

Affectieschade bij ernstig en blijvend letsel

Babette van Beest – mr. B.A. van Beest is advocaat bij AVB Law in Amsterdam.

‘Wanneer je wilt taxeren hoe gelukkig iemand is, moet je niet vragen naar wat hem plezier doet, maar naar wat hem verdriet doet.’ (Schopenhauer)

Sinds 1 januari 2019 kunnen naasten en nabestaanden van slachtoffer dat ‘ernstig en blijvend’ letsel heeft opgelopen, vergoeding van affectieschade vorderen. Hoe heeft de rechtspraak dat begrip toegepast? Babette van Beest bespreekt niet-ontvankelijke en toegewezen vorderingen op grond van psychisch en lichamelijk letsel. Daarbij blijkt de beoordeling van ‘blijvend’ doorslaggevend te zijn. In de strafzaken, waarin de vordering meestal wordt beoordeeld, kan vaak niet vastgesteld worden of daarvan sprake is, omdat nog geen medische eindsituatie is ingetreden. Strafrechters zien de beoordeling vaak als onevenredige belasting van de zaak. Van Beest besteedt speciale aandacht aan psychisch letsel na seksueel misbruik, omdat dit misbruik vaak op latere leeftijd blijkt te leiden tot chronische psychische klachten. Ze concludeert dat de rechter in ieder geval bij misbruikzaken vooruitlopend zou kunnen toetsen op het blijvende karakter van het letsel.

1. Juridisch kader

Affectieschade voor naasten en nabestaanden: in Nederland is deze vergoeding van immateriële schade decennialang onderwerp van discussie geweest in politiek, literatuur en maatschappij. In een motie uit 2000 verzocht de Kamer de regering een regeling op te stellen die het recht op vergoeding van deze schade mogelijk zou maken. Aanleiding hiervoor was het bekende ‘Baby-Joost’ arrest.¹ In 2010 strandde het eerste wetsvoorstel: onsmakelijke procespraktijken, commercialisering van verdriet, belasting voor de rechterlijke macht en de toename van het aantal risicoaansprakelijkheden zouden het gevolg zijn van invoering van deze wet.² Maar de roep om vergoeding van affectieschade bleef groot: het tweede wetsvoorstel werd op 10 april 2018 aangenomen.

Sinds 1 januari 2019 is het daarom mogelijk om vergoeding van affectieschade voor naasten en nabestaanden te vorderen voor schadeveroorzakende gebeurtenissen na 1 januari 2019. Het betreft nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, maar in leed dat men ondervindt doordat een persoon waarmee men een affectieve band heeft, ernstig gewond raakt of overlijdt als bedoeld in art. 6:107 lid 1 onder b van het Burgerlijk Wetboek (BW) resp. 6:108 lid 3 BW. Het behelst een wettelijk systeem met een vaste kring van gerechtigden: echtgenoten en geregistreerde

partners (a), levensgezellen (b), minderjarige kinderen en ouders (c en d), meerderjarige thuiswonende kinderen en ouders (c), pleegkinderen en ouders (e en f), meerderjarige niet-thuiswonende kinderen en ouders (c en d) of degenen die de zorg in gezinsverband hebben (e en f). Broers en zussen zijn niet opgenomen als gerechtigde. Zij kunnen een beroep doen op de hardheidsclausule (g). De rechter past deze hardheidsclausule strikt toe. Broers en zussen worden bij het Schadefonds Geweldsmisdrijven wel als naaste of nabestaande aangemerkt. Zij kunnen bij het fonds dus wel aanspraak maken op een financiële tegemoetkoming voor het hen overkomen onrecht of leed. De vergoeding kent vaste bedragen, variërend van € 12.500 tot € 20.000. De mate van verwijtbaarheid van de veroorzaker is van invloed op de hoogte van de vergoeding.

2. ‘Ernstig en blijvend letsel’ – handvatten van de wetgever

Wat de *ernst* van het letsel betreft noemt de wetgever een functiestoornis van 70 % of meer indicatief, omdat het wenselijk is de praktijk enige houvast te bieden.³ Dit percentage is niet bepalend of doorslaggevend, maar slechts richtinggevend. Bij dit percentage functioneel verlies (of meer) mag aangenomen worden dat sprake is van ernstig

1 HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734. In deze zaak werd een smartengeldvergoeding voor de ouders van Joost afgewezen, toen de destijds vier maanden oude Joost door medische fouten ernstig en blijvend gehandicapt raakte.

2 Parl. Gesch. van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, p. 1272-1274 en Eindverslag I, p. 389; zie ook Kamerstukken II 2000-2001, 27 400 VI, nr. 70, p. 3-4.

3 Kamerstukken II 2015-2016, 34 257, nr. 3, p. 12.



en blijvend letsel. Bij minder functioneel verlies kan – in combinatie met andere componenten – toch sprake zijn van ernstig letsel. Genoemde voorbeelden zijn ernstige karakter- en gedragsveranderingen, het geheel verlies van het vermogen tot spreken, ernstige afasie, ernstige aantastingen van de geheugenfunctie en ernstig of geheel functieverlies van zintuigen. Ook kan het gaan om (nagenoeg) volledige afhankelijkheid van zodanig intensieve hulp en zorg dat de mogelijkheid van het onderhouden van een privéleven ernstig wordt verstoord. De invloed die het letsel heeft op het leven van de gekwetste en de naaste, is daarnaast een factor van belang in de zin van een ‘ingrijpende ommezwaai’ in het leven.⁴

Enerzijds is het aan de rechter om het begrip ‘ernstig en blijvend letsel’ aan de hand van individuele omstandigheden te beoordelen, anderzijds moet het begrip strikt worden uitgelegd.

