

Visie op de nieuwe aanpak voor het confrontatiecriterium bij shockschade en op de samenloop met affectieschade

AV&S 2022/28

Engelhard en Stalenhoef bespreken in hun artikel actuele vragen over shockschade, in het bijzonder na het spraakmakend arrest van 28 juni 2022 in de strafzaak over het drama in Hoogeveen. Hun analyse ziet zowel op de nieuwe aanpak die dit arrest introduceert voor het confrontatiecriterium als op vragen over de samenloop met affectieschade. Voor wat betreft het confrontatiecriterium zijn de auteurs van mening dat deze nieuwe aanpak een aanvulling is op het *Taxibus*-arrest uit 2002, maar daar ook op onderdelen van afwijkt en dat dit op onderdelen zelfs ook een afwijking is van het *Vilt*-arrest uit 2009. Naar hun mening biedt de Hoge Raad een welkom stuk ruimte om moeilijkheden te ondervangen die in de rechtspraak en in de doctrine waren gesignaleerd. Inherent aan de open benadering ontstaat hiermee rechtsonzekerheid, maar de Hoge Raad biedt tegelijk wel een werkbaar kader voor de praktijk. De auteurs doen suggesties voor de uitlegvragen die hierbij ontstaan alsmede voor de samenloop met affectieschade.

1. Introductie

Op 28 juni wees de Hoge Raad een spraakmakend arrest over shockschade in de strafzaak over het drama in Hoogeveen.² In deze zaak werd een smartengeldclaim voor shockschade tot een bedrag van € 20.000 toegewezen van een vader die zich als benadeelde partij had gevoegd in de strafzaak tegen zijn (ex-)vrouw. Zij werd veroordeeld voor het hebben doen of laten vallen van hun 8-jarige dochter van de tiende verdieping van het flatgebouw waarin ze woonden. In dit artikel staan actuele vragen over het recht op schadevergoeding bij shockschade centraal en wordt geanalyseerd in hoeverre het arrest *Hoogeveen* een aanvulling is op het bekende *Taxibus*-arrest uit 2002 of juist daarvan afwijkt en of *Hoogeveen* voorts (ook) een 'omgaan' behelst ten opzichte van het *Vilt*-arrest uit 2009.³

We zullen gelijk duidelijk zijn: naar onze mening biedt de Hoge Raad in de kernoverwegingen van dit arrest een

welkom stuk ruimte voor de toewijzing van shockschadeclaims en neemt hij een aantal moeilijkheden weg die in de rechtspraak en in de doctrine waren gesignaleerd.⁴ Tegelijkertijd vraagt het arrest op een aantal punten ook om nadere reflectie en is dit artikel een poging om dat te doen, al ligt hier (helaas) vooral nog materie voor de procespraktijk de komende jaren. Daarvoor zullen we eerst de ontwikkeling schetsen van het confrontatiecriterium: van *Taxibus* (par. 3) naar de kritische reacties daarop en de uitleg en toepassing daarvan in de feitenrechtspraak, zoals het onlangs gewezen arrest in de *Milica*-zaak van het Hof Amsterdam (par. 4). Ook besteden wij kort aandacht aan de Conclusie van A-G Spronken en A-G Lindenberg in een andere kwestie die ook een 'trigger' is geweest voor het onderhavige arrest. Ten slotte volgt de analyse van de nieuwe aanpak en doen we suggesties voor de uitlegvragen die hierbij ontstaan alsmede voor de samenloop met affectieschade (par. 5).

2. Conceptualisering van shock(- en affectie) schade is problematisch

Maar laat ons beginnen met de – zeker niet eenvoudig te beantwoorden – vraag wat onder shockschade dient te worden verstaan. Kort gezegd wordt onder shockschade veelal vermogens- en niet-vermogensschade verstaan die ontstaan is door een hevige emotionele schok. Onder de vermogensschade vallen typisch de behandelkosten (incl. het eigen risico onder de zorgverzekering) en inkomensschade waar shockschadeslachtoffers mee kampen als ze niet tot werken in staat zijn wegens de psychosociale klachten die het gevolg zijn van hun blootstelling aan een traumatische gebeurtenis. Shockschadeclaims bestaan veelal voor een substantieel deel uit niet-vermogensschade: immateriële schade die, naast pijn en verdriet, kan bestaan uit gederfde en te derven levensvreugde over de periode waarin het shockschadeslachtoffer als gevolg van zijn psychotrauma niet 'normaal' kan functioneren. Shockschade wordt in rechte onderscheiden van affectieschade: dat is immateriële schade die zijn oorzaak vindt in de affectieve band met de eerst getroffen.

1 Mr. dr. E.F.D. (Esther) Engelhard is universitair hoofddocent en verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall), Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en C. (Claire) Stalenhoef is Master student van de Legal Research Master aan de Universiteit Utrecht.

2 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (*Hoogeveen*).

3 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*); HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, NJ 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*).

4 Zie o.m. A-G Aben in Conclusie ECLI:NL:PHR:2021:230 voor HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:536 (*Marengo*); E.F.D. Engelhard, 'Uitleg en verdere ontwikkeling van de *Taxibus*-criteria conform recente klinische inzichten', *VrA* 2008, vol. 1, p. 20-46; R.J.P. Kottenhagen, 'Shockschade en het vereiste van directe confrontatie – enkele rechtsvergelijkende kanttekeningen', *NTBR* 2010/41; P. Emaus, 'De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het *Vilt*-arrest', *AV&S* 2011/7; E.F.D. Engelhard & I.M. Engelhard, 'Shockschade', in W.H. van Boom e.a. (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridisch, 2013, p. 517-539 en S.D. Lindenberg, *Psychische schade*, Den Haag: Boom Juridisch, 2019.

Beide termen zijn *juridische* constructen, die niet scherp zijn te onderscheiden. Uit diverse klinische studies komt een gemêleerd beeld naar voren: tot de schokkende gebeurtenissen waardoor (een scala aan) psychische en fysieke klachten worden veroorzaakt, behoort ook het ernstig letsel of overlijden van een dierbare. Dit compliceert het onderscheid met shockschade in zoverre dat rouwklachten (die men ook als affectieschade zou kunnen kwalificeren) óók het gevolg kunnen zijn van de blootstelling aan een traumatische gebeurtenis.⁵ Het emotioneel verlies door het overlijden van een dierbare (of de emotionele belasting bij ernstig letsel van een dierbare) kan bovendien, net als shockschade, tot ‘harde’ vermogensschade leiden (behandelkosten en inkomensschade voor de duur dat men door de rouwklachten niet tot werken in staat is) en tot niet-vermogensschade. Dat verlies kan zelfs een langdurig medisch verloop krijgen. Zo blijkt uit onderzoek⁶ dat “zeer ernstige rouwreacties voorkomen” bij “49% van nabestaanden na een traumatisch verlies, zoals door suïcide, moord, een ongeval of ramp”.⁷ Daarbij kan sprake zijn van pathologische rouw, die volgens het internationale diagnostisch classificatiesysteem dat is neergelegd in de tekstherziening van maart dit jaar van de 5^e editie van het *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5) thans als een volwaardige trauma-gerelateerde stoornis wordt erkend.⁸ Juist de confrontatie met niet-natuurlijke doodsoorzaken, zoals geweld of een ongeval, wordt geassocieerd met een groter risico op complexe rouw. Die kan het verlies van de overledene in de beleving van zijn dierbaren ‘onverteerbaar’ maken en hun wereldbeeld verstoren. De schade door een complexe rouwstoornis overstijgt de affectieschade van artikel 6:107 en 108 BW en zou onzes inziens thans als shockschade kunnen worden gekwalificeerd. Omwille van de helderheid zullen wij deze pathologische rouwstoornis in dit artikel niet al bij voorbaat onder de termen affectieschade of shockschade scharen, maar separaat in par. 5 aan de orde stellen.

