

# Shockschade: de Hoge Raad verzet de piketpaaltjes

*Mr. E. W. Bosch\**

## 1 Inleiding

Op 28 juni 2022 wees de Hoge Raad een arrest waarin de piketpaaltjes voor de beoordeling van een vordering tot vergoeding van shockschade danig zijn verzet.<sup>1</sup> Het is niet voor het eerst dat het de strafkamer van de Hoge Raad is, al was dat met een zetel overwegend bestaande uit civilisten, die voor richtinggevend jurisprudentie op het gebied van het schadevergoedingsrecht zorgt. Juristen met een interesse in het schadevergoedingsrecht doen er dan ook goed aan om ook de jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad te volgen.

De shockschadeproblematiek vindt haar oorsprong in het wettelijke stelsel van art. 6:107 en 6:108 BW. Dit stelsel heeft een exclusief karakter, hetgeen wil zeggen dat rechtens alleen die schade van derden veroorzaakt door het letsel of overlijden van de gekwetste kan worden gevorderd als de wet daartoe de mogelijkheid biedt. Een vordering buiten genoemde twee bepalingen zal doorgaans al snel afstuiten op de relativiteitseis, zoals die volgt uit art. 6:163 BW. Kort gezegd komt deze eis erop neer dat er alleen een recht op schadevergoeding ontstaat als de geschonden norm strekt ter bescherming van het beschadigde belang. Doorgaans zal met name de primair gekwetste worden beschermd door een verkeers- of veiligheidsnorm. Tot de introductie van de vordering tot vergoeding van affectieschade<sup>2</sup> in 2019 bood de wet alleen de mogelijkheid om, in geval van letsel, de verplaatste schade te vorderen (art. 6:107 BW) en bij overlijden van de gekwetste de kosten van het verlies van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging (art. 6:108 BW). Brunner schetste echter al in 1984, in zijn noot in de NJ onder het Van der Heijden/Holland-arrest,<sup>3</sup> de mogelijkheid dat een derde in geval van psychisch letsel als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis, voor het ontstaan waarvan een ander aansprakelijk is, ook een vorderingsrecht zou kunnen hebben.

Het duurde vervolgens tot 2002 voordat de Hoge Raad in het Taxibus-arrest<sup>4</sup> aanspraken van derden, die door het waarnemen van het ongeval of de directe gevolgen daarvan een hevige

emotieschok doormaakten, erkende. Daartoe formuleerde de Hoge Raad enkele vereisten waaraan voldaan moest zijn, wil een shockschadevordering toewijsbaar zijn. In het arrest van 28 juni 2022 – het Hoogeveen-arrest – is door de Hoge Raad afscheid genomen van deze vereisten. Daarvoor in de plaats introduceert de Hoge Raad een gezichtspuntencatalogus, die naar zijn bewoording niet limitatief is.<sup>5</sup> De introductie van een gezichtspuntencatalogus geeft de feitenrechter meer speelruimte om maatwerk te leveren. Dat is positief, omdat uit – met name de lagere – jurisprudentie bleek dat de vereisten uit het Taxibus-arrest aanleiding gaven tot veel discussie en soms wel erg ruim werden opgerekt. Het nadeel van een gezichtspuntencatalogus ten opzichte van de Taxibus-vereisten kan echter zijn dat het beoordelingskader veel diffuser is geworden, waardoor het voor gelaedeerden moeilijker wordt om in te schatten welke feiten en omstandigheden zij nu precies moeten stellen (en bij voldoende betwisting: bewijzen).

In paragraaf 2 zal ik eerst kort het juridisch kader schetsen zoals dit volgde uit het Taxibus-arrest (en door de Hoge Raad is bevestigd in het Vilt-arrest<sup>6</sup>). Vervolgens bespreek ik in paragraaf 3 het Hoogeveen-arrest van 28 juni 2022 en bespreek ik de gezichtspunten. Daarna volgt een analyse van de overeenkomsten en verschillen, waarbij ik de praktische relevantie hiervan bespreek (par. 4). Ik sluit deze bijdrage af met een conclusie (par. 5).

## 2 Het Taxibus-arrest uit 2002 en de daaropvolgende lagere rechtspraak

### 2.1 Inleiding

Om de gevolgen van het Hoogeveen-arrest voor de rechtspraktijk te kunnen doorgronden is het van belang om eerst te schetsen hoe de shockschade in Nederland was geregeld tot dit arrest. Zoals hiervoor gesignaleerd, vindt de shockschade zijn oorsprong in het Taxibus-arrest. In dit arrest formuleerde de Hoge Raad een aantal vereisten waaraan voldaan moest zijn om tot toewijzing van een shockschadevordering te komen. De Raad overwoog:

\* Mr. E.W. Bosch is advocaat bij VBS advocaten te Honselersdijk.

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

2 Art. 6:107 lid 1 aanhef en onder b en 6:108 lid 3 BW.

3 HR 8 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4562, NJ 1984/717 m.nt. CJHB (Van der Heijden/Holland).

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

5 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogeveen), r.o. 3.5 ('onder meer').

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

‘Indien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij in een geval als hier bedoeld niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffen in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond. De daardoor ontstane immateriële schade komt op grond van het bepaalde in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW voor vergoeding in aanmerking. Daarvoor is dan wel vereist dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.’<sup>7</sup>

Deze vereisten zal ik hierna bespreken en nader uitwerken.

### 2.2 De vereisten

Uit het Taxibus-arrest volgde dat er voldaan moest zijn aan de volgende cumulatieve vereisten:

1. Er moest sprake zijn van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm.
2. Er moest sprake zijn van letsel of overlijden van de primair gelaedeerde.
3. Er moest sprake zijn van het waarnemen van het ongeval of van een directe confrontatie met de ernstige gevolgen van het ongeval (het confrontatievereiste).
4. Er moest sprake zijn van een hevige emotionele schok waaruit geestelijk letsel voortvloeide, hetgeen in het algemeen slechts het geval kon zijn indien sprake was van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

Een en ander kon zich, aldus de Hoge Raad, *met name* voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffen in een nauwe affectieve relatie stond, bij het ongeval was gedood of gewond. Door de woorden ‘met name’ werd tot uitdrukking gebracht dat een nauwe affectieve band op zichzelf geen vereiste is,<sup>8</sup> al werd dit door sommige feitenrechters desalniettemin als relevante hobbel aangemerkt.<sup>9</sup>

### 2.3 De vereisten: het confrontatievereiste

In het Taxibus-arrest ging het om een wel heel directe confrontatie. Het ging om de moeder van een 5-jarig meisje die direct

na een verkeersongeval ter plaatse kwam. Zij trachtte – nadat zij een ambulance had gebeld – het hoofd van haar dochter te draaien. Daarbij verdween haar hand vrijwel geheel in de schedel van het meisje.<sup>10</sup> In de afgelopen jaren werden de grenzen van het confrontatievereiste in met name de lagere jurisprudentie steeds verder opgerekt. De rechtbank Rotterdam wees in 2013 een shockschadevordering toe, ondanks dat de confrontatie met de ernstige gevolgen van het misdrijf ‘pas’ in het ziekenhuis plaatsvond.<sup>11</sup> In 2014 nam de rechtbank Gelderland een directe confrontatie aan omdat de moeder het meisje na haar overlijden had gewassen.<sup>12</sup> Vervolgens oordeelde het gerechtshof Amsterdam in 2018<sup>13</sup> dat de gelaedeerde door foto’s in de krant ook *rechtstreeks* was geconfronteerd met de gruwelijke wijze waarop met het lichaam van hun zoon is omgegaan.