Het *blijvende karakter* van het letsel houdt in dat het vooruitzicht ontbreekt dat het letsel na verloop van tijd vermindert, althans in die mate dat het letsel niet meer als ernstig valt aan te merken. De Raad voor de rechtspraak werpt op dat dit niet altijd voorzienbaar is en vraagt of toekenning ook niet bij zeer langdurig letsel het geval moet zijn. Vorderingen worden beperkt tot blijvend letsel omdat in die gevallen de ommezwaai in het leven van de gekwetste en naaste in de regel het meest evident is, aldus de wetgever.⁵ Wat betreft de strafprocedure is het aan de rechter te beoordelen of ruimte is binnen het strafproces, waarbij alleen vorderingen van eenvoudige aard kunnen worden behandeld.

Enerzijds is het aan de rechter om het begrip aan de hand van individuele omstandigheden te beoordelen en worden er bewust geen harde regels geformuleerd, anderzijds moet het begrip strikt worden uitgelegd.⁶

3. Jurisprudentie

Hoe geeft de rechtspraak invulling aan het begrip ‘ernstig en blijvend letsel’? Het juridisch kader van de wetgever lijkt tegenstrijdig. Door uitspraken te vergelijken kan worden bekeken op welke wijze rechters omgaan met de vordering van vergoeding affectieschade voor naasten bij blijvend en ernstig letsel van de primair gekwetste. Zo

kan worden bezien of de invulling van dit criterium past binnen de doelstelling van deze wet.

Via rechtspraak.nl is eerst een selectie gemaakt op de term ‘affectieschade’ en ‘ernstig en blijvend’. Dit leverde 153 zoekresultaten op. Vele uitspraken bleken niet bruikbaar, omdat of sprake was van overlijden van de primair gekwetste (art. 6:108 lid 3 BW), of van schadeveroorzakende gebeurtenissen vóór 1 januari 2019, of van niet bevestelde strafbare feiten. Na het uitfilteren van deze uitspraken bleven 21 uitspraken over, waarvan 20 strafrechtelijke (51f lid 2 Sv jo. art. 36f Sr) en 1 civiele. In slechts vijf zaken werden de vorderingen toegewezen. In de overige 16 uitspraken is de afwijzing veelal gegrond op de (nog) onzekere blijvende aard van het letsel.

3.1 Niet-ontvankelijke vorderingen op grond van psychisch letsel van primair gekwetste

In deze paragraaf bespreek ik de vorderingen vergoeding affectieschade in het geval van psychisch letsel die niet-ontvankelijk werden verklaard.⁷

In de uitspraak van Rechtbank Amsterdam van 8 januari 2020 is sprake van de diagnose PTSS na seksueel misbruik, te weten het seksueel binnendringen, aanraken en betasten van het lichaam. Het gaat om een zevenjarig meisje; zij is veranderd in een teruggetrokken en afstandelijk meisje. Haar levenslust en vrolijkheid zijn aanmerkelijk afgenomen. De klachten uit zich verder in slecht slapen, nachtmerries, fysieke klachten zoals hoofdpijn, buikpijn en flashbacks. PTSS is – aldus de rechtbank – in veel gevallen met traumatherapie te behandelen. De rechtbank overweegt dat verdere behandeling van de ingestelde vorderingen door de moeder en vader een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert, aangezien het onduidelijk is of dit letsel zonder meer blijvend is. Het toestaan van nadere bewijslevering zou betekenen dat de strafzaak moet worden aangehouden en de vorderingen worden daarom niet-ontvankelijk verklaard.⁸ Rechtbank Amsterdam verklaarde de vorderingen op 31 maart 2021 eveneens niet-ontvankelijk. Er was sprake van de diagnose PTSS ten gevolge van meerdere messteken. Naar aanleiding van het neersteken van het slachtoffer zijn beelden op social media geplaatst waarmee de familie nadien is geconfronteerd en er zijn raps gemaakt over het voorval. De ontwikkeling van het psychische letsel is onduidelijk en derhalve staat nog niet vast dat het letsel zodanig ernstig en blijvend is.⁹ In deze zaak werd overigens ook lichamelijk letsel opgelopen (zie par 3.3).

4 Kamerstukken II 2015-2016, 34 257, nr. 3, p. 13.

5 Kamerstukken II 2015-2016, 34 257, nr. 3, p. 12.

6 Kamerstukken II 2015-2016, 34 257, nr. 6; Kamerstukken II 2015-2016, 34 257, nr. 3, p. 7 en 16.

7 Waarna men zich overigens nog tot de burgerlijke rechter kan wenden.

8 ECLI:NL:RBAMS:2020:51, Rechtbank Amsterdam, 08-01-2020, 13.041256.19.

9 ECLI:NL:RBAMS:2021:1530, Rechtbank Amsterdam, 31-03-2021, 13.143314.20.

Ook paniekaanvallen en slaapproblemen na een schietpartij waarbij een van de slachtoffers geraakt is in zijn been en buik, kan volgens Rechtbank Rotterdam niet als blijvend én ernstig worden gekwalificeerd. Het andere slachtoffer, meerdere malen geraakt in zijn onderrug en rechterbeen, had eveneens last van angstklachten en wordt door een ernstig en groot litteken dagelijks aan de schietpartij herinnerd. Zijn buiktaeages zijn hierdoor ernstig ontsierd. Ten aanzien van dit slachtoffer oordeelde de Rechtbank Rotterdam hetzelfde.¹⁰

Ook Rechtbank Midden-Nederland overweegt dat, wanneer een medische eindsituatie wat betreft PTSS niet vaststaat, de vordering niet-ontvankelijk moet worden verklaard.¹¹ Ook de onzekerheid of nadelige psychische gevolgen zullen optreden na een schietpartij, leidt tot niet-ontvankelijkheid.¹²

Wanneer er geen gegevens overgelegd worden waaruit blijkt dat blijvend letsel is opgelopen, wordt een vordering tot vergoeding affectieschade ook niet-ontvankelijk verklaard, ook in het geval van langdurig, frequent en seksueel misbruik.¹³ Op 29 januari 2021 oordeelde Rechtbank Rotterdam dat weliswaar sprake was van seksueel misbruik met een minderjarige, maar dat deze vorderingen niet-ontvankelijk waren omdat niet was gebleken van ernstig of blijvend letsel.¹⁴

Voor wat betreft psychisch letsel heeft de rechter geen vorderingen toegewezen.