3. Juridisch kader

3.1 Shockschade van secundaire slachtoffers: een bijzonder regime

In hoeverre wordt shockschade naar geldend recht vergoed? Voor het antwoord op die vraag is het essentieel om onderscheid te maken naar gelang de *ontstaanswijze* van de

schade.⁹ Voor slachtoffers wier schade is ontstaan doordat ze bij het ongeval gewond raakten, zijn er geen bijzondere voorwaarden vergeleken met andere letselschadeclaims. Bij het ontbreken van eigen lichamelijk letsel gelden voor het recht op smartengeld nadere beperkingen. Het shockschadeslachtoffer moet dan, op de voet van artikel 6:106 sub b BW “op andere wijze in zijn persoon aangetast zijn”, waarover hierna meer.¹⁰ Dat is natuurlijk vooral relevant voor shockschade die is ontstaan door het letsel of overlijden dat een ander is (of: dreigde te) overkomen. Denk aan aanwezigen (zoals medepassagiers) of dierbaren die moeten toezien of aanhoren hoe het slachtoffer gewond raakt of overlijdt of die dit pas later vernemen. Een hybride beeld biedt de kwestie *Van der Heijden/Holland*,¹¹ waarbij een moeder, los van haar eigen fysiek letsel (waarvoor zij reeds in een eerdere procedure van de laedens een schadebedrag had ontvangen), tevergeefs smartengeld vorderde voor de psychosomatische klachten die zij had door de dood van haar bijna 2-jarige dochter. Het meisje was in een kinderzitje achterin de auto bij haar moeder door een verkeersfout van een andere automobilist gewond geraakt en is hieraan overleden. Bekend is verder de *Taxibus*-zaak, waarin de eiseres haar overleden kind op straat had aangetroffen nadat het kind was overreden door een taxibus. Zij werd op een gruwelijke wijze geconfronteerd met de vermindering van de schedel. Haar geestelijk letsel bestond uit een gestagneerd rouwproces en een posttraumatische stressstoornis (PTSS). Volgens de Hoge Raad was voor vergoeding van affectieschade geen plaats, aangezien dit toen nog nadrukkelijk van het wettelijk stelsel was uitgesloten. Wel komt de immateriële schade door geestelijk letsel voor vergoeding in aanmerking, aldus de Hoge Raad:

“wanneer deze schade een 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 getroffenene dat een gevolg is van de dood van haar kind, ter zake waarvan haar geen vergoeding kan worden toegekend, en haar leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval ter zake waarvan haar wel een schadevergoeding toekomt”.¹²

5 J. de Keijser, M. Snijdwind, G. Casteelen & G. Smid, ‘Complexe rouw: doodsoorzaak heeft invloed’, *Nederlands Tijdschrift Geneeskunde* (NTVG) 2020, p. 164.

6 De Keijser, Snijdwind, Casteelen & Smid, NTVG 2020.

7 A.A.A.M.J. Djelantik, G.E. Smid, A. Mroz, R.J. Kleber, P.A. Boelen, ‘The prevalence of prolonged grief disorder in bereaved individuals following unnatural losses. Systematic review and meta regression analysis’, *Journal of Affective Disorders* 2020, Vol. 265, p. 146-156; De Keijser, Snijdwind, Casteelen & Smid, NTVG 2020.

8 ‘Prolonged grief disorder’ stond eerder slechts vermeld als een nog nader te onderzoeken ‘persistent complex bereavement disorder’ in het *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth edition (DSM-5)*, American Psychiatric Association, Washington DC: American Psychiatric Publishing, 2013, P. 289.

9 De tekst in deze paragraaf is in belangrijke mate ontleend aan E.F.D. Engelhard, ‘Uitleg en verdere ontwikkeling van de *Taxibus*-criteria conform recente klinische inzichten’, *VrA* 2008, vol. 1, p. 20-46.

10 Zie par. 3.2.

11 HR 8 april 1983, *NJ* 1984/717, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van der Heijden/Holland*).

12 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), rov. 5.4.

3.2 *Taxibus: bijzondere regels voor onrechtmatigheid, relativiteit en smartengeld*

Deze *Taxibus*-regel – waar het *Hoogveen*-arrest op voortbouwt – moet worden gezien tegen de achtergrond van het gesloten wettelijk stelsel bij personenschade. De wet (art. 6:107 en 108 BW) regelt de vergoeding van schade die derden lijden door kwetsing of overlijden van een naaste ‘exclusief en limitatief’.¹³ Dat stelsel laat in beginsel niet toe dat derden (bijv. naasten) buiten deze regeling om, dus op grond van een *rechtstreekse* vordering uit onrechtmatige daad of wanprestatie, schadevergoeding vorderen voor schade die het gevolg is van letsel of overlijden van het primaire slachtoffer. Dit stelt de Hoge Raad in *Taxibus* voorop. De (WA-verzekeraar van) de bestuurder van de taxibus wierp in die zaak een relativiteitsverweer tegen (art. 6:163 BW) aan de moeder die op traumatische wijze met de aanrijding van haar dochtertje was geconfronteerd: de taxibestuurder had alvorens achteruit te rijden niet in zijn spiegel gekeken, maar de aldus geschonden verkeersregel zou uitsluitend het kind (als verkeersdeelnemer) beschermen en niet de moeder. De Hoge Raad ging hier niet in mee en achtte de ernstige verkeersfout “ook onrechtmatig 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, wat zich in het bijzonder zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffene in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond”.¹⁴

Deze speciale onrechtmatigheids- en relativiteitsregel van *Taxibus*, die uitmondt in het zogenaamde confrontatiecriterium, houdt dus in dat de schok moet zijn voortgekomen uit de eigen ‘waarneming’ van het ongeval of een ‘directe confrontatie’ met de gevolgen ervan. Als het letsel of overlijden het gevolg is van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, dan is dit binnen deze kaders óók onrechtmatig jegens het shockschadeslachtoffer. Laatstbedoelde heeft dan, als aan alle voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan, recht op schadevergoeding van de normschender. Dit is bedoeld voor de financiële (materiële) shockschade, maar ook voor immateriële gevolgen (zoals gederfde levensvreugde, verdriet, pijn) van de opgelopen shock, mits het shockschadeslachtoffer geestelijk letsel heeft,¹⁵ dat zich ‘naar objectieve maatstaven’ laat vaststellen. Het recht op smartengeld omvat, zoals gezegd, *niet* de affectieschade,

13 In deze woorden E.F.D. Engelhard, *Regres*, Serie Recht en Praktijk nr. 125, diss. Maastricht, Deventer: Kluwer 2003, p. 379 e.v. (en ook uitvoering p. 142 e.v.). Zie over dit wettelijk stelsel R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken*, diss. Utrecht 2012.

14 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), rov. 3.4.

15 Art. 6:106 BW biedt ook recht op smartengeld bij eigen lichamelijk letsel van het shockschadeslachtoffer. In het onderhavige arrest (*Hoogveen*) lijkt de mogelijkheid van smartengeld op de voet van HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenberg (*EBI*) te worden uitgesloten, zie hierna, par. 5.2.

aangezien het wettelijk stelsel van artikel 6:107-108 BW daar op dat moment nog niet in voorzag.¹⁶

3.3 *Vergoeding voor affectieschade sinds 1 januari 2019*

Inmiddels bieden artikel 6:107 en 108 BW naasten wel recht op een vergoeding voor affectieschade. De in 2019 van kracht gegane Wet Vergoeding Affectieschade biedt daarvoor enkele categorieën van vaste bedragen bij ernstig en blijvend letsel of overlijden van het primaire slachtoffer. Die mogelijkheid vormt een niet te onderschatten impactfactor voor shockschadeclaims. Met deze wet is beoogd om naasten een blijk van erkenning en genoegdoening te bieden; de vaste bedragen zijn € 2.500 hoger indien het letsel of het overlijden door een misdrijf is ontstaan.¹⁷ De Wet voorziet echter *niet* in een aanspraak op vergoeding van vermogensschade (zoals de kosten van therapeutische behandeling of het verlies van arbeidsvermogen).¹⁸ Toch zullen naasten behoefte hebben aan vergoeding van hun materiële schade, zeker wanneer er sprake is van een gecompliceerd, langdurig rouwproces, zoals we dat hiervoor hebben geschetst. De regeling affectieschade biedt dus wel een zekere verlichting voor nabestaanden, maar meer dan een doekje voor het bloeden is het, zeker in financieel opzicht, ook niet. Dit zal de vraag naar samenloop met shockschadeclaims de komende jaren op scherp zetten.¹⁹ Daarbij is het essentieel dat dit theoretische onderscheid goed aansluit bij en daarmee werkbaar is voor de praktijk.²⁰ Hoe zit het bijvoorbeeld met de materiële en immateriële schade van naasten die geestelijk letsel hebben bestaand uit het in par. 2 genoemde langdurige rouwproces dat als een traumatoornis geassocieerd is in de DSM-V en dat veroorzaakt is door een zwaar geweldsmisdrijf gepleegd jegens hun dierbare?

