

# 20 jaar na *Taxibus*: hoe de wal het schip van schokschade toch heeft doen keren

*Prof. mr. R. Rijnhout en mr. A.M. Overheul\**

## 1. Inleiding

Op 22 februari 2022 namen A-G's Spronken en Lindenbergh een zeer uitgebreide, gezamenlijke conclusie waarin zij de Hoge Raad adviseerden om het juridische kader van de aansprakelijkheid wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis te herzien.<sup>1</sup> De A-G's stellen kort gezegd en onder meer voor om een helderder confrontatiecriterium te introduceren, om het vereiste van geestelijk letsel voor vergoeding van materiële schokschade te verlaten en om de vergoeding van affectieschade te absorberen in het smartengeldbedrag voor immateriële schokschade.<sup>2</sup> Ook pleiten zij voor stroomlijning door samenwerking van feitenrechters.<sup>3</sup> Dit alles zou de strafrechter bij de vordering van de benadeelde partij de nodige handvatten bieden – handvatten die nodig zijn, gelet op de hoeveelheid aan publicaties over de worstelingen met toepas-

sing van het civiele schadevergoedingsrecht in strafrechtelijke procedures.<sup>4</sup>

De conclusie verscheen precies twintig jaar na het *Taxibus*-arrest van 22 februari 2002.<sup>5</sup> In de tussentijdse jaren is het wettelijk stelsel voor vergoeding van schade van derden in personenschadezaken sterk bediscussieerd en bekritiseerd, én wat betreft affectieschade herzien. De kritieken op de criteria die de Hoge Raad formuleerde in *Taxibus* voor een schokschadevordering waren ook niet mals.<sup>6</sup> Dat de conclusie van A-G's Spronken en Lindenbergh van 22 februari 2022 deels werd afgedaan met artikel 81 lid 1 Wet RO deed de wenkbrauwen dan ook enigszins fronsen. Gesuggereerd werd dat de Raad onwelwillend tegenover verandering stond op de voorgestelde punten.<sup>7</sup> De geschiktheid van de zaak lijkt hiervoor de onderliggende reden te zijn geweest. De handschoen werd door de strafkamer van de Raad namelijk alsnog, met een zetel bestaande uit overwegend civilisten, opgepakt in zijn arrest van

\* Prof. mr. R. Rijnhout is als hoogleraar verbonden aan het onderzoekscluster ERI (Empirical Research into Institutions for conflict resolution) en de onderzoeksgroep Ucall (Utrecht Centre for Accountability and Liability Law) van de Universiteit Utrecht. Zij is tevens rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Overijssel en voorzitter van de Werkgroep Normering van De Letselschade Raad. Mr. A.M. Overheul is als promovenda verbonden aan het onderzoekscluster ERI en de onderzoeksgroep Ucall van de Universiteit Utrecht.

De auteurs danken Roos Gomes voor haar onderzoeksondersteuning. Titel vrij naar R. Rijnhout & I. Giesen, 'Rechterlijke "ongehoorzaamheid" en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock- en affectieschade keren?', *WPNR* 2011, p. 35-37.

1 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenbergh, ECLI:NL:PHR:2022:166, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

2 Zie concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenbergh, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 3.6. Wij noemden hier respectievelijk sub (i), sub (ii) en sub (vii).

3 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenbergh, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 3.6, sub (vii). Zie ook de commissie-Donner en hierover recent R.S.B. Kool, 'Vergoeden is vergelden? Het strafrechtelijk schadeverhaal naar aanleiding van strafbare feiten anno 2022', *NJB* 2022, afl. 26, p. 956-964.

4 C. van der Roest & J.G. Keizer, 'De Wet Affectieschade in de praktijk; duidelijke afbakening of onlosmakelijke discussies?', *TVP* 2020, afl. 2, p. 47-57; J.H. Janssen, 'Belangrijke keuzes voor het slachtoffer in het strafproces!', *NJB* 2020, afl. 32, p. 2398-2399; E.C.M. Esveld, 'Affectieschade gedekt?', *AV&S* 2019/24, afl. 4, p. 129-134; I. Felix & A. Schild, 'De vergoeding van immateriële schade in het strafproces', *NJB* 2020/762; A.M. Overheul, 'Vergoeding van shockschade sinds de invoering van de Wet vergoeding affectieschade. Een greep uit en op de rechtspraak', *TVP* 2021, afl. 1, p. 1-11 (hierna: Overheul 2021a); en recent J. Mantel, 'De toepassing van de Wet Affectieschade in de rechtspraak', *TVP* 2022, afl. 2, p. 15-26.

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

6 Zie onder meer C.H. Sieburgh, 'Onrechtmatigheid wegens veroorzaken shockschade', *Bb* 2002, p. 99-105; C.C. van Dam, 'Het *Taxibus*-arrest', *VR* 2002, p. 205-209; E.F.D. Engelhard, 'Visie op (de rechtspraak over) de *Taxibus*criteria conform recente klinische inzichten', *VrA* 2008, afl. 1, p. 20; R.J.P. Kottenhagen, 'Vergoeding van shockschade. Een beschouwing naar aanleiding van het *Taxibus*-arrest: HR 22 februari 2002', *NTBR* 2002/19, afl. 5, p. 182-191; H.J. den Hollander, 'Affectie, shock en geld', *TVP* 2002, afl. 2, p. 33-42; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, nr. 111; A. Ales, 'Ruim vijf jaar na het *Taxibus* arrest', *PIV-Bulletin* 2007, p. 7-13; W. van Tilburg, 'Affectieschade, shockschade en compensatie: de visie van een psychiater', *VR* 2004, p. 7-12; E.F.D. Engelhard & I.M. Engelhard, 'Schokschade', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 517-539.

7 Althans, dat leek de discussie te zijn op LinkedIn.

28 juni 2022.<sup>8</sup> Hij formuleerde daarin gezichtspunten voor de beoordeling van de onrechtmatigheid jegens het secundaire slachtoffer (zoals de Hoge Raad de derde gekwetste thans noemt) die schokschade heeft (de Hoge Raad spreekt niet meer van 'shockschade'), en behandelt hoe de feitenrechter zou moeten omgaan met de vaststelling van geestelijk letsel en met een samenloop van immateriële schokschade en affectieschade.<sup>9</sup>

Het doel van deze bijdrage is om kritisch te analyseren welke nieuwe koers de Hoge Raad heeft ingezet. In deze bijdrage worden drie punten uit het arrest van 28 juni 2022 uitgelicht: ten eerste de geïntroduceerde gezichtspuntenbenadering voor de beoordeling van een schokschadevordering (par. 4), ten tweede het vereiste van geestelijk letsel voor vergoeding van materiële en immateriële schokschade (par. 5) en ten derde de samenloop van de vergoeding van affectieschade en de vergoeding van immateriële schokschade (par. 6). Wij starten deze bijdrage door een stapje terug te nemen en de belangrijkste kenmerken te bespreken van het systeem voor vergoeding van het nadeel van derden in personenschadezaken (par. 2). Daarna bespreken wij kort de conclusie van A-G's Spronken en Lindenbergh en de recente arresten van de Hoge Raad die daarop volgden (par. 3), waarna wij zoals gezegd toekomen aan de analyse daarvan (par. 4-6). We sluiten af met twee overblijvende gedachtes (par. 7) en een conclusie (par. 8).

## 2. Een stap terug: de juridische context

De vormgeving van de schokschadevordering kan niet los worden gezien van de inrichting van het wettelijk stelsel voor de vergoeding van schade van derden in personenschadezaken. Dat wettelijk stelsel, neergelegd in de artikelen 6:107 en 6:108 BW, heeft een exclusief karakter: als de schade van derden is veroorzaakt door het letsel of overlijden van de direct gekwetste, kan geen andere vergoeding worden geboden dan die waarvoor de wet een mogelijkheid creëert.<sup>10</sup> Tot januari 2019 was het mogelijk om slechts voor een beperkt aantal materiële schadeposten vergoeding te vorderen, te weten voor verplaatste schade in geval van letselschade (art. 6:107 BW) en, bij overlijden van de gekwetste, voor de kosten van het verlies van levensonderhoud en de kosten van lijkbezorging (art. 6:108 BW). Na een wetgevingsproces van ongeveer vijftien jaar trad op 1 januari 2019 de Wet vergoeding affectieschade in werking.<sup>11</sup> Hiermee is een wettelijke grondslag gecreëerd voor smartengeld voor naasten. Het gaat dan om leed dat men on-

dervindt doordat een persoon met wie men een affectieve band heeft, ernstig gewond raakt of overlijdt.<sup>12</sup> De wet beoogt hiermee te voorzien in erkenning van het leed dat door naasten wordt ervaren.<sup>13</sup> De genormeerde schadebedragen liggen tussen de € 12.500 en € 20.000. Met deze normering is beoogd te voorkomen dat de vaststelling van de vergoeding van affectieschade leidt tot langdurige en pijnlijke discussies over de intensiteit van het leed.<sup>14</sup> Het exclusief werkende en limitatieve systeem voor vergoeding van schade van derden in personenschadezaken is dus wel iets uitgebreid, maar een aantal nadelen blijft juridisch irrelevant, zoals de kosten van de afwikkeling van de boedel in geval van overlijden, of het eigen, concrete inkomensnadeel van een naaste dat is veroorzaakt door de verzorging of verpleging van het directe slachtoffer.<sup>15</sup>