Stuk voor stuk is het psychisch ongemak in al deze zaken zeer invoelbaar, zeker wanneer het letsel of overlijden van een naaste het gevolg is van een ernstig misdrijf, waarbij sprake kan zijn van (voorwaardelijke) opzet op het gevolg bij de laedens. Dat bracht de rechtbank Rotterdam in 2013 tot het oordeel dat aan de mate van rechtstreeksheid van de confrontatie minder strenge eisen zouden moeten worden gesteld, vanwege de ernst van de normschending.<sup>14</sup> Deze overweging stond echter – tot het onderhavige arrest – op gespannen voet met het arrest van de Hoge Raad in de Vilt-zaak uit 2009.<sup>15</sup> Daarin overwoog hij namelijk dat met art. 6:106 BW is beoogd vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade slechts in beperkte mate mogelijk te maken. Daarom zou voor vergoeding van shockschade alleen onder strikte voorwaarden plaats zijn. Hiermee strookte het volgens de Hoge Raad niet om ‘het vereiste van waarneming van het ongeval of directe confrontatie met zijn ernstige gevolgen vanwege de aard of ernst van de normschending, zoals vanwege het opzettelijk begaan daarvan, terzijde te stellen of af te zwakken’.<sup>16</sup>

### 2.4 De vereisten: een hevige emotionele schok

Ook het vereiste dat er sprake moet zijn van een emotionele schok waaruit geestelijk letsel voortvloeit, leidde tot discussie. De Hoge Raad formuleerde dit vereiste zo:

‘(...) bij wie door het waarnemen van het ongeval of de directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan een

<sup>7</sup> HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), r.o. 4.3.

<sup>8</sup> 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. 106.

<sup>9</sup> Zie bijv. Rb. Rotterdam 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6672, JA 2014/126 m.nt. M.E. Franke (goede kennis) of Rb. Rotterdam 8 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW6299 (weduwe moet aantonen dat zij nog met primair gelaedeerde samenwoonde).

<sup>10</sup> HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), r.o. 3.1.

<sup>11</sup> Rb. Rotterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10164.

<sup>12</sup> Rb. Gelderland 29 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:520, JA 2014/63 m.nt. M.E. Franke.

<sup>13</sup> Hof Amsterdam 17 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1618.

<sup>14</sup> Rb. Rotterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10725, VR 2014/104, r.o. 4.11.

<sup>15</sup> HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, NJ 2010/387 m.nt. J.B.M. Vranken (Vilt).

<sup>16</sup> HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, NJ 2010/387 m.nt. J.B.M. Vranken (Vilt), r.o. 3.5.

hevige emotionele schok teweeg wordt gebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit.<sup>17</sup>

Lindenbergh merkte al op dat dit vereiste in de praktijk weinig onderscheidend vermogen heeft. Hij wijst erop dat als het om waarneming van of confrontatie met een ongeval gaat, waarbij een ander ernstig gewond raakt of overlijdt, er vrijwel steeds sprake zal zijn van een hevige emotionele schok bij de ‘waarnemer’ daarvan. Indien het gaat om een toedracht zoals aan de orde in het Taxibus-arrest,<sup>18</sup> dan zal dat vrijwel zeker het geval zijn. Er zijn echter situaties waarin de emotionele schok misschien minder voor de hand ligt, doordat men zich geestelijk heeft kunnen voorbereiden op wat men gaat zien (voor zover dat mogelijk is). Indien de confrontatie minder ‘onverhoeds’ is, zal er minder snel sprake zijn van een hevige shock. Zoals hiervoor al gememoreerd, werd de vordering van een moeder die haar neergestoken dochter na haar overlijden had gewassen toegewezen.<sup>19</sup> Uiteraard is hier sprake van een directe confrontatie met de gevolgen van het misdrijf, doch deze confrontatie zal niet onverhoeds zijn geweest. De vraag is of er ook sprake is van een ‘hevige emotionele schok’ als je weet dat je je neergestoken overleden dochter gaat wassen. Lindenbergh meent dat ook wanneer sprake is van een minder onverhoedse, minder directe of meer geleidelijke confrontatie er sprake kan zijn van een hevige emotionele shock.<sup>20</sup> Gewaagd lijkt hem daarom een uitspraak van de rechtbank ’s-Hertogenbosch uit 2011,<sup>21</sup> waarin de vordering werd afgewezen omdat er sprake was van een geleidelijke confrontatie. Lindenbergh meent dat het meer voor de hand had gelegen om deze afwijzing te baseren op het feit dat er geen sprake was van waarneming van de gebeurtenis of van een rechtstreekse confrontatie met de gevolgen.<sup>22</sup>

De rechtbank Midden-Nederland wees in 2014 de vordering van een moeder af, omdat zij ‘slechts’ had gezien dat de echtelijke woning was afgezet en later haar zoon zag in het mortuarium. De rechtbank kwam tot het oordeel in het kader van de confrontatie-eis, waarin volgens de rechtbank een beperking in tijd besloten ligt tot een vorm van betrokkenheid bij de plaats van de gebeurtenis.<sup>23</sup> Bij een situatie als deze kan discussie ontstaan of er sprake is van ‘eigen schuld’. Niet omdat de geschrokken zelf betrokken is geweest bij het doen ontstaan van de gebeurtenis, maar omdat de ‘hevige emotionele shock’ voorkomen had kunnen worden. De moeder in deze zaak had er immers ook voor kunnen kiezen om niet naar het mortuarium te gaan. Ook die situaties zouden kunnen worden beoor-

deeld aan de hand van de maatstaf van art. 6:101 BW.<sup>24</sup> In een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland in de zaak van de vader van Marianne Vaatstra<sup>25</sup> werd het verweer dat de confrontatie vermijdbaar was, gepasseerd door de rechtbank. De rechtbank overwoog dat de stelling dat de confrontatie vermeden had kunnen worden, volledig voorbijgaat aan datgene wat redelijkerwijs verwacht mag worden van een vader op zoek naar zijn vermiste dochter.

Deze hiervoor besproken uitspraken maken duidelijk dat rechters worstelden met de confrontatie-eis, en dat dit soms leidde tot moeilijk met elkaar te verenigen uitspraken.

### *2.5 De vereisten: geestelijk letsel*

Het laatste vereiste dat tot discussie leidde, was de eis dat er sprake moest zijn van ‘geestelijk letsel, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld’. Dit vereiste leidde in de praktijk tot een tweetal discussiepunten. Het eerste discussiepunt ziet op de aanwezigheid van (bewijs van) geestelijk letsel. Het tweede discussiepunt ziet op de vraag hoe dit letsel moet worden aangetoond. Meer concreet: wie mag de diagnose stellen en daarover een verklaring afleggen?

Zo wees de rechtbank ’s-Gravenhage in 2010 de vordering tot vergoeding van shockschade af, omdat er geen verklaring was overgelegd van een psycholoog die deze shockschade voldoende aannemelijk maakte.<sup>26</sup> De rechtbank Amsterdam oordeelde in 2019 dat een verklaring van een psycholoog of psychiater geen voorwaarde was voor toekenning van de vordering tot vergoeding van shockschade.<sup>27</sup> Dit lijkt echter een uitzondering te zijn. Zo overwoog de rechtbank Amsterdam in 2021 ten aanzien van de moeder van het overleden slachtoffer dat eventuele bestaande stoornissen zijn verergerd, en ten aanzien van de vader dat mogelijk sprake is van PTSS-klachten sinds hij werd geconfronteerd met zijn neergestoken zoon. Gelet op de betwisting wijst de rechtbank aan de benadeelde partijen een relatief beperkt bedrag aan vergoeding toe en verklaart hen voor het overige niet-ontvankelijk.<sup>28</sup>

In 2021 oordeelde de Hoge Raad in het kader van een vordering wegens aantasting in de persoon op andere wijze<sup>29</sup> dat het vereiste dat het bestaan van geestelijk letsel naar objectieve maatstaven moet zijn vastgesteld, niet inhoudt dat daarvan slechts sprake is indien het gaat om een in de psychiatrie er-

17 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), r.o. 5.2.