Wij betreuren dat bij de behandeling van de Wet Vergoeding Affectieschade voor deze samenloop van affectieschade en shockschade maar weinig aandacht is geweest. In de Memorie van Toelichting van het aanvankelijke wetsvoorstel heeft de minister erkend dat het onderscheid tussen affectieschade en shockschade lastig te maken valt, maar aangenomen dat shockschadevorderingen zich zullen beperken tot ‘typische gevallen’.²¹ Daarnaast merkte de minister op dat de introductie van affectieschade waarschijnlijk een dempend effect zal hebben op het aantal shockschadevorderingen.²²

16 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), rov. 3.4. Zie ook reeds HR 8 april 1983, NJ 1984/717, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van der Heijden/Holland*).

17 Besluit van 20 april 2018 tot vaststelling van bedragen voor nadeel van naasten dat niet in vermogensschade bestaat (Besluit vergoeding affectieschade).

18 *Kamerstukken II*, 2014/15, 34257, nr. 3, p. 12-13 (MvT); *Kamerstukken II*, 2015/16, 34257, nr. 6, p. 5-6 en p. 25 (Nota naar aanleiding van het verslag); *Kamerstukken I*, 2017/18, 34257, E, p. 2-3 (nadere MvA aan de Eerste Kamer).

19 S.D. Lindenberg, ‘Affectieschade’ en ‘shockschade’ onderscheid, samenloop, vooruitblik’, *TVP* 2018, nr. 4, p. 142-147 (op p. 147).

20 Zie op dit punt anders T. Hartlief, Vooraf, *NJB* 2022, p. 1901 die een grofmazige benadering voorstaat door alle rouw-gerelateerde klachten over één kam te scheren.

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

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

Dit dempend effect lijkt op dat moment eerder een gok dan wijsheid, want, zoals Lindenbergh opmerkt, kan het mogelijk maken van een vorderingsrecht voor de vergoeding van affectieschade de noodzaak tot het aanhangig maken van een shockschadeclaim weliswaar beperken, maar de cumulatie van deze beide vorderingen (voor affectie- en shockschade) kan het juist ook de moeite waard maken om deze beide vorderingen in te stellen.²³ Zoals we hierna nog zullen betogen, biedt de Hoge Raad in het onderhavige arrest onzes inziens een aanknopingspunt om dit af te remmen – een wat ons betreft minder gelukkig onderdeel van dit arrest.²⁴

4. Kritiek op en oprekking van het confrontatiecriterium

4.1 Roep om legitimatie en versoepeling van het confrontatiecriterium

Maar nu eerst terug naar het confrontatiecriterium bij shockschade: de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm is ook onrechtmatig jegens anderen dan het primaire slachtoffer (d.w.z. degene die gewond is geraakt of overleden is), mits zij de desbetreffende gebeurtenis zelf hebben waargenomen of zij met de directe gevolgen van die gebeurtenis zijn geconfronteerd. Dit confrontatiecriterium (van *Taxibus*) is volop in de rechtspraak beproefd, maar het is door de Hoge Raad in het *Vilt*-arrest met een restrictieve uitleg bekrachtigd.²⁵ Dat het beproefd is, kan niet verbazen: ten eerste ontbrak tot voor kort de mogelijkheid om affectieschade te verhalen en is ook de vergoeding die artikel 6:107 en 108 BW hier inmiddels voor bieden beperkt, zeker met het oog op gecompliceerde rouwprocessen. Maar in de tweede plaats is het confrontatiecriterium restrictiever dan de klinische criteria die op basis van de DSM-V gelden om te kunnen spreken van een PTSS.²⁶ In de praktijk zijn er diverse gevallen waarin door een schadeveroorzakende gebeurtenis wel shockschade is ontstaan, resulterend in een medisch erkend ziektebeeld (denk naast PTSS bijv. voorts ook aan een depressie), doch die in rechte niet voor schadevergoeding in aanmerking komt omdat er geen sprake is van een 'waarneming' of 'directe confrontatie'. Het gaat hierbij veelal om claims van naasten van degene die door een strafbaar feit of verkeersongeval is gekwetst of overleden en die daar PTSS van oplopen.²⁷ Zo zou de verbale informatie over de dood of verwonding van een ander doorgaans niet voldoende zijn om de vereiste 'directe confrontatie' aan te nemen.²⁸ Ook was het in overleden toestand aantreffen van een naaste, zonder dat de eiser daar enige bijzonderheden bij aanvoerde, onvoldoende voor een directe confrontatie

die leidt tot een hevige emotionele schok.²⁹ Wel werd in de feitenrechtspraak een confrontatie van naasten aanvaard die slechts 'enkele uren' na de gebeurtenis plaatsvond.³⁰ Dat oogt wel enigszins arbitrair, aangezien kleine verschillen dan op zichzelf (zonder verdere omstandigheden te bezien) grote gevolgen hebben. Overigens hebben we niet de pretentie hiermee een volledig of representatief beeld van de feitenrechtspraak te geven, want de uitspraken zijn velerlei. Maar het confrontatiecriterium werd op dit punt bekritiseerd, zeker voorafgaand aan de Wet affectieschade, en beproefd in diverse procedures.³¹ Betoogd werd dat de legitimatie van deze wijze van begrenzing aandacht vroeg, temeer nu uit omvangrijke klinische studies was gebleken dat voor het ontstaan van een hevige emotionele schok geen waarneming van een ongeval of directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan nodig is.³² Weliswaar werd daarbij benadrukt dat deze empirische inzichten uit de psychologie het confrontatiecriterium op zichzelf natuurlijk niet onhoudbaar maken,³³ maar de boodschap was dat het confrontatiecriterium tegen deze achtergrond om een onderbouwing vraagt. Dit te meer vanwege de verstrekkende rechtspositionele consequenties voor shockschadeslachtoffers en de rechtsongelijkheid die dit kan impliceren.

4.2 Druk op de strafrechter, terughoudendheid in *Vilt* en *desondanks versoepeling*

De harde lijn van *Taxibus* werd vooral beproefd in strafzaken, die, naar uit onderzoek blijkt,³⁴ het meest voorkomende type zaken vormen waarin shockschadeclaims ontstaan. Het Hof Arnhem-Leeuwarden wees de shockschadeclaim van de ouders toe inzake de moord op en ernstige vermindering van *Maja Bradarić*. Volgens het hof zou de feitelijke confrontatie van de ouders met de gruwelijkheden van die moord op hun dochter via de politie, lijkidentificatie, de aanblik van haar verkoelde kledingresten en sieraden en de vele media-aandacht voor die gruwelijkheden aan een eigen feitelijke waarneming gelijk gesteld kunnen worden.³⁵ Dit was zeker niet de enige zaak waarbij een rechter in deze zin oordeelde.³⁶ *De facto* stond dit toch wel enigszins op gespannen voet met het *Vilt*-arrest, waarin de Hoge Raad niet toestond dat bij geweldsmisdrijven de gruwelijkheid daarvan een reden was voor het afzwakken van het confrontatiecriterium:

23 Lindenbergh, *TVP* 2018, p. 147.

24 Zie hierover nader par. 5.

25 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*) en daarover Emaus, *AV&S* 2011/7.

26 E.F.D. Engelhard & I.M. Engelhard, 'Shockschade', in W.H. van Boom e.a. (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2013, p. 517-539. Zie m.n. DSM-5, p. 271, criterium A3.

27 E.F.D. Engelhard, 'Opzettelijke levensberoving en shockschade', *NTBR* 2008, p. 307-309 (met referenties aan rechtspraak).

28 Zie o.a. Engelhard *NTBR* 2008, p. 309; Kottenhagen 2010, p. 341 e.v.; Emaus 2011, par. 5; Engelhard & Engelhard 2013; Lindenbergh, *TVP* 2018, p. 146; Lindenbergh 2019.

29 Rb. Roermond 12 mei 2004, *AP* 1094.

30 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9440, *JA* 2015/42, m.nt. I. van der Zalm (*Maja Bradarić*).