De schokschadevordering biedt wel de mogelijkheid tot volledige vergoeding van de schade van (feitelijk) derden in personenschadezaken. Deze mogelijkheid werd voor het eerst erkend door de Hoge Raad in het *Taxibus*-arrest.<sup>16</sup> In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat indien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm (1) een ernstig ongeval veroorzaakt (2), deze persoon niet alleen onrechtmatig handelt jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst (3), 'maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie [(4); RR & MO] met de ernstige gevolgen ervan een hevige emotionele schok [(5); RR & MO] wordt teweeggebracht waaruit geestelijk letsel voortvloeit' (6). Deze onrechtmatige daad kan ook resulteren in een smartengeldbedrag indien het geestelijk letsel in rechte wordt vastgesteld, 'hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld'.<sup>17</sup> Voor de volledigheid moet worden opgemerkt dat de Hoge Raad met de vergoeding voor schokschade niet heeft beoogd verdriet om het verlies van een naaste te vergoeden.<sup>18</sup> De introductie van die (affectieschade)vergoeding zou de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan in het licht van het wettelijk systeem voor vergoeding van schade van derden

8 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958.

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

10 Hierover uitgebreid R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken. Een rechtsvergelijkende studie naar de artikelen 6:107 en 6:108 BW in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht en schadevergoedingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 9-11 (incl. verdere verwijzingen; hierna: Rijnhout 2012a).

11 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).

12 Aldus de MvT. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 1.

13 *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 2. Zie ook p. 4 onder 'Affectieschade'.

14 *Kamerstukken II* 2014/15, 34257, nr. 3, p. 4.

15 Hierover Rijnhout 2012a, p. 205-208. Over de beperking van de vergoeding van verplaatste schade: *Kamerstukken I* 2017/18, 34257, E, par. 4.

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

17 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.3. Herhaald in: HR 27 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2201; HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1947, r.o. 4.5.2-4.5.3. Hetgeen niettegenstaande de 'versoepeling' van de vereisten voor het objectiveren van het geestelijk letsel in rechte in letselschadezaken die de direct gekwetste betreffen: HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024. Hierover o.a. A.M. Overheul, 'Geestelijk letsel bij smartengeld: in het algemeen geen in de psychiatrie erkend ziektebeeld vereist', *AA* 2021, p. 944-949.

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

in personenschadezaken.<sup>19</sup> In 2019 is die mogelijkheid alsnog wettelijk verankerd door de wetgever.

In de tussentijdse jaren herhaalde de Hoge Raad de criteria uit *Taxibus*.<sup>20</sup> Noemenswaardig is nog het *Vilt*-arrest uit 2009, waarin een poging om in cassatie het vereiste van 'waarneming van het ongeval of directe confrontatie met zijn ernstige gevolgen' op te rekken, faalde.<sup>21</sup> Op basis van dit arrest mogen de aard en de ernst van de normschending niet meespelen bij de beoordeling of is voldaan aan het confrontatievereiste. In de lagere rechtspraak die volgde, werd desondanks niet altijd even strikt omgegaan met de directe-confrontatie-eis.<sup>22</sup> De Hoge Raad is toch een andere koers gaan volgen.

### 3. De koers van de Hoge Raad vanaf 2022

De twee schokschadezaken die uiteindelijk leidden tot het arrest van 28 juni 2022 worden in deze paragraaf uitgelegd. Aan de eerste zaak, die de Hoge Raad op 12 april 2022 gedeeltelijk afdeed met artikel 81 Wet RO,<sup>23</sup> ging een zeer uitgebreide conclusie van A-G Sprongen en A-G Lindenberg vooraf. Deze zaak betrof een verdachte van moord op en belaging van een Utrechtse studente. De verdachte is veroordeeld tot een gevangenisstraf van vijftien jaar en tbs met verpleging door het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.<sup>24</sup> De ouders van de vrouw hebben zich gevoegd in het strafproces.<sup>25</sup> Beiden hebben ver-

goeding gevraagd voor vermogensschade, bestaande uit overlijdensschade (art. 6:108 BW) en materiële schade veroorzaakt door de confrontatie met de schokkende gebeurtenis. Daarnaast vorderen zij een vergoeding van immateriële schokschade (beiden vorderen € 40.000). Daar waar de rechtbank Midden-Nederland alle vorderingen toewijst,<sup>26</sup> kent het hof enkel een vergoeding toe voor de overlijdensschade.

Met betrekking tot de schokschadevordering hebben de ouders aangevoerd dat zij direct zijn geconfronteerd met de ernstige gevolgen van het voorval waarbij hun dochter kwam te overlijden, waardoor geestelijk letsel is ontstaan. Ter onderbouwing van de directe confrontatie is een viertal omstandigheden aangevoerd. Zo is betoogd dat de ouders uit de media moesten vernemen dat een dode vrouw was aangetroffen in het studentenhuis waar het slachtoffer woonde. Zij hebben op televisiebeelden gezien dat het lichaam van hun dochter werd afgevoerd. Ook de wijze van inlichting geven door de politie komt ter sprake en het gegeven dat de ouders pas na tweeënhalve dag het lichaam van hun dochter mochten zien, dat zwaar gehavend was. De verdediging heeft zich op het standpunt gesteld dat de vergoeding niet toewijsbaar is, aangezien zich geen directe confrontatie zou hebben voorgedaan. Het hof oordeelt dat alleen na nadere onderbouwing en/of bewijsoverlevering kan worden vastgesteld of een directe confrontatie aanwezig is. Daarvoor is in deze procedure geen plaats, zo oordeelt het hof. Het hof verklaart de ouders dan ook niet-ontvankelijk in de schokschadevordering.<sup>27</sup> Het oordeel van het hof tot niet-ontvankelijkverklaring is, gelet op het feit dat in de rechtspraak verschillend wordt omgegaan met de invulling van het vereiste van directe confrontatie,<sup>28</sup> ons inziens niet geheel onverwacht. De niet-ontvankelijkverklaring vloeit voort uit een te grote belasting van het strafproces (art. 361 lid 3 Wetboek van Strafvordering; Sv) – een oordeel dat aan de feitenrechter is overgelaten en in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst.<sup>29</sup> In cassatie wordt, door de benadeelde partijen en dus voor wat betreft het civielrechtelijke deel, in het eerste middel over deze niet-ontvankelijkheid geklaagd.<sup>30</sup>

A-G's Sprongen en Lindenberg oordelen dat de civielrechtelijke klacht over de niet-ontvankelijkheid slaagt. Zij concluderen tot vernietiging van het bestreden arrest. De conclusie laat zich moeilijk beknopt samenvatten, alleen al vanwege de uitgebreide analyses op verschillende punten. Daarom beperken

19 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (*Taxibus*), r.o. 4.2.  
 20 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*); HR 27 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2201, *NJ* 2017/88, m.nt. S.D. Lindenberg; HR 4 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2241, *NJ* 2017/89, m.nt. S.D. Lindenberg; HR 29 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2858, *NJB* 2015/1804.  
 21 Strecking van het betoog was dat sprake was van opzet bij het gepleegde schadeveroorzakende feit, waardoor minder zware eisen aan de eis van directe confrontatie moesten worden gesteld. Zie voor de klachten in cassatie uitgebreid concl. A-G J. Spier bij HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*). Zie met name r.o. 3.5. Zie ook HR 27 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2201, *NJ* 2017/88, m.nt. S.D. Lindenberg, ook genoemd in S.D. Lindenberg, *Psychische schade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2019, p. 83.  
 22 Zie Overheul 2021a, par. 7, onder verwijzing naar Rb. Noord-Holland 23 oktober 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:8510; Rb. Midden-Nederland 20 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1046; Hof Den Haag 23 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1901, *JA* 2019/135, m.nt. T. Havelkes; Hof Amsterdam 8 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2439; Rb. Den Haag 14 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10201; Hof Den Haag 23 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1901; Hof Amsterdam 8 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2439; Rb. Midden-Nederland 20 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1046. Zie recent bijv. Hof Amsterdam 31 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1607. Zie over het verschillend omgaan met het confrontatievereiste ook A.J. Verheij, 'Ontwikkelingen vergoeding immateriële schade in 2020', *VR* 2021/2, afl. 1, p. 13-17; A. Sas, 'Déjà vu: affectieschade', *NJB* 2017, afl. 26, p. 1823.  
 23 HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560, *NJB* 2022/981, r.o. 4.  
 24 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5686, onder 'Bewezenverklaring', 'Oplegging van straf en/of maatregel' en 'Beslissing'. Zie ook concl. A-G T.N.B.M. Sprongen en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 1.1.1 en 1.1.2 ('Feiten en procesverloop in het kort').  
 25 Art. 51f lid 2 Sv jo. art. 36f Sr. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5686, onder 'Vorderingen van de benadeelde partijen'.