18 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), r.o. 3.1.

19 Rb. Gelderland 29 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:520, JA 2014/63 m.nt. M.E. Franke.

20 Lindenbergh 2019, p. 104.

21 Rb. ’s-Hertogenbosch 13 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR1623, JA 2011/159 m.nt. W.H. Bouman en S. Vervaat.

22 Lindenbergh 2019, p. 105.

23 Rb. Midden-Nederland 24 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7326, JA 2015/78 m.nt. M.E. Franke.

24 Lindenbergh 2019, p. 118.

25 Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507, JA 2015/43 m.nt. M.R. Hebly (Marianne Vaatstra).

26 Rb. ’s-Gravenhage 21 mei 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BM5480.

27 Rb. Amsterdam 10 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:116. Het ging hier om een zaak waarin de benadeelde partijen aanvoerden dat toegang tot psychische hulp voor hen lastig was. Zij verbleven namelijk al geruime tijd op een geheime plek. Daarnaast was het vanwege de ernstige veiligheidsrisico’s voor hen niet mogelijk nadere informatie over psychische hulpverlening (zoals naam of adres van de hulpverlener) te verstrekken.

28 Rb. Amsterdam 31 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1530.

29 Art. 6:106 aanhef en onder b BW.

kend ziektebeeld. Evenmin is vereist dat dit geestelijk letsel slechts door een psychiater of psycholoog kan worden vastgesteld.<sup>30</sup> Na deze koerswijziging in de beoordeling van vorderingen op die grondslag was het de vraag of de Hoge Raad in het kader van de shockschadevordering zou vasthouden aan het vereiste van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Het antwoord op die vraag kwam op 24 december 2021, toen de Hoge Raad oordeelde dat het vereiste dat voor vergoeding van shockschade in het algemeen sprake moet zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, niet is gewijzigd door het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2021.<sup>31</sup>

De Hoge Raad onderkende dat er daarmee een verschil ontstond tussen de beoordeling van de ‘aantasting in de persoon op andere wijze’ enerzijds en ‘shockschade’ anderzijds. De Hoge Raad overwoog dat dit verschil zich liet verklaren doordat het bij de vergoeding van shockschade gaat om aansprakelijkheid die berust op een onrechtmatige daad van pleger van het tenlastegelegde feit, niet alleen jegens degene die dientengevolge is gedood of gewond is geraakt, maar ook jegens de benadeelde partij waarbij door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan een hevige emotionele schok is teweeggebracht. De wegens schending van deze norm op grond van art. 6:106 aanhef en onder b BW te vergoeden schade was, zo overweegt de Hoge Raad, beperkt tot (de gevolgen van) het uit de emotionele schok voortvloeiende geestelijk letsel, als dit voldoet aan de uit de vaste rechtspraak sinds het Taxibus-arrest voortvloeiende eisen.<sup>32</sup> Voor toewijzing van een vordering tot vergoeding van shockschade bleef, ondanks de koerswijziging van de Hoge Raad bij de beoordeling van vorderingen ter zake de aantasting in de persoon op nadere wijze, een in de psychiatrie erkend ziektebeeld vereist, maar ook op dit punt biedt het recente arrest van de Hoge Raad een koerswijziging, waarover meer in paragraaf 4.6.

### 2.6 *Intermezzo: het gaat niet alleen om immateriële schade*

Doordat het bestaan van geestelijk letsel een vereiste is, zou licht de indruk kunnen postvatten dat het bij shockschade enkel gaat om immateriële schade. Die indruk is echter onjuist.<sup>33</sup>

Zoals uit het voorgaande blijkt, ‘lost’ het Taxibus-arrest enkel een relativiteitsprobleem op. De rechtbank Den Haag oordeelde in 2016 dan ook in het kader van een shockschadevordering dat ook materiële schade die het direct gevolg was van het op-

gelopen geestelijk letsel toewijsbaar was. De rechtbank overweegt daarbij dat aangezien vastgesteld is dat is voldaan aan de in de wet en jurisprudentie vastgelegde vereisten voor shockschade, daarmee vaststaat dat de laedens ook jegens het secundaire slachtoffer onrechtmatig handelde.<sup>34</sup> Voor de schade die daaruit voortvloeit, is de laedens aansprakelijk op grond van art. 6:162 BW.

Bevestiging voor deze visie is te vinden in het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021, waarin de Hoge Raad expliciet overweegt dat de pleger van het tenlastegelegde feit niet alleen onrechtmatig handelt jegens de primaire gelaedeerde, maar ook jegens de benadeelde partij waarbij door het waarnemen van het ongeval of door de confrontatie met de ernstige gevolgen ervan een hevige emotionele schok is teweeggebracht.<sup>35</sup> Dat betekent dat de laedens aansprakelijk is en dat de gelaedeerde een vordering tot schadevergoeding heeft voor de immateriële *en* de materiële schade.

## 3 De koerswijziging: van vereisten naar gezichtspuntencatalogus

### 3.1 *Inleiding*

Op 22 februari 2022 werd door de advocaten-generaal Spronken en Lindenberg een omvangrijke conclusie genomen, waarin zij een uitvoerige algemene beschouwing geven over de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor, kort gezegd, shockschade. Daarin gaven zij verstrekkende aanbevelingen voor hervorming van de rechtspraak over vergoeding van deze schade. Juist vanwege de omvang en uitgebreide analyses van deze conclusie van genoemde advocaten-generaal laat deze conclusie zich niet eenvoudig beknopt samenvatten. Daarom beperk ik mij tot het weergeven van de door de advocaten-generaal gegeven samenvatting:

‘Met betrekking tot het materiële civiele recht brengt ons dit tot het volgende:

- i. Het confrontatiecriterium moet worden toegepast in het licht van de functies ervan. De wijze van confrontatie dient ertoe om de aannemelijkheid van het bestaan van schade en van causaal verband met de aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis te onderbouwen. De aard en functie van het confrontatiecriterium bieden geen aanknopingspunten voor een strikte afbakening ervan. Naarmate de confrontatie minder direct is, zullen de schade en het causaal verband op andere gronden voldoende aannemelijk moeten zijn. De rechtspraak van de Hoge Raad laat zich (met wat goede wil) dienovereenkomstig lezen; maar verduidelijking verdient (daarom) de voorkeur.
- ii. Voor vergoeding van vermogensschade is niet nodig dat de geschrokken geestelijk letsel heeft opgelopen, maar wel dat de schade waarvan vergoeding wordt ge-

30 HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024 (diefstal met geweld). Zie ook HR 14 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1243 (politie) en HR 2 november 2021, ECLI:NL:HR 2021:1496 (verkrachting).

31 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1947, r.o. 4.5.2.

32 Vgl. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1947, r.o. 4.5.3.

33 Vgl. Lindenberg 2019, p. 85; S.D. Lindenberg & I. van der Zalm, Schadevergoeding: personenschade (Mon. BW nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 20-21; al memoreerde de Hoge Raad in HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, NJ 2019/379 m.nt. W.H. Vellinga (overzichtsarrest), r.o. 2.4.5 de shockschade uitsluitend in het kader van vergoeding van de immateriële schade.

34 Rb. Den Haag 7 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15321, JA 2017/26 m.nt. I. van der Zalm.

35 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1947, r.o. 4.5.3.

vordert voldoende aannemelijk is en dat, als het om kosten gaat, het maken en de omvang van die kosten redelijk is. Omdat de rechtspraak van de Hoge Raad thans ook voor vergoeding van vermogensschade wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis geestelijk letsel vereist, heeft deze rechtspraak wijziging.