31 S.D. Lindenbergh, 'Psychische schade door schrik', *Trema* 2002, p. 335-343; Engelhard, *VrA* 2008; S.D. Lindenbergh, *Psychische schade*, Den Haag: Boom Juridisch, 2019; A.M. Overheul, 'Vergoeding van shockschade sinds de invoering van de Wet vergoeding affectieschade', *TVP* 2021/1.

32 Engelhard & Engelhard 2013, p. 527.

33 Engelhard & Engelhard 2013, p. 527.

34 Engelhard, *VrA* 2008, p. 28 e.v. en E.S. Engelhard, M.R. Hebly & I. van der Zalm, 'De shockschadevordering in het strafproces', *TVP* 2015/4, p. 87-96.

35 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9440, *JA* 2015/42, m.nt. I. van der Zalm.

36 Hof Amsterdam 17 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1618; Rechtbank Noord-Nederland 8 januari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:17, *NJF* 2020/87, *JA* 2020/45, m.nt. R. Dijken; Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2026, *JA* 2020/119, m.nt. B.T. Verdame en Rb. Zeeland-West Brabant 27 januari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:280. Vgl. voorts ook Hof Amsterdam 31 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1607 (*Milica*), waarover hierna meer.

“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 opzettelijk begaan daarvan, terzijde te stellen of af te zwakken.”³⁷

Hiermee verschaft de Hoge Raad duidelijkheid op het punt dat een ernstige normschending of het opzettelijk begaan van een misdrijf geen reden geeft voor het afzwakken van het confrontatievereiste. Het argument dat de Hoge Raad hiervoor aandraagt in het *Vilt*-arrest is dat het zijn rechtsvormende positie te buiten gaat om toch tot een toewijzing van de vordering te komen. Maar talloze malen werd en wordt de feitenrechter geconfronteerd met gruwelijke gevallen waarin het shockschadeslachtoffer geen directe waarneming of confrontatie met de gevolgen op de plaats van de gebeurtenis heeft gehad.³⁸ De strenge koers van *Vilt* is duidelijk niet bevredigend gebleven: in verschillende uitspraken wordt het confrontatiecriterium ogenschijnlijk ruimer toegepast. Zo wees het Hof Amsterdam in de *Milica*-zaak eerder dit jaar de shockschadeclaim toe van de eiser wier zus verkracht en vermoord was. Het hof zag daarin onder verwijzing naar een brief van de Minister van Justitie ruimte voor “een ruimere invulling van het begrip confrontatie” zoals gebruikt in *Taxibus*. Onder omstandigheden zou hier ook onder vallen: het thuis of in het ziekenhuis van het geweldsmisdrijf in kennis worden gesteld. Het ‘onverhoedse bezoek van de politie’, het ‘aangezicht van het verminkte lichaam van haar zus’ en ‘de feitelijke wetenschap’ over de gruwelijke moord op haar zus met wie zij een nauwe band had, waren doorslaggevend voor het hof.³⁹

4.3 *Verscheidenheid in opvattingen; roep om verduidelijking van het confrontatiecriterium*

Deze verscheidenheid in opvattingen over de vraag in welke gevallen shockschade voor vergoeding in aanmerking komt, was voor A-G Spronken en A-G Lindenberg de reden om hier nadrukkelijk op in te gaan in hun gezamenlijke Conclusie voor een andere kwestie eerder dit jaar. De gekwalificeerde vorm van kennisneming van de schadeveroorzakende gebeurtenis in *Taxibus* (t.w. de waarneming van die gebeurtenis of de confrontatie met de directe gevolgen ervan) is volgens hen niet precies genoeg. Er zijn ook geen eenduidige aanknopingspunten te vinden voor de exacte invulling van dit criterium.⁴⁰ Aangezien de reikwijdte van het

confrontatiecriterium een doorlopend punt van discussie is gebleven, spreken A-G Spronken en A-G Lindenberg de wens uit dat de Hoge Raad op sommige punten het criterium ‘directe confrontatie’ verduidelijkt. Essentieel is hun punt dat het confrontatiecriterium leidt tot een ‘alles- of-niets benadering’: als niet aan deze gekwalificeerde norm wordt voldaan, wordt de vordering afgewezen.⁴¹ Verder stellen zij dat het confrontatiecriterium in grote mate afhankelijk is van toeval; zo zijn sommige naasten toevallig ter plaatse en anderen niet waardoor de confrontatie voor hen verschillend is.⁴² Het lijken met name het eerste punt – geen eenduidige aanknopingspunten – en het tweede punt te zijn – het ‘alles-of-niets’ karakter van het confrontatiecriterium – die de Hoge Raad in de latere zaak *Hoogeveen* ter harte lijkt te nemen. Voor het laatstgenoemde punt (toeval) lijkt ons nadere nuancering en context van belang. Toeval speelt nu eenmaal in veel aansprakelijkheidszaken een rol. Juist de wijze van confrontatie (al dan niet bepaald door toeval) in samenhang met de overige omstandigheden legitimeert het onrechtmatigheids- en relativiteitsoordeel in een shockschadezaak. Zolang dit een integrale afweging van alle omstandigheden zou betreffen (en niet een zich blindstaren op één aspect van de confrontatie, zoals volgde uit de formulering van het confrontatiecriterium in *Taxibus*) hebben wij daar geen moeite mee. De kritiek van de A-G’s op het ‘alles-of-niets’ karakter van het confrontatiecriterium delen wij dan ook: waarom zou alles voor de naasten moeten ‘staan of vallen’ met het door hen daadwerkelijk gezien hebben van het schadefeit zelf of van de directe nasleep of gevolgen ervan?

5. **Bespreking en analyse van het onderhavige arrest: een nieuwe aanpak**

5.1 *De procedure*

In het onderhavige arrest (*Hoogeveen*) komt de Hoge Raad aan dit punt van kritiek tegemoet. In het strafproces tegen de moeder van het overleden kind had de vader zich op de voet van artikel 51f Sv als benadeelde partij gevoegd.⁴³ Met een shockschadevordering; de regeling voor affectieschade was nog niet van kracht. Sprake was van een PTSS bij de vader die in het mortuarium was geconfronteerd met het verminkte lichaam van zijn dochter en ook met de foto’s van zijn dochter na haar neerkomen. In eerste aanleg vorderde hij € 100.000 smartengeld en in hoger beroep verlaagde hij dit naar € 50.000. Daarvan heeft het hof € 20.000 toegewezen, met een niet-ontvankelijk verklaring voor het overige

37 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, NJ 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), rov. 3.5.

38 Zie o.m. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5542 (*Anne Faber*), waarin € 40.000 per shockschadevordering van elk van beide ouders resp. de broer voor de verdwijning en verkrachting van en gekwalificeerde doodslag gepleegd jegens hun dochter resp. zus is toegewezen (hetgeen in cassatie in stand blijft, HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1092).

39 Hof Amsterdam 31 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1607 (*Milica*).

40 Conclusie A-G’s Spronken en Lindenberg 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, randnr. 4.9.5.

41 Conclusie A-G’s Spronken en Lindenberg 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, randnr. 4.9.5.

42 Conclusie A-G’s Spronken en Lindenberg 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, randnr. 4.9.7.

43 Voorbeelden daarvan worden genoemd in HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, NJ 2019/379, m.nt. W.H. Vellinga (*Overzichts-arrest*), rov. 2.3.2. Zie nader over perikelen bij de voeging: Engelhard, Hebly & Van der Zalm, *TVP* 2015; S. van Can, ‘Willekeur in immateriële schadevergoeding?’, *NJB* 2020/1386, p. 1593-1599; R. Kool e.a., *Civiel schadeverhaal via het strafproces. Een verkenning van de rechtspraak en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij* (Utrecht, Utrecht Centre for Accountability and Liability Law 2016).

deel van de vordering (waarvoor de vader dus eventueel nog een vordering bij de civiele rechter aanhangig kan maken).⁴⁴

Het cassatiemiddel behelst eenvoudigweg de klacht “dat de confrontatie van de benadeelde partij met het slachtoffer niet onverhoeds en onvermijdbaar was”. Die klacht lijkt te berusten op de stelling in een eerdere conclusie van A-G Aben dat het confrontatiecriterium een dergelijk element impliceert, maar slaagt (gelukkig) niet. Dat – voor deze zaak ogenschijnlijk irrelevante – aspect hoort ten beste thuis in de omvangfase (maar moet dan wel meer behelzen dan hier het geval was). Aan de bespreking hiervan laat de Hoge Raad ‘inleidende opmerkingen’ voorafgaan: dit zijn de kernoverwegingen van dit arrest met het oog op toekomstige shockschadezaken. Hier geeft de Hoge Raad inzicht in de betekenis van het confrontatiecriterium, het vaststellen van geestelijk letsel en de samenloop van affectieschade en shockschade. Onderstaand bespreken wij deze drie kernelementen van dit arrest.