26 Rb. Midden-Nederland 4 juni 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2469.  
 27 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5686, onder 'Vorderingen van de benadeelde partijen' en 'Shockschade'.  
 28 Zie concl. A-G T.N.B.M. Sprongen en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.4.3 e.v. en Overheul 2021a, p. 1-11.  
 29 Het gaat hier om vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie bijv. HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:476, *NJ* 2014/281, m.nt. Schalken. Zie ook concl. A-G T.N.B.M. Sprongen en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 8.4, onder verwijzing naar HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, r.o. 2.1, 'naar het oordeel van de rechter' en r.o. 2.8.4 'Het staat de rechter vrij'.  
 30 Zie concl. A-G T.N.B.M. Sprongen en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 8.1 e.v.

wij ons hier tot een weergave van de acht bevindingen en aanbevelingen die A-G's Spronken en Lindenberg doen, en die ertoe strekken bij te dragen aan een helder inzicht in het juridische kader van de aansprakelijkheid wegens schokschade:<sup>31</sup>

(i) Het confrontatiecriterium geldt niet als afzonderlijk vereiste voor aansprakelijkheid, maar de wijze van confrontatie met een schokkende gebeurtenis vormt een omstandigheid die van belang is voor de aannemelijkheid van schade en van causaal verband met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd. Met de aansprakelijkheid voor de schadeveroorzakende gebeurtenis is de grondslag voor aansprakelijkheid wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis naar onze mening al gegeven.

(ii) Voor de aanspraak op vergoeding van vermogensschade is niet nodig dat sprake is van geestelijk letsel; voldoende is dat de aard en omvang van de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd en het causaal verband met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust aannemelijk zijn. Gaat het om gemaakte of te maken kosten, dan dienen het maken en de omvang ervan redelijk te zijn.

(iii) Voor vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade is nodig dat sprake is van geestelijk letsel van een zekere ernst, te objectiveren aan de hand van door een ter zake gekwalificeerde deskundige uit te voeren diagnose en classificatie ("een in de psychiatrie erkend ziektebeeld").

(iv) De omvang van de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade dient in de kern te worden vastgesteld (en gemotiveerd) aan de hand van de aard, ernst en duur van het geestelijk letsel en van de beperkingen die dat meebrengt.

(v) Wordt aansprakelijkheid volgens de hiervoor genoemde regels aanvaard, dan komt de volledige aldus concreet vastgestelde schade (vermogensschade en ander nadeel) voor vergoeding in aanmerking. Er is dan geen plaats meer voor een onderscheid tussen schade door confrontatie en schade door verwonding of verlies van een naaste en het wettelijk stelsel inzake schade van derden (art. 6:107, 107a en 108 BW) werpt dan geen beperkingen meer op.

(vi) Naast vergoeding van deze concreet vast te stellen schade (vermogensschade en ander nadeel wegens geestelijk letsel) is er geen plaats voor afzonderlijke vergoeding van ander nadeel wegens kwetsing of verlies van een naaste ("affectieschade"): het smartengeld wegens confrontatie met de schokkende gebeurtenis cumuleert dus niet met het smartengeld voor naasten en nabestaanden, maar "absorbeert" dat.

(vii) Ten aanzien van de vaststelling van de omvang van smartengeld – in het algemeen, dus niet beperkt tot gevallen van "shockschade" – verdient het aanbeveling dat door samenwerking van feitenrechters wordt gekomen tot stroomlijning. Dat heeft voorlopig de voorkeur boven ingrijpen door cassatietoetsing.

(viii) Afhankelijk van de inhoud van de vordering, de tijd van de behandeling ervan beschikbare informatie en het procesverloop, zijn vorderingen als hierboven beschreven af te doen, of gedeeltelijk af te doen, binnen het bestek van het strafgeding.<sup>32</sup>

Zoals gezegd, heeft de Hoge Raad de zaak die leidde tot de conclusie van A-G's Spronken en Lindenberg deels afgedaan met artikel 81 lid 1 Wet RO. De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof omtrent de niet-ontvankelijkheid van de benadeelde partijen feitelijk is en in cassatie slechts op zijn begrijpelijkheid kan worden getoetst, en vindt het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk in het licht van de inhoud van de ingediende vorderingen.<sup>33</sup> Aangezien het cassatiemiddel van de benadeelde partijen hiermee faalt, expliciteert de Hoge Raad dat hij daarom geen aanleiding ziet om in te gaan op de aanbevelingen die zijn gedaan door A-G's Spronken en Lindenberg.<sup>34</sup> Zoals we hierboven schreven, klonk na dit oordeel van de Hoge Raad teleurstelling, zoals wel vaker het geval is na afdoening zonder inhoudelijke motivering aan de hand van artikel 81 lid 1 Wet RO.

In de (tweede) zaak, die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 2022, is een achtjarig slachtoffer in juni 2015 van de tiende verdieping van een flat gevallen en door deze val overleden.<sup>35</sup> De verdachte, de moeder van het slachtoffer, is bij arrest van 11 januari 2021 door het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wegens doodslag veroordeeld tot een gevangenisstraf van negen jaar en negen maanden.<sup>36</sup> De vader van het slachtoffer heeft zich als benadeelde partij gevoegd in het strafproces. In hoger beroep vordert hij een vergoeding van immateriële schokschade van € 50.000.<sup>37</sup> De vader is in het mortuarium geconfronteerd met het stoffelijk overschot van zijn dochter en de impact die de val op haar lichaam heeft gehad. Als direct gevolg van deze gebeurtenis ondervindt hij een posttraumatische stressstoornis. Het hof stelt de vergoeding naar billijkheid vast op een bedrag van € 20.000.

In cassatie wordt door de verdachte geklaagd over toekenning van de vergoeding van immateriële schokschade. In de kern klaagt het middel dat het vereiste van 'directe confrontatie' door het hof te ver is opgerekt, nu de confrontatie in het mor-

31 Zie concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 3.6.

32 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 3.6.

33 HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560, *JIN* 2022/94, m.nt. C. van Oort, r.o. 3.4.

34 HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560, *JIN* 2022/94, m.nt. C. van Oort, r.o. 3.5.

35 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:159, *EeR* 2021, afl. 1, p. 59; Rb. Noord-Nederland 9 juli 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2624, *EeR* 2018, afl. 5, p. 230.

36 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:159, *EeR* 2021, afl. 1, p. 59.

37 Concl. A-G P.C. Vegter, ECLI:NL:PHR:2022:255, onder 68, bij HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958.

tuarium geen ‘onverhoedse confrontatie’ is geweest.<sup>38</sup> A-G Vegter concludeert dat het middel, voor zover het klaagt over de schokschadevordering, faalt, aangezien ‘het middel niet de begrijpelijkheid bestrijdt van het oordeel van het hof dat hetgeen de benadeelde partij ter onderbouwing van de vordering heeft aangevoerd niet, dan wel onvoldoende, is betwist’.<sup>39</sup> Ook getuigt het oordeel van het hof dat een directe confrontatie bestaat niet van een onjuiste opvatting, aangezien volgens de A-G niet in algemene zin is vereist dat vaststaat dat de ‘directe confrontatie’ onverhoeds heeft plaatsgevonden.

De Hoge Raad start in zijn inleidende opmerkingen met de signalering dat over de vraag in welke gevallen een vergoeding van schokschade mogelijk is verschillende opvattingen bestaan, waarbij hij verwijst naar de conclusie van A-G’s Spronken en Lindenbergh. De Hoge Raad maakt vervolgens duidelijk wat zijn bedoeling is van het arrest van 28 juni 2022:

‘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.’<sup>40</sup>

Vervolgens formuleert hij in welke gevallen sprake is van een onrechtmatige daad vanwege schokschade:

‘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 die confrontatie een hevige emotionele shock teweeg brengt.’<sup>41</sup> (cursivering RR & MO)

Anders dan in *Taxibus* en in de arresten die daarna verschenen, hanteert de Hoge Raad dus niet meer de formulering ‘*handelt* hij in een geval als hier bedoeld (...) niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar ook jegens (...)’, maar gebruikt hij nu de formulering ‘*kan ook onrechtmatig handelen jegens*’.