- iii. Voor vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade geldt wel de eis van het bestaan van geestelijk letsel in de vorm van een door een deskundige naar objectieve maatstaven vastgesteld in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Dit is vaste rechtspraak, die hooguit bevestiging behoeft.
- iv. De omvang van het smartengeld wordt in geval van geestelijk letsel in de kern vastgesteld aan de hand van de – aan de deskundigenrapportage te ontleen – aard, ernst en duur van het geestelijk letsel. Dit is vaste rechtspraak, die hooguit bevestiging behoeft.
- v. Bestaat volgens de hiervoor beschreven regels een aanspraak op vergoeding van eigen personenschade, dan moet worden aangenomen dat het wettelijk stelsel inzake derdenschade geen beperkingen opwerpt. De rechtspraak van de Hoge Raad instrueert thans tot het maken van onderscheid tussen schade die het gevolg is van confrontatie en schade die het gevolg is van de verwonding of het verlies van een naaste. Daarop zou hij in onze visie moeten terugkomen.
- vi. Naast een vergoeding van ander nadeel wegens eigen personenschade in de vorm van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld is er geen plaats voor afzonderlijke vergoeding van “affectieschade”; deze wordt door de vergoeding voor geestelijk letsel – die telkens hoger zal (moeten) zijn dan de forfaitaire bedragen voor “affectieschade” – “geabsorbeerd”. De onmogelijkheid om tussen schadecomponenten (door geestelijk letsel en door verlies) te onderscheiden en de invoering van het recht op vergoeding van “affectieschade” vormen aanleiding om op de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad terug te komen, althans deze nu aldus uit te leggen.<sup>36</sup>

Op 12 april 2022 oordeelde de Hoge Raad in de betreffende zaak dat het cassatiemiddel ten aanzien van de shockschade faalde. Gelet daarop was er geen aanleiding ‘in deze zaak’ om in te gaan op de aanbevelingen betreffende het civiele recht, zoals weergegeven in de conclusie van de advocaten-generaal.<sup>37</sup> Het door de Hoge Raad gebruikte ‘in deze zaak’ impliceerde dat hij mogelijk op een later moment alsnog zou terugkomen op de conclusie van de beide advocaten-generaal.

### 3.2 De koerswijziging

Binnen enkele maanden, namelijk op 28 juni 2022, doet zich voor de Hoge Raad de gelegenheid voor om ter zake de beoor-

deling van een vordering tot vergoeding van shockschade een koerswijziging te bewerkstelligen. De Hoge Raad overweegt in het Hoogeveen-arrest dat in de praktijk over de vraag in welke gevallen vergoeding van shockschade mogelijk is, verschillende opvattingen naar voren komen. Daarbij verwijst hij naar de hiervoor besproken conclusie van de advocaten-generaal. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat hij daarin aanleiding ziet om zijn rechtspraak hierover te preciseren, waarbij geldt dat voor zover zijn eerdere rechtspraak hierover anders zou kunnen worden gelezen, daarvan wordt teruggekomen.<sup>38</sup>

Vervolgens herhaalt de Hoge Raad, zij het in ietwat andere beoordelingen, de dragende overweging uit het Taxibus-arrest dat iemand die een ander door zijn onrechtmatige daad doodt of verwondt – afhankelijk van de omstandigheden waaronder die onrechtmatige daad en de confrontatie met die daad of de gevolgen daarvan plaatsvinden – ook onrechtmatig kan handelen jegens degene bij wie die confrontatie een hevige emotionele schok teweegbrengt. Het recht op vergoeding van schade is beperkt tot de schade die volgt uit door die laatste onrechtmatige daad veroorzaakt geestelijk letsel, zoals nader door de Hoge Raad in dit arrest omschreven.

Dan komt de koerswijziging. Waar de Hoge Raad in het Taxibus-arrest<sup>39</sup> cumulatieve vereisten formuleerde, overweegt hij nu:

‘Gezichtspunten die een rol spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid jegens degene bij wie een hevige emotionele schok is teweeggebracht (...) (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 het 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 moest 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.

36 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en S.D. Lindenbergh 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, par. 4.10.

37 HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560, r.o. 3.5.

38 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.3.

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

De feitenrechter moet aan de hand van onder meer deze gezichtspunten in hun onderlinge samenhang beschouwd van geval tot geval beoordelen of sprake is van onrechtmatigheid, waarbij niet op voorhand aan een van deze gezichtspunten doorslaggevende betekenis toekomt. Als een van deze gezichtspunten geen duidelijke indicatie voor het aannemen van onrechtmatigheid geeft, kan onrechtmatigheid desondanks worden aangenomen als de omstandigheden daarvoor, gezien vanuit de overige gezichtspunten, voldoende zwaarwegend zijn.<sup>40</sup>

Daar waar in het Taxibus-arrest<sup>41</sup> een in de psychiatrie erkend ziektebeeld vereist was, overweegt de Hoge Raad nu:

‘Het recht op vergoeding van schade die is veroorzaakt door het onrechtmatig tweebrengen van een hevige emotionele schok is (...) beperkt tot de schade die volgt uit geestelijk letsel. *Voor de toewijzing van schadevergoeding ter zake van dat geestelijk letsel is vereist dat het bestaan van dat geestelijk letsel naar objectieve maatstaven is vastgesteld.* In de rechtspraak over shockschade is in dat verband steeds overwogen dat dit in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Daarmee 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. *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.*<sup>42</sup> (curs. EB)

Vervolgens overweegt de Hoge Raad expliciet dat als er sprake is van geestelijk letsel zowel de materiële als de immateriële schade die daarvan het gevolg is voor vergoeding in aanmerking komt.<sup>43</sup>

De beide advocaten-generaal adviseerden in hun conclusie van 22 februari 2022<sup>44</sup> om bij de samenloop van een vordering tot shock- en affectieschade<sup>45</sup> de affectieschade te laten absorberen in de vergoeding voor geestelijk letsel, die dan telkens hoger zou moeten zijn dan de forfaitaire bedragen voor affectiescha-

de. De rechtvaardiging voor deze ‘absorptie’ zien de advocaten-generaal in de onmogelijkheid om tussen schadecomponenten (door geestelijk letsel en het verdriet door verlies) te onderscheiden. Bovendien zou de invoering van het recht op vergoeding van ‘affectieschade’ aanleiding vormen om op de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad terug te komen, althans deze nu aldus uit te leggen. Hierin volgt de Hoge Raad de advocaten-generaal niet. Hij overweegt dat in geval van samenloop ‘de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid en schattenderwijs [moet] afwegen in hoeverre bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding van de immateriële schade (...) rekening [wordt] gehouden met [de] aanspraak op affectieschade’.<sup>46</sup>

Geen absorptie dus, maar een opdracht aan de feitenrechter om bij een dergelijke samenloop aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid en schattenderwijs een afweging te maken of er bij de begroting van de shockschade rekening moet worden gehouden met het feit dat er ook affectieschade wordt toegekend.

#### 4 Een analyse: het verschil tussen de ‘oude vereisten’ en de ‘nieuwe gezichtspunten’

##### 4.1 Inleiding

In het vervolg van deze bijdrage zal ik een analyse maken van de verschillen tussen de ‘oude vereisten’ en de ‘nieuwe gezichtspunten’. Daarbij zal ik de volgorde van de gezichtspunten aanhouden. Deze zal ik nog kort bespreken, om vervolgens te analyseren in hoeverre deze afwijken van de ‘oude vereisten’, en dan met name wat de praktische relevantie daarvan is. Voordat ik dat doe, ga ik eerst in op het belangrijkste verschil in benadering.