5.2 Het rechtsoordeel aangaande het confrontatiecriterium

Ten eerste, want hier ligt het belangrijkste punt van dit arrest, het rechtsoordeel met betrekking tot het confrontatiecriterium. Hiertoe stelt de Hoge Raad voorop dat er in de rechtspraak verschillende opvattingen zijn over de vraag in welke gevallen vergoeding van shockschade mogelijk is. En dan komt het:

“De Hoge Raad ziet daarin aanleiding zijn rechtspraak hierover te preciseren, waarbij geldt dat voor zover zijn eerdere rechtspraak hierover anders zou kunnen worden gelezen, daarvan wordt teruggekomen”.⁴⁵

Dit begrijpen wij zo dat de Hoge Raad een aanvulling geeft op *Taxibus* en kennelijk een streep haalt door sommige lezingen van dat arrest en/of *Vilt*. Aangezien het hierbij, meer dan gewoonlijk, aankomt op ‘close reading’, zullen we ruim citeren:

“3.4 Iemand die een ander door zijn onrechtmatige daad doodt of verwondt, kan – afhankelijk van de omstandigheden waaronder die onrechtmatige daad en de confrontatie met die daad of de gevolgen daarvan, plaatsvinden – ook onrechtmatig handelen jegens degene bij wie de confrontatie een hevige emotionele schok teweeg brengt. Het recht op vergoeding van schade is beperkt tot de schade die volgt uit door die laatste onrechtmatige daad veroorzaakt geestelijk letsel (...).”⁴⁶

Kortom, het veroorzaken van letsel of overlijden van het primaire slachtoffer is niet al als uitgangspunt onrechtmatig jegens het shockschadeslachtoffer (‘kan’). Of dit jegens hem onrechtmatig is, vergt een afweging van omstandigheden.

Dat lijkt ons een sterk uitgangspunt, dat ook goed past bij de afweging die voor het onrechtmatigheidsoordeel in *niet-shockschadezaken* geboden is. Verder lijkt de Hoge Raad, in de tweede zin van rechtsoverweging 3.4 die wij citeerden, smartengeld op de voet van het zogenaamde *EBI*-arrest uit te sluiten:⁴⁷ het recht op smartengeld van shockschadeslachtoffers is beperkt tot smart die verband houdt met *geestelijk letsel*. We komen daar hierna nog op terug. De Hoge Raad noemt voor de beoordeling van de onrechtmatigheid een – niet-limitatief – aantal gezichtspunten:

“3.5 Gezichtspunten die een rol spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid jegens degene bij wie een hevige emotionele schok is teweeggebracht als hiervoor bedoeld (hierna: het secundaire slachtoffer) zijn onder meer:

- De aard, de toedracht en de gevolgen van de jegens het primaire slachtoffer gepleegde onrechtmatige daad, waaronder de intentie van de dader en de aard en ernst van de aan het primaire slachtoffer toegebrachte leed.
- De wijze waarop het secundaire slachtoffer wordt geconfronteerd met de jegens het primaire slachtoffer gepleegde onrechtmatige daad en de gevolgen daarvan. Daarbij kan onder meer worden betrokken of hij door fysieke aanwezigheid of anderszins onmiddellijk kennis kreeg van het onrechtmatige handelen jegens het primaire slachtoffer, of dat hij nadien met de gevolgen van dit handelen werd geconfronteerd. Bij een latere confrontatie kan een rol spelen in hoeverre zij onverhoeds was. Bij het aan dit gezichtspunt toe te kennen gewicht kan meewegen of het secundaire slachtoffer beroepsmatig of anderszins bedacht moet zijn op een dergelijke schokkende gebeurtenis.
- De aard en hechtheid van de relatie tussen het primaire slachtoffer en het secundaire slachtoffer, waarbij geldt dat bij het ontbreken van een nauwe relatie niet snel onrechtmatigheid kan worden aangenomen.”

Het is aan de feitenrechter om van geval tot geval aan de hand van deze gezichtspunten en hun onderlinge samenhang de vraag naar onrechtmatigheid jegens het shockschadeslachtoffer te beoordelen, waarbij geen van deze gezichtspunten een doorslaggevende rol heeft. En:

“Als een van de gezichtspunten geen duidelijke indicatie voor het aannemen van onrechtmatigheid biedt, kan onrechtmatigheid desondanks worden aangenomen als de omstandigheden daarvoor, bezien vanuit de overige gezichtspunten, voldoende zwaarwegend zijn.”⁴⁸

44 Hof Arnhem 11 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:159 (*Hoogeveen*).

45 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (*Hoogeveen*), rov. 3.3.

46 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (*Hoogeveen*), rov. 3.4 (onderstreping toegevoegd, EE/CS).

47 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019/162, m.nt. S.D. Lindenbergh (*EBI*).

48 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (*Hoogeveen*), rov. 3.6 (onderstreping toegevoegd, EE/CS).

5.3 Analyse voor wat betreft het onrechtmatigheids-oordeel

5.3.1 De nieuwe aanpak lijkt vooral te zijn bedoeld voor de naasten bij ernstige geweldsmisdrijven

Hiermee biedt de Hoge Raad de belangrijke doorbraak om bij ernstige geweldsdelicten die tot shockschadevorderingen leiden tot het oordeel te kunnen komen dat sprake is geweest van een aanspraak gevende confrontatie met de ernstige gevolgen van het misdrijf. Dat d at ter discussie werd gesteld in kwesties zoals *Vilt*, *Maja Bradari c*, *Nadia van de Ven*, *Anne Faber*, *Milica van Doorn* en ook in de kwestie *Hoogeveen* is onwenselijk, hoewel toegegeven zij dat een ‘directe’ confrontatie in de zin van *Taxibus* (moeder treft haar kind op straat aan direct in de nasleep van de aanrijding) eigenlijk ziet op fysieke aanwezigheid op de plaats van het misdrijf, tijdens of direct erna. Dat is nu niet meer nodig: de aard, toedracht en gevolgen van de onrechtmatige daad, waaronder de intentie van de dader en de aard en ernst van het leed kunnen de onrechtmatigheid (mede) funderen,  ok als de confrontatie niet ‘direct’ was in de zin van *Taxibus*. Onmiskenbaar, alleen al blijkens het woord ‘dader’ dat de Hoge Raad hierbij gebruikt en diens ‘intentie’, doelt de Hoge Raad hier op shockschade die door ernstige strafbare feiten is ontstaan, al is dit gezichtspunt hier, strikt genomen, niet toe beperkt. Bij de ‘aard’ van het leed lijkt ons ook bij uitstek aan het leed van de naasten ingeval van ernstige geweldsmisdrijven te zijn gedacht (zij het wederom niet strikt daartoe beperkt). Dat is betekenisvol, want wat biedt het recht naasten in kwesties als voornoemd anders dan een shockschadevergoeding? Het slotstuk van de zojuist geciteerde rechtsoverweging oogt overigens wat verwarrend, want nu de opsomming van de gezichtspunten niet limitatief wordt geacht te zijn (de Hoge Raad spreekt in rov. 3.5 immers van ‘onder meer’), nemen wij aan dat deze afweging niet *enkel* ‘bezien vanuit die overige gezichtspunten’ behoeft te worden gemaakt.