Vervolgens noemt de Hoge Raad gezichtspunten die een rol spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid in enge zin:

‘– De aard, de toedracht en de gevolgen van de jegens het primaire slachtoffer gepleegde onrechtmatige daad, waar-

onder 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 de 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 de 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>42</sup>

Anders dan in zijn vorige arresten, formuleert de Hoge Raad dus geen criteria voor de beoordeling van de schokschadevordering, maar introduceert hij een gezichtspuntenbenadering. Alleen daarom al is sprake van een forse koerswijziging van de Hoge Raad. Interessant is ook dat deze gezichtspunten niet limitatief zijn geformuleerd – de Hoge Raad gebruikt de terminologie ‘onder meer’<sup>43</sup> – en dat geen van de gezichtspunten zwaarder lijkt te wegen dan de andere. De Hoge Raad overweegt dat als een van de gezichtspunten geen duidelijke indicatie voor het aannemen van onrechtmatigheid geeft, onrechtmatigheid desondanks kan worden aangenomen als de omstandigheden daarvoor, bezien vanuit de overige gezichtspunten, voldoende zwaarwegend zijn.<sup>44</sup> In paragraaf 4 wordt hierop nader ingegaan.

Belangrijk is dat de Hoge Raad oordeelt dat de vergoeding van de schade die teweeg wordt gebracht door de hevige emotionele schok beperkt is tot de schade die voortvloeit uit ernstig geestelijk letsel; dat geldt voor zowel de materiële als de immateriële schade.<sup>45</sup> Hierop wordt in paragraaf 5 nader ingegaan.

Van belang is ook dat de Hoge Raad ingaat op de samenloop van een vergoeding van affectieschade en een vergoeding van immateriële schokschade. In de wetenschappelijke literatuur is stevige kritiek geuit op het kunstmatige onderscheid daartussen, met name toen affectieschade nog geen rechtens relevante schadepost was.<sup>46</sup> Hierover gaat paragraaf 6.

Verder geeft de Hoge Raad handvatten met betrekking tot de (gedeeltelijke) niet-ontvankelijkheidsverklaring van de vorde-

38 Concl. A-G P.C. Vegter, ECLI:NL:PHR:2022:255, onder 70, bij HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958. Dit beroep op een ‘onverhoedse’ confrontatie lijkt onder meer voort te komen uit het betoog in het *Marengo*-proces, zie Hof Amsterdam 16 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4432, *JA* 2020/53. Zie ook concl. A-G D.J.C. Aben, ECLI:NL:PHR:2021:230, onder 57-60, bij HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:536.

39 Concl. A-G P.C. Vegter, ECLI:NL:PHR:2022:255, onder 78, bij HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958.

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

41 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.4.

42 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.5.

43 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.5-3.6.

44 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.6.

45 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.4.

46 Van Tilburg 2004, p. 10. Vgl. A.J. Verheij, ‘Onevenwichtig schadevergoedingsrecht m.b.t. de positie van derden’, *VR* 2005, afl. 7/8, p. 208; Engelhard & Engelhard 2008, p. 239-240.

ring benadeelde partij. Zo oordeelt de Hoge Raad dat de strafrechter gedeeltelijk een inhoudelijke beslissing kan nemen in de vorm van een toewijzing, en dat hij de vordering voor het resterende deel niet-ontvankelijk kan verklaren. Dit zou het volgens de Hoge Raad mogelijk moeten maken voor de strafrechter om 'te beslissen over dat deel van de vordering waarvan de behandeling niet een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert, terwijl de benadeelde partij het resterende deel van haar vordering aan de burgerlijke rechter kan voorleggen'.<sup>47</sup> Het toewijzen van een voorschot is echter niet mogelijk. Op dit oordeel gaan wij in deze bijdrage niet nader in.

#### 4. De gezichtspuntenbenadering

De eerste koersverandering waarbij wij stilstaan, zijn de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten voor de vaststelling van de onrechtmatigheid in geval van schokschade. In *Taxibus*, en in de arresten die volgden, zijn zes criteria geformuleerd waaraan moest worden voldaan om tot een onrechtmatige daad jegens een derde te kunnen concluderen. Van die benadering neemt de Hoge Raad nu afstand. Hij introduceert een gezichtspuntenbenadering, waarmee de rechter een afweging moet maken of een bepaalde situatie of handeling ook onrechtmatig is tegenover anderen. In wezen geeft de Hoge Raad dus een kader waarbinnen de rechter in individuele zaken kan beoordelen of een gebeurtenis ook verkeerd/onrechtmatig is tegenover anderen dan de direct gekwetste. Wij lichten hierna vier punten uit.

Ten eerste is het gegeven dat een weging kan plaatsvinden tussen gezichtspunten bijzonder vanuit rechtsvergelijkend perspectief. In de door een van de auteurs geanalyseerde rechtstelsels wordt met name een criteriabenadering herkend, waarmee wordt beoogd de vorderingsmogelijkheden binnen de perken te houden.<sup>48</sup> Die vrees lijkt bij de Hoge Raad niet (meer?) te bestaan. Wij geloven dat dit terecht is. De Hoge Raad formuleert drie duidelijke gezichtspunten en licht hun betekenis toe. Bovendien moet nog steeds sprake zijn van een hevige emotionele schok en moet het geestelijk letsel zijn veroorzaakt door de onrechtmatige daad. De vergoeding is ook beperkt tot de schade die wordt veroorzaakt door het geestelijk letsel.<sup>49</sup> Alle vereisten en gezichtspunten overziend, gaat de Hoge Raad nog steeds uit van hoge drempels voor aansprakelijkheid jegens secundaire slachtoffers. Het mooie aan deze gezichtspuntenbenadering is wel dat er in individuele gevallen een weging kan worden gemaakt. Daarmee is de kans op willekeur in oordeelsvorming kleiner en is er meer gelijke behandeling van vergelijkbare gevallen mogelijk.<sup>50</sup> Hiermee lijkt de Hoge Raad tegemoet te komen aan kritiek die herhaaldelijk is geuit op de geformuleerde criteria in het *Taxibus*-arrest.

Ten tweede kan in het algemeen het volgende over de gezichtspunten worden gezegd. De Hoge Raad zou gezichtspunten hanteren als hij geen mogelijkheid ziet om een harde vuistregel te formuleren.<sup>51</sup> De door de Hoge Raad gehanteerde formuleringen ('gezichtspunten die een rol spelen'<sup>52</sup> en 'de feitenrechter moet aan de hand van onder meer deze gezichtspunten'<sup>53</sup>) doen vermoeden dat het om gezichtspunten gaat die de feitenrechter verplicht moet hanteren bij de beoordeling van de onrechtmatigheid jegens het secundaire slachtoffer.<sup>54</sup> Tegelijkertijd creëert de Hoge Raad ruimte voor minder 'klassieke' schokschadevorderingen, door te overwegen dat het vaststellen van de onrechtmatigheid ook mogelijk is als een van de gezichtspunten geen duidelijke indicatie daarvoor geeft, mits de omstandigheden daarvoor, bezien vanuit de overige gezichtspunten, voldoende zwaarwegend zijn.<sup>55</sup> Dit laat bijvoorbeeld de mogelijkheid open dat iemand die geen familiale of affectieve relatie heeft tot het primaire slachtoffer, zoals een getuige van een plotseling en zeer ernstig misdrijf, toch een succesvolle vordering kan hebben. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld een moeder van de overledene die het ernstige en opzettelijk veroorzaakte ongeval of de directe nasleep daarvan niet heeft gezien, maar desondanks te maken heeft met geestelijk letsel dat samenhangt met de hevige emotionele schok wegens het misdrijf. Voor beide gevallen geldt ons inziens dat de feitenrechter dus wel de geformuleerde gezichtspunten moet noemen, inhoudelijk moet behandelen en moet motiveren waarom die gezichtspunten al dan niet leiden tot de conclusie van onrechtmatigheid, maar hij is vrij om ook andere gezichtspunten mee te nemen of om tot onrechtmatigheid te concluderen als een van de genoemde gezichtspunten niet in die richting wijst. Al met al geeft de Hoge Raad veel vrijheid aan de feitenrechter. Dit betekent ook dat de hantering van de gezichtspuntenbenadering door de feitenrechter bij de schokschadevordering in cassatie waarschijnlijk slechts op begrijpelijkheid zal kunnen worden getoetst.

Ten derde noemt de Hoge Raad een aantal eerder bekritiseerde criteria ofwel niet meer expliciet, ofwel slechts als een gezichtspunt dat relevant zou kunnen zijn in de weging. In dat verband valt als eerste op dat de Hoge Raad de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm niet meer noemt als criterium voor onrechtmatigheid jegens derden, maar nog slechts spreekt over de 'aard, de toedracht en de gevolgen van de jegens het primaire slachtoffer toegebrachte leed'. Deze formulering is breder en daarmee ontstaat ruimte om de ernst van datgene wat is voorgevallen te beoordelen. Niet de categorisering van de normschending jegens de direct gekwetste is doorslaggevend, maar de totale optelsom van wat de direct gekwetste is aangedaan/overkomen, is richtinggevend voor het antwoord op de vraag of ook sprake is van een onrechtmatige daad jegens de derde. Lindenbergh en Van der Zalm bepleitten

47 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.8.

