348</sup>

### 6.2.1 Principles of European Tort Law en Draft Common Frame of Reference

Aangaande het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht houden diverse onderzoeksgroepen zich (ten behoeve van de harmonisering van het Europese aansprakelijkheidsrecht) bezig met het onderzoeken van de mogelijkheden tot het formuleren van algemene beginselen die mogelijk kunnen dienen als een voorloper op een Europese wetgeving. Zo ontwikkelde de European Group on Tort Law in 2005 de ‘Principles of European Tort Law’, en ontwikkelde de Study Group on a European Civil Code (ook wel bekend als de ‘Von Bar Group’) in 2006 de ‘Draft Principles of European Law’ (ook wel de ‘Draft Common Frame of Reference’ en ‘Von Bar principles’ genoemd). Zowel de Principles of European Tort Law als de Draft Principles of European Law (hierna ‘Draft Common Frame of Reference’) bevatten ten aanzien van ‘secondary victims’ een recht op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade in geval van overlijden of letsel van een naaste.

#### 6.2.1.1 Principles of European Tort Law

In het algemeen vallen ‘secondary victims’ niet binnen de reikwijdte van de Principles of European Tort Law (hierna ‘PETL’). Desondanks zijn in de PETL enkele bepalingen opgenomen die aan ‘secondary victims’ enkele rechten toekent. Zo komt op grond van artikel 10:301 PETL aan ‘secondary victims’ het recht op vergoeding van affectieschade toe. Het artikel bepaalt dat in geval van het overlijden als gevolg van een fatale verwonding of het oplopen van zeer ernstig letsel door een persoon, de nabestaanden en de naasten die een nauwe relatie met het slachtoffer hadden/hebben kunnen worden gecompenseerd voor de door hen geleden immateriële schade. De volledige tekst van artikel 10:301 PETL is opgenomen in bijlage 5. In de toelichting bij de desbetreffende bepaling wordt over de toekenning van smartengeld aan naasten het volgende opgemerkt: “*The existence of these damages in fatal cases was never seriously challenged in our discussions. There was more controversy about such awards to relatives in non-fatal cases mainly because of the greater practical difficulties. However, the majority view was that they should be accepted.*”<sup>349</sup>

De reikwijdte van de bepaling is niet duidelijk afgebakend. Uit de bewoordingen van de bepaling vloeit voort, dat rechters de discretionaire bevoegdheid bezitten om het toekennen van een vergoeding voor de door nabestaanden en naasten geleden immateriële schade te weigeren. Het artikel geeft ‘secondary victims’ dan ook niet per definitie een recht op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade als gevolg van het overlijden of ernstig letsel van een naaste.<sup>350</sup> De aan de rechter toekomende discretionaire bevoegdheid geeft de rechter ruimte en vrijheid om zelf invulling te geven aan de reikwijdte van de bepaling. Daarnaast is in de PETL het begrip ‘zeer ernstig letsel’ niet nader gedefinieerd en is geen kring van gerechtigden opgenomen. De verwachting is dat niet alleen de gehuwde partner in aanmerking zal komen voor een vergoeding van immateriële schade, maar eveneens de partner die met het slachtoffer samenleefde in aanmerking zal komen voor een vergoeding van immateriële schade, mits sprake is van een grote gelijkensis met een ‘family relationship’. Een beëindigde relatie of alleen een vriendschappelijke band is niet voldoende voor het verkrijgen van een recht op vergoeding van de geleden immateriële schade.<sup>351</sup>

<sup>348</sup> Van Dam 2006, p. 331.

<sup>349</sup> European Group on Tort Law 2005, p. 173.

<sup>350</sup> European Group on Tort Law 2005, p. 175. Zie hiervoor eveneens Giesen 2007.

<sup>351</sup> European Group on Tort Law 2005, p. 178.



### 6.2.1.2 *Draft Common Frame of Reference*

In de Draft Common Frame of Reference (hierna ‘DCFR’) wordt de positie van ‘secondary victims’ aangaande de door hen geleden immateriële schade op enigszins vergelijkbare wijze als in de PETL geregeld.<sup>352</sup> De hoofdregel, zoals deze is opgenomen in artikel 1:101 DCFR, bepaalt dat iemand als gevolg van een onrechtmatige gedraging van een ander rechtens relevante schade moet lijden om een recht op schadevergoeding te hebben. Artikel 2:101 DCFR bepaalt dat schade ‘juridische relevant’ is, indien dit bepaald is in hoofdstuk 2 van de DCFR. In artikel VI-2:202 sub 1 DCFR wordt vervolgens bepaald dat “*non-economic loss caused to a natural person as a result of another’s personal injury or death*” wordt aangemerkt als “*legally relevant damage*” wanneer die persoon in een bijzondere nauwe relatie tot de “*injured person*” staat. De tekst van artikel VI-2:202 sub 1 DCFR is bijgesloten als bijlage 6.

### 6.2.1.3 *Rechtsvergelijkend: de regelingen in de PETL en DCFR nader geanalyseerd*

Bij een nadere analyse van de regelingen aangaande ‘secondary victims’, zoals opgenomen in de PETL en de DCFR, valt op dat de reikwijdte van beide bepalingen niet duidelijk afgebakend is. Beide regelingen kunnen gekwalificeerd worden als een zogenaamde ‘open’ regeling, waarbij de (soorten) immateriële schade en kring van gerechtigden niet nader bepaald en afgebakend zijn. Desondanks lijken beide regelingen de omvang van de vergoeding te beperken. Giesen merkt op dat de beperking van de vergoeding bij beide regelingen plaats vindt op een ander niveau (te weten: dat van het letsel of van de vereiste relatie tussen de ‘secondary victims’ en de naaste).<sup>353</sup> In de PETL wordt de omvang van de vergoeding voornamelijk beperkt door het vereiste letsel; de regeling vereist ‘serious non-fatal injury’. De regeling van de DCFR is in dit opzicht naar alle waarschijnlijkheid breder, nu deze regeling niet vereist dat sprake is van ‘serious non-fatal injury’. In de DCFR wordt de omvang van de vergoeding voornamelijk beperkt door de vereiste relatie tussen de ‘secondary victim’ en het primaire slachtoffer; het moet gaan om ‘a particularly close personal relationship’. De regeling van de PETL oogt op dit punt breder, omdat het vereiste van ‘close relationship’ naar alle waarschijnlijkheid niet hetzelfde is als ‘particularly close relationship’.

Daarnaast verdient opmerking dat kan worden opgemerkt dat de uitgangspunten van de regelingen aangaande de vergoeding van immateriële schade van ‘secondary victims’ (eveneens als in de diverse nationale rechtsstelsel) in beide regelingen verschillen.<sup>354</sup> De regeling in de PETL vertoont volgens Giesen gelijkenissen met de nationale rechtstelsels (van onder meer Nederland) die, behoudens uitzonderingsbepalingen, in beginsel slechts aan de primaire slachtoffers een recht op vergoeding van de geleden schade toekent. Anderen dan het primaire slachtoffer hebben slechts recht op vergoeding van de door hun geleden schade wanneer een specifieke wettelijke bepaling hen dit recht toekent. De regeling zoals opgenomen in de DCFR vertoont daarentegen volgens Giesen gelijkenissen met de nationale rechtstelsels (van onder meer België, Frankrijk, Luxemburg en Spanje) waarin wordt aanvaard dat de begane onrechtmatige handeling niet alleen jegens het primaire slachtoffer maar eveneens jegens ‘secondary victims’ aansprakelijkheid oplevert, mits de slachtoffers ‘rechtens relevante schade’ lijden. Als een persoon rechtens relevante schade lijdt, heeft de persoon ex artikel 1:101 DCFR recht op een vergoeding voor de door hen geleden schade. In dit geval wordt deze persoon dus niet langer gekwalificeerd als ‘secondary victim’.

Volledigheidshalve verdient opmerking dat gezien de stand van zaken in Europa (die over het algemeen terughoudend lijkt te zijn) beargumenteerd kan worden, dat men naar waarschijnlijkheid geneigd zal zijn de beginselen strikt te interpreteren.

---

<sup>352</sup> Meer hierover in Giesen 2007.

<sup>353</sup> Meer hierover in Giesen 2007.

<sup>354</sup> Meer hierover in Giesen 2007.

### 6.2.2 The Pan-European Organisation of Personal Injury Lawyers

De Pan-European Organisation of Personal Injury Lawyers (ook wel ‘PEOPIL Research Group’ genoemd) wijst erop dat de zogenaamde ‘European Laboratory’ genoeg instrumenten bevat waarmee de ontwikkeling van gemeenschappelijke beginselen (bottom-up en zonder strikte opleggingen aan lidstaten) kan plaatsvinden. Ratio hierachter is de geleidelijke vermindering van de verschillen, en het voorkomen van wetgevende hervormingen in de lidstaten die afwijken van reeds bestaande richtlijnen voor de rechtsbescherming van slachtoffers.<sup>355</sup> Hoewel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna ‘het EHRM’) zichzelf nog steeds een beperkte rol toebedeelt in het proces van harmonisatie van wetgeving, blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM dat de ‘European Laboratory’ al werkzaam is op gebied van het personenschaderecht.<sup>356</sup> De jurisprudentie van het EHRM aangaande de compensatie van door ‘secondary victims’ geleden immateriële schade zal nader worden besproken in paragraaf 6.3.2.

### **6.3 De positie van nabestaanden en naasten aangaande de door hen geleden affectieschade binnen de Raad van Europa**

Ondanks dat de Raad van Europa diverse activiteiten heeft ontplooid om het oorspronkelijke doel van de Raad van Europa (het leveren van een bijdrage om te komen tot een oplossing voor de naoorlogse problemen en het vormgeven aan structurele Europese samenwerking teneinde een calamiteit als de Tweede Wereldoorlog te voorkomen<sup>357</sup>) na te streven, ligt het zwaartepunt op het terrein van de mensenrechten en de ontwikkeling van de rechtsstaat.<sup>358</sup> In deze paragraaf zal, aan de hand van Resolutie (75)7 ‘Compensation for physical injury or death’ en het EVRM, de positie van ‘secondary victims’ (aangaande de door hen geleden affectieschade) binnen het recht van de Raad van Europa in kaart worden gebracht.

#### 6.3.1 Resolutie (75)7 ‘Compensation for physical injury or death’

Op 14 maart 1975 heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa de Resolutie (75)7 ‘Compensation for physical injury or death’ (hierna ‘de aanbeveling’) aangenomen, waarin (met als reden “*to reduce existing divergencies between the laws and practices of member states*”) wordt aanbevolen om bij de voorbereiding van eventuele nieuwe wetgeving enkele ‘principles’ in overweging te nemen.<sup>359</sup> Ten aanzien van het recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden zijn de beginselen 13 en 19 van belang.

Beginsel 13 omvat de volgende bepaling “*The father, mother and spouse of the victim who by reason of a physical or mental disability of the victim sustain mental suffering should only be entitled to compensation if the suffering is of an exceptional nature; other persons should not be entitled to this kind of compensation.*” Het Comité van de Raad van Ministers van Europa geeft met deze bepaling aan voorkeur te hebben voor een regeling, welke enkel de vader, moeder en echtgenoot van het slachtoffer van een lichamelijke of geestelijke handicap een recht op compensatie toekent wanneer het geestelijk lijden van hen van uitzonderlijk karakter is.

Vervolgens bepaalt beginsel 19 “*Legal systems which at present do not recognize a right to compensation for mental suffering of a third party as a result of the death of the victim should not extend compensation to persons other than the spouse of the victim or his children, parent or fiancé; even in these cases, compensation should only be granted subject of the condition that these persons have maintained close bonds of affection with the victim at the time of his death. Under legal systems which at present confer on third parties such a*

<sup>355</sup> Bona, Mewad & Lindenberg 2005, p. 461 & 462.

<sup>356</sup> Bona, Mewad & Lindenberg 2005, p. 461 & 462.

<sup>357</sup> Zo blijkt uit artikel 1a Statuut van de Raad van Europa.

<sup>358</sup> Zie hiervoor onder meer Henard 2008, p. 101; Kuijer 2009a, p. 1.

<sup>359</sup> Resolution (75)7. Zie onder meer Lindenberg 1998, p. 191 & 192; Lindenberg 2008a, p. 60; Bona, Mewad & Lindenberg 2005, p. 489-522.

*right to compensation, this right shall not be extended as regards either the categories of persons entitled to sue, or the amount of compensation payable.*” De toelichting bij de aanbeveling benadrukt dat de rechtsstelsels van de lidstaten zo ver uit elkaar lopen dat met beginsel 19 wordt beoogd de verschillen niet groter te laten worden. Het Comité van de Raad van Ministers van Europa formuleerde in dit beginsel een bepaling waarin in geval van overlijden van het slachtoffer aan de echtgenoot of verloofde, diens kinderen en de ouders een recht op vergoeding van immateriële schade wordt toegekend, onder de voorwaarde dat het slachtoffer en de nabestaande een nauwe affectieve relatie onderhiielden op het moment van overlijden van het slachtoffer. Voor nationale rechtsstelsels waarin een dergelijk recht van vergoeding van affectieschade al wel bestond, raadde het beginsel aan om de groep van gerechtigden niet uit te breiden en het bedrag aan schadevergoeding niet te verhogen. Geconcludeerd kan worden dat het beginsel enerzijds de ruimte biedt om het recht op vergoeding van affectieschade te scheppen en anderzijds het advies geeft om een bestaand recht niet verder uit te breiden.

Het HvJ EU heeft tot op heden nog geen gebruik gemaakt van de aanbeveling. De reden hiervoor zou kunnen zijn dat in de resolutie wordt gerefereerd naar nationaal recht.<sup>360</sup>

### 6.3.2 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

In de personenschadepraktijk spelen de fundamentele rechten van de mens een belangrijke rol. Het EVRM bevat echter geen bepaling(en) die ‘secondary victims’ een directe aanspraak geven op een vergoeding van door hen geleden affectieschade. Desondanks wordt door nabestaanden en naasten, die op grond van het nationale recht geen aanspraak kunnen maken op een vergoeding van de door hen geleden immateriële schade, steeds meer aansluiting gezocht bij met name het EVRM.<sup>361</sup> Bij de door hun ingestelde vordering tot vergoeding van de door hen geleden immateriële schade, als gevolg van overlijden of verwonding van een naaste, hebben nabestaanden en naasten regelmatig een beroep gedaan op artikel 2 EVRM (recht op leven), artikel 3 EVRM (verbod op onmenselijke behandeling), artikel 8 EVRM (recht op ‘family life’) en artikel 13 EVRM (effectief rechtsmiddel).<sup>362</sup>

Hoewel het primaire doel van het EHRM niet gelegen is in het toekennen van schadevergoedingen, maar in het toezien op de naleving van de verplichtingen voortvloeiend uit het EVRM en de bijbehorende protocollen door de lidstaten, heeft het EHRM onder toepassing van artikel 41 EVRM (met behulp van haar ruime discretionaire bevoegdheid onder deze bepaling) aangaande de toekenning van schadevergoedingen een ‘vaste’ lijn in de jurisprudentie ontwikkeld.<sup>363</sup> In deze paragraaf zal een analyse worden gemaakt van de onder artikel 41 EVRM aan het EHRM toekomende bevoegdheden, en de onder artikel 41 EVRM door het EHRM gewezen jurisprudentie aangaande de vergoeding van immateriële schade van ‘secondary victims’. Op grond hiervan kan worden bepaald welke mogelijkheden het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM bieden aan Nederlandse nabestaanden en/of naasten bij hun vordering tot vergoeding van de door hun geleden immateriële schade.

#### *6.3.2.1 De bevoegdheden van het EHRM onder artikel 41 EVRM*

Wanneer een schending van het EVRM wordt vastgesteld, dient het slachtoffer van de verdragsschending rechtsherstel te worden geboden. Het slachtoffer dient zo veel mogelijk in de positie te worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd, indien de bepalingen van het EVRM wel in acht waren genomen. Als en voor zover dit niet mogelijk is, geeft artikel 41 EVRM het EHRM de bevoegdheid om aan het slachtoffer, een ‘just satisfaction’ (een billijke genoegdoening) voor geleden en nog te lijden schade toe te kennen. Het initiatief

<sup>360</sup> Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 276.

<sup>361</sup> Lindenbergh 2008a, p. 60.

<sup>362</sup> Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 464.

<sup>363</sup> Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 463 & 464.

voor de vordering tot een billijke genoegdoening ligt bij de benadeelde als ‘applicant’ (aanvrager). Artikel 41 EVRM betreft geen zelfstandige bepaling, en kan alleen worden ingeroepen indien sprake is van schending van een andere bepaling van het EVRM.

In de *Vagrancy cases*<sup>364</sup> heeft het EHRM bepaald dat (om haar bevoegdheid onder artikel 41 EVRM te kunnen uitoefenen) voldaan moet zijn aan drie voorwaarden, te weten: (I) het EHRM moet overtuigd zijn van de schending van een in het EVRM vastgelegd fundamenteel recht door een contracterende staat, (II) de eiser moet (materiële of immateriële) schade lijden, en (III) de rechter moet het noodzakelijk achten om een billijke genoegdoening toe te kennen. Deze laatste voorwaarde verwijst naar het discretionaire karakter van de aan haar toekomende corrigerende bevoegdheid onder artikel 41 EVRM. Bij de interpretatie van artikel 41 heeft het EHRM haar bevoegdheid tot het toekennen van een ‘just satisfaction’ afgebakend. De vraag of sprake moet zijn van ‘just satisfaction’ wordt door het EHRM beoordeeld aan de hand van de vermeende schendingen en de overige omstandigheden van het geval.<sup>365</sup> Factoren die bepalend kunnen zijn voor de toekenning van een schadevergoeding zijn onder meer de ernst van de overtreding, de handelingen en het gedrag van de staat en de ‘applicant’ (verzoeker), en de nauwkeurigheid van de vordering. Artikel 75 Rules of Court geeft aan het EHRM verdere richtlijnen voor de toekenning van ‘just satisfaction’.<sup>366</sup> Belangrijk in dit verband is dat de bevoegdheid van het EHRM onder artikel 41 EVRM in beginsel beperkt is tot de toekenning van een geldbedrag.<sup>367</sup>

De mogelijkheid tot het toekennen van schadevergoedingen omvat een daadkrachtig corrigerend middel, en is bedoeld om directe hulp te verlenen aan de ‘applicant’. De staat heeft in beginsel de vrijheid om te beslissen in welke vorm aan benadeelde compensatie wordt geboden. Slechts wanneer de nationale wetgeving geen mogelijkheden biedt voor ‘restitution in integrum’ (‘full reparation’) is het EHRM ex artikel 41 EVRM bevoegd om een schadevergoeding toe te kennen voor de door de benadeelde geleden en nog te lijden (materiële en immateriële) schade. De reikwijdte van de bevoegdheid van het EHRM tot het toekennen van herstelmaatregelen wordt hierdoor beperkt.

De aanpak van het EHRM is typerend voor het ‘corrective justice model’; het doel van dergelijke schadevergoeding is rectificatie van de ontstane schade.<sup>368</sup> De mogelijk toe te kennen schadevergoeding omvat de materiële schade, de immateriële schade en de kosten die samenhangen met de procedure. Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie niet duidelijk uiteengezet wat onder het begrip ‘immateriële schade’ dient te worden verstaan. Een schadevergoeding voor immateriële schade wordt over het algemeen toegekend om slachtoffers/benadeelden te compenseren voor de door hen geleden schade aan reputatie (‘harm to reputation’), psychisch letsel (‘psychological harm’), verdriet (‘distress’), frustratie (‘frustration’), vernedering (‘humiliation’) en gevoel van onrecht (‘sense of injustice’).<sup>369</sup> Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat onder ‘just satisfaction’ het beginsel ‘restitutio in integrum’ begrepen moet worden.<sup>370</sup> Desondanks is niet altijd sprake van een volledige schadevergoeding.<sup>371</sup> Voor bepaling van de hoogte van ‘just satisfaction’ heeft het EHRM de landen, die het EVRM geratificeerd hebben, in diverse categorieën (ingericht naar levensstandaard) onderverdeeld. Op deze wijze probeert het EHRM per land een ‘just satisfaction’ te bereiken, en een doctrine te ontwikkelen waardoor in Europa harmonisatie van het recht op schadevergoeding bereikt

---

<sup>364</sup> EHRM 18 juni 1971 (*De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*), appl. no. 2832/66, 2835/66, 2899/66.

<sup>365</sup> Zie hiervoor Nifosi-Sutton 2010, p. 52.

<sup>366</sup> Zie voor een bespreking hiervan Van Dijk e.a. 2006, p. 245.

<sup>367</sup> Zie hiervoor Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 42.

<sup>368</sup> Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 465.

<sup>369</sup> Zie hiervoor Nifosi-Sutton 2010, p. 54.

<sup>370</sup> Zie hiervoor onder meer de uitspraak EHRM 13 juni 1994 (*Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*), *ECHR Series A* 285-C, en Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 465; Colignon-Smit Sibina 2010, p. 104; Collignon-Smit Sibinga & Mewa 2011, p. 10.

<sup>371</sup> Zie hiervoor Barkhuysen & Van Emmerik 2006.

kan worden.<sup>372</sup> In de praktijk heeft dit tot gevolg dat een mensenrechtenschending in landen met de hoogste levensstandaarden (bijvoorbeeld Nederland) tot een hogere vergoeding kan leiden dan dezelfde mensenrechtenschending in landen met een lagere levensstandaard (bijvoorbeeld Oost-Europese landen).

