

‘Affectieschade’ en ‘shockschade’, onderscheid, samenloop, vooruitblik

*Prof. mr. S. D. Lindenbergh**

1. Inleiding

Per 1 januari 2019 voorzien artikel 6:107 en 6:108 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in een aanspraak op smartengeld van naasten van iemand die door andermans toedoen (zeer) ernstig blijvend letsel heeft opgelopen, respectievelijk van nabestaanden van iemand die door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, is overleden. De aanspraak is een naar omvang beperkte vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, die vooral beoogt het leed van de naasten en nabestaanden te erkennen.¹ In de ‘juridische volksmond’ pleegt hier te worden gesproken van vergoeding van ‘affectieschade’.

In de rechtspraak is in 2002 erkend dat iemand onder omstandigheden recht heeft op vergoeding van schade die het gevolg is van geestelijk letsel door de confrontatie met een schokkende gebeurtenis.² In de juridische volksmond wordt dit ‘shockschade’ genoemd.

In de praktijk is heel goed voorstelbaar dat zich gevallen voordoen waarin iemand wordt geconfronteerd met een schokkende gebeurtenis, als gevolg waarvan een naaste ernstig blijvend letsel oploopt en/of komt te overlijden. Sterker nog: dit is het prototype casus waarop de ‘shockschadevorderingen’ betrekking hebben. Dan rijst de vraag hoe deze beide vergoedingsroutes en -regimes zich tot elkaar verhouden. In de wet noch in de toelichting op de wijziging van artikel 6:107 en 6:108 BW is expliciet voorzien in een antwoord op deze vraag.³ Dat betekent dat dit antwoord door interpretatie moet worden verkregen (par. 2). Hierna wordt daartoe onderzocht wat de herkomst en reikwijdte van beide routes zijn en wat dit betekent voor de wijze waarop met samenloop van beide regelingen kan, en – naar mijn idee – zou moeten, worden omgegaan (par. 3). Voorts wordt verkend wat de wettelijke aanvaarding van smartengeld voor naasten en nabestaanden kan betekenen voor de ontwikkeling van de aanspraak op schadevergoeding wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis (par. 4).

2. Over ‘shockschade’ en ‘affectieschade’

Voor een analyse van de voorliggende problematiek is het dienstig om de oorsprong, grondslag en reikwijdte van de verschillende aanspraken te verkennen.

Hoewel de termen ‘shockschade’ en ‘affectieschade’ suggereren dat het onderscheid tussen beide moet worden gezocht in een verschil in schade, is dat eigenlijk een dwaalspoor. ‘Shockschade’ heeft weinig met een ‘shock’ in medische zin te maken en op zichzelf ook weinig met schade, maar duidt vooral een wijze van ontstaan van schade aan: het gaat om schade als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis voor het ontstaan waarvan een ander aansprakelijk is. Dat kan (enkel) geestelijk letsel zijn, maar psychische inwerking kan ook lichamelijke uitwerkingen hebben. Denk aan een hartaanval, hyperventilatie of (andere) psychosomatische verschijnselen. Of de uitwerking nu enkel psychisch of (ook) fysiek is, telkens kan door confrontatie met een schokkende gebeurtenis vermogensschade ontstaan (kosten van behandeling, verlies aan arbeidsvermogen, verhaalskosten enzovoort) en ander nadeel (pijn, verdriet, gederfde levensvreugde). Zo bezien kan confrontatie met een schokkende gebeurtenis leiden tot een ‘volwaardige letselschade’. Dat geldt overigens ook voor het enkele verlies of de ernstige verwonding van een naaste: ook daardoor kunnen kosten van behandeling, verlies aan (eigen) arbeidsvermogen, kosten van verhaal en ander nadeel dan vermogensschade ontstaan. Op het punt van de *schade* valt er tussen ‘shockschade’ en ‘affectieschade’ dus niet goed te onderscheiden en bergt de in de juridische volksmond ontwikkelde terminologie gevaar voor verwarring in zich. Ik vermijd deze termen daarom liever en beperk mij zo veel mogelijk tot de wettelijke terminologie.

De bron van het onderscheid is van juridische aard. De wet hanteert bij letselschade het uitgangspunt dat de gekwetste, als een grondslag voor aansprakelijkheid jegens hem bestaat, een aanspraak heeft op volledige vergoeding van zijn schade (art. 6:95 BW: vermogensschade en, voor zover de wet daar recht op geeft, ander nadeel). Anderen, die *als gevolg van die kwetsing* schade lijden, – in het wettelijk stelsel aangeduid als ‘derden’ – hebben slechts de aanspraken waarin artikel 6:107 (vergoeding van door derden ten behoeve van de gekwetste gemaakte kosten; per 1 januari 2019 ook (enig) ander nadeel dan vermogensschade), 6:107a (bij ziekte doorbetaald loon) en 6:108 BW (deriving van levensonderhoud, kosten van lijk-

* Prof. mr. Lindenbergh is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p. 3 (MvT).

2. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus).

3. In de nota naar aanleiding van het verslag van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie (Kamerstukken II 2015/16, 34257, 6, p. 3) wordt slechts weergegeven wat de Hoge Raad erover heeft gezegd.

bezorging; per 1 januari 2019 ook (enig) ander nadeel dan vermogensschade) voorzien. Degenen die door kwetsing van een ander schade lijden, hebben dus geen recht op volledige vergoeding van al hun schade. Verlies van eigen arbeidsvermogen en kosten van eigen behandeling komen als zodanig – dat wil zeggen behalve wanneer en voor zover zij als ten behoeve van de gekwetste gemaakte kosten kunnen worden gepresenteerd⁴ – niet voor vergoeding in aanmerking; ander nadeel evenmin ‘volledig’, maar tot de bij wettelijk besluit vastgestelde bedragen. Dit wettelijk stelsel heeft bovendien niet alleen een limitatief, maar ook een exclusief karakter: voor zover het gaat om schade door kwetsing of overlijden van een ander, bestaat buiten artikel 6:107, 6:107a en 6:108 BW geen recht op vergoeding van deze schade, ook niet wanneer jegens de aldus benadeelde (ook wel de ‘derde’) onrechtmatig is gehandeld (art. 6:162 BW) of is tekortgeschoten in de nakoming van een verbintenis (art. 6:74 BW).⁵

Mettertijd zijn de grenzen van dit stelsel in de rechtspraak beproefd en in essentie bevestigd. Zo had een werkgever wiens werknemers door de schadelijke uitstoot van een naburig bedrijf ziek werden geen aanspraak op vergoeding van schade die hij leed door ziekte van die werknemers,⁶ werd het wettelijk stelsel alleen doorbroken in het (zeer bijzondere) geval dat de aansprakelijke het oogmerk had om met de kwetsing van een naaste de derde te kwetsen,⁷ en werd – ten slotte – aanvaard dat het wettelijk stelsel enige ruimte laat voor een vordering tot vergoeding van schade die iemand lijdt door confrontatie met een schokkende gebeurtenis.

Voor de onderhavige kwestie is het van belang om te bezien welke constructie voor dat laatste is gekozen, welke aanspraak deze schraagt en aan welke beperkingen zij is onderworpen. In het welbekende Taxibus-arrest formuleerde de Hoge Raad het als volgt:

‘Indien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij (...) 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.’⁸

4. Zie voor gedachten daarover S.D. Lindenbergh, *Schade van derden vanuit een perspectief van benadeelden*, in: F. Oldenhuis & H. Vorrsselman (red.), *Derdenschade*, Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 41-52.
5. Zie voor deze strekking met verdere bronverwijzing onder meer S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, *Personenschade* (Mon. BW B-37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 12.
6. HR 12 december 1986, NJ 1987/958 m.nt. C.J.H. Brunner (Rockwool/Poly).
7. HR 26 oktober 2001, NJ 2002/216 m.nt. J.B.M. Vranken (Oogmerk).
8. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus).

De Hoge Raad plaatst de vraag aan wie in dergelijke gevallen een aanspraak toekomt aldus in de sleutel van de relativiteit. Men zou kunnen zeggen dat het oordeel langs ten minste twee lijnen van relativiteit vorm heeft gekregen: bij deze specifieke wijze van ontstaan (confrontatie met een schokkende gebeurtenis) is jegens *deze personen* (degenen die aldus zijn geconfronteerd) onrechtmatig gehandeld.⁹ Het Taxibus-arrest, en ook het latere Vilt-arrest, laat niettemin enige onduidelijkheid bestaan over de relevantie van het bestaan van een affectieve relatie tussen de gekwetste en de geschrokkene en over de voor vergoeding in aanmerking komende schade.

Ten aanzien van het eerste (affectieve relatie) is het arrest niet helder. De overweging van de Hoge Raad om ‘met name’ personen met een nauwe affectieve relatie met de primair gekwetste te noemen is mogelijk ingegeven door de wens van de wetgever om de kring van gerechtigden ter zake van vergoeding van schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis niet te ruim te trekken.¹⁰ Daartoe pleegt ook in andere jurisdicties (bijvoorbeeld Engeland en Wales¹¹ en Duitsland¹²) in dergelijke gevallen – buiten het geval waarin de geschrokkene zelf in gevaar heeft verkeerd – de aanspraak wel te worden beperkt tot personen die met de primair gekwetste een nauwe affectieve relatie onderhouden.¹³ Maar de Hoge Raad formuleert het niet als harde eis (‘met name’): naar de letter van de tekst van het arrest is het een illustratie van gevallen waarin een dergelijke confrontatie een hevige schok en geestelijk letsel kan veroorzaken. Dat (hevige schok en geestelijk letsel) kan zich niettemin ook (en heel wel) voordoen bij personen die geen affectieve relatie met de gekwetste onderhouden.