3.2 Niet-ontvankelijke vorderingen op grond van lichamelijk letsel primair gekwetste

Wat betreft lichamelijk letsel bij de primair gekwetste, onderscheid ik niet-ontvankelijk verklaarde (par 3.2) en toewijzende (par. 3.3) vorderingen tot vergoeding van affectieschade.

In de eerdergenoemde zaak van Rechtbank Oost Brabant van 27 januari 2020, was naast psychische klachten ook sprake van lichamelijk letsel door rondvliegende kogels bij een 2-jarig meisje dat achterop de fiets bij haar moeder zat. De rechtbank oordeelde dat weliswaar sprake was van ernstig letsel, maar dat niet vaststond dat dit blijvend

was. De rechtbank overweegt dat het ongewis is of het letsel gevolgen heeft voor de lichamelijke ontwikkeling.¹⁵ Wanneer volledig herstel te verwachten valt, wordt de vordering eveneens niet-ontvankelijk verklaard.¹⁶ Het ging hier om drie steekwonden, waarvan een in de rechterzijde van de bovenbuik, een in de rechterflank en een in de rechteronderarm. Er was sprake van een bloeding van de lever, doorgesneden zenuwen, spieren en slagader en een afgebroken stukje van het spaakbeen.

Rechtbank Amsterdam oordeelde op 31 maart 2021 ook dat de vorderingen niet-ontvankelijk moesten worden verklaard. Er was in deze zaak sprake van lichamelijk letsel ten gevolge van meerdere messteken: een forse hoofdwond en twee risicovolle operaties. Het slachtoffer kwam in comateuze toestand binnen, is gereanimeerd en zijn schedel was zichtbaar. Een medisch rapport werd in deze zaak overgelegd. De rechtbank noemt het percentage functiestoornis van 70 % en de categorieën ernstige karakter- en gedragsveranderingen, afasie, aantasting geheugenfunctie of de ernstige verstoring tot lichamelijk contact waar het slachtoffer niet in valt.¹⁷

Rechtbank Den Haag oordeelt op 29 juni 2020 dat evenmin sprake is van blijvend letsel door het voorval. Het slachtoffer is viermaal in zijn been geraakt door afgeschoten kogels en een keer in zijn linkerarm, waarbij letsel is opgelopen aan de dijbeenslagader. Operatief ingrijpen was noodzakelijk.¹⁸

Ook Rechtbank Noord-Holland oordeelt op 16 juli 2020 dat nog geen medische eindsituatie is bereikt en dat daarmee nog niet duidelijk is in welke mate er verlies van zicht zal resteren als gevolg van het door verdachte toegebrachte letsel. In die zaak was sprake van perforatie van het oog door een priem.¹⁹

Rechtbank Noord-Nederland overwoog op 18 juni 2020 gelijk: de medische stukken gaven onvoldoende uitsluitel of het letsel ernstig en blijvend is.²⁰ Hier was sprake van meerdere breuken van de oogkas, waarbij sprake was van losliggende botdelen en uitzakking van een oogspier, alsmede een gebroken jukbeen en neus.

Rechtbank Overijssel overwoog hetzelfde: uitgebreid medisch onderzoek was noodzakelijk en dit zou een onevenredige belasting van het strafgeding opleveren. Het ging hier om een breuk van de schedel, ophoping van lucht in de schedel en een plaatselijke bloeditstorting onder de schedel.²¹