##### 4.2 Een ander perspectief van vereisten naar gezichtspunten

Met Rijnhout en Overheul concludeer ik dat misschien wel het eerste, en wat mij betreft het grootste, verschil tussen de ‘oude vereisten’ en de ‘nieuwe gezichtspunten’ is dat de Hoge Raad afstand neemt van de in het Taxibus-arrest, en de daaropvolgende arresten, geformuleerde cumulatieve vereisten. Om tot toewijzing van een shockschade over te kunnen gaan diende aan alle vereisten te zijn voldaan. De Hoge Raad introduceert nu een gezichtspuntenbenadering, waarmee de rechter een afweging moet maken of een bepaalde situatie of handeling ook onrechtmatig is tegenover een ander dan de primair gekwetste.<sup>47</sup>

De Hoge Raad geeft als instructie voor het gebruik van deze gezichtspuntencatalogus mee dat de feitenrechter aan de hand van onder meer deze gezichtspunten in hun onderlinge samenhang beschouwd van geval tot geval moet beoordelen of sprake is van onrechtmatigheid. Daarbij geldt dat niet op

40 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogeveen), r.o. 3.5-3.6, bevestigd in HR 20 september 2022, ECLI:NL:2020:1250, r.o. 4.3.

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

42 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogeveen), r.o. 3.7.

43 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogeveen), r.o. 3.7.

44 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en S.D. Lindenberg 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166.

45 Art. 6:107 lid 1 aanhef en onder b BW (ernstig letsel) en art. 6:108 lid 3 BW (overlijden).

46 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogeveen), r.o. 3.9.

47 R. Rijnhout & A.M. Overheul, 20 jaar na Taxibus: hoe de wal het schip van shockschade toch heeft doen keren, TVP 2022, afl. 2, p. 55.

voorhand aan een van deze gezichtspunten doorslaggevend betekenis toekomt. Als een van deze gezichtspunten geen duidelijke indicatie voor het aannemen van onrechtmatigheid geeft, kan onrechtmatigheid desondanks worden aangenomen als de omstandigheden daarvoor, bezien vanuit de overige gezichtspunten, voldoende zwaarwegend zijn.<sup>48</sup>

Een gezichtspuntencatalogus geeft de rechter de mogelijkheid om in individuele gevallen een afweging te maken, hetgeen voorkomt dat de rechter gedwongen door het keurslijf van cumulatieve vereisten tot een afwijzing van de vordering gedwongen zou worden of, om dat te voorkomen, de grenzen moet oprekken. De keerzijde van een gezichtspuntencatalogus is echter dat de uitkomst van de weging door de rechter voor de rechtspraktijk minder voorspelbaar is, zeker in het begin. Het is de vraag hoe met name de feitenrechtters invulling gaan geven aan de gezichtspuntencatalogus.

#### 4.3 De gezichtspunten: de oorzaak van de schade

Het eerste gezichtspunt is nieuw. Daar waar in het Vilt-arrest<sup>49</sup> nog werd geoordeeld dat de aard of ernst van de normschending, zoals vanwege het opzettelijk begaan daarvan, geen reden was om de eisen die worden gesteld aan het confrontatievereiste terzijde te stellen of af te zwakken, overweegt de Hoge Raad nu als het eerste gezichtspunt dat relevant is:

‘(...) 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 het aan het primaire slachtoffer toegebrachte leed.’<sup>50</sup>

Daarmee is het Vilt-arrest niet langer relevant, want door dit arrest achterhaald. Dat de aard, ernst en omvang van het handelen alsmede de intentie van de laedens een gezichtspunt zijn geworden, past goed in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht. Het gaat hier immers om de vraag of de laedens niet alleen aansprakelijk is jegens de primair gekwetste, maar ook jegens een ‘geschokte’ derde die geestelijk letsel opliep doordat hij geconfronteerd werd met het voorval of met de ernstige gevolgen daarvan. De aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade (‘de gevolgen daarvan’) herkennen wij als relevante factor uit art. 6:98 BW, dat op het causaal verband ziet tussen de onrechtmatige daad en de (omvang van de) schade. Terwijl ook de intentie van de laedens (opzet, zware of lichte schuld) op de toerekening naar redelijkheid van invloed is.<sup>51</sup> Me dunkt dat de rechtspraktijk gelet op de voorhanden jurisprudentie op dat punt met dit gezichtspunt goed uit de voeten zal kunnen.

Engelhard en Stalenhoef merken op dat de nieuwe aanpak vooral bedoeld lijkt te zijn voor de naasten bij ernstige gewelds-

misdrijven. Zij schrijven dat onmiskenbaar, alleen al uit het gebruik van de woorden ‘dader’ en ‘diens intentie’, de Hoge Raad hier doelt op shockschade die door ernstige strafbare feiten is ontstaan, al is dit gezichtspunt hier, strikt genomen, niet toe beperkt.<sup>52</sup> Ik ben minder somber op dit punt. Het ging in de berechte zaak nu eenmaal om een vordering van een benadeelde partij in het kader van een strafzaak. Juist omdat de zetel van de strafkamer overwegend uit civilisten bestond, is mijns inziens niet te verwachten dat de civiele kamer van de Hoge Raad op dit punt anders zal oordelen. Ook in civilibus kan men met de nu geformuleerde gezichtspunten mijns inziens goed uit de voeten.

#### 4.4 De gezichtspunten: het (nieuwe) confrontatievereiste

Ondanks dat er veel discussie was over het confrontatievereiste heeft de Hoge Raad dit vereiste geconverteerd naar een van de nieuwe gezichtspunten. De Hoge Raad overweegt:

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

(...)

- 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 moest zijn op een dergelijke schokkende gebeurtenis.’<sup>53</sup>

Doordat het confrontatievereiste is geconverteerd naar een gezichtspunt, zijn de scherpe kantjes van dit vereiste af. Bovendien is het woord ‘directe’ bij de confrontatie te komen vervallen. Net als in het Taxibus-arrest zijn er twee wijzen van confrontatie voorzien, namelijk (1) door fysieke aanwezigheid bij de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis of door anderszins onmiddellijke kennis van het onrechtmatige handelen jegens het primaire slachtoffer, dan wel (2) door nadien met de gevolgen van dit handelen te zijn geconfronteerd. Hierdoor blijft, voor de invulling van dit gezichtspunt, de bestaande jurisprudentie over de confrontatie van de geschokte met de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis of de gevolgen daarvan van belang. Weliswaar is het woord ‘directe’ vervallen, maar zoals hiervoor gesignaleerd, is met name in de lagere jurisprudentie dit vereiste al opgerekt. Daarbij is van belang dat

48 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogveen), r.o. 3.5-3.6.

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

50 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogveen), r.o. 3.5-3.6.

51 Asser/Sieburgh 6-II 2021/63.

52 E.F.D. Engelhard & C. Stalenhoef, Visie op de nieuwe aanpak van het confrontatiecriterium bij shockschade en op de samenloop met affectieschade, AV&S 2022, afl. 4, p. 158.

53 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogveen), r.o. 3.5.

de Hoge Raad ten aanzien van de confrontatie richting geeft. Zo kan bij een latere confrontatie een rol spelen in hoeverre de confrontatie onverhoeds was. Denk hierbij aan de vordering van de confrontatie in het ziekenhuis,<sup>54</sup> of de moeder die haar dochter na haar overlijden gewassen heeft.<sup>55</sup> In dergelijke situaties zal mijns inziens niet snel sprake zijn van een ‘onverhoedse’ confrontatie. Dit geldt echter niet alleen wanneer er sprake is van een latere confrontatie, aangezien de Hoge Raad in de laatste zin van deze rechtsoverweging overweegt dat bij het aan dit gezichtspunt toe te kennen gewicht kan meewegen of het secundaire slachtoffer bedacht moest zijn op een dergelijke schokkende gebeurtenis.