5.3.2 Multi-factor aanpak en 1^{ste} gezichtspunt zijn een afwijking van *Taxibus* en een ‘omgaan’ t.o.v. *Vilt*

De Hoge Raad onderstreept hier nadrukkelijk de dogmatische positie van het confrontatiecriterium als slechts  en onderdeel van de onrechtmatigheidstoets. Een eerste belangrijke afwijking van *Taxibus* is dan ook dat de eenzijdige ‘hard and fast’-formulering van dat arrest is ingeruild voor de afweging van gezichtspunten. Hiermee biedt de Hoge Raad de feitenrechter meer ruimte, namelijk om aan de hand van een multi-factor benadering te beoordelen of de schadeveroorzaker met het veroorzaken van het letsel of overlijden van het primaire slachtoffer in het licht van alle omstandigheden ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens het shockschadeslachtoffer. Dit is opvallend, nu de Hoge Raad in *Taxibus* en met name *Vilt* die ruimte voor het meewegen van het eerste gezichtspunt, zoals we in par. 4.2 al lieten zien, nadrukkelijk niet bood: de aard of ernst van de normschending mochten volgens de Hoge Raad in dat arrest het vereiste van de confrontatie niet afzwakken.

5.3.3 Ook het tweede gezichtspunt – de confrontatie – wijkt af van *Taxibus* en *Vilt*

Maar zeker  ok het tweede gezichtspunt dat de Hoge Raad noemt in het bovenstaande citaat staat wat ons betreft op gespannen voet met de boodschap in *Taxibus* en vooral *Vilt*. In *Taxibus* sprak de Hoge Raad van het “*waarnemen van het ongeval*” of “*een directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan*”. ‘Waarnemen’ specificeert de Hoge Raad in *Hoogeveen* als: “*fysieke aanwezigheid of anderszins onmiddellijk kennis [krijgen] van het onrechtmatig handelen jegens het primaire slachtoffer*”. We denken dat hij met dit laatste doelt op direct ingeseind worden door de hulpdiensten terwijl het voorval nog speelt, zoals bij de gijzeling van een klant in de Apple Store in Amsterdam in februari 2022. Zelfs berichtgeving via de media valt hieronder, al zal dit op zichzelf niet gauw onrechtmatigheid opleveren. Pas bij ernstige, ingrijpende fouten (zoals geweldsmisdrijven) jegens een dierbare kan daar *in combinatie met het eerste en derde gezichtspunt* ruimte voor bestaan, zo menen wij (de Hoge Raad laat dit open). Maar dat is wel al een stuk rek ten opzichte van *Taxibus*.

Vervolgens – en dat is heel belangrijk – noemt hij  ok: het “*nadien met de gevolgen van dit handelen*” geconfronteerd zijn. Essentieel lijkt ons dat hier het woord ‘directe’ uit de in par. 3.2 geciteerde rechtsoverweging van *Taxibus* ontbreekt. Hoewel de feitenrechtspraak, zoals we lieten zien, ook al uitspraken in die richting deed, is dit wel een doorbraak, namelijk een *versoepling*. Dit ziet erop dat ook confrontaties waarbij het shockschadeslachtoffer niet op de plek van het ongeval is geweest en ook niets heeft gehoord over (of van) het schadefeit *toen (of direct nadat) dit plaatsvond*, maar pas achteraf, bijvoorbeeld in het ziekenhuis, het mortuarium of thuis toereikend *kunnen* zijn. Dit vraagt om bijzondere omstandigheden, zoals de zeer schokkende toedracht die tot dit arrest heeft geleid. Ons lijkt dit dan toch moeilijk anders te kunnen worden verstaan dan dat de Hoge Raad *in zoverre* terugkomt op *Vilt* en dat nu bestaanbaar wordt geacht wat na *Vilt* nog als zijnde onbestaanbaar werd aangenomen. Dan volgt er nog een aanvulling op *Taxibus* want bij zo’n latere confrontatie ‘kan’ volgens de Hoge Raad een rol spelen in hoeverre zij ‘onverhoeds’ was. Zoals we eerder aangaven spreekt ons deze factor minder aan en zou die veeleer voor de omvangfase (eventueel) nog relevant kunnen zijn.

Nog een laatste aanvulling op *Taxibus* geeft de Hoge Raad voor wat betreft het confrontatiecriterium: “*Bij het aan dit gezichtspunt toe te kennen gewicht kan meewegen of het secundaire slachtoffer beroepsmatig of anderszins bedacht moest zijn op een dergelijke schokkende gebeurtenis*”. Ook dit draagt bij aan ons beeld dat de Hoge Raad hier duidelijk naasten in strafzaken als voornoemd tegemoet heeft willen komen. Voor beroepsmatig betrokkenen legt hij de lat hoger: van hen – we denken aan hulpverleners, maar bijvoorbeeld ook de treinmachinist bij suicide-incidenten op het spoor – wordt mentale weerbaarheid verwacht en de gezichtspuntenafweging pakt sneller in hun nadeel uit omdat ze een nauwe band missen met het primaire slachtoffer.

Over deze ‘achterstelling’ toont Hartlief zich kritisch,⁴⁹ maar het praktisch belang hiervan lijkt ons beperkt te zijn aangezien dit punt hen uitsluitend treft als secundaire shockschadeslachtoffers en dus niet als primair shockschadeslachtoffer. Dit ziet, als wij het goed zien, bijvoorbeeld niet op geweldincidenten tegen ambulancepersoneel of de politie. Schadeclaims ter zake van geestelijk letsel van hulpverleners die zijn blootgesteld aan ernstig lijden van anderen (lees: als secundair shockschadeslachtoffer) zullen zich naar onze inschatting veelal niet gelijk al na één incident voordoen. Die zullen zich veeleer pas – uitzonderingen daargelaten – naar aanleiding van een reeks incidenten voordoen en die zullen dan veelal gericht zijn tegen hun werkgever (bijv. voor het ontbreken van gepaste voor- en/of nazorg).

5.3.4 Slotsom

In de praktijk zullen deze multi-factor benadering en de versoepeling van het confrontatiecriterium betekenen dat er meer gevallen zijn waarin secundaire shockschadeslachtoffers aanspraak maken op schadevergoeding. Daarnaast lijkt de Hoge Raad één zwaar pijnpunt van het confrontatiecriterium van de afgelopen jaren te hebben willen aanpakken. Zo werd door psychologische inzichten de afgelopen jaren duidelijk dat er geen verschillen gedocumenteerd zijn tussen mensen die PTSS ontwikkelen na verbale overdracht respectievelijk na directe blootstelling van een traumatische gebeurtenis.⁵⁰ Om die reden kon een categorische uitsluiting van slachtoffers die PTSS hadden opgelopen na een ingrijpende gebeurtenis, maar die deze gebeurtenis niet zelf hadden waargenomen of geconfronteerd waren met de directe gevolgen ervan, niet worden onderbouwd. Derhalve werd de ‘alles-of-niets’-benadering bij het confrontatiecriterium bekritiseerd in de literatuur.⁵¹ Door de introductie van de onderhavige multi-factor benadering lijkt de Hoge Raad hier nu in tegemoet te komen: dit arrest biedt ruimte om in de gevallen waarin de naasten niet fysiek aanwezig zijn geweest op de plek van het schadetoebrengend feit, hun shockschadevordering op basis van een gewogen oordeel te kunnen toewijzen. Wat de Hoge Raad wel in het midden laat, is de precieze invulling van het confrontatiecriterium; wij deden hiervoor al enkele suggesties daartoe.

Een belangrijke winst is dat in gruwelijke strafzaken voor naasten niet meer beslissend hoeft te zijn of de confrontatie enkele uren dan wel enkele dagen na het ongeval plaatsvond: ook bij een confrontatie enkele dagen nadien of een louter verbale toedracht van een gruwelijk strafbaar feit bestaat er nog ruimte voor toewijzing van de shockschadevordering (want dan kan het eerste gezichtspunt in combinatie met het derde gezichtspunt – de nauwe band – voor hen doorslaggevend zijn). Ons lijkt het derde gezichtspunt op zichzelf ontoereikend: de nauwe band van het shockschadeslachtoffer met het primaire slachtoffer is bijvoorbeeld

bij een fataal verkeersongeval niet noodzakelijk toereikend voor de shockschadeclaim. Dan lijken ons bijkomstige omstandigheden nodig, zoals dat het lichaam ernstig verminkt is geraakt of de intentie van de dader en de aard en ernst van het leed (zoals in *Vilt*). Maar voor het overige moet de precieze invulling juist open aan de feitenrechter worden overgelaten. Laten we voorkomen deze afweging wederom al bij voorbaat ‘dicht te timmeren’.