10 ECLI:NL:RBROT:2020:10292, Rechtbank Rotterdam, 13-11-2020, 10/700023-20.

11 ECLI:NL:RBMNE:2021:293, Rechtbank Midden-Nederland, 01-02-2021, 16-289444-19 (P).

12 ECLI:NL:RBOBR:2020:393, Rechtbank Oost-Brabant, 27-01-2020, 01/879075-19.

13 ECLI:NL:RBDHA:2020:8099, Rechtbank Den Haag, 26-08-2020, 09/837310-19.

14 ECLI:NL:RBROT:2021:1424, Rechtbank Rotterdam, 29-01-2021, 10/741008-20.

15 ECLI:NL:RBOBR:2020:393, Rechtbank Oost-Brabant, 27-01-2020, 01/879075-19.

16 ECLI:NL:RBDHA:2020:11332, Rechtbank Den Haag, 10-11-2020, 09/143929-20.

17 ECLI:NL:RBAMS:2021:1530, Rechtbank Amsterdam, 31-03-2021, 13.143314.20.

18 ECLI:NL:RBDHA:2020:5934, Rechtbank Den Haag, 29-06-2020, 09/837500-19.

19 ECLI:NL:RBNHO:2020:5305, Rechtbank Noord-Holland, 16-07-2020, 15/244483-19.

20 ECLI:NL:RBNNE:2020:2369, Rechtbank Noord-Nederland, 18-06-2020, 18/010797-20.

21 ECLI:NL:RBOVE:2019:4656, Rechtbank Overijssel 10-12-2019.

Verder speelt de complexiteit en het tijdstip van het indienen van de overige gevorderde schadeposten een rol. Zo overwoog Rechtbank Overijssel op 19 oktober 2020 dat, gezien de omvang en complexiteit van de overige vorderingen van het slachtoffer (waardoor de verdediging onvoldoende mate verweer had kunnen voeren), de vorderingen niet-ontvankelijk moesten worden verklaard. Het ging hier om een slachtoffer die meerdere bloedingen in de hersenen had opgelopen ten gevolge van een breuk in de schedelbeenderen. Het slachtoffer had een aantal weken op de IC gelegen en heeft voor de rest van zijn leven blijvende beperkingen, zoals taalbegripsproblemen, ernstige problemen met het vinden van woorden en kan slechts nog enkele woorden lezen en schrijven.²²

3.3 Toegewezen vorderingen op grond van lichamelijk letsel primair gekwetste

Rechtbank Rotterdam wijst op 24 december 2020 de vorderingen tot vergoeding affectieschade toe. Er is sprake van blijvend hersenletsel met als gevolg een halfzijdige verlamming, stoornissen van de hersenen en vermindering van alertheid. Er is sprake van een ernstige beperking in de zelfstandige uitvoer en uitzicht op herstel ontbreekt.²³

Een jaar eerder wees deze rechtbank de vorderingen ook al toe: in deze zaak was sprake van een steekwond in de rug met een klaplong en slagaderlijke bloeding in de borstholte tot gevolg.²⁴

In een andere zaak wijst Rechtbank Rotterdam de vorderingen wederom toe. Zij overweegt dat, wanneer sprake is van ernstig en blijvend letsel, naasten recht hebben op het wettelijk vastgestelde forfaitaire schadebedrag. De verdediging stelt dat dat de bedragen naar rato van het percentage blijvende invaliditeit verminderd zouden moeten worden. De mate van invaliditeit heeft op die bedragen verder geen invloed. Het is onduidelijk hoe lang het revalidatietraject zal duren en in hoeverre zij nog zal kunnen herstellen. Aannemelijk is in ieder geval dat het slachtoffer, naast een ontsierend litteken, ook blijvende geestelijke beperkingen zal houden. Zij had een kogel in haar onderrug gekregen, leed daardoor ernstig bloedverlies en moest gereanimeerd worden; door zuurstoftekort liep zij hersenletsel op.²⁵

Op 8 april 2021 wijst Rechtbank Amsterdam de vorderingen tot vergoeding van affectieschade eveneens toe. Er was sprake van een maximaal diepe comascore, bloeduitstortingen en kneuzingen aan en in de hersenen, alsmede botbreuken van de schedel en aangezicht. Het slachtoffer

is volledig hulpbehoevend en er is een slechte neurologische toestand met een verlaagd bewustzijn.²⁶

Bij de toegewezen vordering is sprake van halfzijdige verlamming, stoornissen van de hersenen, vermindering van alertheid en uitzicht op herstel ontbreekt.

In de enige civiele zaak waarin een vordering tot vergoeding van affectieschade werd toegewezen ging het om een deelgeschil over aansprakelijkheid. Op grond van de vastgestelde aansprakelijkheid kon de vordering tot vergoeding van affectieschade worden toegewezen. Het ging hier om een permanente hersenbeschadiging waardoor het slachtoffer 24 uur zorg behoefde.²⁷

4. Blijvend lichamelijk letsel is doorslaggevend

Allereerst valt op dat de vordering tot vergoeding van affectieschade slechts in één civiele zaak aan bod komt. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat civiele zaken veelal buiten rechte worden geregeld en dat partijen dan vaak (bij ernstig letsel) de voorkeur geven aan een medische expertise. De onafhankelijk medisch deskundige brengt de ernst en het blijvende karakter van het letsel in kaart en geeft op grond van de medische stukken (en eigen onderzoek) zijn objectieve oordeel over bijvoorbeeld de beperkingen die uit het letsel voortvloeien en/of een percentage functionele invaliditeit.

In strafprocedures is slechts vier keer een vordering toegewezen en louter op grond van lichamelijk letsel. In alle andere uitspraken worden de vorderingen niet-ontvankelijk verklaard. De term ‘blijvend’ lijkt doorslaggevend te zijn voor rechters, nu in verschillende uitspraken wordt overwogen dat nog niet vastgesteld kan worden of sprake is van blijvend letsel, omdat er geen sprake is van een medische eindsituatie. De toetsing voor wat betreft de ernst en het blijvende karakter van het letsel wordt als lastig en daarmee als onevenredige belasting van de strafzaak gezien. De vraag is of er niet meer ruimte moet komen voor beoordeling van dergelijke vorderingen.

In het arrest van 28 mei 2019 geeft de Hoge Raad ‘enkele voorafgaande beschouwingen’ over de vordering van de benadeelde partij, om te voorkomen dat de rechter vaker dan nodig de vordering niet-ontvankelijk verklaart:

22 ECLI:NL:RBOVE:2020:3435, Rechtbank Overijssel, 19-10-2020, 08-158832-19 (P).

23 ECLI:NL:RBROT:2020:13006, Rechtbank Rotterdam, 24-12-2020, 10/730130-19.

24 ECLI:NL:RBROT:2019:10334, Rechtbank Rotterdam, 23-12-2019, 10/730158-19.

25 ECLI:NL:RBROT:2019:10581, Rechtbank Rotterdam, 12-12-2019, 10/741030-19.

26 ECLI:NL:RBAMS:2021:1667, Rechtbank Amsterdam, 08-04-2021, 13/055301-20.

27 ECLI:NL:RBNHO:2020:5455, Rechtbank Noord-Holland, 23-07-2020, C/15/303323 HA RK 20/91.

Mede gelet op het grote belang dat benadeelde partijen erbij hebben op een eenvoudige wijze schadeloos gesteld te worden voor de schade die zij door een strafbaar feit hebben geleden, beoogt deze uitzetting ook te voorkomen dat de strafrechter vaker dan nodig gebruikmaakt van zijn bevoegdheid een benadeelde partij in haar vordering niet-ontvankelijk te verklaren omdat hij vindt dat de behandeling daarvan een onevenredige belasting van het strafgeding zou opleveren.²⁸