Op dit punt heeft de Hoge Raad met zijn arrest van 20 september 2022<sup>56</sup> nadere duiding gegeven. In die (straf)zaak ging het om een shockschadevordering van de ouders en zussen van de overledene. De ouders identificeren hun zoon in het mortuarium. De zussen stelden dat zij voor hun gevoel geen andere keuze hadden dan het lichaam van hun broer met eigen ogen te zien. Het verweer van de verdachte, dat de benadeelde partijen pas op een later moment met de gevolgen van het misdrijf zijn geconfronteerd en dat die confrontaties niet *onverhoeds* en niet *onvermijdbaar* waren, passeert de Hoge Raad. Dit onder verwijzing naar de vaststelling door het hof van de toedracht van hetgeen bewezen was verklaard, het op het slachtoffer toegepaste geweld en de directe familieband tussen het slachtoffer en de benadeelde partijen.<sup>57</sup> In dit oordeel is daarmee goed terug te zien dat het om een weging van de diverse gezichtspunten gaat.

Voorts dient de rechter bij de beoordeling van dit gezichtspunt in zijn overweging te betrekken of de geschokte derde beroepsmatig is geconfronteerd met de schokkende gebeurtenis. Weliswaar zou men kunnen denken dat het voor hulpverleners die beroepsmatig met een schokkende gebeurtenis worden geconfronteerd nu eenmaal bij hun vak hoort en dat zij maar tegen de gevolgen daarvan moeten zijn opgewassen,<sup>58</sup> de praktijk wijst echter uit dat dit niet steeds het geval is.<sup>59</sup> Punt van aandacht daarbij is dat hulpverleners doorgaans niet bij de schokkende gebeurtenis zelf aanwezig zijn, maar snel daarna ter plaatse komen, en daardoor doorgaans zelf ook geen gevaar lopen. Doordat zij wel direct na de gebeurtenis ter plaatse komen, zouden zij – ook onder dit gezichtspunt – in aanmerking komen voor vergoeding van de shockschade als zij door een

aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis psychisch letsel oplopen. Lindenbergh merkt op dat als het gaat om schade van hulpverleners die eerst later ter plaatse komen en die niet zelf in gevaar hebben verkeerd, het passender lijkt om via hun rechtspositionele regeling in bescherming tegen de gevolgen van geestelijk letsel door een schokkende gebeurtenis te voorzien. Daarmee wordt de bescherming van hulpverleners niet afhankelijk gemaakt van het (juridische en financiële) succes van een vordering jegens een tamelijk willekeurige derde.<sup>60</sup>

Doordat de Hoge Raad echter niet spreekt over hulpverleners, maar over hen die ‘beroepsmatig’ betrokken raken, merken Engelhard en Stalenhoef op dat hieronder ook de treinmachinist bij suïcide-incidenten op het spoor kan worden geschaard. Volgens hen wordt ook van de treinmachinist meer mentale weerbaarheid verwacht.<sup>61</sup> Bij deze stelling kan om meer dan één reden een kanttekening worden geplaatst. Op de eerste plaats is het de vraag of de treinmachinist hier wel een derde is. Hij bestuurt immers de trein waardoor de suïcidale zich om het leven wil laten brengen. Toegegeven, het letsel of overlijden ontstaat bij de suïcidale, maar niet kan worden betoogd dat hij de primair gekwetste is van een onrechtmatige daad. Zo suïcide door voor een trein te springen onrechtmatig zou zijn, waarvoor argumenten zijn gezien het voorzienbare geestelijk letsel bij de machinist van de trein, dan is de machinist de primair (psychisch) gekwetste en heeft hij geen shockschadevordering nodig, al is het de vraag of een vordering op (de nalatenschap van) degene die zichzelf het leven benam kansrijk is. Op de tweede plaats wijkt de confrontatie van een treinmachinist met een suïcide(poging) in hoge mate af van die van een hulpverlener. De treinmachinist wordt onverhoeds geconfronteerd met een suïcidepoging en het is de door hem bestuurde trein die het letsel of overlijden veroorzaakt. De hulpverlener weet doorgaans vooraf waar hij heen gestuurd wordt (bijvoorbeeld naar een verkeersongeval, een arbeidsongeval of een suïcide(poging) op het spoor). Dat het onverhoedse element van belang is, blijkt wel uit het feit dat de Hoge Raad dit element noemt in dit gezichtspunt.

Hoe het ook zij, dit gezichtspunt noopt bij beroepsmatig betrokkenen tot terughoudendheid. Maar ook het volgende gezichtspunt keert zich bij deze groep tegen vergoeding van de schade door het geestelijk letsel. Doorgaans zal er immers geen ‘nauwe relatie’ zijn tussen de beroepsmatig betrokkene en de primair gekwetste.

#### *4.5 De gezichtspunten: de relatie tussen primair en secundair gekwetste*

Ook de aard van de relatie is namelijk geconverteerd van een vereiste naar een gezichtspunt. Heette het in het Taxibus-arrest<sup>62</sup> nog dat shockschade zich *met name* kan voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffen in een nauwe affectie-

<sup>54</sup> Rb. Rotterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10164.

<sup>55</sup> Rb. Gelderland 29 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:520, JA 2014/63 m.nt. M.E. Franke.

<sup>56</sup> HR 20 september 2022, ECLI:NL:2020:1250, r.o. 4.3.

<sup>57</sup> HR 20 september 2022, ECLI:NL:2020:1250, r.o. 4.4.3.

<sup>58</sup> Vgl. Lindenbergh 2019, p. 107, onder verwijzing naar de Amerikaanse ‘Firemen’s rule’ White v Chief Constable of South Yorkshire Police [1999] 2 AC 455, over de vordering van agenten die tijdens de Hillsborough-stadionramp waren geconfronteerd met de gruwelijke aanblik van vele slachtoffers.

<sup>59</sup> A.J. Verheij, Vergoedbaarheid van shockschade van professionele hulpverleners bij rampen, in: A.J. Akkermans & E.H.P. Brans (red.), Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 281-303.

<sup>60</sup> Lindenbergh 2019, p. 108.

<sup>61</sup> Engelhard & Stalenhoef 2022, p. 158.

<sup>62</sup> HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus).



ve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond, overweegt de Hoge Raad nu:

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

(...)

- 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.<sup>63</sup>

De aard en hechtheid van de relatie tussen het primaire slachtoffer en het secundaire slachtoffer geven de rechter meer ruimte, nu niet (meer) geldt dat dit zich met name zal kunnen voordoen in het geval van een affectieve relatie. Ook een andersoortige relatie kan, mits hecht genoeg, voldoende zijn. Ook hier geeft de Hoge Raad een vingerwijzing aan de feitenrechter, namelijk dat bij het ontbreken van een nauwe relatie *niet snel* onrechtmatigheid kan worden aangenomen. Net als de ‘met name’ in het Taxibus-arrest laat ook dit gezichtspunt ruimte. Ook wanneer er geen nauwe relatie is, kan – door de omstandigheden van het geval – aansprakelijkheid worden aangenomen. Het lastige hier is wel: wat is een ‘nauwe relatie’? De afbakening die een ‘affectieve relatie’ geeft, is duidelijker. De rechtspraktijk zal moeten uitwijzen wanneer een relatie nauw genoeg is om als zodanig te kwalificeren. Niet valt uit te sluiten dat de rechter ter afbakening van een ‘nauwe relatie’ toch kijkt of er sprake is van een affectieve relatie. De praktijk zal dit echter moeten uitwijzen.