48 Rijnhout 2012a, p. 221-278.

49 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.4.

50 C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

51 Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 72015/152.

52 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.5.

53 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.6.

54 Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 72015/152.

55 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.6.

deze koers al eerder: ernstige fouten en hun gevolgen zouden tot omvangrijkere aansprakelijkheid mogen leiden, omdat dit vermoedelijk als ernstiger wordt ervaren, zowel door de slachtoffers als door de maatschappij.<sup>56</sup> Ten tweede wordt hiermee tegemoetgekomen aan de terechte kritiek dat de schokschadevordering niet zou mogen worden beperkt tot twee typen normschendingen jegens het primaire slachtoffer.<sup>57</sup> Wij concluderen hieruit dat ruimte is ontstaan om bijvoorbeeld in geval van een (ernstige) medische onzorgvuldigheid een vergoeding voor schokschade te bieden.

Een ander criterium, dat weliswaar nog wel wordt meegewogen, maar niet meer doorslaggevend lijkt (in situaties waarin het secundaire slachtoffer het ongeval niet heeft gezien), is de confrontatie met de directe nasleep van het ongeval. In de literatuur is vaak en stevig kritiek geuit op dit criterium.<sup>58</sup> De belangrijkste reden is dat dit criterium impliceerde dat de plek of tijd waarop de confrontatie plaatsvond doorslaggevend zou zijn voor het antwoord op de vraag of er een onrechtmatige daad zou zijn gepleegd jegens de derde. Van Dam sprak ook wel over een criterium met een hoog 'toevalsgehalte'.<sup>59</sup> De Hoge Raad nuanceert de betekenis van de confrontatie behoorlijk: het is nu één van de wegingsfactoren en laat duidelijk ruimte voor een confrontatie die heeft plaatsgevonden op een andere manier dan het zien van de ongevalslocatie. Dat is een stap vooruit en sluit ook beter aan bij inzichten uit de klinische psychologie die Engelhard en Engelhard schetsen: ook zonder directe confrontatie kan iemand een PTSS ontwikkelen.<sup>60</sup> Met deze nieuwe insteek komt de Hoge Raad terug van zijn oordeel in het *Vilt*-arrest: andere omstandigheden, zoals de aard en de ernst van de onrechtmatige daad jegens de direct gekwetste, kunnen maken dat de directheid van de confrontatie minder doorslaggevend of relevant is voor het onrechtmatigdaadsoordeel.

Tot slot handhaaft de Hoge Raad een aantal criteria, en dan ook daadwerkelijk als criterium (en niet als gezichtspunt). Een criterium dat is gehandhaafd, is de hevige emotionele schok door de confrontatie. Ook hierop werd eerder kritiek geuit, met name door Engelhard en Engelhard. Zij lieten zien dat iemand ook PTSS kan ontwikkelen als zich geen hevige emotionele schok in de zin van 'intense angst, hulpeloosheid of afschuw' heeft voorgedaan.<sup>61</sup> Wij zijn van mening dat de Hoge Raad hier een kans heeft laten liggen om te duiden wat hij precies verstaat onder een 'hevige emotionele schok'. Onduidelijk is of de Hoge Raad een 'medische definitie' voorstaat of een ruimere opvatting die ook woede of verontwaardiging omvat.

Een tweede criterium dat is gehandhaafd, betreft het vereiste van geestelijk letsel dat moet zijn veroorzaakt door de onrechtmatige daad jegens het secundaire slachtoffer.<sup>62</sup> Wij besteden hieraan apart aandacht in de volgende paragraaf.

### 5. Het door de hevige emotionele schok veroorzaakt geestelijk letsel

Het tweede punt dat wij hier uitlichten, is het vereiste van geestelijk letsel. Zoals gezegd, is de schokschadevordering beperkt tot situaties waarin het secundaire slachtoffer geestelijk letsel heeft vanwege de – op basis van een weging van gezichtspunten – jegens hem vastgestelde onrechtmatige daad. In rechtsoverweging 3.4 oordeelt de Raad dat:

‘het recht op vergoeding is beperkt tot de schade die volgt uit door die laatste onrechtmatige daad veroorzaakt geestelijk letsel (...)’.<sup>63</sup>

Uit deze zinsnede volgt dat het bestaan van geestelijk letsel niet relevant is voor de vaststelling van de onrechtmatigheid, maar enkel een afbakenende werking heeft in het kader van de beoordeling van de schade. Het verdient overdenking hoe dit criterium past in de context van artikel 6:162 BW, waarin het bestaan van een specifieke beschadiging geen vereiste is. Wat wel helder wordt uit het arrest van de Hoge Raad is dat hij niet tegemoetkomt aan een van de kritiekpunten uit de wetenschappelijke literatuur, namelijk dat het lastig, zo niet onmogelijk, is om vast te stellen of het geestelijk letsel is veroorzaakt door de uit het ongeval voortkomende emotionele schok of door het verlies van een dierbare.<sup>64</sup> Hierop komen wij nog terug in de volgende paragraaf over de samenloop tussen immateriële schokschade en affectieschade. In deze paragraaf besteden wij nog aandacht aan de complexe formuleringen die de Hoge Raad heeft gekozen voor de eisen ten aanzien van het *type* en het *bewijs* van geestelijk letsel in schokschadezaken.

De Hoge Raad herhaalt dat de eisen die gesteld worden aan geestelijk letsel in schokschadezaken in het algemeen andere eisen zijn dan die gelden voor de vergoeding van immateriële schade van primaire slachtoffers die op andere wijze in de persoon zijn aangetast. In zijn uitleg over het type geestelijk letsel waarvan in het algemeen sprake moet zijn in schokschadezaken, bouwt de Hoge Raad voort op zijn arrest van 24 december 2021. In dit arrest oordeelt hij dat in de context van immateriële schokschade (art. 6:106 aanhef en onder b BW) ‘in het algemeen sprake moet zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld’.<sup>65</sup> In dit arrest legt de Hoge Raad uit dat de beoordelingsmaatstaf voor vergoeding van immateriële schok-

56 S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, 'Shockschade', *TVP* 2010, afl. 1, p. 21. In vergelijkbare zin: T. Hartlief, 'De schrik van het burgerlijk recht', *NJB* 2009, afl. 35, p. 2253.

57 W.E. Noordhoorn Boelen, 'Schending van een verkeers- of veiligheidsnorm; wel of niet een vereiste voor toekenning van shockschade', *TVP* 2012, afl. 4, p. 130-136.

58 Van Dam 2002, p. 207; Engelhard & Engelhard 2008, p. 240 en 236.

59 Van Dam 2002, p. 207.

60 Engelhard & Engelhard 2008, p. 528-529.

61 Engelhard & Engelhard 2008, p. 529 en 532.

62 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.4-3.7.

63 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.4.

64 S.D. Lindenbergh, 'Schrik, onrechtmatigheid en schade', *RMThemis* 1997, p. 190. Vgl. W.J.H.T. Dupont, 'Smartegeld ter zake van geestelijk letsel', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1985, p. 101; A.J. Verheij, 'Shockschade', *NJB* 1999, p. 1413; A.J. Verheij, 'Shockschade: recente jurisprudentie', *VR* 2000, p. 180; Van Dam 2002, p. 207-208; Engelhard & Engelhard 2008, p. 533.