Bosch schreef al eerder dat de wetgever enerzijds waarde hecht aan een concreet percentage blijvende functionele invaliditeit, maar tegelijkertijd een groot aantal voorbeelden geeft van ‘ernstig en blijvend letsel’ waar juist geen sprake is van een dergelijk percentage. Hierdoor lijkt het alsof de wetgever ruimte wil laten voor discretionaire bevoegdheid.

Vanuit de praktijk is er al op gewezen dat de gekozen grens van 70 % erg hoog is.²⁹ De Raad voor de rechtspraak vraagt zich af waarom het noemen van een concreet percentage wenselijk is als het percentage indicatief is. De drempel bij letsel is op deze wijze hoog en het noemen van een minimumpercentage arbitrair.³⁰

Ook de vereniging Advocaten voor Slachtoffers van Persoonschade geeft voorbeelden van letsel en de daarbij behorende percentages blijvende functionele invaliditeit waaruit blijkt dat ook bij mindere percentages sprake kan zijn van een ingrijpende en blijvende verandering in het leven van een naaste.³¹ Ook Lindenbergh ziet het vooral als een taak voor de rechter om, aan de hand van de in de toelichting gegeven aanknopingspunten, invulling aan dit begrip te geven.³²

Bij de ernst van het letsel zou volgens de wetgever ruimte bestaan voor individuele omstandigheden. De uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 13 november 2020 bijvoorbeeld, waar sprake is van een ernstig litteken waardoor het slachtoffer dagelijks wordt herinnerd aan het voorval en waardoor zijn tatoeages worden ontsierd, lijkt mij een goed voorbeeld van een omstandigheid die meegewogen had mogen worden.³³ Ook in de uitspraak van Rechtbank Amsterdam van 31 maart 2021 lijkt geen ruimte te zijn voor overige omstandigheden: het toetsingskader in deze uitspraak bestaat enkel uit de categorieën letsel en/of het percentage functieverlies. De vraag is of de wetgever

dit als limitatieve ‘categorieën’ bedoeld heeft. Het had in deze zaak voor de hand gelegen om bij (eventueel) minder functioneel verlies ook andere omstandigheden mee te wegen, zoals de comateuze toestand, noodzaak tot reanimeren, de forse hoofdwond waarbij de schedel zichtbaar was, het feit dat sprake was van PTSS ten gevolge van het voorval en de nadien gemaakte *drill raps* en filmpjes die van het slachtoffer op sociale media waren geplaatst. Te meer wanneer deze zaak wordt vergeleken met de uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 23 december 2019, waar de vergoeding van affectieschade wel werd toegewezen bij een klaplong en een slagaderlijke bloeding in de borstholte.

Om ernstig en blijvend letsel aan te tonen, moet doorgaans een groot medisch dossier overgelegd worden. Voor de toewijsbaarheid van de vordering benadeelde partij gelden immers dezelfde bewijsregels als in civiele zaken.³⁴ Men kan niet volstaan met een ‘simpel’ briefje van de huisarts. Een dergelijk dossier is doorgaans complex en de rechter is geen medicus. De medische stukken dragen bij aan de complexiteit van de toets of op basis van de beschikbare stukken wordt voldaan aan het criterium, terwijl de vordering ook niet-ontvankelijk wordt verklaard als te weinig gegevens worden overgelegd. Een middenweg hierin lijkt nog niet gevonden te zijn.

Verder moet uiteraard ook gekeken worden naar de gevolgen die het letsel heeft voor de naasten van het slachtoffer. Dit lijkt in lijn met bijvoorbeeld de toepassing van de billijkheidscorrectie in ons rechtssysteem, waar de nadruk niet per se op het letsel ligt, maar op de gevolgen die het letsel in het concrete geval heeft.³⁵ Onderzoek wijst uit dat ook bij naasten en nabestaande behoefte aan individuele erkenning en genoegdoening bestaat.³⁶ Dat is ook de doelstelling van deze wet. Ook Verheij wees er op dat de impact op de directe omgeving en de afhankelijkheid van de gekwetste een belangrijke factor is.³⁷

Wanneer een medische eindsituatie is bereikt, hangt af van het opgelopen letsel. Een gemiddelde letselschade duurt, wanneer redelijk tot ernstig letsel is opgelopen, ongeveer twee jaar. Een strafzitting vindt doorgaans eerder plaats. De kans dat ten tijde van de strafzitting nog geen medische eindsituatie is ingetreden, is daarom

28 HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793 (overzichtsarrest vordering benadeelde partij).

29 E.W. Bosch, ‘De wet affectieschade nader beschouwd’, *VR* 2020/126.

30 <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-552707>, p. 7.

31 Brief van 27 oktober 2015 aan de vaste Kamercommissie; zie Bosch, t.a.p.

32 S.D. Lindenbergh, *Psychische schade. Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade door aantasting van geestelijke gezondheid, verdriet, angst, spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen*, Den Haag: Boom Juridisch: 2019, p. 133.