#### 4.6 Wel een vereiste: psychisch letsel

Waar het hiervoor om gezichtspunten ging die afgewogen mogen worden, is het ontstaan van geestelijk letsel ook in de nieuwe situatie vereist. De Hoge Raad overweegt ter zake:

*‘Voor de toewijzing van schadevergoeding ter zake van dat geestelijk letsel is vereist dat het bestaan van dat geestelijk letsel naar objectieve maatstaven is vastgesteld. In de rechtspraak over schokschade is in dat verband steeds overwogen dat dit in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Daarmee 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. 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.’<sup>64</sup> (curs. EB)*

Daarmee wordt het vereiste van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld niet langer gesteld. De Hoge Raad brengt daarmee het evenwicht terug in het systeem van de wet. Oordeelde de Hoge Raad al eerder dat bij een ‘aantasting in de persoon op andere wijze’ het niet (langer) nodig is dat er sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld,<sup>65</sup> dit geldt nu ook voor de shockschadevordering. Hier komt de Hoge Raad aldus terug op zijn eerdere, recent nog bevestigde,<sup>66</sup> oordeel. Daarmee drukt hij weliswaar uit wat er *niet* nodig is, maar onduidelijk is voornamelijk wat wel voldoende is. Want het oordeel of er sprake is van voldoende objectiveerbaar geestelijk letsel is voorbehouden aan de feitenrechter. Die kan de shockschadevordering toewijzen als hij op basis 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 hier bedoelde zin.

Ook hier zorgt de open norm voor onduidelijkheid. Weliswaar is nu duidelijk wie een dergelijke verklaring kan afgeven – een psychiater, huisarts of psycholoog, dat is winst –, maar de vraag is: wat moet deze kunnen verklaren om te concluderen tot geestelijk letsel dat gelet op aard, duur en/of gevolgen ernstig is, en in voldoende mate objectiveerbaar is? Daarmee blijft voor slachtoffers, zoals Lindenbergh al concludeerde in zijn annotatie onder het 29 juni 2021-arrest, onduidelijk welk bewijs wel voldoende is voor toewijzing van de vordering.<sup>67</sup>

Engelhard en Stalenhoef merken op dat dit ‘in het algemeen’ zal neerkomen op een medisch erkend ziektebeeld, maar dat is – zo stelt de Hoge Raad nadrukkelijk in r.o. 3.7 – niet noodzakelijk. Zou de vader die in 2021 bot ving bij de rechtbank Amsterdam, omdat hij weliswaar klachten had die pasten binnen een posttraumatische stressstoornis (PTSS), maar niet was gebleken dat die diagnose ‘daadwerkelijk’ was gesteld en hij slechts verwezen was naar een psycholoog, de hobbel van psychisch letsel nu wel (volledig) hebben kunnen nemen?<sup>68</sup> Engelhard en Stalenhoef vinden het oordeel van de Hoge Raad een wenselijke ontwikkeling. Deze visie sluit wat hen betreft aan bij het fluïde karakter van de medische diagnostiek en er zou eventueel, wat hen betreft, ruimte kunnen bestaan om ook de pathologische rouwstoornis of hieraan gelieerde klachten hieronder te scharen, waarbij dan wel voor dubbeltelling met de affectieschadeclaim moet worden gewaakt.<sup>69</sup> Of ook de rouwstoornis, die meer ziet op het verdriet en gemis door het

<sup>63</sup> HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogeveen), r.o. 3.5-3.6.

<sup>64</sup> HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogeveen), r.o. 3.7.

<sup>65</sup> HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024 (diefstal met geweld). Zie ook HR 14 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1243 (politie) en HR 2 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1496 (verkrachting).

<sup>66</sup> HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1947, r.o. 4.5.2.

<sup>67</sup> Zie noot S.D. Lindenbergh bij HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024, NJ 2021/284.

<sup>68</sup> Rb. Amsterdam 31 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1530.

<sup>69</sup> Engelhard & Stalenhoef 2022, p. 160.

overlijden van een naaste, onder de shockschade moet worden geschoven, is wat mij betreft een vraag die, zoals zij zelf ook signaleren, samenhangt met de duiding van het verschil tussen shockschade en affectieschade. Daarmee beland ik aan bij het laatste element uit dit arrest.

#### 4.7 De samenloop van shock- en affectieschade

Er zijn (zeer veel) situaties denkbaar waarbij de geschokte derde niet alleen een shockschadevordering heeft, maar ook een vordering tot vergoeding van zijn affectieschade. Door de advocaten-generaal is in hun conclusie van 22 februari 2022 betoogd dat in dat geval de affectieschade geabsorbeerd zou moeten worden door de vordering ter zake van geestelijk letsel.<sup>70</sup> Het is juist dat psychiaters en psychologen feitelijk geen onderscheid kunnen maken tussen het geestelijk letsel door de confrontatie met een schokkende gebeurtenis (of de gevolgen daarvan) en het geestelijk letsel door het verdriet en gemis door het overlijden van een naaste.<sup>71</sup> Dat is echter wel wat juristen al sinds het Taxibus-arrest<sup>72</sup> doen. Immers, na het Taxibus-arrest werd wel de shockschade vergoed, maar affectieschade werd eerst sinds de invoering van de Wet affectieschade vorderbaar.

De Hoge Raad overweegt nu:

‘Naast een aanspraak op vergoeding van de immateriële schade die het gevolg is van het hiervoor bedoelde, door een hevige emotionele schok veroorzaakte geestelijk letsel, kan een secundair slachtoffer ook, als naaste van het primaire slachtoffer, een aanspraak hebben op (...) (“affectieschade”). 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.’<sup>73</sup>

In de literatuur is al eerder de verwachting uitgesproken dat shock- en affectieschade, bij de begroting van de immateriële schade, in lijn met het in Nederland geldende wettelijk systeem zullen cumuleren.<sup>74</sup> Daarnaast is de verwachting uitgesproken dat bij de begroting van de immateriële schade bij shockschade ten nadele van de benadeelde rekening wordt gehouden met de aan hem toegewezen vergoeding van affectie-

schade.<sup>75</sup> Voorts is de verwachting uitgesproken dat de strafrechter shockschadevorderingen mogelijk eerder niet-ontvankelijk zal verklaren, omdat de vordering te complex kan zijn en hij de affectieschadevordering wel kan toewijzen.<sup>76</sup> Of dit laatste bewaarheid is, is (nog) niet onderzocht, maar de eerste twee verwachtingen zijn blijkens een jurisprudentieonderzoek door Overheul bewaarheid.<sup>77</sup> Zo oordeelde de rechtbank Noord-Nederland op 11 juni 2020:

‘Gelet op de ernst van het aan [medeverdachte] te maken verwijt, de aard van het bij de moeder veroorzaakte geestelijk letsel, de ernst van dat letsel (waaronder de duur en de intensiteit), de verwachting ten aanzien van het herstel en de leeftijd van de moeder, acht de rechtbank een bedrag van € 10.000 passend. De rechtbank heeft daarbij gelet op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend. *Tot slot heeft de toewijzing van de affectieschade aan moeder een matigende werking op het bedrag aan shockschade dat de rechtbank billijk vindt.* Voor het overige zal de vordering worden afgewezen.’<sup>78</sup> (curs. EB)

Zoals uit de conclusie van de advocaten-generaal blijkt, zijn er goede argumenten om inderdaad de affectieschadevergoeding te absorberen in de vergoeding van immateriële schade door geestelijk letsel (shockschade). Het is juist dat bij de begroting van immateriële schade, behoudens dit historisch gegroeide onderscheid, er geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende oorzaken van het ontstaan van de immateriële schade.<sup>79</sup>

Bedacht moet echter worden dat bij de begroting van de omvang van de immateriële schade de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft met betrekking tot het bepalen van de omvang van de vergoeding,<sup>80</sup> dat daarbij alle omstandigheden van het geval van belang zijn,<sup>81</sup> maar dat de rechter vooral aansluiting zoekt bij eerder toegewezen bedragen in de jurisprudentie.<sup>82</sup> In de jurisprudentie op het gebied van shockschade is echter tot op heden nimmer rekening gehouden met de (tot 2019 niet vorderbare) affectieschade. De vraag is wat de invloed is die de affectieschade heeft op het niveau van het smartengeld. De advocaten-generaal merken daarover op dat die vergoeding telkens hoger zal (moeten) zijn dan de forfaitaire

70 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en S.D. Lindenbergh 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166.