65 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1947.

schade dus een andere is dan de maatstaf die geldt voor gevallen die primaire slachtoffers betreffen en waarin sprake is van een aantasting van de persoon op andere wijze.<sup>66</sup> De rechtvaardiging voor dit onderscheid tussen de beoordeling van schokschadegevallen en gevallen die primaire slachtoffers betreffen, vindt de Hoge Raad in de vormgeving van de schokschadevordering en de vaste lijn van rechtspraak daarover, waarin telkens wordt gesproken over een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

Als gezegd, wordt deze uitleg in het arrest van 24 december 2021 gegeven in de context van immateriële schokschade. Uit het arrest van 28 juni 2022 blijkt dat de Hoge Raad dit vereiste van geestelijk letsel niet alleen stelt als voorwaarde voor toekenning van smartengeld, maar ook voor de vergoeding van materiële schokschade.<sup>67</sup>

In het arrest van 28 juni 2022 breidt de Hoge Raad zijn interpretatie/uitleg uit ten opzichte van zijn arrest van 24 december 2021. De Hoge Raad herhaalt eerst dat het geestelijk letsel naar objectieve maatstaven moet worden vastgesteld, waarbij in de rechtspraak over schokschade in dat verband steeds is overwogen dat dit ‘in het algemeen slechts het geval kan zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld’, en voegt daar vervolgens aan toe dat 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’.<sup>68</sup>

Het gaat dus uitdrukkelijk om *ernstig* geestelijk letsel. Dit is een toevoeging die nog niet stond vermeld in eerdere schokschade-arresten van de Hoge Raad. Het lijkt er dus op dat de Hoge Raad een zekere drempel wil aanhouden wat betreft geestelijk letsel als het gaat om de toewijzing van de schokschadevergoeding – een drempel die hoger lijkt te liggen dan bij smartengeld voor primaire slachtoffers in het geval van de aantasting in de persoon op andere wijze, waarvoor, anders dan bij schokschade, geen *ernstig* geestelijk letsel is vereist. Deze laatste gedachte wordt versterkt doordat de Hoge Raad niet naar zijn arrest van 29 juni 2021 verwijst, waarin hij een mildere toets voor smartengeld voor primaire slachtoffers in de context van geestelijk letsel heeft geformuleerd.<sup>69</sup> Dogmatisch is dit logisch te verklaren: de schokschadevordering moet worden onderscheiden van de aantasting van de persoon op andere wijze van primaire slachtoffers, dus refereren aan het 29 juni 2021-arrest is hiermee overbodig. Daarentegen gaat het in beide gevallen wel om het aantonen van ‘geestelijk letsel’, waarbij duidelijkheid gewenst zou zijn als het inderdaad zo is dat de Hoge Raad een hogere lat voor de schokschadevordering heeft willen aanhouden, wat juist ervoor zou pleiten om wel te refereren aan het 29 juni 2021-arrest. Als het inderdaad zo is dat voor schokschadegevallen een hogere drempel geldt, dan wordt de grote vraag welk geestelijk letsel ernstig genoeg is voor toewijzing van een schadevergoeding in schokschadezaken. Dit is een lastig vraagpunt, waarvan wij denken dat het onsmakelijke discussies kan opleveren in individuele rechtszaken.

Als we nu focussen op het *aantonen* van geestelijk letsel, dan wordt de Hoge Raad concreet als hij uiteenzet wat nodig is om het geestelijk letsel in voldoende mate te objectiveren:<sup>70</sup>

‘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>71</sup>

Opvallend aan dit citaat is, ten eerste, dat de rechter geen diagnosticering van het geestelijk letsel van een psychiater of psycholoog hoeft te hebben; de rechter mag ook op basis van een rapportage van een *huisarts* tot het oordeel komen dat sprake is van ernstig geestelijk letsel. Ten tweede is het niet nodig dat de *diagnose* van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld concreet is gesteld door een arts. De rechter mag uit een rapportage afleiden dat een emotionele schok bestaat die heeft geleid tot ernstig geestelijk letsel dat in voldoende mate is geobjectiveerd. Ten derde is de *woordkeuze* ‘bevoegde en bekwame’ opvallend, omdat die juridische termen worden gebruikt in geval van voorbehouden medische handelingen (art. 35-39 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg). Voorbehouden medische handelingen, zoals snijden in het menselijk lichaam, het geven van injecties, enzovoort, mogen enkel worden uitgevoerd door medici die ofwel in de wet, ofwel bij ministeriële regeling daartoe bevoegd zijn verklaard én bovendien bekwaam zijn om die handelingen te verrichten. Diagnosticering of behandeling van geestelijk letsel is geen voorbehouden handeling, en dus is onduidelijk wat de Hoge Raad bedoelt met ‘ter zake bevoegde’ psychiater, huisarts of psycholoog. Wij veronderstellen maar dat de rechter hier de vrijheid krijgt van de Hoge Raad om gemotiveerd te oordelen dat hij overtuigd is – op basis van rapportages van bekwame artsen – dat sprake is van ernstig geestelijk letsel.

66 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1947, r.o. 4.5.3, onder verwijzing naar HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024.

67 Zie anders concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder meer onder 3.6 sub (ii).

68 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.7.

69 HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024.

70 Zie ook concl. van A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 3.6 sub (iii). Zij schrijven dat voor de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade nodig is dat sprake is van geestelijk letsel van een *zekere ernst*, te objectiveren aan de hand van door een ter zake gekwalificeerde deskundige uit te voeren diagnose en classificatie (‘een in de psychiatrie erkend ziektebeeld’).

71 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.7.



Kort en goed. Het is aan de rechter om te beoordelen of hij, op basis van de medische rapportages die er liggen, ervan is overtuigd dat sprake is van *ernstig* geestelijk letsel. Als daarvan sprake is, komt de daardoor veroorzaakte materiële en immateriële schokschade voor vergoeding in aanmerking. Aan de ene kant is deze insteek praktisch (en mogelijk kostenbesparend voor de eiser): secundaire slachtoffers hoeven zo geen belastende medische trajecten in te gaan om hun letsel gediagnosticeerd te krijgen ten behoeve van een vordering in rechte. Dat past goed bij de gedachte dat een letselschadeproses niet onnodig belastend moet zijn voor slachtoffers. Aan de andere kant, en dan herhalen wij het commentaar van Lindenbergh in zijn annotatie onder het 29 juni 2021-arrest, blijft zo onduidelijk voor slachtoffers welk bewijs voldoende is voor toewijzing van de vordering.<sup>72</sup> Dit aspect lijkt des te meer prangend in schokschadezaken, omdat sprake moet zijn van ernstig geestelijk letsel. De Hoge Raad lijkt de slachtoffers dus enerzijds tegemoet te komen door de mogelijkheid te bieden om het geestelijk letsel te laten onderbouwen met een degelijke rapportage van een huisarts, maar anderzijds de drempel niet te laag te willen maken – de deskundige moet wel (bevoegd en) bekwaam zijn, en het geestelijk letsel moet in voldoende mate *objectiveerbaar* zijn, maar ook *ernstig*, gelet op de aard, duur en/of gevolgen. De rechter krijgt de beoordelingsruimte om hiertoe gemotiveerd te concluderen.

#### 6. Samenloop van immateriële schade samenhangend met verdriet en schokschade

Het derde punt dat wij bespreken, is de samenloop van immateriële schokschade en affectieschade. In de literatuur is eerder de verwachting uitgesproken dat de immateriële schadeposten van schok- en affectieschade in lijn met ons wettelijk systeem zullen cumuleren.<sup>73</sup> Ook is de verwachting uitgesproken dat bij de begroting van immateriële schokschade ten nadele van de benadeelde rekening wordt gehouden met de aan hem of haar toegewezen vergoeding van affectieschade.<sup>74</sup> Beide verwachtingen bleken waar, ook al voorafgaand uit het Hoge Raad-arrest van 28 juni 2022. Uit rechtspraakonderzoek volgt dat de schok- en affectieschadevordering, als zij beide toewijsbaar zijn, cumuleren. Ook wordt de vergoeding van immateriële schokschade op basis van billijkheid vaak lager toegewezen dan gevorderd, als deze vordering samenloopt met de affectieschadevordering.<sup>75</sup>

De Hoge Raad oordeelt nu dat bij een samenloop

‘de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval naar *billijkheid* en *schattenderwijs* [zal] 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 schok veroorzaakte geestelijk letsel, rekening wordt gehouden met die aanspraak op affectieschade’.<sup>76</sup> (cursivering RR & MO)

De Hoge Raad zoekt aldus aansluiting bij de tekst van artikel 6:106 lid 1 aanhef BW voor de naar *billijkheid* vast te stellen schadevergoeding. Deze overweging wordt afgerond door te verduidelijken dat de oordelen over de omvang van de verplichting tot vergoeding van schade in cassatie ‘in beginsel slechts op hun begrijpelijkheid [kunnen] worden onderzocht’. Bij dit onderzoek acht de Hoge Raad relevant of en in hoeverre de feitenrechter oordelen van andere rechters in vergelijkbare gevallen heeft meegenomen in zijn oordeelsvorming in het individuele geval dat hij moet beoordelen. Met andere woorden, gevalsvergelijking is en blijft belangrijk voor de oordeelsvorming over de omvang van het smartengeld, waarmee de Hoge Raad de feitenrechter tegelijkertijd de ruimte geeft om tot één lijn in de rechtspraak te komen.

De term ‘*schattenderwijs*’ is geplaatst naast ‘billijkheid’. Dit begrip wordt in het kader van artikel 6:97 BW gebruikt als de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld door de rechter. Als de Hoge Raad inderdaad aan artikel 6:97 BW heeft willen refereren, creëert hij ook ruimte voor schatting als de samenloop ervoor zorgt dat niet meer duidelijk is wat de omvang van de immateriële schade precies is vanwege die samenloop. Dat laatste is een belangrijke toevoeging van de Hoge Raad, omdat al lange tijd wordt betoogd dat het maken van een onderscheid tussen immateriële schokschade en affectieschade lastig, zo niet onmogelijk is. Wij lichten een en ander kort toe.