### 6.3.2.2 *Jurisprudentie van het EHRM aangaande de immateriële schade van 'secondary victims'*

De corrigerende praktijk van het EHRM wordt vaak beschreven als nauwelijks innovatief en vooruitstrevend.<sup>373</sup> Niettemin heeft het EHRM, onder bepaalde omstandigheden, een meer pro-actieve vernieuwende aanpak bij het sanctioneren van overtredingen door ten gunste van 'secondary victims' (meer specifiek: nabestaanden) een schadevergoedingsplicht op te leggen voor de door hen geleden immateriële schade. Naar het zich laat aanzien heeft het EHRM de uit te keren vergoeding van immateriële schade van nabestaanden hierbij gestandaardiseerd.<sup>374</sup> Het verschil in toegekende vergoedingen voor verschillende schendingen is niet groot en (terwijl de levensstandaard in de landen verschilt) ontvangt een Turks slachtoffer evenveel als een Engels slachtoffer.<sup>375</sup> Uit de arresten blijkt verder dat het EHRM geen verschil maakt tussen 'iure proprio' (schade van zichzelf) en 'iure successionis' (schade van de overledene).<sup>376</sup> Hierdoor is het vaak niet duidelijk of het gaat om een vergoeding voor de schade van de familie of een vergoeding voor de schade van het slachtoffer zelf.<sup>377</sup> De differentiatie tussen de persoonlijk geleden schade door de 'secondary victims' en de immateriële schade van het directe slachtoffer lijkt in uitspraken na 2002 duidelijker naar voren te komen.<sup>378</sup>

Om enigszins inzicht te bieden in het beleid van het EHRM omtrent de toekenning van schadevergoedingen aan 'secondary victims' aangaande de door hen geleden immateriële schade, is in bijlage 7 een overzicht van uitspraken opgenomen waarin het EHRM aan nabestaanden een schadevergoeding heeft toegekend voor de door hen geleden immateriële schade.<sup>379</sup> Een aantal belangrijke uitspraken zullen in deze paragraaf (aan de hand van de bepalingen van het EVRM die aan de vorderingen ten grondslag lagen) nader worden toegelicht.

### *Schending artikel 2 (recht op leven) en/of artikel 3 (verbod op onmenselijke behandeling) EVRM*

Artikel 2 EVRM bepaalt dat het recht op leven van een ieder wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet. In navolging hierop bepaalt artikel 3 EVRM dat niemand mag worden onderworpen aan foltering, onmenselijke/vernederende behandelingen of bestraffingen. Omdat deze artikelen moeten worden gerekend tot de 'most fundamental provisions of the convention' heeft het EHRM in meerdere uitspraken geoordeeld dat bij schending van artikel 2 en/of artikel 3 EVRM in beginsel een recht op compensatie van immateriële schade beschikbaar moet zijn als onderdeel van de 'range of redress' (aanbod van verhaal).<sup>380</sup>

<sup>372</sup> Daniel Rietiker (werkzaam als Senior Lawyer bij het EHRM) lichtte dit toe tijdens het jaarcongres van PEOPIL in juni 2010. Bron: Collignon-Smit Sibinga & Mewa 2011, p. 10.

<sup>373</sup> Zie hiervoor Nifosi-Sutton 2010.

<sup>374</sup> Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 275.

<sup>375</sup> Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 275; Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 486.

<sup>376</sup> Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 466-468.

<sup>377</sup> Zie hiervoor onder meer EHRM 27 februari 2001 (*Çiçek v. Turkey*), appl. no. 75704/94; EHRM 8 juli 1999 (*Çakici v. Turkey*), appl. no. 23657/94, ECHR 1999-IV; EHRM 17 februari 2004 (*Ipek v. Turkey*), appl. no. 25760/94, ECHR 2004-II. Bron: Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 467.

<sup>378</sup> Zie hiervoor onder meer EHRM 14 mei 2002 (*Semsi Önen v. Turkey*), appl. no. 22876/93; EHRM 13 juni 2002 (*Anguelova v. Bulgaria*), appl. no. 38361/97, ECHR 2002, 63 (m.nt. De Jonge); EHRM 29 april 2003 (*McGlinchey and others v. United Kingdom*), appl. no. 50390/99, ECHR 2003, 51 (m.nt. De Jonge). Bron: Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 469.

<sup>379</sup> Het betreft naar alle waarschijnlijkheid geen volledig en limitatief overzicht. Dergelijk onderzoek gaat de omvang van deze scriptie te boven.

<sup>380</sup> EHRM 3 april 2001 (*Keenan v. United Kingdom*), appl. no. 27229/95 ECHR 2001-III; EHRM 10 mei 2001 (*Z. and others v. United Kingdom*), ECHR 2001-V; EHRM 14 maart 2002 (*Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*), appl. no. 46477/99, ECHR 2002-II; EHRM 18 juni 2002 (*Öneriyildiz v. Turkey*), NJB 2002, p. 1615 e.v.; ECHR 2002, 64 (m.nt. Jansen).

In de zaak *Öneryildiz v. Turkije*<sup>381</sup> oordeelde het EHRM dat sprake was van een schending van artikel 2 EVRM, artikel 13 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol. Uit deze uitspraak van het EHRM blijkt dat de overheid vergaande verplichtingen heeft om de veiligheid van haar inwoners te waarborgen, en dat niet-nakoming van deze verplichtingen een zelfstandige bron voor een schadevergoeding van zowel de materiële als de immateriële schade kan vormen. Het EHRM veroordeelde Turkije onder meer tot het betalen van een schadevergoeding voor de geleden immateriële schade. Hierbij kende het EHRM een schadevergoeding toe aan Öneryildiz (ter hoogte van 45.250 euro), en aan ieder van de drie volwassen zonen van Öneryildiz (ter hoogte van 33.750 euro).<sup>382</sup>

Zelfs in gevallen waarin de dood van het primaire slachtoffer op zichzelf niet als ‘unlawfulness’ kan worden gekwalificeerd, hebben nabestaanden recht op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade indien de nationale autoriteiten hebben gefaald in de uitvoering van hun verplichting tot het doen van een effectief en efficiënt onderzoek naar de omstandigheden waaronder het directe slachtoffer de dood vond.<sup>383</sup> Daarom dient onderscheid te worden gemaakt tussen twee situaties. Enerzijds is er de situatie waar het intreden van de dood van het directe slachtoffer als ‘unlawfull’ dient te worden aangemerkt. De kring van gerechtigden is onder deze omstandigheden niet beperkt tot de ouders, echtgenoten en kinderen; ook broers en zussen hebben onder deze omstandigheden recht op een vergoeding van de door hen geleden schade. Anderzijds is er de situatie waarin de dood van het directe slachtoffer niet als ‘unlawfull’ kan worden aangemerkt, maar de nationale autoriteiten hebben gefaald in de uitvoering van het onderzoek naar de omstandigheden waarin het directe slachtoffer om het leven is gekomen.<sup>384</sup> De kring van gerechtigden is (in de praktijk) in deze situatie beperkt tot de directe familie van de overledene; broers en zussen worden hier niet toe gekwalificeerd.<sup>385</sup> Hieromtrent kan onder meer worden gewezen op de uitspraken van het EHRM in de zaken *Ramsahai v. The Netherlands*<sup>386</sup> en *Kalender v. Turkey*<sup>387</sup>.

In de zaak *Ramsahai v. The Netherlands*<sup>388</sup> oordeelde het EHRM dat géén sprake was van een schending van artikel 2 EVRM ten aanzien van het neerschieten van Ramsahai, maar dat wel sprake was van een schending van artikel 2 EVRM ten aanzien van het verplicht uit te voeren onderzoek naar de omstandigheden van het schietincident.<sup>389</sup> Het EHRM oordeelde dat het onderzoek niet door een onafhankelijke autoriteit was verricht en dat het onacceptabel is dat de beslissing van het Gerechtshof Amsterdam in een artikel 12 Sv-procedure (om de agenten niet te vervolgen) niet openbaar was. Het EHRM kende aan de opa, oma en vader gezamenlijk een schadevergoeding toe ter hoogte van 20.000 euro voor de door hen hierdoor geleden psychische schade.<sup>390</sup>

---

<sup>381</sup> EHRM 18 juni 2002 (*Öneryildiz v. Turkey*), *NJB* 2002, p. 1615 e.v.; *ECHR* 2002, 64 (m.nt. Jansen). Öneryildiz woonde met twaalf familieleden in een krottenwoning nabij een vuilstortplaats bij Istanbul. Op 28 april 1993 vindt op de vuilstortplaats een enorme methaangasexplosie plaats, waarbij de woning van Öneryildiz compleet wordt vernietigd en negen familieleden komen te overlijden. Vast komt te staan dat al in 1991 een deskundige de lokale overheid had gerapporteerd over het grote risico van een dergelijke explosie op de vuilstortplaats, maar dat maatregelen vanuit de overheid achterwege waren gebleven. In een nationale rechtsprocedure krijgt Öneryildiz slechts een symbolische schadevergoeding toegekend, die in ogen van de nationale rechter niet daadwerkelijk door de overheid behoefde te worden uitbetaald. Öneryildiz heeft naar aanleiding hiervan op grond van schending van artikelen 2, 6, 8, 13 EVRM en artikel 1 van het Eerste Protocol een klacht bij het EHRM ingediend.

<sup>382</sup> EHRM 18 juni 2002 (*Öneryildiz v. Turkey*), *NJB* 2002, p. 1615 e.v.; *ECHR* 2002, 64 (m.nt. Jansen), par. 167-171.

<sup>383</sup> Zie hiervoor onder meer Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 481 en Collignon-Smit Sibinga & Mewa 2011, p. 10-12.

<sup>384</sup> EHRM 19 februari 1998 (*Kaya v. Turkey*), appl. no. 33696/02.

<sup>385</sup> EHRM 20 april 2004 (*Buldan v. Turkey*), appl. no. 28298/95.

<sup>386</sup> EHRM 10 november 2005 (*Ramsahai and others v. The Netherlands*), appl. no. 52391/99.

<sup>387</sup> EHRM 15 december 2009 (*Kalender v. Turkey*), appl. no. 4314/02.

<sup>388</sup> EHRM 10 november 2005 (*Ramsahai and others v. The Netherlands*), appl. no. 52391/99. Ramsahai kwam na diefstal van een scooter met de politie in aanraking. Tijdens deze confrontatie met de politie trok Ramsahai een pistool, waarop de politie hem doodschoot. Naar aanleiding hiervan stelde de politie Amsterdam/Amstelland (binnen wiens regio het incident had plaatsgevonden) een intern onderzoek in. Uitkomst van het onderzoek was dat de politie handelde uit zelfverdediging. De betrokken agenten werden dan ook niet strafrechtelijk vervolgd.

<sup>389</sup> EHRM 10 november 2005 (*Ramsahai and others v. The Netherlands*), appl. no. 52391/99, par. 282, 330-332, 341 & 356.

<sup>390</sup> EHRM 10 november 2005 (*Ramsahai and others v. The Netherlands*), appl. no. 52391/99, par. 368.

Een ander recent voorbeeld is de uitspraak van het EHRM in de zaak *Kalender v. Turkey*.<sup>391</sup> Het EHRM oordeelde dat, nu het onderzoek van de nationale autoriteiten ondeugdelijk en subjectief was, sprake was van schending van artikel 2 EVRM. Verder stelde het EHRM vast dat sprake was van een schending van artikel 6 en 13 EVRM. De uitspraak is opmerkelijk, nu het EHRM oordeelt dat op grond van de vastgestelde schendingen van artikelen 2, 6 en 13 EVRM aan de nabestaanden een zelfstandig recht op schadevergoeding toekomt.<sup>392</sup> Opvallend is dat aan de nabestaanden niet specifiek een schadevergoeding voor de door hen geleden immateriële schade wordt toegekend.

Het EHRM acht de immateriële schade van ‘secondary victims’ die tot de kring van gerechtigden behoren zonder meer aanwezig.<sup>393</sup> Het psychisch lijden als “*distress, anxiety and other such feelings*” is volgens het EHRM logisch gevolg van het overlijden van een familielid, of het nalaten van de overheid tot het doen van een onderzoek naar de omstandigheden waaronder de dood van een naaste heeft plaatsgevonden. Het bestaan van de schade ontstaat direct uit de schending van het EVRM. Het bestaan van de schade behoeft daarom niet door de tot de kring van gerechtigden behorende ‘secondary victim’ te worden bewezen. Hieruit kan worden afgeleid dat het beginsel ‘*id quod plerumque accidit*’ van toepassing is ten aanzien van de beoordeling tot immateriële schade. Overigens kan uit de uitspraak van het EHRM in zaak *McCann and others v. United Kingdom*<sup>394</sup> worden afgeleid dat het ‘eigen schuld-verweer’ (jegens het slachtoffer) eveneens jegens de nabestaanden van het slachtoffer kan worden aangevoerd. Het EHRM oordeelde in deze zaak dat sprake was van een schending van artikel 2 EVRM maar kende aan de nabestaanden desondanks geen recht op schadevergoeding toe, nu de slachtoffers voornemens waren een bom te plaatsen.<sup>395</sup>

In het geval van niet-dodelijk letsel kunnen ‘secondary victims’ in theorie aanspraak maken op een schadevergoeding, indien sprake is van een schending van het EVRM en causaal verband bestaat tussen de geleden schade en de schending van het EVRM.<sup>396</sup> In de praktijk wordt daarentegen in dergelijke situatie aan ‘secondary victims’ niet snel een schadevergoeding voor de door hen geleden immateriële schade toegekend en is de kring van gerechtigden in dergelijk geval beperkt.<sup>397</sup> Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM onder dergelijke omstandigheden een schadevergoeding heeft toegewezen aan de ‘secondary victims’ is de zaak *Oyal v. Turkey*<sup>398</sup>. In deze zaak nam het EHRM aan dat sprake was van een schending van artikel 2 EVRM omdat de Turkse Staat had gefaald in het toezicht op een veilige bloedtransfusie en training van het medisch personeel dat zich met de bloedtransfusies bezighield.<sup>399</sup> Daarnaast werd door het EHRM schending van artikel 6 en artikel 13 EVRM aangenomen, en werd de door de familie in de civiele procedure ontvangen

---

<sup>391</sup> EHRM 15 december 2009 (*Kalender v. Turkey*), appl. no. 4314/02. De heer Kalender en zijn moeder waren na afloop van een treinreis aan de verkeerde kant van de trein op het perron uitgestapt. Als gevolg hiervan moesten zij, om op de juiste plaats te komen, de rails oversteken. Tijdens het overteken werden beiden aangereden door een aankomende goederentrein, en zijn als gevolg hiervan overleden. Naar aanleiding hiervan werd vanuit de overheid een kort en eenzijdig strafrechtelijk onderzoek ingesteld naar de veiligheid van het station. In de civiele procedure werden ‘deskundigenrapporten’ overlegd waaruit naar voren kwam dat de slachtoffers de volledige schuld droegen voor het ontstaan van het ongeval. Uit andere onderzoeken bleek echter dat de inrichting van het station niet aan de noodzakelijke veiligheidsseisen voldeed, en dat dit de reden was dat de slachtoffers aan de verkeerde kant van de trein waren uitgestapt en als gevolg hiervan waren verongelukt.

<sup>392</sup> EHRM 15 december 2009 (*Kalender v. Turkey*), appl. no. 4314/02, par. 70.

<sup>393</sup> Zie hiervoor Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 476.

<sup>394</sup> EHRM 27 september 1995 (*McCann and others v. United Kingdom*), *ECHR Series A-324, NJCM* 1996, p. 537.

<sup>395</sup> EHRM 27 september 1995 (*McCann and others v. United Kingdom*), *ECHR Series A-324, NJCM* 1996, p. 537, par. 219.

<sup>396</sup> Zie hiervoor Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 481.

<sup>397</sup> Zo blijkt onder meer uit de uitspraak EHRM 27 juni 2000 (*Ilhan v. Turkey*), appl. no. 22277/93, *ECHR* 2000-VII.

<sup>398</sup> EHRM 23 maart 2010 (*Oyal v. Turkey*), appl. no. 4864/05. Aanleiding van deze zaak is het met HIV geïnfecteerd raken van baby Oyal, nadat hij na zijn geboorte een aantal operaties onderging waarbij hij bloedtransfusies ontving. Het door hem ontvangen bloed bleek niet getest op HIV, en de screening van de bloeddonoren had niet volgens de regelgeving plaatsgevonden. Zijn ouders werden vier maanden na de bloedtransfusie geïnformeerd over de infectie, en de kans dat Oyal als gevolg hiervan aids zou krijgen. In een civiele procedure werd de aansprakelijkheid van de bloedtransfusiedienst vastgesteld; aan de ouders werd een vergoeding voor één jaar medische hulp toegekend, en aan Oyal werd een uitzonderlijk lage vergoeding voor de door hem geleden immateriële schade toegekend. Enige tijd later trok de Turkse Staat een zogenaamde ‘groene kaart’ (waarmee Oyal door de Staat gefinancierde medische zorg ontving) in. De ouders diende vanaf dat moment alle medische kosten zelf te betalen, en raakte als gevolg hiervan in financiële problemen. De familie van Oyal stelde bij het EHRM dat sprake is van schending van artikelen 2, 6 en 13 EVRM.

<sup>399</sup> EHRM 23 maart 2010 (*Oyal v. Turkey*), appl. no. 4864/05, par. 76 & 77.

schadevergoeding niet als ‘just satisfaction’ (volledig rechtsherstel) beschouwd.<sup>400</sup> Het EHRM veroordeelde de Turkse Staat tot het betalen van een schadevergoeding van 300.000 euro voor de geleden materiële schade, en 78.000 euro voor de geleden immateriële schade.

*Schending artikel 8 EVRM (recht op ‘family life’)*

Op grond van artikel 8 EVRM dient het openbaar gezag het recht op privé-, familie- en gezinsleven te eerbiedigen. Het openbaar gezag is in beginsel, behoudens bij wet gestelde uitzonderingen, niet bevoegd om zich in de uitoefening van dit recht te mengen. Het artikel kan op vele manieren worden toegepast.

In Nederland is zowel in de eerder besproken Baby Joost zaak<sup>401</sup> als in de Taxibus zaak<sup>402</sup> door de nabestaanden, ter onderbouwing van een recht op vergoeding van immateriële schade, een beroep gedaan op het recht op ‘family life’. De gedachte achter het beroep op artikel 8 EVRM is dat het gezinsleven in de rechtspraak van het EHRM zoveel bescherming heeft gekregen, dat het belang ervan ook in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht moet doorwerken. De jurisprudentie van het EHRM (welke vooral gericht is op de familierechtelijke aspecten) heeft tot op heden (nog) niet duidelijk blijk gegeven dat artikel 8 EVRM op zodanige wijze moet doorwerken in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Het EHRM heeft in de zaak *W. v. United Kingdom* in deze zin slechts het gewichtige belang van een ongestoord gezinsleven bevestigd.<sup>403</sup> Lindenberg merkt op dat het verdedigbaar is dat de uitsluiting van de vergoeding van schade die het gevolg is van het verlies van een naaste (indien psychische schade bij deze derde wél voor vergoeding in aanmerking komt) in strijd kan zijn met artikel 8 EVRM.<sup>404</sup> Het gaat hierbij om het door de rechter te maken onderscheid tussen ‘affectieschade’ en ‘shockschade’. Lindenberg wijst erop dat in tegenstelling tot hetgeen de Hoge Raad in rechtsoverweging 5.4 (slot) overweegt, het wel om een beperking van het recht op een volledige schadevergoeding gaat. Of dit onderscheid daadwerkelijk in strijd is met het EVRM, is tot op heden niet uit de jurisprudentie van het EHRM gebleken.

Wel kan worden gewezen op de uitspraak *Guerra a.o. v. Italy*<sup>405</sup>, waarin het EHRM een schending van artikel 8 EVRM vaststelde en op grond hiervan aan de ‘secondary victims’ een vergoeding voor de geleden immateriële schade toekende. Eveneens kan worden gewezen op de uitspraak van het EHRM in de zaak *Tatar v. Romania*<sup>406</sup>. Het EHRM bepaalde in deze zaak dat het recht op een veilige en schone omgeving beschermd is onder artikel 8 EVRM, en oordeelde dat de staat in onderhavige zaak had verzuimd om de risico’s en consequenties van gevaarlijke industriële processen te onderzoeken en het publiek te informeren over de (potentiële) risico’s die hieraan verbonden waren. Opmerkelijk is dat het EHRM, na op de schending van artikel 8 EVRM gewezen te hebben, zonder nadere motivering oordeelt dat onder de omstandigheden van het geval geen vergoeding voor de geleden immateriële schade wordt toegekend.

*Artikel 13 EVRM (recht op een effectief rechtsmiddel)*

Belangrijk in het kader van deze scriptie is eveneens artikel 13 EVRM. Dit artikel bepaalt dat eenieder wiens fundamentele rechten en vrijheden (zoals deze zijn opgenomen in het EVRM) zijn geschonden recht heeft op een daadwerkelijk effectief rechtsmiddel voor een nationale rechtsinstantie, ook wanneer de schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie. Een beroep op artikel 13 EVRM is alleen in samenhang met een beroep op een andere bepaling van het EVRM of de bijbehorende protocollen mogelijk.

<sup>400</sup> EHRM 23 maart 2010 (*Oyal v. Turkey*), appl. no. 4864/05, par. 72, 92, 93 & 97.

<sup>401</sup> HR 8 september 2000 (*Baby Joost*), NJ 2000, 734 (m.nt. A.R. Bloembergen).

<sup>402</sup> HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken).

<sup>403</sup> EHRM 8 juli 1987 (*W. v. United Kingdom*), appl. no. 9749/82, NJ 1988, 828 (m.nt. Alkema), par. 58-70.

<sup>404</sup> Zie hiervoor Lindenberg 2004, p. 113.

<sup>405</sup> EHRM 19 februari 1998 (*Guerra and others v. Italy*), appl. no. 116/1996/735/932.