71 Vgl. concl. A-G T.N.B.M. Spronken en S.D. Lindenbergh 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, par. 4.6.

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

73 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (Hoogveen), r.o. 3.9.

74 C. van der Roest & J.G. Keizer, De Wet Affectieschade in de praktijk; duidelijke afbakening of onlosmakelijke discussies?, TVP 2020, afl. 2, p. 56 en voetnoot 90. In gelijke zin: A.M. Overheul, Vergoeding van shockschade sinds de invoering van de Wet vergoeding affectieschade. Een greep uit en op de rechtspraktijk, TVP 2021, afl. 1, p. 1-11.

75 Zie bijv. Van der Roest & Keizer 2020, p. 56 en Overheul 2021, p. 1.

76 S.D. Lindenbergh, ‘Affectieschade’ en ‘shockschade’, onderscheid, samenloop, vooruitblik, TVP 2018, afl. 4, p. 147.

77 Overheul 2021, p. 6-7.

78 Rb. Noord-Nederland 11 juni 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2117.

79 Rb. Noord-Nederland 3 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5006, PS 2019-1355, VR 2020/132; zie ook S.D. Lindenbergh, Gedeelde smart, tweemaal vergoeden? Over het opdelen van smartengeldaanpakken in verschillende bedragen, VR 2021, afl. 5, p. 137-139.

80 HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1339, NJ 2002/91 m.nt. C.J.H. Brunner (‘eer en goede naam’).

81 HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druifff/BCE Bouw).

82 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.10.

bedragen voor ‘affectieschade’,<sup>83</sup> hetgeen niet verwonderlijk is, nu dat bedrag slechts een symbolisch karakter heeft.<sup>84</sup> Dat de toegewezen vergoeding hoger dient te zijn, zegt echter nog niets over de vraag *hoeveel* hoger.

Een ander aspect dat onder ogen moet worden gezien, is dat het hier om twee verschillende systemen gaat. Bij de begroting van de immateriële schade door affectieschade geldt een forfaitair systeem waarbij de rechthebbende op basis van de aard van de relatie, de oorzaak van de personenschade aan de primair gekwetste (al dan niet een misdrijf) en de aard van de gevolgen (ernstig letsel of overlijden) recht heeft op een vast bedrag.<sup>85</sup> Dit is niet bedoeld als schadevergoeding. De vergoeding heeft een symbolisch karakter, omdat zij geen compensatie kan bieden voor het verdriet van de naaste. De vergoeding leidt hoofdzakelijk tot erkenning van het ondervonden leed en verschaft naasten een zekere genoegdoening.<sup>86</sup> Dat terwijl aan de vergoeding van immateriële schade (ook) bij geestelijk letsel (weliswaar op een gebrekkige wijze) de compensatiegedachte ten grondslag ligt,<sup>87</sup> waarbij – zoals hiervoor gesignaleerd – de in het verleden toegewezen bedragen alleen zagen op de shockschade en niet (ook) op de affectieschade. Tot de invoering van de Wet affectieschade<sup>88</sup> kwam de shockschade immers wel, maar de affectieschade niet voor vergoeding in aanmerking. Daarbij helpt niet dat de tot op heden toegewezen bedragen voor immateriële schade bij shockschade nogal uiteenlopen. Blijkens een vluchtige blik in de Smartengeldbundel van de ANWB loopt dit grofweg uiteen van € 1000<sup>89</sup> tot € 40.000,<sup>90</sup> waarbij niet geheel duidelijk wordt uit de gepubliceerde uitspraken waarom het bedrag in de ene zaak zoveel hoger is dan in een andere zaak.

83 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en S.D. Lindenbergh 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, par. 4.10.

84 Kamerstukken II 2014/15, 34257, nr. 3, p. 3.

85 Besluit van 20 april 2018 tot vaststelling van bedragen voor nadeel van naasten dat niet in vermogensschade bestaat (Besluit vergoeding affectieschade), Stb. 2018, 133.

86 Kamerstukken II 2014/15, 34257, nr. 3, p. 3.

87 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998, p. 61-62.

88 Wet van 11 april 2018 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen, Stb. 2018, 132.

89 Smartengeldbundel 2022, nr. 1289. Shockschade. Zij werd geconfronteerd met haar ernstig mishandelde kind, dat onder het bloed zat en waarbij zij de darmen van het kind door de steekwonden buiten de darmwand zag liggen. Zij heeft zich onder behandeling van een psychiater moeten stellen.

90 Smartengeldbundel 2022, nr. 2634. Haar man en hun vader is op gruwelijke wijze vermoord, nadat hij eerst was gedrogeerd met slaapmiddelen en toen ernstig is mishandeld, aan welke mishandelingen hij is overleden, waarna de ouders het lichaam met een kettingzaag in stukken hebben gezaagd, die stukken hebben verbrand en de restanten in een speciekuip met beton in een kanaal hebben gedumpt. Naast het smartengeld van € 40.000 is ook € 20.000 aan affectieschade toegewezen. Smartengeldbundel 2022, nr. 2344. Beiden hebben enorme shockschade geleden doordat hun (klein)dochter is vermoord door de partner van de moeder van het 14 maanden oude meisje. Hij heeft haar gruwelijk mishandeld en toegetakeld, als gevolg waarvan zij uitgebreid en zeer ernstig letsel had opgelopen, waaraan zij is overleden.

De absorptie van de (forfaitaire) affectieschadevergoeding zou dit beeld wellicht nog diffuser maken. Nu het om twee verschillende berekeningswijzen gaat en de praktijk vooralsnog geen moeite lijkt te hebben met de cumulatie van de immateriële schade bij affectieschade en shockschade, kan voorlopig absorptie achterwege blijven. Voor absorptie is mijns inziens eerder aanleiding indien de begroting van de immateriële schade bij affectieschade niet meer forfaitair zou geschieden. Dat zie ik echter op korte termijn niet gebeuren. We zullen in de praktijk moeten zien in hoeverre, gelijk de hiervoor geciteerde overweging van de rechtbank Noord-Nederland, de vergoeding van affectieschade een matigende werking heeft op de hoogte van de immateriële schade bij shockschade.

## 5 Conclusie

Resumerend blijkt uit het voorgaande dat de Hoge Raad door af te stappen van de vereisten uit het Taxibus-arrest en over te gaan op een gezichtspuntencatalogus de feitenrechter meer ruimte geeft om maatwerk te leveren. Dat is toe te juichen.

De keerzijde van de nu geformuleerde gezichtspuntencatalogus is echter wel dat op een aantal punten nu weliswaar duidelijk is wat er *niet* nodig is, maar nog niet duidelijk is wat dan *wel* is vereist. Zo is de vraag wat de invulling is van een ‘nauwe relatie’, of met beroepsmatige geschrokkenen niet alleen hulpverleners worden bedoeld, maar bijvoorbeeld ook de treinconducteur die na een geslaagde suïcidepoging geconfronteerd wordt met de ernstige gevolgen van dat voorval, en wat nu precies bedoeld wordt met een ‘objectiveerbare geestelijke stoornis’. Daarnaast is het de vraag in hoeverre de vergoeding van affectieschade een matigende werking zal hebben op de hoogte van de immateriële schade bij shockschade.

Er resten dan ook nog genoeg vragen, die de pennen in de komende maanden en jaren volop in beweging zullen brengen. Van een rustig bezit is voorlopig geen sprake.