Zoals A-G’s Spronken en Lindenbergh in hun conclusie schrijven, is bij de behandeling van het wetsvoorstel Affectieschade nauwelijks aandacht besteed aan deze mogelijke samenloop.<sup>77</sup> Wel zou bij de behandeling van het eerder verworpen wetsvoorstel Affectieschade meer aandacht zijn geweest voor deze samenloop. Zo merkte de minister destijds op (en wij citeren uit de conclusie van A-G’s Spronken en Lindenbergh) dat het

‘buitengewoon lastig zal zijn de typische affectieschade daarbij van de shockschade te onderscheiden en voorts dat het maken van een onderscheid ten aanzien van de vergoedbaarheid daarvan in het bijzonder in deze gevallen

72 Zie noot S.D. Lindenbergh bij HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024, in *NJ* 2021/284.

73 Van der Roest & Keijzer 2020, p. 56 en voetnoot 90. Zie in gelijke zin Overheul 2021a.

74 Zie bijv. Van der Roest & Keijzer 2020, p. 56. Zij schrijven daar, onder verwijzing naar het *Taxibus*-arrest, dat het huns inziens ‘niet juist zou zijn om bij de waardering van shockschade (ten nadele van de benadeelde) rekening te houden met een eventueel al ontvangen vergoeding voor affectieschade. Shockschade omvat immers uitdrukkelijk niet de (affectie)schade wegens verdriet dat het overlijden of ernstig gewond raken van een naaste teweeg heeft gebracht.’ Zie in gelijke zin Overheul 2021a.

75 Overheul 2021a.

76 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.9.

77 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenbergh, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.2.15, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

door slachtoffers in het algemeen als weinig begrijpelijk zal worden ervaren'.<sup>78</sup>

Verder is interessant, zo komt in de conclusie van de A-G's naar voren, dat de Afdeling advisering van de Raad van State schreef dat de rechterlijke matigingsbevoegdheid zou kunnen worden ingezet bij de cumulatie van de vergoeding van immateriële schokschade en affectieschade.<sup>79</sup> Zowel de minister als de Afdeling ging ervan uit, zo concluderen de A-G's, dat de affectieschadevordering er uiteindelijk voor zou zorgen dat er minder behoefte zou zijn aan vorderingen tot vergoeding van schokschade.<sup>80</sup> Dat laatste lijkt niet te zijn uitgekomen, gezien het aantal schokschadezaken in de strafrechtketen.

Eerder werd ook in de literatuur kritiek geuit op de juridische noodzaak tot het maken van een onderscheid tussen immateriële schokschade en affectieschade.<sup>81</sup> Die kritiek is van vóór de erkenning van affectieschade als juridisch relevante schade in 2019. De kritiek ging dus over het niet vergoeden van affectieschade en wel erkennen van schokschade: omdat het onderscheid tussen beide lastig of niet is te maken (welk deel van de immateriële schade hangt samen met het verdriet en welk deel met de confrontatie?), zou een strikt onderscheid niet rechtvaardig zijn.<sup>82</sup> Met de erkenning van affectieschade als juridisch relevante schade wordt deze kritiek niet minder relevant.

A-G's Spronken en Lindenberg leggen (ook) dit uit in hun conclusie. Voor de diagnosticering van PTSS is de blootstelling aan een psychotraumatische of stressvolle *gebeurtenis* een voorwaarde.<sup>83</sup> In de DSM-5 staan deze *gebeurtenissen* omschreven. Het moet gaan over 'blootstelling aan een feitelijk of dreigende dood, ernstige verwonding of seksueel geweld op een (of meer) van de volgende manieren'. Twee van de vier genoemde *manieren* zijn relevant voor schokschade. De eerste *manier* betreft het persoonlijk getuige zijn geweest van de psychotraumatische of stressvolle gebeurtenis (blootstelling aan de feitelijke dood, enzovoort, maar dus niet 'zelf ondergaan', dat is een apart genoemde *manier*). De tweede *manier* is het vernemen dat een naast familielid of goede vriend een psychotraumatische of stressvolle gebeurtenis is overkomen. In de eerste *manier* herkennen we de schokschade die samenhangt

met een hevige emotionele schok vanwege de confrontatie met de dood of verwonding van iemand anders. In de tweede *manier* herkennen we de affectieschade die samenhangt met het verlies of verwonding van een naaste. Bij aanwezigheid van een psychotraumatische of stressvolle *gebeurtenis* op een (of meer) genoemde *manier(en)* kan de diagnose worden gesteld, mits ook sprake is van de aanwezigheid/afwezigheid van andere *kenmerken* die betrekking hebben op de uitingsvormen/symptomen van de stoornis.<sup>84</sup> Om die reden concluderen A-G's Spronken en Lindenberg:

'Uit het voorgaande leiden wij af dat diagnose en classificatie van psychische stoornissen geobjectiveerd zicht kunnen geven op het bestaan, de aard en de ernst van dergelijke stoornis. Ook leiden wij eruit af dat de oorzaak van de stoornis onderdeel van die diagnose en classificatie is en dat dus niet enkel aan de hand van de verschijnselen van de aandoening kan worden vastgesteld of deze het gevolg is van confrontatie met de schokkende gebeurtenis of van overlijden van een dierbare. Dat betekent dat de vaststelling dat sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld niet impliceert dat het ziektebeeld enkel is ontstaan door confrontatie met een schokkende gebeurtenis.'<sup>85</sup>

Met andere woorden, de diagnosticering van PTSS kan samenhangen met zowel de confrontatie als het verlies, die niet (zomaar) als aparte oorzaken onderscheiden kunnen worden. Daarom is het maken van dat onderscheid in rechte in het kader van smartengeld volgens de A-G's 'weinig zinvol'.<sup>86</sup> Dit brengt hen tot de conclusie dat als een vergoeding van immateriële schokschade wordt toegewezen aan naasten, de vergoeding van affectieschade hierin zou moeten absorberen. Een vergoeding van affectieschade naast een vergoeding van immateriële schokschade zou een dubbelstelling zijn.<sup>87</sup>

Wij zouden deze lijn van de A-G's hebben toegejuicht. Ten eerste vanwege de reden die de A-G's noemen. Ten tweede omdat het in Nederland niet gebruikelijk is, of in ieder geval nooit voorkomt, dat immateriële schadeposten naast elkaar worden gezet en apart worden vergoed. Anders dan bijvoorbeeld in Frankrijk, waar dat wel het geval is, heeft het slachtoffer in Nederland gewoonweg immateriële schade en wordt het bedrag omvangrijker als daarvoor goede redenen bestaan, zoals ernstig (geestelijk) letsel.<sup>88</sup> Wij zouden deze verhoging hebben

78 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.2.16, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2002/03, 28781, nr. 3, p. 5-6.

79 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.2.17, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560, onder verwijzing naar onder meer *Kamerstukken II* 2002/03, 28781, A, p. 7.

80 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.2.19, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

81 Van Tilburg 2004, p. 10. Vgl. Verheij 2005, p. 208; Engelhard & Engelhard 2008, p. 239-240.

82 Zie bijv. Engelhard & Engelhard 2008, p. 533.

83 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.6.5, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

84 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.6.5, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560. Wij laten deze kenmerken hier onbesproken.

85 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.6.7, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

86 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.9.15, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

87 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.9.17, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

88 R. Rijnhout, 'Vergoeding voor (im)materiële schade na de dood: over perte d'une chance de survie en lost years', *NTBR* 2018, afl. 4, p. 23-30.

verkozen boven het maken van een toch wel kunstmatig onderscheid tussen twee (juridische) immateriële schadeposten. Wij denken ook dat een verhoging goed uitlegbaar zou zijn richting secundaire slachtoffers.

De Hoge Raad volgt A-G's Spronken en Lindenberg op dit punt echter niet. Betekent dit dan dat een naaste met immateriële schokschade nu minder vergoeding ontvangt? Nee, dat denken wij niet. Ten eerste was het al realiteit dat rekening werd gehouden met de samenloop in de smartengeldbegroting in rechte. Ten tweede ontvangt iemand nog steeds een vergoeding van affectieschade en daarbovenop een vergoeding van immateriële schokschade. Ten derde zou het overcompensatie zijn als in rechte zou zijn vastgehouden aan een vergoeding van affectieschade en daarnaast een vergoeding van immateriële schokschade die ook betrekking zou hebben op het vernemen dat een naaste is overleden of ernstig gewond is geraakt.

### 7. Twee overblijvende gedachtes

Ter afsluiting delen wij nog twee overblijvende gedachtes. De eerste betreft het vereiste van ernstig geestelijk letsel voor de vergoeding van materiële schokschade. De tweede betreft een gedachte over de exclusiviteit van het wettelijk systeem voor vergoeding van schade van derden in personenschadezaken.