33 ECLI:NL:RBROT:2020:10292, Rechtbank Rotterdam, 13-11-2020, 10/700023-20.

34 HR 14 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8755.

35 Van bijvoorbeeld blijvend letsel aan een vinger zijn de gevolgen voor een concertpianist beduidend ingrijpender dan voor een ander.

36 A.J. Akkermans e.a. 2008, p. 2, 51.

37 A.J. Verheij, ‘Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid’, *VR* 2014/94, 6, p. 223.

groot. Ook Van der Roest en Keizer wezen al op het probleem van het tijdsaspect.³⁸

Uiteraard staat voor de benadeelde de civiele weg nog open na niet-ontvankelijkheid van de vordering. De nadelen daarvan, zoals bijvoorbeeld de levenslange verbondenheid met de dader door middel van periodieke betalingen en het feit dat de incasso- en proceslast bij de benadeelde ligt, maakt dat deze stap niet snel gezet zal worden. Schijns schreef in dit kader al eerder dat Nederland wellicht naar een verzekerd slachtofferrecht toe moet werken, waarbij een verbod op de opzetclausule gecombineerd wordt met de directe actie jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar. De verzekeraar krijgt dan vervolgens een eigen verhaalsrecht. Ook zou de oplossing kunnen worden gezocht in een first party verzekering, afgesloten door het slachtoffer zelf.³⁹ Zo ver zijn we helaas nog niet. Zou het tijdsaspect daarom niet ondergaan moeten worden?

Er is nog geen middenweg gevonden tussen enerzijds niet-ontvankelijk verklaren omdat er te weinig gegevens worden overgelegd en anderzijds een groot medisch dossier dat de strafzaak onevenredig belast.

Bovengenoemde uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 12 december 2019 biedt perspectief. Volgens Van der Roest en Keizer is deze uitspraak onjuist en opmerkelijk, omdat het oordeel van de rechtbank ongemotiveerd is. Nader medisch onderzoek moet nog uitwijzen in hoeverre het slachtoffer haar studie zou kunnen voortzetten.⁴⁰ Dat laatste is op zich juist, maar maakt mijns inziens de uitspraak niet per se onjuist: er is sprake van functiestoornissen op het gebied van taal, het uitvoeren van opdrachten en ruimtelijk inzicht. Na het incident was het slachtoffer er zeer slecht aan toe en kon zelf niet meer spreken. De mate van herstel is weliswaar nog onduidelijk, maar de revalidatie is zeer lang. Kortom; de rechter acht het *aannemelijk* dat er sprake is van blijvende geestelijke beperkingen nu zij hersenschade heeft opgelopen. De rechter lijkt voor de ernst van het letsel de aard hiervan te hebben meegewogen in zijn oordeel. De parlementaire geschiedenis bevat gelijksoortige voorbeel-

den (forse functiestoornissen) en het slachtoffer ervaart nog dagelijks pijn en beperking in haar bewegen.

Wat ik Van der Roest en Keizer wel moet nageven, is dat de rechter in zijn oordeel enigszins tegenstrijdig is. Hij wijst de vorderingen tot vergoeding van affectieschade voor de naasten toe, neemt een 'voorschot' op het blijvende karakter van het letsel, maar wijst slechts een klein deel van de gevorderde immateriële schadevergoeding voor het slachtoffer toe – met de motivering dat de omvang van deze schadepost uitgebreid nader onderzoek zou vergen bij gebreke van een medische eindtoestand. Desalniettemin biedt deze uitspraak wat mij betreft perspectief voor het ondervangen van het tijdsaspect van de medische eindsituatie, met name voor naasten bij diens vordering tot vergoeding van affectieschade in seksueel misbruikzaken (waarover hieronder meer).

Overes schreef in 2016 dat de invulling van het vereiste 'voldoende ernstig' onvoldoende ingekaderd is voor een efficiënte en geslaagde afwikkeling in de praktijk.⁴¹ Dat blijkt nu. Echter, de meeste uitspraken stranden niet op de ernst van het letsel, maar met name op het onzeker blijvende karakter van dit letsel. Overes pleit voor een AMvB, gericht op een samenvatting of ordening, om de praktijk centraal en relatief eenvoudig aanwijzingen te geven. Dit zou wat mij betreft inderdaad een nuttige bijdrage zijn voor de rechtspraak.

Tot slot nog een laatste opmerking over de uitspraak van Rechtbank Overijssel van 19 oktober 2020. Het ging hier om blijvende, zeer ernstige beperkingen van het slachtoffer. Echter, de vorderingen werden niet-ontvankelijk verklaard op grond van art. 6 lid 1 EVRM. De verdediging kon zich onvoldoende voorbereiden op een verweer wat betreft de overige (door het slachtoffer) gevorderde schadeposten. Het gaat te ver om het recht op een eerlijk proces verder uiteen te zetten, maar men kan zich afvragen in hoeverre – wanneer het blijvende en ernstige karakter van het letsel vaststaat en daarmee het recht op vergoeding van affectieschade voor een naaste – het recht op een eerlijk proces nog een rol kan spelen. Men zou kunnen bepleiten dat het recht op affectieschade bestaat of niet bestaat. Verweer is dan niet mogelijk⁴² – in tegenstelling tot de overige (door het slachtoffer) gevorderde schadeposten, waar wel ruimte voor discussie en verweer bestaat.

38 C. van der Roest en J.G. Keizer, 'De Wet Affectieschade in de praktijk; duidelijke afbakening of onsmakelijke discussies?', *TVP* 2020, p. 47-57.

39 A.J.J.G. Schijns, 'Naar een verzekerd slachtofferrecht: onderzoek naar effectief schadeverhaal van slachtoffers van misdrijven via het private verzekeringsrecht', *TVP* 2017, 4, p. 99-106.