<sup>406</sup> EHRM 27 januari 2009 (*Tatar v. Romania*), appl. no. 67021/01.



Deze andere bepaling behoeft niet geschonden te zijn; een ‘verdedigbare claim’ van schending van het artikel is voldoende.<sup>407</sup>

Er bestaat een logisch en noodzakelijk verband tussen de aan burgers toekomende fundamentele rechten en een effectief rechtsmiddel om aanspraak op deze fundamentele rechten te kunnen maken.<sup>408</sup> Langs deze weg kan de macht van de wetgever of de macht van de rechterlijke macht (die het recht op volledige compensatie soms te strak omkaderen, waarbij onder meer gewezen kan worden op: de wettelijke limieten, het onder strikte voorwaarden toekennen van shockschade, de beperkte kring van gerechtigden bij overlijdensschade, het niet toekennen van affectieschade) worden begrensd.<sup>409</sup> Wanneer een beroep wordt gedaan op fundamentele rechten kunnen de wetgever, rechterlijke macht en zelfs burgers ter verantwoording worden geroepen. Belangrijke uitspraken in dit verband zijn de uitspraken van het EHRM in de zaken *Öneryildiz v. Turkey*<sup>410</sup> (omdat deze uitspraak eerder in deze paragraaf volledig uiteengezet is, kan hier worden volstaan met enkel het benoemen van het arrest), *Keenan v. United Kingdom*<sup>411</sup>, *McGlinchey v. United Kingdom*<sup>412</sup>, *Bubbins v. United Kingdom*<sup>413</sup> en *Zavoloka v. Latvia*<sup>414</sup>.

Aanleiding voor de zaak *Keenan v. United Kingdom* was het overlijden van een gedetineerde met psychische klachten en zelfmoordneigingen nadat hem isolatie als tuchtmaatregel was opgelegd. De moeder van de overleden gedetineerde diende een klacht in bij het EHRM omdat de van toepassing zijnde Fatal Accidents Act 1976 geen compensatie toestond voor het door haar geleden verdriet en leed. Het EHRM wees op de kwetsbaarheid en de onbekwaamheid van mensen met een psychische stoornis om zich duidelijk uit te drukken, en stelde vast dat sprake was van gebrekkig medisch toezicht aangezien controle en informatie over de psychische toestand van de gedetineerde ontbrak.<sup>415</sup> Het opleggen van isolatie werd onder de gegeven omstandigheden als een vernederende en onmenselijke behandeling (waarmee de menselijke waardigheid op het spel stond) gekwalificeerd en werd in strijd met artikel 3 EVRM geacht.<sup>416</sup> Verder oordeelde het EHRM dat sprake was van een schending van artikel 13 EVRM, nu de moeder op grond van het nationale recht geen compensatie toekwam voor het door haar geleden verdriet en leed.<sup>417</sup> Het EHRM kende aan de moeder, ex artikel 41 EVRM, een vergoeding voor de door haar geleden immateriële schade toe ter hoogte van 10.000 GBP. Een soortgelijke zaak betrof de zaak *McGlinchey v. United Kingdom*. Het EHRM oordeelde eveneens in deze zaak dat sprake was van een schending van artikel 3 EVRM omdat de gevangenisautoriteiten niet hadden voldaan aan de op hun rustende plicht om te voorzien in de nodige medische zorg. Daarnaast oordeelde het EHRM dat sprake was van schending van artikel 13 EVRM omdat het nationale recht aan de kinderen en de moeder van de overleden gedetineerde geen compensatie bood voor de door hen geleden immateriële schade.<sup>418</sup> Het EVRM kende aan de kinderen en de moeder van de overleden gedetineerde een schadevergoeding voor de door hen geleden immateriële schade toe ter hoogte van 22.900 euro.

<sup>407</sup> EHRM 27 april 1988 (*Boyle and Rice v. United Kingdom*), *ECHR Series A-131*, par. 52; EHRM 8 januari 2002 (*Douglas-Williams v. United Kingdom*), appl. no. 56413/00. Zie hiervoor Brems in haar noot bij EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems), p. 1210.

<sup>408</sup> Zie hiervoor Colliginon-Smit Sibinga 2010, p. 105 & 106.

<sup>409</sup> Colliginon-Smit Sibinga 2010, p. 105 & 106.

<sup>410</sup> EHRM 18 juni 2002 (*Öneryildiz v. Turkey*), *NJB* 2002, p. 1615 e.v.; *ECHR* 2002, 64 (m.nt. Jansen).

<sup>411</sup> EHRM 3 april 2001 (*Keenan v. United Kingdom*), appl. no. 27229/95.

<sup>412</sup> EHRM 29 april 2003 (*McGlinchey and others v. United Kingdom*), appl. no. 50390/99, *ECHR* 2003, 51 (m.nt. De Jonge).

<sup>413</sup> EHRM 17 maart 2005 (*Bubbins v. United Kingdom*), appl. no. 50196/99, *ECHR* 2005-II.

<sup>414</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems).

<sup>415</sup> EHRM 3 april 2001 (*Keenan v. United Kingdom*), appl. no. 27229/95, par. 112-115.

<sup>416</sup> EHRM 3 april 2001 (*Keenan v. United Kingdom*), appl. no. 27229/95, par. 116.

<sup>417</sup> EHRM 3 april 2001 (*Keenan v. United Kingdom*), appl. no. 27229/95, par. 123-133, 135-138.

<sup>418</sup> EHRM 29 april 2003 (*McGlinchey and others v. United Kingdom*), appl. no. 50390/99, *ECHR* 2003, 51 (m.nt. De Jonge), par. 47-58 & 62-67. Aanleiding voor deze zaak was het overlijden van een aan heroïneverslaafde vrouwelijke gedetineerde die eveneens aan astma leed. Tijdens haar verblijf in detentie had de vrouw te maken met ernstige ontweningsverschijnselen, zoals braken en gewichtsverlies. De arts adviseerde het verplegend personeel haar symptomen goed in de gaten te houden. In de dagen daarna verslechterde haar gezondheidstoestand drastisch, waarbij het verplegend personeel heeft nagelaten de arts op te roepen. Nadat de vrouw in elkaar is gezakt is zij uiteindelijk afgevoerd naar het ziekenhuis. Hier is zij vervolgens overleden.

Een belangrijke uitspraak die hierop volgt, is de uitspraak van het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom*. In deze zaak dacht de politie te maken te hebben met een gewelddadige inbreker en heeft hem van het leven beroofd, terwijl het uiteindelijk ging om de (dronken) bewoner van het huis die een neppistool tot zijn beschikking had. Het EHRM oordeelde in deze zaak dat de omstandigheden waaronder de burger om het leven was gebracht geen schending van de artikelen 2 en 3 EVRM met zich meebrachten. De essentie van de vordering uit hoofde van artikel 13 EVRM was dat de ‘applicant’ buiten het bereik van de Fatal Accident Act 1976 viel en daarom geen recht op vergoeding van de immateriële schade had, maar op grond van de Law Reform Miscellaneous Provisions Act 1934 slechts recht had op een vergoeding van de begrafeniskosten. Het EHRM overwoog dat, ondanks dat geen sprake was van schending van artikel 2 EVRM, in het licht van artikel 13 EVRM sprake was van een ‘arguable claim’ (verdedigbare vordering) ten aanzien van artikel 2 EVRM. In dit verband wijst het EHRM er in deze zaak op dat “...in case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should, in principle, be available as part of the range of redress”.<sup>419</sup> Het EHRM overwoog dat de ‘applicant’ geen vooruitzicht had dat de rechter aan haar een vergoeding voor de door haar geleden immateriële schade zou toekennen, en dat dit vrijwel zeker een negatieve invloed heeft gehad op de mogelijkheid tot het voeren van civiele procedures tegen de politie. Het EHRM oordeelde daarom dat, nu het Engelse recht de ‘applicant’ (de zus van de overledene) geen schadevergoeding voor de door haar geleden affectieschade toekent, sprake was van een schending van artikel 13 EVRM,<sup>420</sup> en kende daarbij aan de ‘applicant’ op grond van de verloren kans om vordering tot schadevergoeding te vorderen (waarop succes nooit gegarandeerd was) een vergoeding van 10.000 euro voor de immateriële schade. Het EHRM benadrukt in deze uitspraak, onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie,<sup>421</sup> dat ook indien de artikelen 2 en 3 EVRM niet geschonden zijn, het ontbreken van het recht op vergoeding van affectieschade in strijd met artikel 13 EVRM kan zijn.<sup>422</sup>

Na het *Bubbins*-arrest heeft het EHRM zich in de zaak *Zavoloka v. Latvia*<sup>423</sup> nogmaals uitgelaten omtrent het recht op vergoeding van immateriële schade van nabestaanden. In deze zaak ging het om de reikwijdte van de positieve verplichtingen van de overheid onder artikel 13 j° artikel 2 EVRM. In deze zaak werd het EHRM voor het eerst in de gelegenheid gesteld om zich uit te laten over de vraag of uit het EVRM een recht op vergoeding van affectieschade voortvloeit wanneer de staat niet (mede) verantwoordelijk is voor het overlijden van de burger. Het gaat in deze zaak om de fundamentele vraag, of het recht op vergoeding voor de door nabestaanden geleden affectieschade (die veroorzaakt is in het kader van een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke verhouding) deel uitmaakt van de hedendaagse mensenrechten.<sup>424</sup> *Zavoloka* diende bij het EHRM een klacht in nadat de Letse Gerechten hadden geoordeeld dat zij geen recht had op een vergoeding van affectieschade nadat haar dochter bij een verkeersongeval om het leven was gekomen. Het nationale recht van Letland bevatte destijds slechts twee bepalingen (paragraaf 1635 en paragraaf 2350 van het Burgerlijk Wetboek van Letland) die voorzagen in een recht op vergoeding van de schade in geval de schade is ontstaan als gevolg van onrechtmatig handelen van een ander. Paragraaf 1635 van het Burgerlijk Wetboek bevatte een algemene bepaling, welke recht gaf op algemeen herstel van de onrechtmatig ontstane schade. Vergoeding van immateriële schade kon alleen plaatsvinden daar waar dit uitdrukkelijk in de bijzondere bepalingen van het

<sup>419</sup> Het EHRM doet dit onder verwijzing naar de volgende uitspraken: EHRM 3 april 2001 (*Keenan v. United Kingdom*), appl. no. 27229/95 *ECHR* 2001-III; EHRM 10 mei 2001 (*Z. and others v. United Kingdom*), *ECHR* 2001-V; EHRM 14 maart 2002 (*Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*), appl. no. 46477/99, *EHRC* 2002-II. EHRM 17 maart 2005 (*Bubbins v. United Kingdom*), appl. no. 50196/99, *ECHR* 2005-II, par. 171.

<sup>420</sup> EHRM 17 maart 2005 (*Bubbins v. United Kingdom*), appl. no. 50196/99, *ECHR* 2005-II, par. 171-173.

<sup>421</sup> EHRM 27 april 1988 (*Boyle and Rice v. United Kingdom*), *ECHR Series A-131*, par. 52; EHRM 8 januari 2002 (*Douglas-Williams v. United Kingdom*), appl. no. 56413/00; EHRM 19 februari 1998 (*Kaya v. Turkey*), appl. no. 33696/02, par. 107.

<sup>422</sup> EHRM 17 maart 2005 (*Bubbins v. United Kingdom*), appl. no. 50196/99, *ECHR* 2005-II, par. 170.

<sup>423</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems).

<sup>424</sup> Zie Brems in haar noot bij EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems), p. 1210.

Burgerlijk Wetboek werd bepaald. Op grond van de wet kwam ‘applicant’ geen recht op vergoeding van de door haar geleden immateriële schade toe; paragraaf 2350 van het Burgerlijk Wetboek gaf haar slechts recht op vergoeding van de medische kosten en de begrafeniskosten.<sup>425</sup> Het EHRM overwoog dat artikel 13 EVRM het bestaan van een effectief rechtsmiddel om de fundamentele rechten (zoals opgenomen in het EVRM) af te kunnen dwingen in het nationale recht waarborgt, maar dat aan staten bij de voldoening van de verplichtingen op grond van deze bepaling een zekere ‘margin of appreciation’ toekomt.<sup>426</sup> Verder overwoog het EHRM dat indien de schending betrekking heeft op artikel 2 EVRM, de verplichtingen van artikel 13 EVRM verder gaan dan alleen de verplichtingen tot het instellen van een onderzoek naar de omstandigheden waaronder het overlijden heeft plaatsgevonden en het waarborgen van een effectief rechtssysteem. In dergelijke situatie vereist artikel 13 EVRM, zo overwoog het EHRM, dat compensatie moet worden geboden voor de immateriële schade welke door nabestaanden wordt geleden als gevolg van de schending van artikel 2 EVRM.<sup>427</sup>

Het EHRM herinnert er vervolgens aan dat artikel 13 EVRM alleen van toepassing is, indien sprake is van een schending of een ‘verdedigbare vordering’ onder een van de bepalingen van het EVRM. Of een klacht ‘verdedigbaar’ of juist ‘betwistbaar’ is, moet worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval en de aard van het juridische geschil.<sup>428</sup> Het enkele feit dat het EHRM niet tot schending van artikel 2 EVRM oordeelt, ontnemt de klacht niet direct zijn ‘verdedigbaarheid’ voor de toepassing van artikel 13 EVRM.<sup>429</sup> Het EHRM oordeelde vervolgens dat onder de gegeven omstandigheden geen sprake was van een schending van of een verdedigbare vordering onder artikel 2 EVRM, nu het overlijden van de dochter van de ‘applicant’ het gevolg was van onopzettelijk en onvoorspelbaar handelen van een individu, de Letse autoriteiten het verkeersongeval niet hadden kunnen voorkomen en de veroorzaker van het ongeluk geïdentificeerd, snel berecht en veroordeeld is.<sup>430</sup> Het EHRM wijst er hierbij op dat de omstandigheid dat de nationale autoriteiten niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor de dood van het slachtoffer een fundamenteel verschil is met de meeste andere zaken, waarin het EHRM zich heeft uitgelaten over het toekennen van een vergoeding voor de door nabestaanden geleden immateriële schade op grond van artikel 13 EVRM; in deze zaken was de dood toegebracht door een individu maar konden de bevoegde nationale autoriteiten mede verantwoordelijk worden gehouden.<sup>431</sup>

Aangaande de door ‘applicant’ gevorderde vergoeding voor de door haar geleden immateriële schade overwoog het EHRM vervolgens dat, vanwege de grote verschillen tussen de diverse rechtsstelsels van de lidstaten aangaande de vergoeding van immateriële schade bij overlijden, zij uit het EVRM geen absolute verplichting tot een vergoeding van affectieschade kan afleiden.<sup>432</sup> Opmerkelijk is dat het EHRM in zijn overweging, of sprake was van een schending van artikel 13 EVRM, eveneens meeneemt dat op 26 januari 2006 paragraaf 1635 van het Burgerlijk Wetboek gewijzigd is en sindsdien uitdrukkelijk bepaalt dat de vordering tot schadevergoeding van immateriële schade onderdeel is van het algemene recht op

<sup>425</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems), par. 36 & 37.

<sup>426</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems), par. 35 & EHRM 14 maart 2002 (*Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*), appl. no. 46477/99, par. 96.

<sup>427</sup> Hierbij verwijst het EHRM naar de uitspraken in de zaken EHRM 14 maart 2002 (*Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*), appl. no. 46477/99, par. 97; EHRM 10 mei 2001 (*Z. and others v. United Kingdom*), *ECHR* 2001-V, par. 109; EHRM 3 april 2001 (*Keenan v. United Kingdom*), appl. no. 27229/95, *ECHR* 2001-III, par. 129; EHRM 17 maart 2005 (*Bubbins v. United Kingdom*), appl. no. 50196/99, *ECHR* 2005-II, par. 171.

<sup>428</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems), par. 38.

<sup>429</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems), par. 38. Het EHRM overweegt dit onder verwijzing naar EHRM 19 februari 1998 (*Kaya v. Turkey*), appl. no. 33696/02, par. 107; EHRM 19 maart 2002 (*Sabuktekin v. Turkey*), appl. no. 27243/95, par. 110; EHRM 20 juni 2006 (*Yasaroglu v. Turkey*), appl. no. 45900/99, par. 72.

<sup>430</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems), par. 39.

<sup>431</sup> Het EHRM verwijst hierbij naar de uitspraken EHRM 28 oktober 1998 (*Osman v. United Kingdom*), appl. no. 23452/94; EHRM 14 maart 2002 (*Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*), appl. no. 46477/99; EHRM 31 mei 2007 (*Kontrová v. Slovakia*), appl. no. 7510/04; EHRM 15 januari 2009 (*Branko Tomasic v. Croatia*), appl. no. 46598/06.

<sup>432</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems), par. 40.

schadevergoeding van nabestaanden, en dat deze immateriële schade bij nabestaanden verondersteld wordt aanwezig te zijn in geval van een ‘misdaad tegen het leven’. Het EHRM spreekt lof over deze wetwijziging, nu deze in lijn is met de uitbreiding en de versterking van garanties van familieleden van (door onrechtmatig handelen van een ander) overleden personen. Vervolgens oordeelde het EHRM dat in het licht van voorgaande evenmin sprake was van een schending van artikel 13 EVRM.<sup>433</sup> Het EHRM beantwoordde de rechtsvraag daarmee ontkennend. Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat het enkele feit dat geen recht op vergoeding van affectieschade bestaat onvoldoende is om tot schending van artikel 13 EVRM te concluderen.

Het oordeel van het EHRM roept meer vragen op dan het op eerste gezicht lijkt. Brems merkt ten aanzien hiervan zelfs op dat het EHRM geen antwoord geeft op de hoofdvraag, waarom de overheid wel verplicht is om aansprakelijkheid van daders te verzekeren maar niet verplicht is om herstel van slachtoffers te verzekeren.<sup>434</sup> Brems stelt dat het door het EHRM gemaakte onderscheid (tussen zaken waarbij de overheid mede verantwoordelijk en zaken waarin de overheid niet mede verantwoordelijk is voor het overlijden van het slachtoffer) nieuw is, en dat het erop lijkt dat het EHRM hiermee zijn onderzoek naar een mogelijke schending van ‘a posteriori’ positieve verplichtingen onder artikel 13 j° artikel 2 EVRM wil beperken tot gevallen waarin ook een geloofwaardige schending van de negatieve of positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM wordt aangevoerd. Onder verwijzing naar de ‘dissenting opinion’ vraagt Brems zich af of het EHRM het toepassingsbereik van artikel 13 EVRM niet te restrictief interpreteert.

Verder kan het oordeel van het EHRM opmerkelijk worden geacht in het licht van Resolutie (75)7 van de Raad van Europa, artikel 10:301 PETL en artikel VI-2:202 sub 1 DCFR (zoals respectievelijk besproken in de paragrafen 6.3.1 en 6.2.1). Ratio achter deze regelingen is te komen tot een harmonisatie van de nationale regelingen. Ondanks dat deze bepalingen geen absolute verplichtingen met zich meebrengen, geven ze duidelijk weer waar binnen Europa naar gestreefd wordt: vergoeding van affectieschade bij overlijden. In lijn hiermee overweegt het EHRM voorstander te zijn van de versterking van de garanties van familieleden bij het overlijden van een naaste door onrechtmatig handelen van een ander maar verbindt vervolgens, mijns inziens, zonder duidelijk passende motivering aan het ontbreken van een recht op vergoeding van affectieschade geen enkele consequentie. Zo kan de redenering van het EHRM, dat de grote verschillen tussen de diverse rechtstelsels ertoe lijden dat zij geen absolute verplichting tot een vergoeding van affectieschade met zich mee kan brengen, merkwaardig worden geacht omdat uit dergelijk argument gewoonlijk zou worden afgeleid dat de nationale instanties van de lidstaten een ruime ‘margin of appreciation’ toegekend wordt.<sup>435</sup> De motivering van het EHRM dat het recht van Letland inmiddels aan nabestaanden een recht op vergoeding van door hen geleden affectieschade toekent kan opmerkelijk worden geacht nu dit voor de vordering van mevrouw Zavoloka niet relevant is. Op grond hiervan kan zelfs worden beargumenteerd dat het EHRM ten onrechte aan mevrouw Zavoloka geen vergoeding van de door haar geleden affectieschade heeft toegekend.

### *Afsluitend*

Uit de hiervoor uiteengezette jurisprudentie van het EHRM kan worden afgeleid dat het EHRM met regelmaat aan nabestaanden een vergoeding toekent voor de door hen geleden affectieschade in geval van overlijden van een naaste naar aanleiding van onrechtmatig handelen van een ander. Het door het EHRM gevoerde schadevergoedingsbeleid aangaande de immateriële schade van nabestaanden is door het EHRM (nog) niet expliciet inzichtelijk gemaakt. In paragraaf 6.4.2 zal gekeken worden of een nadere analyse van de in deze paragraaf besproken jurisprudentie meer duidelijkheid kan geven over het door het EHRM gevoerde schadevergoedingsbeleid aangaande de immateriële schade van nabestaanden.

<sup>433</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems), par. 41 & 42.

<sup>434</sup> Zie Brems in haar noot bij EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems), p. 1210 & 1211.

<sup>435</sup> Zie ook Brems in haar noot bij EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems), p. 1210 & 1211.