Op (nog) één belangrijk punt wijkt het oordeel van de Hoge Raad af van het oordeel van de A-G's. Spronken en Lindenberg schrijven dat voor de aanspraak op vergoeding van materiële schokschade geestelijk letsel niet nodig zou moeten zijn. Voldoende is volgens hen dat de aard en omvang van de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd en het causaal verband met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust aanneemelijk zijn. De A-G's constateren dat het vereiste van het bestaan van geestelijk letsel in de door hen onderzochte feitenrechtspraak veelal alleen kenbaar wordt getoetst in het kader van de aanspraak op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade.<sup>89</sup> Aan de hand van de 'feitelijke en medische achtergrond van schade door geestelijk letsel dat samenhangt met een schokkende gebeurtenis'<sup>90</sup> en een blik over de grens<sup>91</sup> komen de A-G's tot hun aanbeveling dat voor de aanspraak op vergoeding van vermogensschade geestelijk letsel niet vereist is. De onderbouwing hiervoor is zeer kort gezegd als volgt. Het vereiste van geestelijk letsel heeft 'de functie om het bestaan, de aard en de ernst van de schade, en ook het bestaan van het causaal verband met de schokkende gebeurtenis te objective-

ren'.<sup>92</sup> De eis van geestelijk letsel voor de vergoeding van vermogensschade wordt in andere gevallen van personenschade niet gesteld, zo schrijven de A-G's, ook niet in gevallen waarin fysieke impact geen rol heeft gespeeld.<sup>93</sup> Het wel stellen van deze eis in de context van onrechtmatigheid (zoals de Hoge Raad deed in *Taxibus*) heeft volgens hen 'als nadeel dat kosten van behandeling ter voorkoming van geestelijk letsel niet voor vergoeding in aanmerking komen als die behandeling effect heeft gesorteerd'.<sup>94</sup> De functie van objectivering zou ook op andere wijzen kunnen worden gewaarborgd, aldus de A-G's, bijvoorbeeld door het aantonen van de aannemelijkheid van het bestaan en de omvang van vermogensschade en causaal verband met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, en de redelijkheid van de kosten die zijn gemaakt en de omvang ervan. Gelet hierop bevelen de A-G's aan om het vereiste van geestelijk letsel bij de vergoeding van vermogensschade te verlaten, mede gelet op de wens van naasten en nabestaanden tot vergoeding van kosten van therapie.<sup>95</sup>

Als gezegd, volgt de Hoge Raad de A-G's op dit punt niet; ernstig geestelijk letsel is weliswaar geen voorwaarde om tot onrechtmatigheid in enge zin te concluderen, maar is nog steeds een beperkende voorwaarde voor schadevergoeding (par. 2 en 5). Dat roept bij ons de vraag op hoe dat vereiste dogmatisch ingepast moet worden. Het schadebegrip biedt hiervoor geen ruimte, omdat het in dat verband gaat om het bestaan van materiële en immateriële schade en níét om de aantasting/beschadiging.<sup>96</sup> Evenmin kan een grondslag worden gevonden in het causaliteitsvereiste. Dan blijft het relativiteitsvereiste over. Betoogd zou kunnen worden dat de geschonden norm slechts bescherming beoogt te bieden tegen de gevolgen van geestelijk letsel. Gezien de aard van de vordering (van oudsher) is dat verdedigbaar. Als de beperking tot ernstig geestelijk letsel niet in te passen valt in het relativiteitscriterium, dan introduceert de Hoge Raad dus een extra voorwaarde voor schadevergoeding.

De tweede gedachte die overblijft, is dat wij weliswaar tussen de regels door lezen dat de Hoge Raad de exclusiviteit van het wettelijk systeem van artikel 6:107 en 6:108 BW in stand laat, maar dat de scherpe kantjes daar ogenschijnlijk wel van zijn afgevlind. Het secundaire slachtoffer heeft enkel recht op een vol-

89 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.4.31 sub (iv), bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

90 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.6, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

91 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.7, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

92 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.9.2 sub (ii), bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

93 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.9.12, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560, onder verwijzing naar Lindenberg 2019, p. 68 en 170.

94 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.9.12, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

95 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.9.13, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560, zie verwijzingen aldaar.

96 Zie ook de woorden van de Hoge Raad zelf: 'Het recht op vergoeding van schade is beperkt tot de schade die volgt uit door die laatste onrechtmatige daad veroorzaakte geestelijk letsel', HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, r.o. 3.3.

ledige vergoeding als hij/zij zelf personenschade heeft,<sup>97</sup> en de mogelijkheid daartoe is vooralsnog beperkt tot de schokschadevordering.<sup>98</sup> Zo wordt een ontwricht gezinsleven niet als beschermd belang genoemd, waardoor andere schade van derden (bijvoorbeeld inkomensschade veroorzaakt door verpleging) nog steeds niet wordt vergoed.<sup>99</sup> Tegelijkertijd lijkt de Hoge Raad wel verder te gaan met de formulering van een niet-limitatieve lijst van gezichtspunten, waarbij het ook niet is vereist dat *alle* geformuleerde gezichtspunten zich voordoen. Door hiervoor te kiezen kan de situatie zich voordoen dat een naaste die *niet* is geconfronteerd met het ongeval of de nasleep daarvan in fysieke zin (bijv. door het zien van het lijk), maar wel te maken heeft met een zeer ernstig misdrijf en met zeer ernstige gevolgen (bijvoorbeeld de dood van een naaste, zoals een moeder of partner), een volledige vergoeding kan worden geboden. De uitspraak van de Hoge Raad creëert volgens ons deze mogelijkheid, mits geestelijk letsel bestaat dat samenhangt met een hevige emotionele schok. Als die hevige emotionele schok ook mag bestaan uit hulpeloosheid, afschuw, verontwaardiging of zelfs woede (par. 4), en er doet zich bijvoorbeeld een aanpassingsstoornis voor (complexe rouwverwerking), dan is een volledige vergoeding van schokschade niet ondenkbaar. Als dit zo is, dan zijn dus niet alleen de ruwe randjes van de schokschadevordering afgevlind door de Hoge Raad, maar ook die van de exclusieve werking van artikel 6:107 en 6:108 BW, omdat de eigen schade dan kan worden vergoed, ook als die samenhangt met iemands overlijden en niet met de confrontatie. Maar wellicht is hier de wens de vader van de gedachte.<sup>100</sup>

## 8. Conclusie

Het doel van deze bijdrage was het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 2022 kritisch te analyseren. Wat wij concluderen is dat de Hoge Raad met de gezichtspuntenbenadering de scherpe kantjes van de schokschadevordering afslijpt. Dit resulteert wat ons betreft in een rechtvaardiger systeem: centraler staat wat het secundaire slachtoffer is aangedaan, en of, en zo ja hoe, dat in rechte betekenis zou moeten hebben. Het gaat voortaan minder (of niet) over het type normschending, hoe nabij iemand is geweest tot het ongeval en hoe direct het secundaire slachtoffer daarmee is geconfronteerd. De lat ligt nog steeds wel hoog. En de Hoge Raad gaat nog niet zover dat hij een breder te beschermen belang benoemt dan geestelijk letsel dat samenhangt met een hevige emotionele schok. Ongetwijfeld komt er kritiek op deze gezichtspuntenbenadering vanwege het open karakter. Wij denken wel dat deze benadering in de specifieke context van schokschadezaken ruimte biedt voor de

rechter; ruimte die hij al jarenlang opzocht of nam. Maar wij zijn niet kritiekloos. Wat ons betreft moet de Hoge Raad afstappen van het onderscheid tussen geestelijk letsel bij primaire slachtoffers in de context van de persoonsaantasting op andere wijze en ernstig geestelijk letsel bij de schokschadevordering, omdat dit zal leiden tot onsmakelijke discussies. Ook zijn wij, gelet op hetgeen wij hierboven schreven, tegenstander van het maken van een onderscheid tussen affectieschade en immateriële schokschade. Het vereiste van geestelijk letsel voor de vergoeding van materiële schokschade vinden wij ook opvallend, in het licht van de werking van het algemene onrechtmatigedaadsrecht. Kortom, de koers is bijgesteld, maar een stuk(je) naar stuurboord zou wat ons betreft ook verdedigbaar zijn geweest.

97 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en A-G S.D. Lindenbergh, ECLI:NL:PHR:2022:166, onder 4.9.1, bij HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560.

98 Tenzij zich de uitzonderlijke situatie voordoet dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming in het kader van (bijv.) een behandelingsovereenkomst, R. Rijnhout, 'Een "nieuwe" weg naar volledige schadevergoeding voor derden in personenschadezaken', *TVP* 2012, afl. 4, p. 119-125.

99 Rijnhout 2012a, p. 377-381.

100 Rijnhout, een van de auteurs van deze bijdrage, bepleitte in haar proefschrift om afstand te doen van deze exclusieve werking.