5.4 Het rechtsoordeel aangaande ‘geestelijk letsel dat naar objectieve maatstaven wordt vastgesteld

Het recht op schadevergoeding is volgens rechtsoverweging 3.7 beperkt tot ‘schade die volgt uit’ geestelijk letsel. Voor de *EBI*-route is hier, zo al werkbaar, geen plaats. Interessant is wat de Hoge Raad overweegt over de vaststelling van het geestelijk letsel. De afgelopen jaren bestond er onduidelijkheid in de feitenrechtspraak wanneer ‘geestelijk letsel’ voldoende was vastgesteld en bewezen. In een arrest van vorig jaar bevestigde de Hoge Raad dat voor secundaire shockschadeslachtoffers de eis blijft bestaan dat er daarbij sprake moet zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.⁵² Een aantal maanden voor dit arrest leek de Hoge Raad juist te wijzen op het feit dat geestelijk letsel naar objectieve maatstaven moet worden vastgesteld, doch dat dit niet per definitie een in de psychiatrie erkend ziektebeeld vereist.⁵³ De Hoge Raad zoekt in *Hoogeveen* naar onze interpretatie weer aansluiting bij dit arrest van juni 2021, waarbij hij overweegt dat het geestelijk letsel naar objectieve maatstaven wordt vastgesteld. Dit kan ook door de huisarts zijn en zal weliswaar ‘in het algemeen’ neerkomen op een medisch erkend ziektebeeld, maar dat is – zo stelt hij nadrukkelijk in rov. 3.7 – niet noodzakelijk. Want met dat medisch ziektebeeld “*is beoogd tot uitdrukking te brengen dat die emotionele schok moet hebben geleid tot geestelijk letsel dat gelet op aard, duur en/of gevolgen ernstig is, en in voldoende mate objectiveerbaar*”.

Of daarvan sprake is, staat ter beoordeling van de feitenrechter – en dit kan de strafrechter dan gelijk afdoen indien de rapportage dit afdoende ondersteunt:

“Dit brengt mee dat als de rechter op grond van een rapportage van een ter zake bevoegde en bekwame deskundige – waarbij gedacht kan worden aan een ter zake bevoegde en bekwame psychiater, huisarts of psycholoog – tot het oordeel komt dat sprake is van geestelijk letsel in de hiervoor bedoelde zin, hij tot toewijzing van schadevergoeding kan overgaan, ook als in die rapportage geen diagnose van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld wordt gesteld.”⁵⁴

Ook deze ontwikkeling is naar onze mening wenselijk. De Hoge Raad geeft hier duidelijkheid op een punt waar de Hoge Raad zelf de laatste jaren onduidelijk over was en waar

49 Hartlief, Vooraf *NJB* 2022, p. 1901: “Ook bij hen ... kan de emmer echter overlopen. Waarom zouden we hen dan achterstellen?”

50 Engelhard & Engelhard 2013, p. 517-539.

51 Conclusie A-G's Spronken en Lindenbergh 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, randnr. 3.6 (vi), 4.9.5.

52 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1947 (*Moord op 10-jarige zoon*).

53 HR 29 juni 2021, ECLI:NL:2021:1024 (*Overval op supermarkt*).

54 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (*Hoogeveen*), rov. 3.7.

ook in de feitenrechtspraak verschillend over werd geoordeeld. Tevens sluit deze visie aan bij het fluïde karakter van de medische diagnostiek en zou er eventueel ruimte kunnen bestaan om ook de pathologische rouwstoornis of hieraan gelieerde klachten hieronder te scharen, waarbij dan wel voor dubbeltelling met de affectieschade claim moet worden gewaakt. Dit brengt ons bij het volgende punt.

5.5 *Het rechtsoordeel met betrekking tot de samenloop van affectieschade en shockschade*

Wat betreft de samenloop van affectieschade en shockschade merkt de Hoge Raad het volgende op:

“In zo'n geval van samenloop van deze aanspraken zal de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid en schattenderwijs moeten afwegen in hoeverre bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding van de immateriële schade die het gevolg is van het hiervoor bedoelde, door de hevige emotionele schok veroorzaakte geestelijk letsel, rekening wordt gehouden met die aanspraak op affectieschade”.⁵⁵

Kortom, er kan overlap zijn tussen affectieschade en shockschade en de feitenrechter moet in dat geval ervoor waken uitsluitend de shockschade begroten. Toch roept dit bij ons vragen op, want hoewel dit naar het oude recht – toen affectieschade nog niet voor schadevergoeding in aanmerking kwam – een extra stap was, moet naar huidig recht met de vaste bedragen die uit hoofde van artikel 6:108 (en 6:107) BW kunnen worden uitgekeerd de kous af zijn. Er valt niets meer te begroten, althans niet indien het gevorderde bedrag voor de shockschade adequaat is onderbouwd (schade die gerelateerd is aan de PTSS, depressie, etc.). De formulering van de Hoge Raad achten wij minder gelukkig, omdat die niet lijkt uit te sluiten dat affectieschade vervolgens een matigend effect zou hebben op de hoogte van de vergoeding van de immateriële schade bij shockschade. Zulks zou naar onze mening onwenselijk zijn, nu dit de twee rechtens gescheiden constructen (shock- resp. affectieschade) alsnog door elkaar zou halen. Ondanks dat er in de praktijk tussen het relationele verdriet (de affectieschade) en het leed vanwege de schokkende wijze waarop dit is veroorzaakt (de immateriële shockschade) moeilijk onderscheid is te maken – zoals wij ook eerder hebben aangestipt – is het niet wenselijk dat het vergoeden van affectieschade een dempend effect zou hebben op de vergoeding van immateriële schade die het gevolg is van de schokkende gebeurtenis. Als dat wel zo zou zijn, dan zou het shockschadeslachtoffer als het ware nadeel ondervinden van het feit dat hij recht heeft op vergoeding van affectieschade, omdat hij ook een nauwe affectieve band heeft met het primaire slachtoffer. Dat lijkt niet te stroken met wat de Hoge Raad onder het derde gezichtspunt van rechtsoverweging 3.5 opmerkt. Daar stelt de Hoge Raad dat ‘de aard en hechtheid’ van de relatie een rol speelt in het onrechtmatigheidsoordeel. Bovendien oogt het matigen van de vergoeding voor de immateriële schade

die het gevolg is van de schok vanwege de aanspraak op affectieschade dogmatisch verkeerd. De affectieschadeclaim heeft de gerechtigde niet in zijn hoedanigheid van shockschadeslachtoffer, maar die heeft hij als naaste en die ziet slechts op het emotioneel verlies bij overlijden en de affectieve pijn (meeleven) bij ernstig en blijvend letsel. De shockschadeclaim heeft het slachtoffer nu juist wel op basis van een zelfstandige onrechtmatige daad jegens hem voor zijn geestelijk letsel. Van der Zalm, Hebly en Engelhard hebben dan ook terecht betoogd dat het, bij het zwijgen van de wetgever, voor de hand ligt om beide vorderingen te stapelen.⁵⁶

Duidelijk is wel waar de Hoge Raad mee worstelt: het feit dat het moeilijk is in de praktijk onderscheid te maken tussen het verdriet dat het gevolg is van bijvoorbeeld het verliezen van een kind en het leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval. Ook uit klinische studies blijkt dat dit onderscheid tussen schade door de confrontatie en schade door de verwonding of het verlies van een naaste in de praktijk zeer moeilijk te maken is.⁵⁷ Maar zijn de vragen die dit voor de schadebegroting oproept niet juist enigszins vereenvoudigd door de vaste gefixeerde bedragen voor affectieschade ingevolge artikel 6:107 en 108 BW? Belangrijk is hier dat het feit dat het shockschadeslachtoffer een nauwe affectieve band heeft met het primaire slachtoffer de immateriële shockschade juist kan en veelal ook zal verergeren. Ervan uitgaande dat het gevorderde smartengeld wegens shock betrekking heeft op het geestelijk ziek zijn, moet de begroting hiervan niet nadelig beïnvloed worden (en dat suggereren termen als matiging of dempend effect wèl) door de uitkering voor de rouwklachten. Uiteraard is dit alles sterk afhankelijk van hoe het shockschadeslachtoffer een en ander onderbouwt: als hij één bedrag vordert voor immateriële shockschade die mede verband houdt met zijn verlies van het primaire slachtoffer, dan zal de feitenrechter erop wijzen dat die laatste component al in de gefixeerde affectieschadevergoeding van artikel 6:108 BW zit (en de shockschade vordering dus naar rato van dat deel afwijzen). Als het shockschadeslachtoffer, naast de gefixeerde affectieschadebedragen, smartengeld vordert voor zijn shockschade en het aannemelijk is dat deze shockschade juist ook ernstig is vanwege zijn nauwe band met het primaire slachtoffer, dan ‘dempt’ of matigt dit op geen enkele wijze zijn shockschadevergoeding. Als door die nauwe band sprake is van een in medisch opzicht verstoord rouwproces, dat (mede) is veroorzaakt door de hevige schok, dan kan dit in zoverre als een schade verhogende component worden meegenomen in de vaststelling en de begroting van de immateriële (en ook de materiële) shockschade.