40 C. van der Roest en J.G. Keizer, 'De Wet Affectieschade in de praktijk. Duidelijke afbakening of onsmakelijke discussies?', *TVP* 2020, p. 47-57.

41 J.S. Overes, 'Het wetsvoorstel ter vergoeding van affectieschade. Enkele gedachten en suggesties', *TVP* 2016.

42 Behoudens uiteraard het eigen schuld verweer.

5. Vordering benadeelde partij afsplitsen?

Het wetsvoorstel Modernisering Wetboek van Strafvordering ligt nu ter advies bij de Raad van State. In de concept wettekst is opgenomen dat de vordering benadeelde partij op bevel van de rechtbank afgesplitst kan worden van de strafprocedure. Dit lijkt een stap in de goede richting. Echter, deze tekst staat uitdrukkelijk tussen haken. De belasting voor de rechterlijke macht, de extra inspanningen voor de Staat in het kader van tenuitvoerlegging bij schadevergoedingsmaatregelen en extra kosten door de voorschotregeling, pleiten tegen een dergelijke afgesplitste procedure. Uit een WODC-onderzoek zal moeten blijken in welke mate en onder welke voorwaarden dit eventueel mogelijk is.⁴³ Voorlopig zullen benadeelde partijen het nog met de huidige rechtspraak moeten doen.

6. Ernstig en blijvend letsel door seksueel misbruik

Omdat psychische klachten na seksueel misbruik niet als niet ernstig en blijvend letsel worden gekwalificeerd, wordt een vordering tot vergoeding van affectieschade niet-ontvankelijk verklaard. Omdat onderzoek heeft duidelijk gemaakt dat seksueel misbruik vaak leidt tot chronische PTSS,⁴⁴ wijd ik na de analyse van de jurisprudentie aan deze kwestie een aparte paragraaf.⁴⁵

Epidemiologisch onderzoek onder de algemene bevolking heeft aangetoond dat het risico op het ontwikkelen van PTSS hoger is onder slachtoffers van een geweldsmisdrijf, met name verkrachting (49%) en ander seksueel geweld zoals aanranding (23,7 %), dan onder mensen die er getuige van waren dat iemand doodging of ernstig verwond raakte (7,3 %), of die een natuurramp (3,8 %) of een ernstig auto-ongeluk (2,3 %) meemaakten.⁴⁶ Hoewel PTSS-symptomen voor veel slachtoffers gedurende de eerste maanden na seksueel misbruik afnemen, ontwikkelt een aanzienlijk deel van hen chronische PTSS, dat wil zeggen PTSS die langer dan drie maanden aanhoudt. Uit dit onderzoek blijkt dat 47 % na negen maanden nog gerelateerde PTSS klachten heeft.⁴⁷

Daarbij tonen invloedrijke cognitieve theorieën aan dat PTSS geen rechtstreeks gevolg is van de traumatische ervaring, maar van negatieve gedachten en overtuigingen

(associaties) die in verband staan met de gebeurtenis en de nasleep daarvan (bijvoorbeeld: ‘als ik alleen ben, word ik weer aangerand’; ‘mijn reacties op de gebeurtenis betekenen dat ik gek word’).⁴⁸ Dit laatste kan een factor van belang zijn als men kijkt naar de invloed die het letsel heeft op het leven van de gekwetste en de naaste, zoals de wetgever ook betoogt.

De uitspraak van Rechtbank Amsterdam van 8 januari 2020 is hierbij een sprekend voorbeeld: er was sprake van PTSS én een teruggetrokken, afstandelijk meisje, waarbij de levenslust en vrolijkheid aanmerkelijk zijn afgenomen. Voor naasten geldt dan wel degelijk sprake van een ‘ingrijpende ommezwaai’ in het leven. De omgang met de dochter is fundamenteel veranderd en het leven van het meisje en hoe zij de wereld ervaart ook. Naasten worden zo dagelijks met de nasleep van de gebeurtenis geconfronteerd.

De rechter had hier overigens mee kunnen wegen dat weliswaar sprake is van minder dan 70 % functieverlies, maar ook van ernstige karakter- en gedragsveranderingen, zoals vaak het geval is bij een PTSS-stoornis.

Voor het slachtoffer en diens naasten zou er meer ruimte moeten zijn voor een op het blijvende karakter ‘vooruitlopende toets’, vooral wat de blijvende psychische klachten betreft.

Het is niet altijd voorzienbaar of letsel ernstig en blijvend zal zijn. Wat betreft de ernst van het letsel zou in misbruikzaken bepleit kunnen worden dat letsel door seksueel misbruik leidt tot een ernstige verstoring van de mogelijkheid om lichamelijk contact te hebben en/of karakter- en gedragsveranderingen. Uit wetenschappelijk onderzoek is verder gebleken dat negatieve seksuele ervaringen vaak leiden tot ernstige en langdurige psychische problemen (zoals PTSS, depressie, borderline persoonlijkheidsstoornis of eetstoornissen), seksuele problemen (bijvoorbeeld minder subjectieve seksuele opwindings) en lichamelijke problemen (zoals chronische bekkenpijn).⁴⁹ Men kan zich daarom afvragen of de rechterlijke macht in deze gevallen geen ‘voorschot’ zou

43 Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 158.

44 Seksueel misbruik kan zich zelfs tientallen jaren later uiten in (posttraumatische) klachten, terwijl de indruk bestond dat het trauma allang verwerkt was; zie R.M. Kok, A.H. Matthijsen en R.M. Marijnissen, *NTvG* 2005; 149:905-8.