#### **6.4 Doorwerking van het recht op Europees niveau in het Nederlandse schadevergoedingsrecht**

In de paragrafen 6.2 en 6.3 is naar voren gekomen dat het recht op Europees niveau geen directe bepalingen bevat die aan nabestaanden en/of naasten een recht op vergoeding van de door hen (naar aanleiding van het overlijden van een naaste of het oplopen van ernstig letsel door een naaste, als gevolg van onrechtmatig handelen van een ander) geleden immateriële schade toekent. Desondanks heeft het EHRM in een groot aantal zaken (in geval van overlijden van een persoon) op grond van artikel 41 EVRM aan de nabestaanden wél een vergoeding voor de door hen geleden immateriële schade als gevolg het overlijden van de naaste toegekend. In navolging hierop is het van belang uiteen te zetten wat de betekenis van deze jurisprudentie is voor het Nederlandse recht.

##### 6.4.1 Doorwerking van de jurisprudentie van het EHRM in het nationale recht

Van de jurisprudentie van het EHRM gaat een minimale werking uit. Kort gezegd, betekent dit dat op nationaal niveau op zijn minst het herstel dient te worden geboden die het EHRM ook biedt of kan bieden. De schadevergoedingspraktijk op nationaal niveau dient daarom zoveel mogelijk te worden afgestemd op de schadevergoedingspraktijk van het EHRM. Hierbij dienen zowel de schadeposten die voor vergoeding in aanmerking komen als de hoogte van de schadevergoedingen afgestemd te worden op de jurisprudentie van het EHRM. Dit betekent dat nationale instanties zich ook ten aanzien van de schadevergoedingspraktijk op gebied van de door nabestaanden geleden immateriële schade zullen moeten oriënteren op de Straatsburgse herstelpraktijk. Indien de schadevergoeding op nationaal niveau ‘manifestly inadequate’ (kennelijk ontoereikend) is en de benadeelde als ‘slachtoffer’ in de zin van artikel 34 EVRM kan worden beschouwd, dan heeft de benadeelde de mogelijkheid tot het instellen van een klachtprocedure bij het EHRM waarbij een aanvullende schadevergoeding kan worden gevorderd.

Om de nationale schadevergoedingspraktijk goed af te kunnen stemmen op de schadevergoedingspraktijk van het EHRM is het noodzakelijk dat het EHRM haar schadevergoedingsbeleid inzichtelijk maakt. Kanttekening is dat dit in de praktijk nogal eens tot problemen leidt,<sup>436</sup> omdat het EHRM vaak casuïstisch te werk gaat en bijna nooit inzicht geeft of kan geven in het achterliggende herstelbeleid. Deze problemen komen ook tot uiting in de door het EHRM gehanteerde schadevergoedingspraktijk ten aanzien van de door nabestaanden geleden immateriële schade. Dit doet niet af aan de verplichting van de nationale autoriteiten om conform de jurisprudentie van het EHRM invulling te geven aan het nationale rechtsstelsel.

##### 6.4.2 Beleid van het EHRM aangaande het recht van ‘secondary victims’ op vergoeding van affectieschade

Na bestudering van de (in paragraaf 6.3.2.2 besproken) jurisprudentie reizen de volgende twee belangrijke vragen: (I) vloeit uit de jurisprudentie van het EHRM voort, dat het EHRM onder toepassing van artikel 41 EVRM de nationale autoriteiten verplicht tot het toekennen van een algemeen recht op vergoeding van geleden immateriële schade aan ‘secondary victims’?; en (II) brengt de jurisprudentie van het EHRM met zich mee, dat het recht op een effectief rechtsmiddel (van artikel 13 EVRM) het nationale recht verplicht om aan ‘secondary victims’ een algemeen recht op een vergoeding voor de door hen geleden immateriële schade toe te kennen?

Het EHRM heeft in de jurisprudentie het door haar gevoerde schadevergoedingsbeleid aangaande de immateriële schade van nabestaanden nog niet expliciet inzichtelijk gemaakt. De antwoorden op deze vragen dienen dan ook op andere wijze te worden verkregen. Opvallend is dat naar deze aspecten door zowel nationale als internationale rechtswetenschappers weinig tot geen (diepgaand) onderzoek is verricht. De rechtsliteratuur biedt dan ook weinig mogelijkheden tot het verkrijgen van antwoorden op deze twee vragen.

---

<sup>436</sup> Zie hiervoor onder meer Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 61 & 62.

#### 6.4.2.1 *Verplicht artikel 41 EVRM tot het vergoeden van affectieschade van ‘secondary victims’?*

Aangaande de eerste vraag is van belang dat, ondanks dat het antwoord op deze vraag niet geheel duidelijk uit de jurisprudentie naar voren komt, het EHRM ogenschijnlijk het standpunt heeft ingenomen dat artikel 41 EVRM op zichzelf geen bevoegdheid geeft tot het geven van een rechterlijk bevel tot het verhelpen van schendingen van het beginsel ‘restitutio in integrum’ (rechtsherstel).<sup>437</sup> Volgens het EHRM voorziet de bepaling van artikel 41 EVRM op zichzelf niet in een regeling dat de nationale wetgeving verplicht tot het verstrekken van een individueel recht op een schadevergoeding. Derhalve lijkt het niet waarschijnlijk dat de jurisprudentie van het EHRM ex artikel 41 EVRM verplicht tot het toekennen van een recht op vergoeding van door nabestaanden geleden immateriële schade.

#### 6.4.2.2 *Verplicht artikel 13 EVRM tot het vergoeden van affectieschade van ‘secondary victims’?*

Met betrekking tot de tweede vraag (of uit de jurisprudentie van het EHRM voortvloeit dat onder artikel 13 EVRM het nationale recht verplicht is om aan ‘secondary victims’ een algemeen recht voor de door hen geleden immateriële schade toe te kennen) laat het antwoord zich minder eenvoudig formuleren. Naar alle waarschijnlijkheid is het beleid van het EHRM er niet direct op gericht om alle ‘secondary victims’ te voorzien van een recht op vergoeding voor immateriële schade. Wel kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat het beleid van het EHRM erop gericht is om, onder specifieke omstandigheden, nabestaanden een recht op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade toe te kennen. Onder welke omstandigheden het EHRM het toekennen van dergelijk recht aan nabestaanden onmisbaar acht, dient te worden beoordeeld aan de hand van een uitvoerige analyse van de jurisprudentie. In dit kader is onder meer van belang hoe de uitspraken *Öneryildiz v. Turkey*, *Ramsahai v. The Netherlands*, *Keenan v. United Kingdom*, *Bubbins v. United Kingdom* en *Zavoloka v. Latvia* zich tot elkaar verhouden; en waarom in de meerderheid van de zaken wel en in de minderheid van de zaken niet tot schending van artikel 13 EVRM wordt geconcludeerd.<sup>438</sup>

Kenmerkend is dat in de zaken *Öneryildiz v. Turkey*, *Ramsahai v. The Netherlands*, *Keenan v. United Kingdom*, *McGlinchey v. United Kingdom* en *Bubbins v. United Kingdom* sprake was van ernstig falend overheidsoptreden waarbij de slachtoffers kwamen te overlijden. Het EHRM oordeelde dat het ernstig falend overheidsoptreden resulteerde in een schending of een ‘arguable claim’ ten aanzien van de belangrijkste fundamentele mensenrechten (te weten: artikel 2 of 3 EVRM). Onder toepassing van artikel 41 EVRM constateerde het EHRM in al deze zaken dat het nationale recht niet voldoende compensatie/rechtsherstel bood voor de door de verzoekers (allen nabestaanden) geleden schade, en kende op grond hiervan aan de verzoekers een vergoeding toe voor de door hen geleden immateriële schade. Opvallend is dat in de zaken *Öneryildiz v. Turkey*, *Keenan v. United Kingdom*, *McGlinchey v. United Kingdom* en *Bubbins v. United Kingdom* eveneens schending van artikel 13 EVRM werd aangenomen, onder de motivering dat het nationale recht aan de nabestaanden niet voldoende of geen compensatie bood ter vergoeding van de door hen geleden immateriële schade.

Van belang is dat de uitspraak van het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* aanleiding geeft tot een meer nieuwe benadering voor de interpretatie en de reikwijdte van artikel 13 EVRM. Bepaalt het EHRM in deze uitspraak dat het ontbreken van een recht op vergoeding van immateriële schade van nabestaanden op zichzelf een ‘arguable claim’ is onder artikel 13 EVRM; of bepaalt het EHRM dat indien sprake is van een ‘arguable claim’ onder artikel 2 EVRM en in het nationale recht aan nabestaanden geen recht op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade wordt toegekend, dit een ‘arguable claim’ onder artikel 13 EVRM oplevert? Het antwoord op deze vraag is essentieel voor de vraag, of de jurisprudentie van het EHRM met zich meebrengt dat het recht op een effectief rechtsmiddel (van artikel 13 EVRM) het nationale recht verplicht om

<sup>437</sup> Zie hiervoor Nifosi-Sutton 2010, p. 55.

<sup>438</sup> Zie hiervoor eveneens Colliginon-Smit Sibinga & Mewa 2011.

aan 'secondary victims' een algemeen recht op een vergoeding voor de door hen geleden immateriële schade toe te kennen. Het verband tussen artikel 2 EVRM en artikel 13 EVRM is in dit kader van essentieel belang. De wijze waarop de uitspraak van het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* dient te worden geïnterpreteerd en uitgelegd is dan ook bepalend. Opmerkelijk is dat omtrent dit aspect van de uitspraak maar weinig rechtswetenschappelijke artikelen geschreven zijn.

Martin meent dat niet duidelijk is wat het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* heeft doen overwegen om te concluderen dat sprake is van een 'arguable claim'.<sup>439</sup> Martin wijst ten aanzien hiervan op twee mogelijke visies van het EHRM. In de eerste plaats is het mogelijk dat het EHRM tot dit oordeel is gekomen vanuit de overweging dat, terwijl voldaan is aan de verplichtingen onder artikel 2 EVRM, de afwezigheid van een 'civil remedy' (civiel rechtsmiddel) tot het verkrijgen van een schadevergoeding voor de geleden immateriële schade met zich meebrengt dat sprake is van een 'arguable claim' onder artikel 13 EVRM. In de tweede plaats is het mogelijk dat het EHRM tot dit oordeel is gekomen vanuit de overweging, dat simpelweg sprake was van een 'arguable claim' onder artikel 2 EVRM. Volgens Martin leidt de tweede visie tot een meer logische conclusie tussen de relatie tussen artikel 2 en artikel 13 EVRM.

In navolging hierop kan erop gewezen worden dat het EHRM in de zaak *Zavoloka v. Latvia* de vordering tot vergoeding van de door de nabestaanden geleden immateriële schade heeft afgewezen. Het EHRM oordeelde in deze zaak dat geen sprake was van een schending van artikel 2 EVRM. Wanneer deze uitspraak van het EHRM in samenhang wordt gezien met de uitspraak in de zaak *Bubbins v. United Kingdom*, zou hieruit kunnen worden afgeleid dat het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* inderdaad tot het oordeel (dat sprake was van een 'arguable claim') is gekomen vanuit de overweging dat in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* sprake was van een 'arguable claim' onder artikel 2 EVRM; en dat nu het nationale recht aan de nabestaande geen recht toekende voor de geleden immateriële schade sprake was van een 'arguable claim' onder artikel 13 EVRM. Immers wanneer het EHRM tot het oordeel was gekomen dat sprake was van een 'arguable claim', middels de eerste door Martin aangedragen mogelijke overweging, dan had het EHRM naar alle waarschijnlijkheid eveneens in de zaak *Zavoloka v. Latvia* geoordeeld dat, terwijl voldaan is aan de verplichtingen onder artikel 2 EVRM, de afwezigheid van een 'civil remedy' tot het verkrijgen van een schadevergoeding voor de geleden immateriële schade met zich meebrengt dat sprake is van een 'arguable claim' onder artikel 13 EVRM.

Wijnakker wijst er daarentegen op dat, nu het EHRM in andere arresten juist duidelijk maakt dat het EVRM in beginsel ook kan doorwerken in verhoudingen tussen burgers onderling, het te makkelijk is om voor het onthouden van een schadevergoeding aan *Zavoloka* de rechtvaardiging te zoeken in het feit dat haar dochter om het leven is gebracht door een burger, terwijl *Bubbins* om het leven was gebracht door een ambtenaar.<sup>440</sup> Daarnaast benadrukt Wijnakker dat het EHRM in de *Zavoloka v. Latvia* een beroep op horizontale werking van artikel 13 EVRM niet heeft uitgesloten, nu het EHRM de zaak namelijk niet 'manifestly ill-founded' heeft verklaard maar de zaak 'gewoon' inhoudelijk behandeld heeft. Wijnakker acht het om deze redenen denkbaar dat wanneer op dit moment bij het EHRM (onder begeleiding van een actueel overzicht van de lidstaten die nabestaanden wel aanspraak geven op een vergoeding van de door hen geleden immateriële schade) een klacht wordt ingediend over het niet vergoeden van affectieschade, het EHRM afwijkt van haar uitspraak zoals gedaan in de zaak *Zavoloka v. Latvia* en de met haar uitspraak in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* ingeslagen weg voortzet.<sup>441</sup> Wijnakker wijst er hierbij op dat het EHRM (onverplicht) overweegt positief te staan tegenover een vergoeding van affectieschade bij overlijden in situaties waarin de staat niet (mede)

<sup>439</sup> Zie voor de volledige zaakanalyse Martin 2006.

<sup>440</sup> Zie hiervoor Wijnakker 2010, p. 314.

<sup>441</sup> Zie hiervoor Wijnakker 2010, p. 314.

verantwoordelijk is voor het overlijden,<sup>442</sup> en dat het EHRM het EVRM ziet als een “*living instrument which must be interpreted in the light of present day conditions*”<sup>443</sup>. Dit laatste zou ertoe kunnen leiden dat de ontwikkelingen binnen de nationale rechtstelsels van de lidstaten van de Raad van Europa het EHRM bewegen tot het nemen van een aan de uitspraak in de *Zavoloka v. Latvia* zaak tegenovergesteld oordeel. De door Wijnakker aangedragen argumenten klinken plausibel maar, dat het EHRM bij een dergelijke klacht een aan de uitspraak in de zaak *Zavoloka v. Latvia* tegenovergesteld oordeel zal nemen (en daarmee een vergoeding voor de geleden immateriële schade zal toekennen) kan op dit moment nog niet zonder meer worden aangenomen. Nadere uitspraken van het EHRM zullen hieromtrent meer duidelijkheid moeten bieden.

Uit voorgaande kan in ieder geval worden afgeleid dat indien bij overlijden van een persoon (als gevolg van onrechtmatig handelen van een ander) sprake is van ernstig falend optreden van de overheid, het EHRM de nabestaanden -op grond van een schending van of een ‘arguable claim’ onder artikel 2 of 3 EVRM- in beginsel een vergoeding voor de door hen geleden immateriële schade toekent. Hierbij is het kenmerkend dat het bestaan van de schade direct uit de schending van het EVRM ontstaat; het bestaan van de geleden schade hoeft niet bewezen te worden. Of het EHRM in de gewezen jurisprudentie voor ogen heeft dat de afwezigheid van een ‘civil remedy’ tot het verkrijgen van een schadevergoeding voor de geleden affectieschade een ‘arguable claim’ onder artikel 13 EVRM met zich meebrengt, valt nog niet met zekerheid te zeggen. Om hieromtrent meer duidelijkheid te verkrijgen is het noodzakelijk dat meer zaken aangaande dit vraagstuk voor het EHRM worden aangebracht.

#### 6.4.3 Is het Nederlandse recht in overeenstemming met het door het EHRM gevoerde beleid?

Zoals in paragraaf 6.4.2 al naar voren is gekomen zullen nieuwe uitspraken van het EHRM meer inzicht moeten bieden omtrent het beleid van het EHRM aangaande de toekenning van het recht op vergoeding van immateriële schade aan nabestaanden. Welke gevolgen de uitspraken van het EHRM in de zaken *Bubbins v. United Kingdom* en *Zavoloka v. Latvia* voor de Nederlandse schadevergoedingspraktijk hebben is nog niet geheel duidelijk. Pas na nieuwe uitspraken van het EHRM hieromtrent kunnen de gevolgen voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht met meer zekerheid worden vastgesteld. Op dit moment kunnen uit de jurisprudentie van het EHRM in ieder geval de volgende verplichtingen voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht worden afgeleid.

Het Nederlandse schadevergoedingsrecht dient aan nabestaanden van een (door onrechtmatig handelen van een ander) overleden persoon in ieder geval een recht op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade toe te kennen, indien sprake is van ernstig falend optreden van de Nederlandse overheid en sprake is van een schending van artikel 2 of 3 EVRM. In dit verband is van belang dat een dergelijke schending kan ontstaan door zowel onrechtmatig handelen als nalatigheid van de staat. Denkbaar is dat een dergelijke situatie zich ook in Nederland voor kan doen. Zo kan aangaande ‘onterecht nalaten’ worden gedacht aan situaties waarin de staat had kunnen en moeten ingrijpen bij huiselijk geweld,<sup>444</sup> kindermishandeling,<sup>445</sup> ter voorkoming van zelfdoding,<sup>446</sup> het plegen van een moord,<sup>447</sup> en gevaarlijke/gebrekkige weginrichting (in de zin van artikel 6:174 BW).<sup>448</sup> Maar ook wanneer geen sprake is van een schending, maar sprake is van een ‘arguable claim’

<sup>442</sup> Wijnakker 2010, p. 314 & 315.

<sup>443</sup> EHRM 25 april 1978 (*Tyrer v. United Kingdom*), appl. no. 5856/72, par. 31.

<sup>444</sup> EHRM 31 mei 2007 (*Kontrová v. Slovakia*), appl. no. 7510/04, par. 64 & 65.

<sup>445</sup> EHRM 10 mei 2001 (*Z. and others. v. United Kingdom*), appl. no. 29392/95, *ECHR* 2001-IV, par. 109.

<sup>446</sup> EHRM 3 april 2001 (*Keenan v. United Kingdom*), appl. no. 27229/95, *ECHR* 2002-II, par. 130-132. Voorbeeld van geen schending: EHRM 7 januari 2003 (*Younger v. United Kingdom*), appl. no. 57420/00.

<sup>447</sup> EHRM 14 maart 2002 (*Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*), appl. no. 46477/99, *ECHR* 2002-II, par. 97 & 101.

<sup>448</sup> Zie hiervoor eveneens Wijnakker 2010, p. 314.



onder artikel 2 of 3 EVRM zal het nationale recht eveneens in een recht op vergoeding van de door nabestaanden geleden immateriële schade moeten voorzien.<sup>449</sup>

Op grond van voorgaande kan geconcludeerd worden dat uit de jurisprudentie van het EHRM voortvloeit dat wanneer het nationale recht in geval van een schending van of een ‘arguable claim’ onder artikel 2 of 3 EVRM geen recht op vergoeding van immateriële schade voor nabestaanden waarborgt, dit tot gevolg heeft dat de ex artikel 13 EVRM vereiste ‘effective remedy’ (en de daarmee samenhangende toegang tot de rechter) voor nabestaanden ontbreekt en sprake is van een schending van artikel 13 EVRM. In de hoofdstukken 1 tot en met 4 van deze scriptie is duidelijk naar voren gekomen dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht hierin niet voorziet. Nu het Nederlandse schadevergoedingsrecht nabestaanden van slachtoffers (die als gevolg van onrechtmatig handelen waarvoor de overheid mede aansprakelijk kan worden gesteld) ten onrechte geen recht op een vergoeding van de door hen geleden immateriële schade toekent, dient te worden geconcludeerd dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht niet in overeenstemming is met de jurisprudentie van het EHRM.

Een interessante vraag is, of de invoering van de wetwijziging in de Wsg<sup>450</sup> (zoals deze op 31 mei 2011 in de Eerste Kamer is aangenomen, en naar verwachting op 1 januari 2012 in werking zal treden) hier verandering in zal brengen. Mijns inziens niet, de wijzigingen in de Wsg bieden aan nabestaanden niet afdoende mogelijkheden tot het vorderen van een vergoeding van de door hen geleden immateriële schade om aan de lijn van de jurisprudentie van het EHRM tegemoet te komen. In de eerste plaats geeft de nieuwe regeling nabestaanden geen algemeen recht tot vordering van een vergoeding van de door hen geleden affectieschade. De Wsg biedt slechts een uitkering voor de door slachtoffers en diens nabestaanden geleden schade die om één of andere reden geen vergoeding voor de door hen geleden schade kunnen krijgen. In de tweede plaats is de kring van gerechtigden, zoals deze in de nieuwe regeling is opgenomen, te beperkt. Alleen nabestaanden van slachtoffers van met opzet gepleegde geweldsmisdrijven kunnen aanspraak maken op een uitkering van het Schadefonds ter compensatie van de door hen geleden affectieschade. Van belang hierbij is dat (Nederlandse) overheidsinstanties strafrechtelijk immuniteit genieten.<sup>451</sup> Daardoor zullen nabestaanden van slachtoffers welke om het leven zijn gekomen door onrechtmatig handelen van de overheid naar verwachting buiten de regeling vallen. Daarnaast is de reikwijdte van de kring van gerechtigden te beperkt, doordat nabestaanden van slachtoffers die als gevolg van bijvoorbeeld nalatigheid door de overheid om het leven zijn gekomen evenmin aanspraak kunnen maken op een uitkering van het Schadefonds. In de derde plaats hebben nabestaanden slechts recht op een (beperkte) uitkering in plaats van een ‘full reparation’.

#### 6.4.4 Gevolgen voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht

Nu de Nederlandse wetgever en rechtelijke macht gebonden zijn aan het Europese recht, dient het Nederlandse schadevergoedingsrecht aangaande de vergoeding van immateriële schade van ‘secondary victims’ in overeenstemming te worden gebracht met het recht op Europees niveau. Het staat Nederland in beginsel vrij een manier te kiezen waarop dit resultaat wordt bereikt: middels rechtspraak of middels regulering in een wettelijke regeling.