55 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogeven), rov. 3.9.

56 Van der Zalm, Hebly & Engelhard, AA 2015, p. 93-105.

57 G.E. Smid, C. Kilikelly & B. Wagner, *Frontiers in Psychiatry*, Mei 2021, Vol 12, p. 1-4; H.G. Prigerson, S. Kakarala, J. Gang & P.K. Maciejewski, ‘History and Status of Prolonged Grief Disorder as a Psychiatric Diagnosis’, *Annual Review of Clinical Psychology*, 2021, Vol 17:1, p. 107-126.

6. Conclusie

De benadering van de Hoge Raad in het arrest *Hoogeveen* komt als geroepen en biedt de noodzakelijke stap om naasten van slachtoffers van ernstige geweldsmisdrijven tegemoet te komen. Volgens ons is dit een wenselijke benadering en we zien vier aspecten van vernieuwing en/of aanvulling.

Ten eerste verkiest de Hoge Raad in dit arrest een open *multi-factor* benadering boven zijn eerdere gesloten *hard and fast* benadering waar het de vraag betreft of degene die het letsel of overlijden van het primaire slachtoffer heeft veroorzaakt tevens onrechtmatig heeft gehandeld jegens het shockschadeslachtoffer. Daarmee komt hij tegemoet aan het scala aan gevallen die zich in de vorm van shockschadeclaims aandienen en die zich nu eenmaal niet eenvoudig volgens dezelfde mal laten beoordelen. Het feit dat de Hoge Raad nu expliciet drie (niet limitatieve) gezichtspunten noemt die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid (de *multi-factor* benadering) biedt ruimte voor een integrale afweging die recht doet aan het individuele geval en komt tegemoet aan de wrange gevolgen van de strikte uitleg van het confrontatiecriterium voor naasten bij ernstige geweldsmisdrijven. Voorts is het een verbetering dat de normschending en de ernst van het strafbare feit een rol spelen in de beoordeling van de onrechtmatigheid jegens de naasten. Hiermee wordt naar onze mening afstand genomen van het *Vilt*-arrest.

Ten tweede, en daar ligt tevens het grote belang voor de rechtspraak, versoepelt de Hoge Raad hiermee ons inziens het confrontatiecriterium van *Taxibus* voor shockschadeslachtoffers die niet bij het schadevoorval zijn geweest. Dit stelt naasten in staat om zonder 'kunst- en vliegwerk' in ernstige zaken zoals voornoemd (ernstige geweldsmisdrijven) een succesvolle shockschadeclaim in te kunnen stellen. Wel heeft de gezichtspunten-benadering een stukje rechtsonzekerheid tot gevolg, maar dat is onontkoombaar en juist passend bij de grote verscheidenheid aan zaken. Onzes inziens biedt de Hoge Raad hiervoor in dit arrest met zijn gezichtspunten, tegen de achtergrond van de eerdere jurisprudentie, een werkbaar kader. Die achtergrond blijft essentieel. Zo zal het veroorzaken van een aanrijding met dodelijke afloop door achteloosheid wel tot het gefixeerde bedrag voor affectieschade, doch in beginsel – zonder bijkomende omstandigheden – niet tot een vordering voor shockschade van de naasten kunnen leiden indien zij niet ter plaatse waren en na afloop hiervan in kennis zijn gesteld. Wij hebben in par. 5 nog enkele suggesties voor de concrete uitleg en toepassing gedaan, maar daarbij ook aangegeven dat het nu juist zaak is (en zal blijven) om deze uitleg niet te vergaand in abstracto 'dicht te timmeren'. Ten aanzien van hulpverleners en andere professionals (treinmachinist) die aan letsel of overlijden van anderen worden blootgesteld, is de Hoge Raad terughoudender. Wij hebben aangegeven dat en waarom wij daarin op voorhand geen bezwaar zien; belangrijk is om daarbij voor ogen te houden

dat de op hulpverleners gerichte rechtsoverweging niet ziet op hun rechtspositie als primair, doch als secundair shockschadeslachtoffer.

Ten derde verduidelijkt de Hoge Raad in dit arrest dat het geestelijk letsel 'naar objectieve maatstaven' wordt vastgesteld, doch dat het niet noodzakelijk is dat er sprake is van een 'in de psychiatrie erkend ziektebeeld'. Met deze drempe van geestelijk letsel lijkt de *EBI*-route voor smartengeldclaims van shockschadeslachtoffers geen optie te zijn. Wel komt de Hoge Raad bij de nadere invulling hiervan tegemoet aan het fluïde karakter van de medische diagnostiek, in die zin dat bijvoorbeeld ook ernstige traumaklachten die niet tot de diagnose PTSS leiden (en wel tot schade leiden bijvoorbeeld omdat ze de reden zijn voor ziekmelding van het shockschadeslachtoffer) toereikend kunnen zijn.

Ten vierde kent het onderhavige arrest een belangwekkende overweging over de samenloop van affectieschade en shockschade. De Hoge Raad laat ons op dit laatste punt in het schemerduister tasten. De betekenis van de woorden 'dat rekening wordt gehouden met die aanspraak op affectieschade' bij het bepalen van de hoogte van de immateriële schade die het gevolg is van het geestelijk letsel door de hevige emotionele schok, is onduidelijk.⁵⁸ Ons spreekt de eerdere suggestie van A-G Spronken en A-G Lindenbergh aan om de rouw te 'absorberen' in het smartengeld van shockschadeslachtoffers. Dit sluit denken wij beter aan bij de realiteit. Dat de Hoge Raad met deze suggestie meegaat is echter niet met zoveel woorden in het arrest *Hoogeveen* te lezen. Wellicht dat de Hoge Raad van mening is dat dit zijn rechtsvormende positie te buiten gaat en ligt de bal voor wat betreft dit punt bij de wetgever, al valt daar vermoedelijk weinig of niets van te verwachten. Wat ons betreft moet in ieder geval geen sprake zijn van een dempend of matigend effect van de affectieschadevergoeding op de beoordeling of begroting van de immateriële shockschade. In onze optiek zit het rouwaspect al in de gefixeerde affectieschadevergoeding. Dit betekent uiteraard dat als er voor de affectieschade (bij overlijden: het verlies en het rouwproces) vergoeding wordt gevraagd, de feitenrechter zal (moeten) aangeven dat die begrensd is door en tot aan het gefixeerde bedrag van artikel 6:107 of 108 BW. Maar in het gegeven dat de PTSS-klachten (of, ruimer geformuleerd, de immateriële schade die verband houdt met het trauma) zwaarder zijn dan dat ze zouden zijn geweest zonder het bestaan van de nauwe affectieve band met het primaire slachtoffer ligt geen reden voor matiging. Integendeel: dat aspect – dat de shock ingrijpender is omdat de schokkende omstandigheden een dierbare troffen en niet een vreemde – zit *niet* al inbegrepen in de gefixeerde affectieschadevergoeding (die bedoeld is voor het verlies en de rouw die dit verlies betekent). Dat aspect – dat ook aan de grond kan liggen van een in medische termen verstoord rouwproces met alle schade van dien – zal wat ons betreft als een complementaire, schade verhogende component mogen worden meegenomen in de

58 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (*Hoogeveen*), rov. 3.9.

immateriële shockschadeclaim, waarbij dan uiteraard wel voor dubbeltelling met de affectieschade claim moet worden gewaakt.

We denken dat de feitenrechter hier wel uitkomt en juichen toe dat dit arrest de feitenrechter de ruimte biedt om bij ernstige geweldsmisdrijven ook voor de gedupeerden tot een gewogen rechtsoordeel te komen.