45 Hartlief stelde in 2014 al dat het begrip ‘ernstig en blijvend letsel’ nog steeds vaag is en vraagt zich af of kindermisbruik bijvoorbeeld ook als zodanig wordt gekwalificeerd; zie T. Hartlief, ‘Beperkte kring van gerechtigden onder vuur’, *NJB* 2014/1270 (26).

46 Breslau, N., Kessler, R.C., Chilcoat, H.D., Schultz, L.R., Davis, G.C. & Andreski, P. (1998), *Trauma and posttraumatic stress disorder in the community: The 1996 Detroit Area Survey of Trauma. Archives of General Psychiatry*, 55(7), 626-632.

47 Rothbaum, B., Foa, E.B., Riggs, D.S., Murdock, T. & Walsh, W. (1992), *A prospective examination of post-traumatic stress disorder in rape victims. Journal of Traumatic Stress*, 5(3), 455-475.

48 I.A.E. Bicanic, I.M. Engelhard, M. Sijbrandij, ‘Posttraumatische stressstoornis en seksuele problemen na seksueel geweld: prevalentie en behandeling’, *Gedragstherapie* 2014; 47:256-74.

49 W. Wentzel (2003), ‘Gevolgen van huiselijk geweld’ in: *Huiselijk en seksueel geweld*, Werken in SPH, Bohn Stafleu van Loghum, Houten.

kunnen nemen op de term ‘blijvend’, zoals Rechtbank Rotterdam op 12 december 2019 doet.

Het behoeft geen uitleg dat de gevolgen van seksueel misbruik van iemand waarmee een affectieve, nauwe band bestaat, voor een naaste vreselijk is van dichtbij mee te moeten maken. Op grond van genoemd wetenschappelijk onderzoek zou voor het slachtoffer en diens naasten meer ruimte moeten zijn voor een op het blijvende karakter ‘vooruitlopende toets’, vooral wat de blijvende psychische klachten betreft. Dan dient slechts het blijvende karakter aannemelijk te worden gemaakt, het gaat hierbij immers om het vooruitzicht.⁵⁰

6. Conclusie en aanbeveling

Er zijn tot nu toe weinig uitspraken gedaan over de vergoeding van affectieschade voor een naaste bij ernstig en blijvend letsel. En de drempel voor toewijzing ligt hoog: in mijn selectie van 21 uitspraken ging het om 5 toewijzende uitspraken.

De rechter zou in strafzaken meer ruimte moeten hebben het ernstige en blijvende karakter van het letsel te toetsen, omdat de feitelijke situatie omtrent het letsel en herstel ten tijde van de strafzaak vaak nog onduidelijk is. Rechters ervaren deze toets nu als te lastig en daarmee als een onevenredige belasting van de strafzaak, terwijl de Hoge Raad in zijn overzichtsarrest aandacht vraagt voor het te snel vorderingen als niet-eenvoudig duiden. De inwerkingtreding van de wet Affectieschade wordt daarbij genoemd als argument om zorgvuldiger met de bevoegdheid tot niet-ontvankelijk verklaring van de vordering om te gaan. Verder maakt een wetsvoorstel een afgesplitste procedure mogelijk voor benadeelde partijen. De wetgever is dus bezig de positie van benadeelde partijen te versterken.

Het (al dan niet) blijvende karakter lijkt vaak doorslaggevend. De rechter zou dit vooruitlopend kunnen toetsen, in die zin dat de blijvende aard aannemelijk moet zijn. De rechter zou in ieder geval bij misbruikzaken vooruitlopend kunnen toetsen op het blijvende karakter, nu wetenschappelijk onderzoek aantoonde dat vaak ernstige en langdurige psychische problemen ontstaan door negatieve seksuele ervaringen. Er kan niet ontkend worden dat seksueel misbruik ingrijpt in het leven van naasten en de primair gekwetste. Daarnaast zou de discussie over verjaring (bij openbaring van klachten na een aantal jaren) mijns inziens onwenselijk zijn.

In de rechtspraak worden voor het oordeel over de ernst van het letsel het percentage functieverlies en de ‘categorieën’ van ernstig letsel bij minder functieverlies, strikt gehandhaafd. Door de wetgever worden deze factoren echter ingeleid met ‘te denken valt aan...’.⁵¹ Zouden deze voorbeelden dan als limitatieve categorieën bedoeld zijn? Mijns inziens niet. Bij psychisch letsel na seksueel misbruik kan niettemin aansluiting gezocht worden bij de voorbeelden die de wetgever noemt, daarbij moet ook gekeken worden naar de invloed van het letsel op het leven van de naaste en gekwetste en de overige omstandigheden van het geval.⁵²

Bij alle uitspraken staat alleen het letsel van het slachtoffer centraal en wordt niet naar de impact op het leven van naasten en naar overige omstandigheden gekeken. In sommige afwijzende uitspraken had dit wel voor de hand gelegen. De officier van justitie kan wellicht een meer leidende rol spelen door dit te benadrukken. Op deze wijze wordt beter tegemoetgekomen aan de doelstelling van de wet bij ernstig en blijvend letsel voor naasten.

Ten slotte zouden omvangrijke medische stukken ter onderbouwing er niet meteen toe moeten leiden dat de vordering als van niet-eenvoudige aard wordt geoordeeld.

50 M.R. Hebly, I. van der Zalm en E.S. Engelhard, ‘Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade. Verbetering van de positie van slachtoffers en naasten’, AAe 2015/93, 2015, p. 101.

51 Kamerstukken II 2015-2016, 34 257, nr. 3, p. 13.

52 Al is het risico op smakeloze procespraktijken de keerzijde van vooruitlopend toetsen en de voorbeelden van de wetgever als niet-limitatief opvatten.