Om meerdere redenen (waaronder het grote draagvlak in de Nederlandse samenleving voor een dergelijke wettelijke regeling, de bevordering van rechtseenheid en rechtszekerheid, en de wenselijkheid vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief) kan worden geconcludeerd dat het de voorkeur verdient om te komen tot een wettelijke regeling. Het door de politiek aangedragen tegenargument aangaande het risico op een claimcultuur is niet overtuigend. De één op één vergelijking tussen Nederland en de Verenigde Staten kan

<sup>449</sup> EHRM 17 maart 2005 (*Bubbins v. United Kingdom*), appl. no. 50196/99, ECHR 2005-II.

<sup>450</sup> *Kamerstukken II* 2009/2010, 32 363, nr. 1, 2, 7 & 8. Zie hiervoor de paragrafen 1.4 en 3.3.1.

<sup>451</sup> HR 23 april 1996 (*Pikmeer I*), NJ 1996, 513 (m.nt. 't H).

in dit opzicht niet worden gemaakt. De sociaal-economische factoren die van invloed zijn op de eventuele ontwikkeling van een claimcultuur (zoals het niveau van sociale voorzieningen) verschillen in Nederland immers op veel vlakken van die in de Verenigde Staten. Daarnaast heeft de komst van het recht op vergoeding van affectieschade ook in landen als België en Engeland niet tot een claimcultuur geleid.<sup>452</sup> Het is daarom wenselijk dat de Nederlandse wetgever alsnog alle mogelijkheden tot het opnemen van een wettelijke regeling, die vergoeding van affectieschade mogelijk maakt, nagaat.

De nationale rechters zijn gebonden aan de uitspraken van het EHRM, en dienen op zijn minst even ruimhartig te zijn als het EHRM. Nabestaanden van personen die als gevolg van onrechtmatig handelen van een ander om het leven zijn gekomen, en waarbij op grond van ernstig falend optreden van de overheid sprake is van een schending van of een ‘arguable claim’ onder artikel 2 of 3 EVRM, kunnen zich (op grond van de directe werking van de EHRM-jurisprudentie) in de Nederlandse rechtszaal rechtstreeks beroepen op de jurisprudentie van het EHRM en op grond hiervan een schadevergoeding vorderen voor de door hen geleden affectieschade. Wanneer de nationale rechters de jurisprudentie van het EHRM hierbij niet in acht nemen kunnen benadeelden hieromtrent een klachtprocedure starten bij het EHRM. Bij het EHRM kan in dit geval verder worden geprocedeerd ter verkrijging van een aanvullende schadevergoeding.

#### 6.4.5 Mogelijkheden voor Nederlandse nabestaanden tot een beroep op de jurisprudentie van het EHRM

Aangezien geconcludeerd kan worden dat het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht aangaande de vergoeding van immateriële schade van derden niet in overeenstemming is met de lijn die uit de jurisprudentie van het EHRM kan worden afgeleid, is voor naasten en nabestaanden de vraag van belang of zij op grond van de jurisprudentie van het EHRM een vergoeding van de door hen geleden affectieschade kunnen vorderen. Omdat de jurisprudentie van het EHRM hier aanleiding toe geeft zullen de mogelijkheden voor een beroep op de jurisprudentie van het EHRM van naasten en nabestaanden gescheiden van elkaar besproken worden.

Naasten van slachtoffers met niet-dodelijk letsel kunnen in theorie aanspraak maken op een schadevergoeding, indien sprake is van een schending van het EVRM en causaal verband bestaat tussen de geleden schade en de schending van het EVRM.<sup>453</sup> In de praktijk wordt daarentegen in dergelijke situaties aan ‘secondary victims’ niet snel een schadevergoeding voor de door hen geleden immateriële schade toegekend.<sup>454</sup> De jurisprudentie van het EHRM biedt daarom aan naasten die een schadevergoeding willen vorderen voor de door hen geleden immateriële schade als gevolg van het ernstige letsel van een naaste (nog) geen duidelijke rechtsgrond. Waarschijnlijk zal de uitspraak *Oyal v. Turkey*<sup>455</sup> onder soortgelijke omstandigheden rechtsgrond kunnen bieden. Afgevraagd kan worden of de uitspraken van het EHRM in de zaken *Öneryildiz v. Turkey*, *McGlinchey v. United Kingdom*, *Bubbins v. United Kingdom* en *Oyal v. Turkey* mogelijk rechtsgrond kunnen bieden voor naasten van slachtoffers van de ‘brand in Moerdijk’ (op 5 januari 2011)<sup>456</sup> en van nieuwe aansprakelijkheden, zoals lichamelijk letsel veroorzaakt door straling afkomstig van hoogspanningsmasten en vervuiling afkomstig van fabrieken.

Ten aanzien van nabestaanden biedt de jurisprudentie van het EHRM, zoals het er nu uitziet, slechts voor een beperkte groep rechtsgrond. Voornamelijk de uitspraak van het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* kan voor een groep Nederlandse nabestaanden van grote waarde zijn bij hun rechtsvordering tot vergoeding

<sup>452</sup> Zie hiervoor Hartlief 2004a; Van Schoubroek 2004.

<sup>453</sup> Bona, Mewad & Lindenberg 2005, p. 481.

<sup>454</sup> Zo blijkt onder meer uit de uitspraak EHRM 27 juni 2000 (*Ilhan v. Turkey*), appl. no. 22277/93, ECHR 2000-VII.

<sup>455</sup> EHRM 23 maart 2010 (*Oyal v. Turkey*), appl. no. 4864/05.

<sup>456</sup> Ten aanzien waarvan de Inspectie Openbare Orde en Veiligheid concludeerde dat de gemeente Moerdijk en de veiligheidsregio Midden- en West-Brabant grote steken hebben laten vallen in de voorbereiding op wezenlijke risico's binnen het eigen verzorgingsgebied. Zie hiervoor Inspectie Openbare Orde en Veiligheid 2011 (<<http://www.moerdijk.nl/docs/BrandChemie-Pack/IOOV.pdf>>) en eveneens <[http://www.moerdijk.nl/107354/Rapport\\_Inspectie\\_Openbare\\_Orde\\_en\\_Veiligheid\\_en\\_Arbeidsinspectie.html](http://www.moerdijk.nl/107354/Rapport_Inspectie_Openbare_Orde_en_Veiligheid_en_Arbeidsinspectie.html)> (geraadpleegd op 30 augustus 2011).

van affectieschade. Van welke waarde deze uitspraak van het EHRM is en voor welke nabestaanden het rechtsgrond biedt, is op dit moment niet geheel duidelijk. Ogenschijnlijk is het bereik van de rechtsregel deze uitspraak in beginsel beperkt tot geschillen met de overheid. De jurisprudentie van het EHRM biedt naar het zich laat aanzien slechts rechtsgrond voor die nabestaanden waarbij de overheid (mede)verantwoordelijk is voor het overlijden van de naasten, en waarbij sprake is van een schending van of een ‘arguable claim’ onder artikel 2 of 3 EVRM.<sup>457</sup> Dit lijkt door het EHRM in de zaak *Zavoloka v. Latvia* bevestigd te worden, waarin het EHRM oordeelde dat uit het EVRM geen recht op vergoeding van immateriële schade voor ‘secondary victims’ voortvloeit wanneer de staat niet (mede)verantwoordelijk is voor het overlijden van de burger.<sup>458</sup>

De uitspraak van het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* biedt in ieder geval rechtsgrond voor de vergoeding van immateriële schade aan de nabestaanden van de slachtoffer(s) van de ‘Brand in het cellencomplex te Schiphol’ (op 26 en 27 oktober 2005) en de ‘Strandrellen in Hoek van Holland’ (op 22 augustus 2009). Kenmerkend ten aanzien van deze incidenten is dat de overheid (c.q. een persoon in uitvoering van zijn ambtelijke functie) aansprakelijk is gehouden voor het overlijden van de slachtoffers. Aangaande de ‘Vuurwerkkramp Enschede’ (op 13 mei 2000) heeft de Nederlandse rechter geoordeeld dat de overheid niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de onjuiste vergunningverlening.<sup>459</sup> Onder verwijzing naar de uitspraken van het EHRM in de zaken *Öneryildiz v. Turkey* en *Bubbins v. United Kingdom* kan men zich echter afvragen of deze rechtsgang, zoals deze de nabestaanden en de slachtoffers van de vuurwerkkramp geboden is, door het EHRM gekwalificeerd zal worden als een ‘effective remedy’.<sup>460</sup> Het beginsel van formele rechtskracht belet de slachtoffers immers om de vergunningverlening door de gemeente te laten toetsen. Daarnaast is de gemeente strafrechtelijk immuun,<sup>461</sup> en kunnen nabestaanden van de slachtoffers van de vuurwerkkramp op grond van het Nederlandse recht geen aanspraak maken op een vergoeding van de door hen geleden immateriële schade.

Het ligt in de lijn der verwachtingen dat de uitspraak van het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* eveneens rechtsgrond kan bieden aan de nabestaanden van de slachtoffers van het ‘Schietincident in Alphen aan den Rijn’ (op 9 april 2011). Gebleken is dat de drie vuurwapens, die Van der V. tijdens het schietincident heeft gebruikt, onder een aan hem (door de korpschef van de politieregio Hollands Midden) verleend wapenverlof vielen. Uit een Rijksrechercheonderzoek naar de verlofverlening(en) van Van der V. is naar voren gekomen dat, ondanks dat de voorgeschreven procedures voor de verlofverlening en verlenging zijn gevolgd, bij de beoordeling van de verlofaanvraag in 2008 de bij de politie aanwezige registratie uit 2006 (gedwongen opname van Van der V. in het kader van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen<sup>462</sup>) onterecht niet is meegewogen.<sup>463</sup> Onder artikel 7 Wet Wapens en Munitie wordt aangenomen dat het in beginsel niet verantwoord is om aan iemand die onder sterke psychische druk staat het voorhanden hebben van vuurwapens en munitie toe te vertrouwen. Dit is slechts anders indien een arts/psychiater schriftelijk verklaart dat de problemen geen belemmering vormen om aan betrokkene een vergunning te verlenen voor het voorhanden hebben van (vuur)wapens. De registratie uit 2006 had op grond hiervan minimaal moeten leiden tot een verzoek aan Van der V. om een dergelijke verklaring.<sup>464</sup> Het verlof is daarmee in strijd met de Wet Wapens en Munitie aan Van der V. toegekend en verlengd. Sterk betwijfeld kan worden

<sup>457</sup> EHRM 18 juni 2002 (*Öneryildiz v. Turkey*), *NJB* 2002, p. 1615 e.v.; *ECHR* 2002, 64 (m.nt. Jansen); EHRM 17 maart 2005 (*Bubbins v. United Kingdom*), appl. no. 50196/99, *ECHR* 2005-II; EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems). Zie hiervoor eveneens Lindenberg 2008a, p. 58-61; Wijnakker 2010, p. 313.

<sup>458</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems).

<sup>459</sup> Zie hiervoor eveneens J.M. Beer, ‘Vergoeding van personenschade en het EVRM’, *Ars Aequi* 2006 <[http://www.beeradvocaten.nl/pdf/JMB\\_ArtikelArsAequiPersonenschadeenEVRMapril2006.pdf](http://www.beeradvocaten.nl/pdf/JMB_ArtikelArsAequiPersonenschadeenEVRMapril2006.pdf)> (geraadpleegd op 22 juni 2011).

<sup>460</sup> Rb. ’s-Gravenhage 24 december 2003 (*Vuurwerkkramp Enschede*), *NJ* 2004, 230.

<sup>461</sup> HR 23 april 1996 (*Pikmeer I*), *NJ* 1996, 513 (m.nt. ’t H).

<sup>462</sup> Wet van 29 oktober 1992, tot vervanging van de Wet van 27 april 1884, *Stb.* 96, tot regeling van het Staatstoezicht op krankzinnigen.

<sup>463</sup> Zie hiervoor Openbaar Ministerie 2011b, p. 11, 12 & 17.

<sup>464</sup> Zie hiervoor Openbaar Ministerie 2011b, p. 12.

of Van der V. deze verklaring zou hebben gekregen, aangezien hij psychische hulp kreeg vanwege diverse zelfmoordpogingen. Gezien de onjuiste verlening en verlengingen van het wapenverlof aan Van der V. kan in ieder geval worden geconcludeerd dat sprake is van ernstig falend optreden van de Nederlandse overheid. Naar verwachting leveren de omstandigheden in ieder geval een 'arguable claim' op onder artikel 2 EVRM. Vaststaat dat de nabestaanden van de slachtoffers op grond van het Nederlandse recht geen effectief rechtsmiddel toekomt om een vergoeding te krijgen voor de door hen geleden immateriële schade. Nabestaanden van slachtoffers van het schietincident kunnen om deze reden op grond van de jurisprudentie van het EHRM (meer in het bijzonder de uitspraak in de zaak *Bubbins v. United Kingdom*) aanspraak maken op een vergoeding van de door hen geleden affectieschade.

Uit voorgaande blijkt dat de jurisprudentie van het EHRM (meer specifiek: de uitspraken in de zaak *Keenan v. United Kingdom* en *Bubbins v. United Kingdom*) in ieder geval voor een (beperkte) groep nabestaanden mogelijkheden biedt tot het vorderen van een vergoeding van de door hen geleden affectieschade. Wellicht biedt de uitspraak van het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* in de toekomst voor meer nabestaanden rechtsgrond maar, zoals dit al in paragraaf 6.4.2 naar voren is gekomen, dit is (nog) niet geheel duidelijk.<sup>465</sup> Toekomstige uitspraken van het EHRM zullen hieromtrent meer duidelijkheid moeten brengen.

## **6.5 Uitleiding**

Op Europees niveau wordt blijk gegeven van een voorkeur voor het uitkeren van smartengeld voor nabestaanden. Op dit moment bieden de arresten van het EHRM in ieder geval voldoende basis voor het recht op vergoeding van affectieschade aan nabestaanden, indien de staat (mede) verantwoordelijk is voor het overlijden van een naaste. Opmerkelijk is dat in de Nederlandse politiek bij de parlementaire behandeling aangaande het recht op vergoeding van affectieschade al deze aspecten van het recht op Europees niveau geen enkele keer ter sprake zijn gekomen; men is er volledig aan voorbij gegaan.

---

<sup>465</sup> Wijnakker, Collignon-Smit Sibinga en Mewa lijken eveneens dit standpunt in te nemen. Zie hiervoor onder meer Wijnakker 2010 en Collignon-Smit Sibinga & Mewa 2011.

## 7. Conclusie

### 7.1 Inleiding

In deze scriptie is allereerst de positie van ‘secondary victims’ in het Nederlandse schadevergoedingsrecht in kaart gebracht.<sup>466</sup> Hierop volgend is een rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de positie van ‘secondary victims’ aangaande het recht op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade.<sup>467</sup> Hierbij zijn onder meer de regelingen van België, Duitsland, Engeland en Frankrijk uiteengezet. Ten slotte is onderzoek verricht naar de positie van ‘secondary victims’ aangaande het recht op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade in het recht op Europese niveau.<sup>468</sup> Met deze scriptie is geprobeerd antwoord te geven op de volgende onderzoeksvraag:

*Hoe wordt in het Nederlandse recht, het nationale recht van diverse andere Europese landen en het Europese recht, binnen het niet-contractuele aansprakelijkheidsrecht, omgegaan met de immateriële schade die nabestaanden en naasten lijden, als gevolg van het overlijden of ernstig letsel van een naaste welke is ontstaan door onrechtmatig handelen van een ander, en de mogelijkheid tot vergoeding van deze schade; en biedt het Europese recht voor de nabestaanden en/of naasten (die op grond van het Nederlandse schadevergoedingsrecht geen aanspraak kunnen maken op vergoeding van hun affectieschade) mogelijkheden om aanspraak te kunnen maken op een vergoeding van de door hen geleden affectieschade?*

Om deze onderzoeksvraag zo goed mogelijk te kunnen beantwoorden, zijn drie deelvragen geformuleerd.<sup>469</sup> Deze deelvragen zullen in de paragrafen 7.2 tot en met 7.4 (kort) worden beantwoord.

### 7.2 Deelvraag 1: Affectieschade vanuit nationaal, rechtsvergelijkend en Europees perspectief

Hoe wordt in het Nederlandse recht, het nationale recht van diverse andere Europese landen en het Europese recht (binnen het niet-contractuele aansprakelijkheidsrecht) omgegaan met de immateriële schade die nabestaanden en naasten lijden als gevolg van het overlijden of ernstig letsel van een naaste (welke is ontstaan door onrechtmatig handelen van een ander) en de mogelijkheid tot vergoeding van deze schade?

#### 7.2.1 De positie van nabestaanden en naasten in het Nederlandse schadevergoedingsrecht

Geconcludeerd kan worden dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht onevenwichtig is. De Nederlandse wetgeving kent een vergoeding voor immateriële schade toe aan degene die bijvoorbeeld zwaar lijdt onder het geluid van onrechtmatig kraaiende hanen van zijn buurman; of geestelijk letsel oploopt als gevolg van een ongewenste zwangerschap, een onrechtmatige beslaglegging, het verlies van een ‘geesteskind’ in de vorm van een familiebedrijf dat door een fout van de kredietverstrekker ten gronde gaat, of de dood van een naaste indien de dader het oogmerk had de derde te kwetsen.<sup>470</sup> Een recht op vergoeding van immateriële schade wordt daarentegen niet toegekend aan nabestaanden en naasten die als gevolg van overlijden of ernstig letsel van een naaste (welke veroorzaakt is door onrechtmatige handelen van een ander) immateriële schade lijden. In het Nederlandse schadevergoedingsrecht verhindert de structuur van de artikelen 6:106, 6:107 en 6:108 BW een vordering tot vergoeding van dergelijke immateriële schade aan de zijde van een derde.<sup>471</sup>

<sup>466</sup> Zie hoofdstukken 1 tot en met 4.

<sup>467</sup> Zie hoofdstuk 5.

<sup>468</sup> Zie hoofdstuk 6.

<sup>469</sup> Zie de inleiding van deze scriptie.

<sup>470</sup> Zie hiervoor respectievelijk HR 1 november 1996 (*Kraaiende Hanen*), NJ 1997, 134; HR 21 februari 1997 (*Wrongful Birth*), NJ 1999, 145 (m.nt. CJBH); HR 2 mei 1997 (*Kip/Rabobank*), NJ 1997, 662 (m.nt. Ma) en HR 26 juni 1998 (*Kramer/ABN AMRO*), NJ 1998, 778 waarin de mogelijkheid van smartengeld uitdrukkelijk werd opengelaten. Zie hiervoor eveneens *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3, p. 4.

<sup>471</sup> Parl. Gesch. Boek 6, V.V. I Inv. p. 1272; *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 781, nr. 3 p. 3.

Hieruit vloeit voort dat het onderscheid en de verhouding tussen shockschade en affectieschade in het Nederlandse recht van groot belang is. De rechter dient bij de vaststelling van een schadevergoeding voor shockschade namelijk een ‘vermindering’ in de vergoeding aan te brengen ter hoogte van het deel van het leed dat veroorzaakt wordt door enkel het overlijden of het ernstige letsel van de naaste. Ten aanzien hiervan dient geconcludeerd te worden dat het huidige Nederlandse personenschadevergoedingsrecht niet (goed) berekend is op de situatie waarin sprake is van samenloop tussen shockschade en affectieschade. Het is niet wenselijk en onmogelijk om mensen met shockschade (voordat zij in aanmerking kunnen komen voor een vergoeding van de door hen geleden shockschade) te laten aantonen dat de door hen geleden schade enkel het gevolg is van de schokkende gebeurtenis. Daarnaast is het niet wenselijk en voor de rechter onmogelijk om een ‘goed’ onderscheid te maken tussen shockschade en affectieschade. Psychisch letsel leent zich hier niet voor. Dientengevolge is de rechter niet (goed) in staat om een ‘redelijke en billijke’ vermindering, wegens de schade die zijn oorzaak vindt in de affectieve sfeer, aan te brengen op de toekomstige vergoeding voor de shockschade.

Gebleken is dat in de Nederlandse samenleving veel draagvlak bestaat voor het toekennen van het recht op vergoeding van affectieschade aan naasten en nabestaanden. Een vergoeding van affectieschade wordt in dit opzicht meer gezien als een middel om een hoger gelegen doel te bereiken, dan als een doel op zich.<sup>472</sup> De verwachting is dat de vergoeding voor affectieschade onder meer zal bijdragen aan de behoefte van naasten en nabestaanden aan herstel van de onrechtvaardigheid in relatie tot de verantwoordelijke partij.<sup>473</sup> De ontwikkelingen van de laatste decennia (waaronder dat er steeds meer aandacht is voor de emotionele kant van letselzaken; de behoeften van slachtoffers en hun naasten of nabestaanden) dwingen de wetgever zijn keuze te heroverwegen. Onder meer naar aanleiding hiervan is het wetsvoorstel Affectieschade ingediend. Geconcludeerd kan worden dat de redenen, zoals de Eerste Kamer deze voor de afwijzing van het wetsvoorstel heeft aangedragen, weinig overtuigend zijn of bij de invulling van een wettelijke regeling kunnen worden ondervangen.

### 7.2.2 De positie van nabestaanden en naasten in nationale rechtsstelsels van andere Europese landen

Tussen de nationale rechtsstelsels van Europese landen bestaat grote verscheidenheid in vormgeving en invulling van de regelingen aangaande de vergoeding van affectieschade. Deze verscheidenheid kan wellicht worden verklaard door het verschil in culturele achtergronden.<sup>474</sup> Belangrijk is te constateren dat het recht op smartengeld voor nabestaanden internationaal gezien terrein wint. Door de rol van het EHRM ontstaan binnen Europa (in grote lijnen) steeds meer overeenkomsten in de diverse nationale wettelijke regelingen. Ondanks deze lijn is het Nederlandse recht aanzienlijk terughoudender en restrictiever wanneer het gaat om de toekenning van een vergoeding van affectieschade.

### 7.2.3 De positie van nabestaanden en naasten in het recht op Europees niveau

Het recht op Europees niveau bevat geen directe bepalingen die naasten en/of nabestaanden een recht op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade geeft, indien een naaste als gevolg van onrechtmatig handelen van een ander ernstig blijvend letsel oploopt of komt te overlijden. Desondanks wordt ook op Europees niveau blijk gegeven van een voorkeur voor het uitkeren van smartengeld aan nabestaanden. Gewezen kan worden op de beginselen 13 en 19 van de door het Comité van Ministers van de Raad van Europa aangenomen Resolutie (75)7, artikel 10:301 PETL en artikel VI-2:202 DCFR. Deze artikelen pleiten voor de toekenning van een recht op vergoeding van affectieschade aan nabestaanden en naasten, indien het

<sup>472</sup> Zie hiervoor Akkermans e.a. 2008, p. 71-73.

<sup>473</sup> Zie hiervoor Akkermans e.a. 2008, p. 71-73.

<sup>474</sup> Zie hiervoor ook Collignon-Smit Sibinga 2006, p. 275.

overlijden van of het oplopen van ernstig letsel door een naaste het gevolg is van onrechtmatig handelen van een ander.

Belangrijker in dit opzicht is de jurisprudentie van het EHRM. Het EHRM heeft in een aantal zaken op grond van artikel 41 EVRM aan nabestaanden (van personen die als gevolg van een onrechtmatige daad van een ander zijn overleden) een vergoeding voor de door hen geleden immateriële schade toegekend. Aangezien artikel 2 en 3 EVRM moeten worden gerekend tot de ‘most fundamental provisions of the convention’ heeft het EHRM in meerdere uitspraken geoordeeld dat bij schending van artikel 2 of 3 EVRM aan nabestaanden, als onderdeel van de ‘range of redress’ (aanbod van verhaal), in beginsel een recht op compensatie van immateriële schade ter beschikking moet worden gesteld.<sup>475</sup> Hierbij wordt het volgende onderscheid gemaakt:

- (I) In de situatie waarin het intreden van de dood van het directe slachtoffer als ‘unlawfull’ dient te worden aangemerkt, worden ouders, echtgenoten, kinderen, broer en zussen tot de kring van gerechtigden van gerechtigden gerekend.
- (II) In de situatie waarin de dood van het directe slachtoffer niet als ‘unlawfull’ kan worden aangemerkt, maar de nationale autoriteiten hebben gefaald in de uitvoering van het onderzoek naar de omstandigheden waaronder het directe slachtoffer om het leven is gekomen, is de kring van gerechtigden beperkt tot de directe familie van de overledene; broers en zussen worden hier niet toe gekwalificeerd.<sup>476</sup>

Het EHRM acht de immateriële schade van ‘secondary victims’ die tot de kring van gerechtigden behoren zonder meer aanwezig.<sup>477</sup> Het bestaan van de schade ontstaat direct uit de schending van het EVRM. Op de ‘secondary victim’ rust daarom geen nadere bewijsplicht ten aanzien van de door hem/haar geleden schade. Het ‘eigen schuld-verweer’ kan overigens eveneens jegens de nabestaanden worden aangevoerd.<sup>478</sup>

In de zaak *Bubbins v. United Kingdom* benadrukte het EHRM onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie<sup>479</sup> dat ook wanneer (de artikelen 2 en 3 EVRM niet geschonden zijn maar) sprake is van een ‘arguable claim’ onder artikel 2 of 3 EVRM, het ontbreken van het recht op vergoeding van affectieschade in strijd met artikel 13 EVRM kan zijn.<sup>480</sup> In de zaak *Zavoloka v. Latvia* wees het EHRM de vordering tot vergoeding van de door de nabestaande geleden immateriële schade af.<sup>481</sup> Nabestaanden van slachtoffers in horizontale verhoudingen (burgers onderling) kunnen daarom tot op heden op grond van de jurisprudentie van het EHRM (nog) geen aanspraak maken op een vergoeding voor de door hen geleden schade. Ten opzichte hiervan verdient wel opmerking, dat het EHRM het EVRM ziet als een “*living instrument which must be interpreted in the light of present day conditions*”. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de ontwikkelingen binnen nationale rechtstelsels van de lidstaten van de Raad van Europa, het EHRM bewegen tot het nemen van een aan de uitspraak in de zaak *Zavoloka v. Latvia* tegenovergesteld oordeel.

In het geval van niet-dodelijk letsel kunnen ‘secondary victims’ in theorie aanspraak maken op een schadevergoeding, indien sprake is van een schending van het EVRM en causaal verband bestaat tussen de geleden schade en de schending van het EVRM.<sup>482</sup> In de praktijk wordt in dergelijke situatie aan ‘secondary victims’ een schadevergoeding voor de door hun geleden schadevergoeding niet snel toegekend en is de kring

<sup>475</sup> EHRM 3 april 2001 (*Keenan v. United Kingdom*), appl. no. 27229/95 ECHR 2001-III; EHRM 10 mei 2001 (*Z. and others v. United Kingdom*), ECHR 2001-V; EHRM 14 maart 2002 (*Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*), appl. no. 46477/99 (2002), ECHR 2002-II; EHRM 18 juni 2002 (*Öneriyildiz v. Turkey*), NJB 2002, p. 1615 e.v.; ECHR 2002, 64 (m.nt. Jansen).

<sup>476</sup> EHRM 19 februari 1998 (*Kaya v. Turkey*), appl. no. 33696/02; EHRM 20 april 2004 (*Buldan v. Turkey*), appl. no. 28298/95.

<sup>477</sup> Zie hiervoor Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 476.

<sup>478</sup> EHRM 27 september 1995 (*McCann e.a. v. United Kingdom*), ECHR Series A-324, NJCM 1996, p. 537.

<sup>479</sup> EHRM 27 april 1988 (*Boyle and Rice v. United Kingdom*), ECHR Series A-131, par. 52; EHRM 8 januari 2002 (*Douglas-Williams v. United Kingdom*), appl. no. 56413/00; en EHRM 19 februari 1998 (*Kaya v. Turkey*), appl. no. 33696/02, par. 107.

<sup>480</sup> EHRM 17 maart 2005 (*Bubbins v. United Kingdom*), appl. no. 50196/99, ECHR 2005-II, par. 170.

<sup>481</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), ECHR 2010, 115 (m.nt. Brems).

<sup>482</sup> Zie hiervoor Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 481.

van gerechtigden beperkt.<sup>483</sup> Afgevraagd kan worden of de uitspraken van het EHRM in de zaken *Öneryildiz v. Turkey*<sup>484</sup>, *McGlinchey v. United Kingdom*<sup>485</sup>, *Bubbins v. United Kingdom*<sup>486</sup> en *Oyal v. Turkey*<sup>487</sup> mogelijk rechtsgrond kunnen bieden, maar alleen het EHRM kan hier uitsluitsel over geven.

#### 7.2.4 Afsluitend

Op grond van voorgaande dient geconcludeerd te worden dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht, waarin nabestaanden en naasten geen erkenning vinden voor de door hen geleden immateriële schade, niet bevredigend is. Geconcludeerd dient te worden dat de Nederlandse politiek tot op heden nog niets heeft gedaan met de ervaringen van andere landen, de beginselen zoals deze op Europees niveau zijn aangedragen en de lijn in de jurisprudentie zoals deze door het EHRM is ontwikkeld. Het achterblijven bij deze ontwikkelingen is vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief niet wenselijk.

### **7.3 Deelvraag 2: Nederlandse recht v. het recht op Europees niveau**

Is het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht (gezien een recht op vergoeding van affectieschade voor naasten en nabestaanden ontbreekt) in overeenstemming met het recht op Europees niveau?

#### 7.3.1 Doorwerking van de jurisprudentie EHRM in Nederlandse schadevergoedingsrecht

Van de jurisprudentie van het EHRM gaat een minimale werking uit. Kort gezegd, betekent dit dat op nationaal niveau op zijn minst het herstel dient te worden geboden die het EHRM biedt of kan bieden. Of het EHRM in de gewezen jurisprudentie voor ogen heeft dat de afwezigheid van de ‘civil remedy’ tot het verkrijgen van een schadevergoeding voor de geleden immateriële schade een ‘arguable claim’ onder artikel 13 EVRM met zich meebrengt, valt nog niet met zekerheid te zeggen. Om ten aanzien hiervan meer duidelijkheid te verkrijgen is het noodzakelijk dat meer zaken aangaande dit vraagstuk voor het EHRM worden aangebracht. Uit de jurisprudentie van het EHRM vloeit in ieder geval de verplichting tot vergoeding van de door nabestaanden geleden immateriële schade voort, indien op grond van ernstig falend optreden van de nationale autoriteiten sprake is van schending van of een ‘arguable claim’ (verdedigbare vordering) onder artikel 2 of 3 EVRM. Het nationale rechtstelsel is dan ook verplicht om in dergelijke situaties ten aanzien van nabestaanden een ‘effective remedy’ tot het instellen van een vordering tot vergoeding van de door hen geleden immateriële schade te waarborgen.

#### 7.3.2 Nederlandse schadevergoedingsrecht v. de jurisprudentie van het EHRM

In deze scriptie is duidelijk naar voren gekomen dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht voor nabestaanden in geen enkele situatie voorziet in een ‘effective remedy’ ten aanzien van de door hen geleden affectieschade.<sup>488</sup> Op grond hiervan dient dan ook geconcludeerd te worden dat het Nederlandse schadevergoedingsrecht niet in overeenstemming is met de jurisprudentie van het EHRM, nu het de nabestaanden van slachtoffers (die als gevolg van onrechtmatig handelen waarvoor de overheid mede aansprakelijk kan worden gesteld) ten onrechte geen aanspraak geeft op een vergoeding van de door hen geleden affectieschade. Mijns inziens brengt de invoering van de wetwijziging in de Wsg<sup>489</sup> (zoals deze op 31 mei 2011 in de Eerste Kamer is aangenomen, en naar verwachting op 1 januari 2012 in werking zal treden)

<sup>483</sup> Zo blijkt onder meer uit de uitspraak EHRM 27 juni 2000 (*Ilhan v. Turkey*), appl. no. 22277/93, *ECHR* 2000-VII.

<sup>484</sup> EHRM 18 juni 2002 (*Öneryildiz v. Turkey*), *NJB* 2002, p. 1615 e.v.; *ECHR* 2002, 64 (m.nt. Jansen).

<sup>485</sup> EHRM 29 april 2003 (*McGlinchey and others v. United Kingdom*), appl. no. 50390/99, *ECHR* 2003, 51 (m.nt. De Jonge).

<sup>486</sup> EHRM 17 maart 2005 (*Bubbins v. United Kingdom*), appl. no. 50196/99, *ECHR* 2005-II.

<sup>487</sup> EHRM 23 maart 2010 (*Oyal v. Turkey*), appl. no. 4864/05.

<sup>488</sup> Zie hoofdstukken 1 tot en met 4.

<sup>489</sup> *Kamerstukken II* 2009/2010, 32 363, nr. 1, 2, 7 & 8. Zie de paragrafen 1.4 en 3.3.1.



hier geen verandering in. De wetwijzigingen bieden aan nabestaanden geen afdoende mogelijkheden tot het vorderen van een vergoeding van de door hen geleden immateriële schade, om aan het door het EHRM (in zijn jurisprudentie) gevoerde beleid te voldoen.

### 7.3.3 De gevolgen voor het Nederlandse schadevergoedingsrecht

Nu de Nederlandse wetgever en rechtelijke macht gebonden zijn aan het recht op Europees niveau dient het Nederlandse schadevergoedingsrecht aangaande de vergoeding van immateriële schade van 'secondary victims' in overeenstemming te worden gebracht met het recht op Europees niveau. Het staat Nederland in beginsel vrij een manier te kiezen waarop dit resultaat wordt bereikt: middels rechtspraak of middels regulering in een wettelijke regeling.

De nationale rechters zijn te allen tijde gebonden aan de uitspraken van het EHRM, en dienen op zijn minst even ruimhartig te zijn als het EHRM. Nabestaanden van personen die als gevolg van onrechtmatig handelen van een ander om het leven zijn gekomen kunnen zich, indien op grond van ernstig falend optreden van de Nederlandse overheid sprake is van een schending van of een 'arguable claim' onder artikel 2 of 3 EVRM, in de Nederlandse rechtszaal beroepen op de jurisprudentie van het EHRM en op grond hiervan een schadevergoeding voor de door hen geleden affectieschade vorderen. Wanneer de nationale rechters de jurisprudentie van het EHRM hierbij niet in acht nemen kunnen de benadeelden hieromtrent een klachtprocedure starten bij het EHRM. Bij het EHRM kan in dit geval verder worden geprocedeerd ter verkrijging van een aanvullende schadevergoeding.

### **7.4 Deelvraag 3: Mogelijkheden voor beroep op het recht op Europees niveau?**

Door nabestaanden en naasten, die op grond van het nationale recht geen aanspraak kunnen maken op een vergoeding van de door hen geleden immateriële schade, wordt steeds meer aansluiting gezocht bij het EVRM. Om deze reden is van belang na te gaan, of nabestaanden en/of op grond van het recht op Europees niveau aanspraak maken op een vergoeding van de door hen geleden affectieschade?

Naar het zich laat aanzien biedt de jurisprudentie van het EHRM aan naasten, die een schadevergoeding wensen te vorderen voor de door hen geleden affectieschade als gevolg van het ernstige letsel van een naaste, (nog) geen duidelijke rechtsgrond. Daarentegen kan afgevraagd worden of de uitspraken van het EHRM in de zaken *Öneryildiz v. Turkey*, *McGlinchey v. United Kingdom*, *Bubbins v. United Kingdom* en *Oyal v. Turkey* rechtsgrond kunnen bieden voor een vordering tot vergoeding van de affectieschade geleden door de naasten van de slachtoffers van de 'brand in Moerdijk' (op 5 januari 2011) en nieuwe aansprakelijkheden, zoals lichamelijk letsel veroorzaakt door straling afkomstig van hoogspanningsmasten en eventuele vervuiling afkomstig van fabrieken. De toekomstige jurisprudentie van het EHRM zal hier duidelijkheid in moeten brengen.

Zoals hiervoor al aangegeven kan de jurisprudentie van het EHRM daarentegen wel rechtsgrond bieden aan nabestaanden die een vordering tot vergoeding van de door hen geleden affectieschade wensen in te stellen. Kanttekening is alleen dat het bereik van de uitspraak van het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* ogenschijnlijk in beginsel beperkt is tot geschillen met de overheid. De jurisprudentie van het EHRM biedt daarmee waarschijnlijk slechts rechtsgrond voor die nabestaanden waarbij de overheid (mede)verantwoordelijk is voor het overlijden van de naaste en waarbij sprake is van een schending van of een

‘arguable claim’ onder artikel 2 of 3 EVRM.<sup>490</sup> Dit lijkt te worden bevestigd in de zaak *Zavoloka v. Latvia*, waarin het EHRM oordeelde dat uit het EVRM geen recht op vergoeding van immateriële schade voor ‘secondary victims’ voortvloeit wanneer de staat niet (mede) verantwoordelijk is voor het overlijden van de burger.<sup>491</sup>

De uitspraak van het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* biedt in ieder geval rechtsgrond voor de vergoeding van immateriële schade aan de nabestaanden van de slachtoffer(s) van de ‘Brand in het cellencomplex te Schiphol’ (op 26 en 27 oktober 2005) en de ‘Strandrellen in Hoek van Holland’ (op 22 augustus 2009). Het kenmerkende van deze calamiteiten is dat de overheid (c.q. een persoon in uitvoering van zijn ambtelijke functie) aansprakelijk is gehouden voor het overlijden van de slachtoffers. Daarnaast kan onder verwijzing naar de uitspraken van het EHRM in de zaken *Öneryildiz v. Turkije* en *Bubbins v. United Kingdom* afgevraagd worden of de rechtsgang, zoals deze de nabestaanden en de slachtoffers van de ‘Vuurwerkramp Enschede’ (op 13 mei 2000) geboden is, door het EHRM gekwalificeerd zal worden als een ‘effective remedy’.<sup>492</sup>

Het ligt in de lijn der verwachtingen dat uitspraak van het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* eveneens rechtsgrond kan bieden aan de nabestaanden van de slachtoffers van het ‘Schietincident in Alphen aan den Rijn’ (op 9 april 2011). De drie vuurwapens die Van der V. tijdens het schietincident heeft gebruikt, vielen onder een aan hem (door de korpschef van politie Hollands Midden) verleend wapenverlof. Nu de politie bij de verlofverlening en verlengingen aan Van der V. de procedures niet op de juiste wijze heeft toegepast is zonder meer sprake van ernstig falend optreden van de nationale autoriteiten. Naar verwachting leveren de omstandigheden van het geval in ieder geval een ‘arguable claim’ op onder artikel 2 EVRM. Vast staat dat de nabestaanden van de slachtoffers op grond van het Nederlandse recht geen effectief rechtsmiddel toekomt tot het instellen van een vordering om een vergoeding voor de geleden affectieschade te krijgen. Op grond hiervan kunnen de nabestaanden een beroep doen op de uitspraak in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* en aanspraak maken op een vergoeding van de door hen geleden affectieschade.

Wellicht biedt de uitspraak van het EHRM in de zaak *Bubbins v. United Kingdom* in de toekomst voor meer nabestaanden rechtsgrond voor een vergoeding van de door hen geleden affectieschade. Dit is afhankelijk van de wijze waarop deze uitspraak geïnterpreteerd en uitgelegd dient te worden. Bepaalt het EHRM in deze uitspraak dat het ontbreken van een recht op vergoeding van immateriële schade van nabestaanden op zichzelf een verdedigbare claim is onder artikel 12 EVRM, of bepaalt het EHRM dat indien sprake is van een ‘arguable claim’ onder artikel 2 EVRM en in het nationale recht aan nabestaanden geen recht op vergoeding van de door hen geleden immateriële schade wordt toegekend, dit een ‘arguable claim’ onder artikel 13 EVRM oplevert? Hieromtrent bestaat op dit moment (nog) geen duidelijkheid; om hierover meer duidelijkheid te verkrijgen is vereist dat het EHRM hier nadere uitspraken over doet.

## 7.5 *Ter afronding*

In navolging op voorgaande kan ten slotte om meerdere redenen (zoals het grote draagvlak in de Nederlandse samenleving voor een dergelijke wettelijke regeling; de bevordering van rechtseenheid en rechtszekerheid; en de wenselijkheid vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief) worden geconcludeerd dat het de voorkeur verdient om in Nederland te komen tot een wettelijke regeling waarin aan ‘secondary victims’ een recht op

<sup>490</sup> Zie hiervoor de uitspraken EHRM 18 juni 2002 (*Öneryildiz v. Turkey*), *NJB* 2002, p. 1615 e.v.; *ECHR* 2002, 64 (m.nt. Jansen); EHRM 17 maart 2005 (*Bubbins v. United Kingdom*), appl. no. 50196/99, *ECHR* 2005-II; EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems). Zie hiervoor eveneens Lindenberg 2008a, p. 58-61; Wijnakker 2010, p. 313.

<sup>491</sup> EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems).

<sup>492</sup> Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003 (*Vuurwerkramp Enschede*), *NJ* 2004, 230.

vergoeding van de door hen geleden affectieschade wordt toegekend. Het door de politiek aangedragen tegenargument aangaande ‘het risico op een claimcultuur’ is niet overtuigend. Op grond hiervan is het wenselijk dat de Nederlandse wetgever alsnog alle mogelijkheden tot het opnemen van een wettelijke regeling, die vergoeding van affectieschade mogelijk maakt, nagaat. De wetgever is hierbij, op grond van de minimale werking van de jurisprudentie, gebonden aan de jurisprudentie van het EHRM. Het verdient desalniettemin aanbeveling om aan de wettelijke regeling een bredere invulling te geven. Aan de andere ontwikkelingen op Europees niveau aangaande de vergoeding van immateriële schade van ‘secondary victims’ (waaronder resolutie (75)7, artikel 10:301 PETL en artikel VI-2:202 DCFR) kan eveneens niet zonder meer voorbij worden gegaan. Daarnaast dient de politiek niet voorbij te gaan aan de regelingen aangaande de vergoeding van immateriële schade, zoals deze zijn opgenomen in buitenlandse rechtsstelsels.

Het verdient naar mijn mening aanbeveling om het wetsvoorstel Affectieschade (zoals dat op 23 maart 2010 is voorgelegd aan de Eerste Kamer) als basis te gebruiken, mits hierin enkele belangrijke door (rechts)wetenschappers aangedragen wijzigingen worden aangebracht. Hierbij gaat het onder meer om de handhaving van een ruimere kring van gerechtigden en een variabel in plaats van een gefixeerd schadevergoedingsbedrag. Het is belangrijk dat in de wettelijke regeling ten aanzien van deze onderdelen meer gewicht wordt toegekend aan de omstandigheden van het geval. Alleen op deze wijze kan worden voorkomen dat ongelijke gevallen gelijk worden behandeld, en dat de regeling als gevolg hiervan haar doel voorbij schiet. Desondanks moeten aan de regeling beperkingen worden verbonden.

Omtrent de wijze van aanbidding van de vergoeding van affectieschade sluit ik me aan bij de aanbevelingen van de onderzoekscommissie zoals deze in het rapport ‘Slachtoffers en aansprakelijkheid, deel II Affectieschade’ zijn gedaan.<sup>493</sup> Indien besloten wordt om de wijze van aanbidding op te nemen in een wettelijke regeling (wat op grond van rechtszekerheid de voorkeur verdient), dan is het op grond van het legaliteitsbeginsel vereist dat in het wetsvoorstel rechtsgrondslag wordt geboden voor een dergelijke wettelijke regeling. Om deze reden zal in het wetsvoorstel moeten worden opgenomen dat “aan de wijze van aanbidding bij wet nadere invulling zal worden gegeven”. Kanttekening is dat in een wettelijke bepaling slechts algemene hoofdlijnen kunnen worden vastgelegd, verdere regulering zal alsnog (met behulp van protocollen) middels zelfregulering plaats moeten vinden. Het is belangrijk dat het belang van de nabestaanden en naasten hierbij voorop staat. Het is van belang dat, wanneer de wijze van aanbidding op het moment van de behandeling van het wetsvoorstel wordt vastgelegd, een evaluatie naar de wijze van aanbidding plaats vindt indien het wetsvoorstel in werking is getreden. Dit om na te gaan of de vastgelegde wijze van aanbidding de juiste resultaten heeft of eventueel aanpassing behoeft.

Verder is het belangrijk dat de wettelijke regeling aangaande vergoeding van affectieschade geheel los staat van de regeling aangaande de vergoeding van shockschade. De vergoeding van affectieschade mag geen gevolgen hebben voor het recht op vergoeding van shockschade. Tegelijkertijd is het belangrijk dat het wetsvoorstel het probleem aangaande de samenloop van shockschade en affectieschade, zoals zich dat nu in de praktijk voordoet (in het belang van het slachtoffer) voorkomt. Het verdient aanbeveling om te onderzoeken of hieromtrent aansluiting kan worden gezocht bij het Engelse recht.<sup>494</sup>

Ten slotte dient een wettelijke regeling nabestaanden en naasten ook de mogelijkheid te bieden tot het vorderen van een vergoeding voor materiële schade.<sup>495</sup> De schade van nabestaanden en naasten beperkt zich in de praktijk over het algemeen niet tot immateriële schade, maar omvat vaak eveneens materiële schade als

---

<sup>493</sup> Zie hiervoor Akkermans e.a. 2008b, p. 3, 81, 82-84.

<sup>494</sup> Zie hiervoor eveneens Verheij. *Bron*: Verheij 2002, p. 246.

<sup>495</sup> Zie hiervoor ook Kottenhagen en Verheij. *Bronnen*: Kottenhagen 2010, p. 134; Verheij 2002, p. 1569.

extra kosten voor de zorg, verlies van inkomsten, et cetera.<sup>496</sup> Hierbij kan de Belgische regeling als voorbeeld dienen, mits de afhandeling van de vergoeding voor affectieschade en materiële schade gescheiden plaats vindt.

Nabestaanden (welke binnen de door de jurisprudentie van het EHRM bepaalde kring van gerechtigden vallen) doen er verstandig aan om, ondanks het ontbreken van een nationale wettelijke regeling, voor de nationale rechter een vergoeding van immateriële schade te vorderen. Hun rechtsvordering dient hierbij gebaseerd te worden op de jurisprudentie van het EHRM. Dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de Nederlandse wet geen ruimte laat voor het toekennen van enige vorm van vergoeding van affectieschade en dat het haar taak te buiten gaat om hier anders over te oordelen, doet hier niets aan af. Dit heeft tot gevolg dat de rechterlijke macht (waaronder de Hoge Raad) zijn oordeel zal moeten aanpassen in geval de overheid (mede) verantwoordelijk is voor het overlijden van het slachtoffer. De Hoge Raad zal in deze situatie op grond van de jurisprudentie van het EHRM (meer in het bijzonder de uitspraak in de zaak *Bubbins v. United Kingdom*) zijn oordeel dienen aan te passen en een vergoeding voor affectieschade toekennen.

Voor nabestaanden en naasten die op grond van de jurisprudentie van het EHRM (nog) niet in aanmerking komen voor een vergoeding van de door hen geleden immateriële schade, is allereerst van belang dat zij nagaan of zij ter compensatie van de door hen geleden immateriële schade op grond van de Wsg aanspraak kunnen maken op een uitkering van het Schadefonds. Daarnaast is het wenselijk dat deze nabestaanden en naasten, indien zij hiertoe (geestelijk) in staat zijn, bij de Nederlandse rechter een vordering indienen voor een vergoeding van de door hen geleden affectieschade. Op deze wijze zal het zoeken naar de grenzen van de wet verder worden voortgezet, en wordt de overheid (voornamelijk de wetgever) aangezet tot het komen tot herbezinning van het huidige schadevergoedingsrecht en tot het opnemen van een wettelijke regeling. Daarnaast is het denkbaar dat indien nationale rechters de lijn in de jurisprudentie van het EHRM naleven, een recht op smartengeld voor nabestaanden (en naasten) niet meer beperkt blijft tot de verhouding tussen overheid en burger.<sup>497</sup>

In dit licht is het eveneens van belang dat het EHRM het EVRM ziet als een *'living instrument which must be interpreted in the light of present day conditions'*.<sup>498</sup> Dit betekent dat het EHRM door de ontwikkelingen binnen de nationale rechtstelsels van de Raad van Europa kan worden bewogen tot het nemen van een aan de uitspraak in de zaak *Zavoloka v. Latvia* tegengesteld oordeel. Het is denkbaar dat wanneer bij het EHRM, onder begeleiding van een actueel overzicht van de lidstaten die nabestaanden wel aanspraak geven op een vergoeding van de door hen geleden immateriële schade, een klacht wordt ingediend over het niet vergoeden van affectieschade, het EHRM de met haar uitspraak in de *Bubbins v. United Kingdom* ingeslagen weg voortzet.<sup>499</sup> Het EHRM overweegt immers positief te staan tegenover een vergoeding van affectieschade bij overlijden in situaties waarin de staat niet (mede) verantwoordelijk is voor het overlijden. Of en wanneer het EHRM een dergelijke uitspraak doet is afwachten.

Ten slotte is belangrijk dat het lobbyen voor een wettelijke regeling niet alleen gebeurt door naasten en nabestaanden maar eveneens plaats vindt door andere natuurlijke personen (zoals rechtswetenschappers), rechtspersonen, bedrijfsorganisaties en maatschappelijke groeperingen. Al deze krachten dienen gebundeld te worden om de komst van een wettelijke bepaling voor het toekennen van een recht op vergoeding van affectieschade weer op de politieke agenda te zetten.

---

<sup>496</sup> <<http://www.nu.nl/binnenland/2523983/winkelend-publiek-mijdt-ridderhof.html#>> (geraadpleegd op 24 juni 2011);

<<http://www.alphenaandenrijn.nl/Smartsite.shtml?ch=&id=77421>> (geraadpleegd op 24 juni 2011).

<sup>497</sup> Zie hiervoor eveneens Lindenberg 2008b, p. 262.

<sup>498</sup> EHRM 25 april 1978 (*Tyrer v. United Kingdom*), appl. no. 5856/72, par. 31.

<sup>499</sup> Zie hiervoor eveneens Wijnakker 2010.

## Literatuurlijst

### **Akkermans e.a. 2008a**

A.J. Akkermans e.a., 'Excuses in het privaatrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2008- 6772, p. 778-784.

### **Akkermans e.a. 2008b**

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

### **Akkermans e.a. 2009**

A.J. Akkermans e.a., 'Onderzoek biedt steun voor wetsvoorstel: vergoeding van affectieschade helpt mits zorgvuldig aangeboden', *Aansprakelijkheid, verzekering & schade* 2009-3, p. 113-123.

### **Akkermans & Hulst 2009**

A.J. Akkermans & J.E. Hulst, 'Uitkomsten onderzoek affectieschade Vergoeding voorziet in behoefte, maar zorgvuldige aanbidding cruciaal. Politiek lot vergoeding van affectieschade nog steeds onzeker', *PIV-Bulletin* 2009-5, p.1-7.

### **Barkhuysen & Van Emmerik 2006**

T. Barkhuysen & M. van Emmerik, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-Bulletin* 2006-1, p. 39-64.

### **Bona, Mewad & Lindenbergh 2005**

M. Bona, P. Mewad & S. Lindenbergh, *Fatal Accidents and Secondary Victims*, St. Albans: XPL publishing 2005, p. 33-53, 69-93, 115-132, 134-154, 279-319, 457-522.

### **Van Boom 2001**

W.H van Boom, 'Troostgeld voor nabestaanden ondoordacht', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1301 & 1302.

### **Colliginon-Smit Sibinga 2006**

A.F. Colliginon-Smit Sibinga, 'Marco Bona e.a., Personal Injury Compensation in Europe', *Verkeersrecht* 2006-9, p. 272-276.

### **Colliginon-Smit Sibinga 2010**

A.F. Colliginon-Smit Sibinga, 'Fundamentele rechten in de personenschadepraktijk. Een verslag van het jaarcongres PEOPIL', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2010-4, p. 103-106.

### **Colliginon-Smit Sibinga & Mewa 2011**

A.F. Colliginon-Smit Sibinga & S.V. Mewa, 'Fundamentele rechten in de personenschadepraktijk', *Letsel & Schade* 2011-1, p. 9-16.

### **Van Dam 1991**

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

### **Van Dam 2002**

C.C. van Dam, Het Kindertaxi-arrest, *Verkeersrecht* 2002, p. 207 & 208.

### **Van Dam 2006**

C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 329-334.

**Van Dijk e.a. 2006**

P. van Dijk e.a. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersention 2006, p. 245-278.

**European Group on Tort Law 2005**

European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wenen/ New York: Springer 2005, p. 173.

**Jansen 2009a**

C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Deventer: Kluwer 2009.

**Jansen 2009b**

M. Jansen (red.), *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, 's-Gravenhage: ANWB 2009.

**Giesen 2007**

I. Giesen, 'Third party losses in European Tort law. The 'principles on European Tort Law' and the 'Principles on European Law on Liability for Damages' compared', in: C. van Dam, E. Engelhard & I. Giesen, 'Third party losses in a comparative perspective. Three short lectures in honour of W.H.V. Rogers', *Utrecht Law Review* 2007-3, p. 70-100.

**Giesen & Rijnhout 2011**

I. Giesen & R. Rijnhout, 'Rechterlijke 'onheerzaamheid' en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock en affectieschade keren?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2011- 6870, p. 35-37.

**Groenhuijsen 2003**

M.S. Groenhuijsen, 'Juristen en sociologen over opstandige slachtoffers: genoegdoening in theorie en praktijk. Verslag van de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging op 13 juni 2003 te Alkmaar', *Nederlands Juristenblad* 2003-27, p. 1366-1372.

**Hartlief 2009**

T. Hartlief, 'Schrik van het burgerlijk recht', *Nederlands Juristenblad* 2009-35, p. 2253.

**Henrard 2008**

K. Henrard, *Mensenrechten vanuit internationaal en nationaal perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 121-128.

**Inspectie Openbare Orde en Veiligheid 2011**

Inspectie Openbare Orde en Veiligheid, *Brand Chemie-Pack Moerdijk. Een onderzoek naar de bestrijding van (de effecten van) het grootschalig incident*, 24 augustus 2011.

**Den Hollander 2002**

H.J. Hollander, 'Affectie, shock en geld. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (Kindertaxi)', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2002-2, p. 33-42.

**Den Hollander & Huijzer 2010**

W. den Hollander & E. Huijzer, 'Wetsvoorstel affectieschade: to be continued?', *Ars Aequi* 2010-9, p. 557.

**Huver e.a. 2007**

Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I Terreinverkenning*, Den Haag: WOCD 2007.

**Keijzer-de Korver 2003**

M. Keijzer-de Korver, 'Het wetsvoorstel affectieschade. Een verkenning', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2003-3, p. 66-72.

**Van der Kolk & Wachter 2009**

D.J. van der Kolk & T.R. Wachter, 'Eindelijk schot in het Wetsvoorstel Affectieschade?', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2009-3, p. 109-114.

**Kottenhagen 2002**

R.J.P. Kottenhagen, 'Vergoeding van Shockschade. Een beschouwing naar aanleiding van het Taxibus-arrest: HR 22 februari 2002, *RvdW* 2002, 48', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2002-5, p. 182-191.

**Kottenhagen 2010**

R.J.P. Kottenhagen, 'Shockschade en het vereiste van de directe confrontatie – een gemiste kans', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010-4, p. 130-135.

**Koziol & Steininger 2009**

H. Koziol & B.C. Steininger (eds.), *Tort and Insurance Law Yearbook. European Tort Law 2008*, Germany: SpringerWienNewYork 2009.

**Kuijer 2009**

M. Kuijer, 'Wetgever en Constitutie: de betekenis van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens voor de nationale wetgever', *Concept tekst Preadvis Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 'Wetgever en Constitutie'*, 23 april 2009.

**Kuipers 2010**

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

**Lindenbergh 1998**

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. 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 2002a**

S.D. Lindenbergh, 'Schade door geestelijk letsel als gevolg van een schokkende gebeurtenis', *Aansprakelijkheid, verzekering & schade* 2002-3, p. 63-73.

**Lindenbergh 2002b**

S.D. Lindenbergh, 'Psychische schade door schrik', *Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht* 2002-7, p. 335-342.

**Lindenbergh 2004**

S.D. Lindenbergh, 'De invloed van fundamentele rechten in het personenschaderecht', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2004-4, p. 110-114.

**Lindenbergh 2005**

S. D. Lindenbergh, 'Wetsvoorstel affectieschade kan veel simpeler', *Nederlands Juristenblad* 2005-16, p. 841-843.

**Lindenbergh 2008a**

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld. Tien 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* 2008-5, p. 255-263.

**Lindenbergh 2010**

S. D. Lindenbergh, 'Het Wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood (?)', *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 1530-1532.

**Martin 2006**

N. Martin, 'Bubbins v. United Kingdom: Civil Remedies and the Right to Life', *The Modern Law Review Limited* 2006-69(2), p. 242-261.

**Mulder 2010**

J.D.W.E. Mulder, 'Hoe schadevergoeding kan leiden tot gevoelens van erkenning en gerechtigheid. Lessen uit de praktijk van het Schadefonds Geweldsmisdrijven', *Nederlands juristenblad* 2010-229, p. 293-296.

**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, p. 137-138.

**Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2005**

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar 2005, Burgerlijk Wetboek. Boeken 5,6,7 en 8*, Deventer: Kluwer 2005.

**Nifosi-Sutton 2010**

Nifosi-Sutton, 'The power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary relief: a Critical appraisal from a right to health perspective', *Harvard Human Rights Journal* 2010-23, p. 52-73.

**De Ombudsman 2003**

Stichting De Ombudsman, *Letselschaderegeling: Onderhandelen met het mes op tafel, of een zoektocht naar de redelijkheid*, 2003.

**Openbaar Ministerie 2011a**

Openbaar Ministerie, *Samenvatting TGO onderzoek Komeet naar schietpartij Alphen a/d Rijn op 9 april 2011*, 11 juli 2011.

**Openbaar Ministerie 2011b**

Openbaar Ministerie, *Samenvatting resultaten Rijksrechercheonderzoek*, 11 juli 2011.

**Van Orsouw 2004**

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

**Rijnhout 2010**

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

**Van Schoubroeck 2004**

C. van Schoubroeck, 'Affectieschade en shockschade: Belgische reglementering en praktijk', *Verkeersrecht* 2004-4, p. 102-107.

**Spier, Hartlief e.a. 2006**

Spier, Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 1-17, 212-223, 272-286.



**Suurmond & Van Velthoven 2005**

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.

**Van Tilburg 2004**

W. van Tilburg, 'Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater. Beschouwing n.a.v. het wetsontwerp affectieschade tijdens het symposium affectieschade', *Verkeersrecht* 2004-1, p. 7-12.

**Van Wees 2006**

K.A.P.C. van Wees, 'Het wetsvoorstel affectieschade in de ijskast', *Tijdschrift voor Vergoeding personenschade* 2006- 4 p. 124-128.

**Van Wees 2010**

K.A.P.C. van Wees, 'Wetsvoorstel affectieschade verworpen ondanks empirisch gebleken behoefte en brede maatschappelijke steun', *PIV-Bulletin* 2010-3, p. 1-3.

**Van 2002**

A.J. Van, 'Het Kindertaxi-arrest: de visie van de belangenbehartiger', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2002-2, p. 43-44.

**Verbond van Verzekeraars in Nederland 1980**

Verbond van Verzekeraars in Nederland, *Rapport van de Verbondscommissie Schaderegelingsbeleid*, Den Haag, 1980.

**Verheij 1998**

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

**Verheij 2001**

A.J. Verheij, 'Contouren wetsvoorstel affectieschade', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1562-1569.

**Verheij 2002**

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 115-246.

**Verheij 2005**

A.J. Verheij, 'Onevenwichtig schadevergoedingsrecht m.b.t. de positie van derden', *Verkeersrecht* 2005-7/8, p. 205-211.

**Vos & Dans 2006**

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

**Wetsvoorstel Affectieschade gesneuveld 2010**

'Wetsvoorstel Affectieschade gesneuveld', *Nederlands juristenblad* 2010-690 p. 833-834.

**Wijnakker 2010**

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

**De Winter & Schryvers 1999**

F. de Winter & J. Schryvers, *A.J.T.- Memo's. Schaderegeling in België*, Gent: Mys & Breesch 1999, p. 14, 20, 27, 29-33.

## Jurisprudentie

### *Europese Hof voor de Recht van de Mens*

- EHRM 18 juni 1971 (*De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*), appl. no. 2832/66, 2835/66, 2899/66.  
EHRM 25 april 1978 (*Tyrer v. United Kingdom*), appl. no. 5856/72.  
EHRM 8 juli 1987 (*W. v. United Kingdom*), appl. no. 9749/82, NJ 1988, 828 (m.nt. Alkema).  
EHRM 19 februari 1998 (*Guerra and others v. Italy*), appl. no 116/1996/735/932.  
EHRM 28 oktober 1998 (*Osman v. United Kingdom*), appl. no. 23452/94.  
EHRM 27 april 1988 (*Boyle and Rice v. United Kingdom*), *ECHR Series A-131*.  
EHRM 13 juni 1994 (*Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*), *ECHR Series A-285-C*.  
EHRM 27 september 1995 (*McCann and others v. United Kingdom*), *ECHR Series A-324*, NJCM 1996, p. 537.  
EHRM 18 december 1996 (*Aksoy v. Turkey*), appl. no. 21987/93, *ECHR* 1996, 68.  
EHRM 19 februari 1998 (*Kaya v. Turkey*), appl. no. 33696/02.  
EHRM 28 oktober 1998 (*Osman v. United Kingdom*), appl. no. 23452/94.  
EHRM 8 juli 1999 (*Çakici v. Turkey*), appl. no. 23657/94, *ECHR* 1999-IV.  
EHRM 27 juni 2000 (*Ilhan v. Turkey*), appl. no. 22277/93, *ECHR* 2000-VII.  
EHRM 27 februari 2001 (*Çiçek v. Turkey*), appl. no. 75704/94.  
EHRM 3 april 2001 (*Keenan v. United Kingdom*), appl. no. 27229/95, *ECHR* 2002-II.  
EHRM 10 mei 2001 (*Z. and others v. United Kingdom*), appl. no. 29392/95, *ECHR* 2001-IV.  
EHRM 11 juli 2001 (*Goodwin v. United Kingdom*), appl. no. 28957/95.  
EHRM 8 januari 2002 (*Douglas-Williams v. United Kingdom*), appl. no. 56413/00.  
EHRM 14 maart 2002 (*Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*), appl. no. 46477/99, *ECHR* 2002-II.  
EHRM 19 maart 2002 (*Sabuktekin v. Turkey*), appl. no. 27243/95.  
EHRM 18 juni 2002 (*Öneryildiz v. Turkey*), NJB 2002, p. 1615 e.v.; *ECHR* 2002, 64 (m.nt. Jansen).  
EHRM 13 juni 2002 (*Anguelova v. Bulgaria*), appl. no. 38361-/97, *ECHR* 2002, 63 (m.nt. De Jonge).  
EHRM 7 januari 2003 (*Younger v. United Kingdom*), appl. no. 57420/00.  
EHRM 29 april 2003 (*McGlinchey and others v. United Kingdom*), appl. no. 50390/99, *ECHR* 2003, 51 (m.nt. De Jonge).  
EHRM 20 april 2004 (*Buldan v. Turkey*), appl. no. 28298/95.  
EHRM 17 februari 2004 (*Ipek v. Turkey*), appl. no. 25760/94, *ECHR* 2004-II.  
EHRM 17 maart 2005 (*Bubbins v. United Kingdom*), appl. no. 50196/99, *ECHR* 2005-II.  
EHRM 10 november 2005 (*Ramsahai and others v. The Netherlands*), appl. no. 52391/99.  
EHRM 20 juni 2006 (*Yasaroglu v. Turkey*), appl. no. 45900/99.  
EHRM 31 mei 2007 (*Kontrová v. Slovakia*), appl. no. 7510/04.  
EHRM 27 januari 2009 (*Tatar v. Romania*), appl. no. 67021/01.  
EHRM 15 december 2009 (*Kalender v. Turkey*), appl. no. 4314/02.  
EHRM 15 januari 2009 (*Branko Tomasic v. Croatia*), appl. no. 46598/06.  
EHRM 7 juli 2009 (*Zavoloka v. Latvia*), appl. no. 58447/00, *ECHR* 2010, 115 (m.nt. Brems).  
EHRM 16 februari 2010 (*Lazar v. Romania*), appl. no. 32146/05.  
EHRM 23 maart 2010 (*Oyal v. Turkey*), appl. no. 4864/05.

### *Hof van Justitie van de Europese Unie*

- ECJ 8 oktober 1986, Joined cases 169/83 and 136/84 (*Leussink and others v. Commission*), *ECR* 1986, 2801.

## *Nederland*

### *Hoge Raad*

- HR 8 april 1983 (*Van der Heijden/Holland*), NJ 1984, 717 (m.nt. CJBH).  
HR 12 december 1986 (*Rockwool/Poly*), NJ 1987, 958 (m.nt. CJHB).  
HR 22 april 1994 (*Taxusstruik*), NJ 1994, 624 (m.nt. CJHB).  
HR 13 januari 1995 (*Ontvanger/Bos*), NJ 1997, 336 (m.nt. CJBH).  
HR 23 april 1996 (*Pikmeer I*), NJ 1996, 513 (m.nt. 't H).  
HR 1 november 1996 (*Kraaiende Hanen*), NJ 1997, 134.  
HR 21 februari 1997 (*Wrongful Birth*), NJ 1999, 145 (m.nt. CJBH).  
HR 2 mei 1997 (*Kip/Rabobank*), NJ 1997, 662 (m.nt. Ma).  
HR 23 januari 1998 (*B./Stichting FIOM*), NJ 1998, 366.  
HR 26 juni 1998 (*Kramer/ABN AMRO*), NJ 1998, 778.  
HR 9 oktober 1998 (*Jeffrey*), NJ 1998, 853.  
HR 28 mei 1999 (*Johanna Kruidhof*), NJ 1999, 564 (m.nt. ARB).  
HR 8 september 2000 (*Baby Joost*), NJ 2000, 734 (m.nt. Bloembergen).  
HR 17 november 2000 (*Druijff/BCE Bouw*), NJ 2001, 215.  
HR 26 oktober 2001 (*Oogmerk*), NJ 2001, 216, RvdW 2001, 169 (m.nt. Vranken).  
HR 22 februari 2002 (*Taxibus*), NJ 2002, 240 (m.nt. Vranken).  
HR 9 mei 2003, NJ 2005, 168.  
HR 19 december 2003, NJ 2004, 38.  
HR 11 maart 2005 (*ABN AMRO/Nieuwenhuys*), LJN AR6657.  
HR 9 oktober 2009 (*Vilt*), NJ 2010, 387 (m.nt. Vranken), RvdW 2009, 1154.

### *Gerechtshof*

- Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 1998, VR 1999, 63 (m.nt. Verheij).  
Hof 's-Hertogenbosch 31 augustus 1999, VR 2000, 228.  
Hof Amsterdam 27 april 2000, VR 2000, 87.  
Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2003, 233.  
Hof Leeuwarden 19 juni 2002 NJ 2003, 206.  
Hof Amsterdam 27 februari 2003, VR 2004, 9.  
Hof 's-Gravenhage 11 juni 2003, Prg. 2004, 6153 (m.nt. Abas).  
Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2003, VR 2004, 83.  
Hof 's-Gravenhage 6 augustus 2003, Prg. 2004, 6244.  
Hof Leeuwarden 22 december 2004, JA 2005, 15.  
Hof Amsterdam 24 maart 2006, LJN AV8220.

### *Rechtbank*

- Rb. 's-Hertogenbosch 2 mei 1997, NJkort 1998, 10.  
Rb. Alkmaar 17 december 1998, rolnr. 25879/HA ZA 97-581.  
Rb. Amsterdam 27 april 2000 (*Bijlmer-ramp*), NJkort 2000, 78.  
Rb. Middelburg 20 december 2000, L&S 2001, nr. 1, p. 25 e.v.  
Rb. Middelburg 31 januari 2001, L&S 2001, nr. 1, p. 28 e.v.  
Rb. 's-Hertogenbosch 13 juli 2001, rolnr. 27160/HA ZA 98-1587.  
Rb. Dordrecht 7 juni 2002, LJN AE3830.  
Rb. 's-Hertogenbosch 5 februari 2003, LJN AF3886.  
Rb. Middelburg 25 juni 2003, VR 2004, 23.

Rb. Haarlem 23 juli 2003, *VR* 2005, 74.  
Rb. Roermond 12 mei 2004, *LJN* AP1094.  
Rb. 's-Hertogenbosch 1 maart 2006, *NJF* 2006, 266.  
Rb. Arnhem 29 maart 2006, *LJN* AW2774.  
Rb. Maastricht 3 mei 2006, *LJN* AX0354.  
Rb. Arnhem 16 april 2008, *JA* 2008, 76 (m.nt. Rijnhout).  
Rb. Arnhem 9 juni 2010, *LJN* BM7045; *JA* 2010, 100.

### ***België***

Cass. 17 maart 1881, Pas. 1881 I, 163.  
Cass. 3 februari 1987, Arr. Cass. 1986-1987, 724.

### ***Duitsland***

RGZ 21 september 1931, 133, 270.  
OLG Freiburg 30 juni 1953, *JZ* 1953, 704.  
BGH, *VersR* 1966, 283.  
LG Hildesheim 25 oktober 1968, *VersR* 1970, 720.  
LG Frankfurt 28 maart 1969, *NJW* 1969, 2286.  
BGH 11 mei 1971, *BGHZ* 56, 163.  
BGH 19 december 1978, *VersR* 1979, 323.  
BGH 5 februari 1985, *BGHZ* 93, 351.  
KreisG Cottbus 12 mei 1993, *NJW-RR* 1994, 804.

### ***Engeland***

*Chadwick v. British Railways Board* [1967] 1 WLR 912.  
*McLoughlin v. O'Brien* [1983] 1 A.C. 410.  
*Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992] 1 A.C. 310.  
*White v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992] 2 A.C. 455.  
*Page v Smith* [1996] A.C. 155.

### ***Frankrijk***

Civ. 22 oktober 1946, *JCP* 1946, II, jur. 3365; D. 1947, p. 59.  
Civ. 1<sup>e</sup> 16 januari 1962, D. 1962, jur. p. 199 (obs. Rodière).  
TI Chartres 24 juli 1980, *JCP* 1983, II jur. 20108 (note Paulmier).  
Cass. Ass. Plen., 16 juni 1981, *JCP* 1982, II, 19712.  
Cour d'appel de Paris 10 november 1983, D. 1984, 214.  
Crim. 19 juni 1985, *Bull. Crim.* 1985, no. 236.  
Crim. 9 februari 1989, D. 1989, 614 (comm. Bruneau).

## **Parlementaire stukken**

### ***Europese Unie***

Raad van Europa, Raad van Ministers, Resolutie (75)7 'On compensation for psysical injury or death', aangenomen op 14 maart 1975.

***Kamerstukken en Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal***

*Kamerstukken II* 1998/1999, 26 630, nr. 1.

*Kamerstukken II* 2000/2001, 27 400 VI, nr. 31.

*Kamerstukken II* 2000/2001, 27 400 VI, nr. 70.

*Kamerstukken II* 2002/2003-2006/2007, 28 781, nr. 1-13.

*Kamerstukken II* 2002/2003, 28 781, nr. A.

*Handelingen II* 2004/2005, nr. 62.

*Kamerstukken II* 2005/2006, 28 781, nr. C.

*Kamerstukken II* 2009/2010, 32 363, nr. 1.

*Kamerstukken II* 2009/2010, 32 363, nr. 2.

*Kamerstukken II* 2009/2010, 32 363, nr. 3.

*Kamerstukken II* 2009/2010, 32 363, nr. 7.

*Kamerstukken II* 2009/2010, 32 363, nr. 8.

***Kamerstukken en Handelingen van de Eerste Kamer der Staten-Generaal***

*Kamerstukken I* 2004/2005-2009/2010, 28 781, nr. A-H.

*Handelingen I* 2005/2006, nr. 38.

*Handelingen I* 2008/2009, nr. 34.

*Handelingen I* 2009/2010, nr. 21.

*Handelingen I* 2009/2010, nr. 23.

## **Bijlage 1 Oorspronkelijk wetsvoorstel 28 781 Affectieschade**

### **ARTIKEL I**

#### **Artikel 6:107 BW**

1. Indien iemand ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk of geestelijk letsel oploopt, is die ander behalve tot vergoeding van de schade van de gekwetste zelf, ook verplicht tot vergoeding van:
  - a. de kosten die een derde anders dan krachtens een verzekering ten behoeve van de gekwetste heeft gemaakt en die deze laatste, zo hij ze zelf zou hebben gemaakt, van die ander had kunnen vorderen; en
  - b. in het geval van ernstig en blijvend letsel, een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor als gevolg daarvan, door de in lid 2 genoemde naasten geleden nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.
2. De naasten, bedoeld in lid 1, onder b, zijn:
  - a. de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de gekwetste;
  - b. de levensgezel van de gekwetste, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert;
  - c. de ouder of adoptiefouder van een ten tijde van de gebeurtenis minderjarige of met die ouder of adoptiefouder in gezinsverband wonende meerderjarige gekwetste;
  - d. een ten tijde van de gebeurtenis minderjarig kind of minderjarig geadopteerde of met de gekwetste in gezinsverband wonend meerderjarig kind of meerderjarig geadopteerde van de gekwetste;
  - e. degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft;
  - f. degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft.
3. Op het recht op vergoeding van de in lid 1, onder b, bedoelde schade is artikel 106 lid 2 van toepassing.
4. Indien meer dan één naaste van een zelfde gekwetste recht hebben op vergoeding van de in lid 1, onder b, bedoelde schade, en het totaal van de vergoedingen een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag overschrijdt, worden de rechten van de naasten naar evenredigheid teruggebracht tot het beloop van dat bedrag.
5. Het recht op vergoeding van de in lid 1, onder b, bedoelde schade, kan niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de gekwetste worden uitgeoefend.
6. Hij die krachtens lid 1 tot schadevergoeding wordt aangesproken kan hetzelfde verweer voeren dat hem jegens de gekwetste ten dienste zou hebben gestaan.

## **Artikel 6:108 BW**

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

3. Voorts is de aansprakelijke verplicht tot vergoeding van een bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen bedrag of bedragen voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, geleden door de in lid 4 genoemde naasten als gevolg van het overlijden.
4. De naasten, bedoeld in lid 3, zijn:
  - a. de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de overledene;
  - b. de levensgezel van de overledene, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert;
  - c. de ouder of adoptiefouder van een ten tijde van de gebeurtenis minderjarige of met die ouder of adoptiefouder in gezinsverband wonende meerderjarige overledene;
  - d. een ten tijde van de gebeurtenis minderjarig kind of minderjarig geadopteerde of met de overledene in gezinsverband wonend meerderjarig kind of meerderjarig geadopteerde van de overledene;
  - e. degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de overledene heeft;
  - f. degene voor wie de overledene ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft.

(...)

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

## **ARTIKEL II**

Artikel 51a, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering komt te luiden: “2. Indien de in het eerste lid genoemde persoon ten gevolge van het strafbare feit ernstig en blijvend letsel heeft, kunnen zich tevens voegen de personen, bedoeld in artikel 107, tweede lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de in het eerste lid, onder b, van dat artikel bedoelde vordering. Indien de in het eerste lid genoemde persoon ten gevolge van het strafbare feit is overleden, kunnen zich voegen diens erfgenamen ter zake van hun onder algemene titel verkregen vordering en de personen, bedoeld in artikel 108, eerste tot en met vierde lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de daar bedoelde vorderingen.”

## **ARTIKEL III**

Aan artikel 3, eerste lid, van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven wordt, onder vervanging van de punt na onderdeel c door een puntkomma, een nieuw onderdeel d toegevoegd, luidende: “d. aan de in artikel 107, eerste lid, onder b, en tweede lid, en artikel 108, derde en vierde lid, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde naasten van een onder a of b bedoeld persoon, ter zake van het daar bedoelde nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.”

*Bron: Kamerstukken II 2002/2003, 28 781, nr. 2.*

## Bijlage 2 Variatie hoogte vergoeding affectieschade zoals opgenomen in Ontwerp AmvB

	Ernstig Blijvend Letsel slachtoffers	Overlijden slachtoffer
Partners, ouders en kinderen	€ 15.000	€ 17.500
Overigen	€ 12.500	€ 15.000

Bronnen: Van Wees 2010 en Kamerstukken I, 28781, nr. H (Ontwerp AmvB).

## Bijlage 3 Immateriële behoeften van slachtoffers en naasten

Immateriële behoeften van slachtoffers en naasten	
1. Erkenning	<b>Erkenning specifiek door de wederpartij:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Erkenning dat deze een fout heeft gemaakt;</li> <li>• Erkenning dat deze zich de consequenties voor het slachtoffer realiseert;</li> <li>• Erkenning door het aanbieden van excuses;</li> <li>• Erkenning doordat deze de situatie zo dragelijk mogelijk maakt.</li> </ul>
	<b>Erkenning door de wederpartij, de buitenwereld en de eigen sociale omgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Erkenning van hetgeen men is overkomen;</li> <li>• Erkenning door serieus te worden genomen;</li> <li>• Erkenning dat niet het slachtoffer maar de wederpartij verantwoordelijk is;</li> <li>• Erkenning dat de wederpartij aansprakelijk is.</li> </ul>
	<b>Erkenning door het ontvangen van financiële compensatie.</b>
2. Willen weten wat er precies gebeurd is.	
3. Ter verantwoording roepen van de wederpartij.	
4. Niet willen boeten voor de fout van een ander.	
5. Willen verkrijgen van gerechtigheid.	
6. Willen voorkomen dat en ander hetzelfde overkomt.	

Bronnen: Huver e.a. 2007, p. 82 en Akkermans e.a. 2008b, p. 15.



## **Bijlage 4 Section 1A FAA 1976 (Bereavement)**

### **Section 1A FAA 1976**

1. An action under this Act may consist of or include a claim for damages for bereavement.
2. A claim for damages for bereavement shall only be for the benefit
  - a. of the wife or husband of the deceased; and
  - b. where the deceased was a minor who was never married
    - i. of his parents, if he was legitimate; and
    - ii. of his mother, if he was illegitimate.
3. Subject to subsection (5) below, the sum to be awarded as damages under this section shall be £10,000.
4. Where there is a claim for damages under this section for the benefit of both the parents of the deceased, the sum awarded shall be divided equally between them (subject to any deduction falling to be made in respect of costs not recovered from the defendant).
5. The Lord Chancellor may by order made by statutory instrument, subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament, amend this section by varying the sum for the time being specified in subsection (3) above.

## **Bijlage 5 Arikel 10:301 PETL (Non-pecuniary damage)**

### **Arikel 10:301 PETL**

1. Considering the scope of its protection (Article 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality rights. Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury.
2. In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim.
3. In cases of personal injury, non-pecuniary damage corresponds to the suffering of the victim and the impairment of his bodily or mental health. In assessing damages (including damages for persons having a close relationship to deceased or seriously injured victims) similar sums should be awarded for objectively similar losses.

## **Bijlage 6 Artikel VI–2:202 DCFR (Loss suffered by third persons as a result of another’s personal injury or death)**

### **Artikel VI–2:202 DCFR**

1. Non-economic loss caused to a natural person as a result of another’s personal injury or death is legally relevant damage if at the time of injury that person is in a particularly close personal relationship to the injured person.
2. Where a person has been fatally injured:
  - a. legally relevant damage caused to the deceased on account of the injury to the time of death becomes legally relevant damage to the deceased’s successors;
  - b. reasonable funeral expenses are legally relevant damage to the person incurring them; and
  - c. loss of maintenance is legally relevant damage to a natural person whom the deceased maintained or, had death not occurred, would have maintained under statutory provisions or to whom the deceased provided care and financial support.

## **Bijlage 7    Overzicht door het EHRM gewezen uitspraken met daarin opgenomen een schadevergoeding aan nabestaanden**

### **Bij vastgestelde schending van artikel 2 of 3 EVRM: “in respect of the primary victim’s death, lack of investigation and any other violations”**

Güleç v. Turkey (1998)	FRF 50.000.
Ogur v. Turkey (1999)	FRF 100.000.
Çakici v. Turkey (1999)	£ 25.000 toegekend aan de erfgenamen van de overledene, en £ 2.500 toegekend aan de broer van de overledene.
Kiliç v. Turkey (2000)	£ 25.000 toegekend aan de erfgenamen van de overledene, en £ 2.500 toegekend aan de broer van de overledene.
Ertak v. Turkey (2000)	£ 20.000 toegekend aan de weduwe en de vier kinderen van de overledene, en £ 2.500 toegekend aan de vader van de overledene.
Timurtas v. Turkey (2000)	£ 20.000 toegekend aan de erfgenamen van de overledene, en £ 10.000 toegekend aan de vader van de overledene.
Salman v. Turkey (2000)	£ 10.000 toegekend aan de overlevende echtgenoot van de overledene.
Velikova v. Bugaria (2000)	FRF 100.000 toegekend aan de niet met het primaire slachtoffer gehuwde partner.
Ta* v. Turkey (2000)	£ 10.000 toegekend aan de vader van het primaire slachtoffer, welke is verdwenen en waarvan verondersteld wordt dat deze is overleden.
Gül v. Turkey (2000)	£ 10.000 toegekend aan de vader van de overledene.
Çiçek v. Turkey (2001)	£ 10.000 toegekend aan de moeder van twee zonen.
Tanlı v. Turkey (2001)	£ 20.000 toegekend aan de weduwe en dochter van de overledene, en £ 10.000 toegekend aan de vader van de overledene.
Akdeniz a.o. v. Turkey (2001)	£ 20.000 toegekend aan elk van de directe familieleden (weduwen en kinderen) van elf mannen die worden vermist.
Keenan v. United Kingom (2001)	GBP 10.000 toegekend aan de moeder van de overledene.
Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom (2002)	£ 20.000 toegekend aan de ouders van de overledene.
Anguelova v. Bulgaria (2002)	€ 3.800 toegekend aan de moeder van de overledene.
Öneryildiz v. Turkey (2002)	€ 133.000 toegekend aan de verzoeker en zijn drie kinderen voor het verlies van negen familieleden (inclusief de vrouw van de verzoeker) en voor het onbevredigende resultaten van de nationale juridische autoriteiten.
Aktas v. Turkey (2003)	€ 58.000 toegekend aan de broer van de overledene.
McGlinchey a.o. v. United Kingdom (2003)	€ 3.800 toegekend aan elk van de ouders van de overledene.
Ipek v. Turkey (2004)	€ 8.000 toegekend aan de verzoeker voor de verdwijning van zijn zonen, en hoe de nationale autoriteiten hiermee omgingen.
Nachova a.o. v. Bulgaria (2004)	€ 20.000 toegekend aan de weduwe en de dochter van de overledene, en € 20.000 toegekend aan de ouders van de overledene.
Özalp a.o. v. Turkey (2004)	€ 25.000 toegekend aan de echtgenote en de zes kinderen van de overledene.

Ramsahai v. The Netherlands (2005)	€ 20.000 toegekend aan de grootvader, grootmoeder en vader van de overledene gezamenlijk.
Oyal v. Turkey (2010)	€ 78.000 toegekend aan Oyal en de ouders van Oyal.
Vachkovi v. Bulgaria (2010)	€ 30.000 toegekend aan de ouders van de overledene.
Golubeva v. Russia (2010)	€ 35.000 toegekend aan de partner van de overledene.
Wasilewska and Kalucka v. Poland (2010)	€ 20.000 aan elk van de verzoekers; de vriendin en de moeder van de overledene.
Lazar v. Romania (2010)	€ 20.000 toegekend aan moeder van de overledene.
Anna Todorova v. Bulgaria (2011)	€ 8.000 toegekend aan de moeder van de overledene.

#### **Bij vastgestelde schending van artikel 2 EVRM:**

*“in respect to Carry out an effective investigation (death not found by the Court as amounting to a violation of article 2 of the convention)”*

Kaya v. Turkey (1998)	£ 10.000.
Tanrikulu v. Turkey (1999)	£ 15.000.
Hugh Jordan v. United Kingdom (2001)	£ 10.000 toegekend aan de vader van de overledene.
McKerr v. United Kingdom (2001)	£ 10.000 toegekend aan de zoon van de overledene.
Shanaghan v. United Kingdom (2001)	£ 10.000 toegekend aan de moeder van de overledene.
Kelly a.o. v. United Kingdom (2001)	£ 10.000 toegekend aan elke familielid van de overledenen.
Semsi Önen v. United Kingdom (2002)	€ 16.000 toegekend aan elk van de twee kinderen van de overledenen, welke getuigen waren van de moorden. € 13.000 toegekend aan elk van de negen andere kinderen van de overledenen.
McShane v. United Kingdom (2002)	£ 8.000 toegekend aan de weduwe.
Tepe v. Turkey (2003)	€ 14.500 toegekend aan de vader van de overledene
Nuray Sen v. Turkey (2004)	€ 14.500 toegekend weduwe en haar dochter.
Buldan v. Turkey (2004)	€ 10.000 toegekend aan de echtgenote en de kinderen van de overledene, en € 6.000 toegekend aan de broer van de overledene.

#### **Marteling met hierop volgend overlijden van het slachtoffer, maar het EHRM constateert geen schending van artikel 2 of 3 EVRM**

Mahmut Kaya v. Turkey (2000)	£ 15.000 voor de erfgenamen en £ 2.500 voor de broer van de overledene.
Bubbins v. United Kingdom (2005)	€ 10.000 toegekend aan de zus van de overledene.

#### **Bij vastgestelde schending van artikel 8 EVRM**

Guerra a.o. v. Italy	ITL 10.000.000 toegekend aan elk van de verzoekers.
----------------------	---

Note: Het betreft naar alle waarschijnlijkheid geen volledig en limitatief overzicht. Dergelijk onderzoek gaat de omvang van deze scriptie te boven.

*Bronnen:* Bona, Mewad & Lindenbergh 2005, p. 478-480 en jurisprudentie van het EHRM.