Ten aanzien van het tweede (de voor vergoeding in aanmerking komende schade) valt op dat de Hoge Raad in het arrest (en ook in andere arresten over deze thematiek) verder alleen spreekt over vergoeding van immateriële schade.¹⁴ Op zichzelf is denkbaar dat, ook wanneer wordt aangenomen dat jegens de geschrokkene onrechtmatig is gehandeld, de relativiteitseis zo wordt ingevuld dat de geschonden norm alleen bescherming biedt tegen immateriële schade (vergelijk ‘schade’ in art. 6:163 BW, ook wel *belang*),¹⁵ maar ik lees een dergelijke beperking niet in de arresten, en ik zie er ook geen aanleiding voor.¹⁶ Ontstaat als gevolg van waarneming van of confrontatie met

9. Zie voor de explicitering van de drie elementen (persoon, wijze van ontstaan, belang) van relativiteit HR 7 mei 2006, NJ 2006/281 m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda).
10. MO I Inv., Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1857.
11. Page v. Smith [1996] AC 155 en White v. Chief Constable of the South Yorkshire Police [1999] 2 AC 455.
12. BGH, NJW 2007/2764 en NJW 2015/1451.
13. Enkele feitenrechtters hebben in Nederland ook die lijn gevolgd: Rb. Rotterdam 1 december 2010, NJF 2011/129; Rb. Rotterdam 13 augustus 2014, JA 2014/126 m.nt. M.E. Franke.
14. In de zaak van het Taxibus-arrest was door het hof overigens wel vergoeding van vermogensschade toegewezen.
15. Vgl. hetgeen hiervoor is gezegd over de drie elementen van relativiteit.
16. Ook de minister gaat ervan uit dat in geval van confrontatie met een schokkende gebeurtenis vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt (Kamerstukken II 2015/16, 34257, 6, p. 3 (NV)).

een schokkende gebeurtenis geestelijk letsel, dan kan dit, als gezegd, leiden tot een 'volwaardige letselschade'.¹⁷ In ander verband (werkgeversaansprakelijkheid) heeft de Hoge Raad aansprakelijkheid voor psychisch letsel en voor fysiek letsel gelijkgeschakeld.¹⁸ Meer in het algemeen zou voor de aanspraak op vergoeding van de volledige schade, dus ook van vermogensschade, nog kunnen worden aangevoerd dat ons rechtsstelsel met artikel 6:95 BW aan vergoeding van vermogensschade een hogere prioriteit geeft dan aan vergoeding van ander nadeel, en dat ook in andere rechtsstelsels in dergelijke gevallen vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt.

Ten aanzien van de na confrontatie met een schokkende gebeurtenis voor vergoeding in aanmerking komende schade is nog wel een andere overweging uit het Taxibus-arrest van belang:

'Bij het naar billijkheid schatten van de immateriële schadevergoeding zal de rechter ermee rekening moeten houden dat in een geval als het onderhavige een onderscheid moet worden gemaakt tussen het verdriet van de getroffene dat een gevolg is van de dood van haar kind, ter zake waarvan haar geen vergoeding kan worden toegekend, en haar leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval ter zake waarvan haar wel een schadevergoeding toekomt.'

'(...) Degene die door de confrontatie met de gevolgen van het ongeval geestelijk letsel heeft opgelopen, een en ander zoals hiervoor nader omschreven, heeft te dier zake recht op schadevergoeding, ook voor zover van een samenloop sprake is. De rechter zal aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid en schattenderwijs een afweging moeten maken in hoeverre bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding met deze samenloop rekening wordt gehouden.'¹⁹

Deze overweging illustreert dat de Hoge Raad met de erkenning van een aanspraak op schadevergoeding voor geschrokken enerzijds ruimte opzoekt die het stelsel van artikel 6:107, 6:107a en 6:108 BW laat voor een eigen vordering uit onrechtmatige daad van de geschrokken, maar anderzijds het karakter van dat stelsel poogt te respecteren. Ook als jegens de geschrokken onrechtmatig is gehandeld, heeft hij buiten artikel 6:107, 6:107a en 6:108 BW immers geen recht op vergoeding van schade *die het gevolg is van de verwonding of het overlijden* van de naaste. Men zij erop bedacht dat deze overweging een antwoord vormt op het cassatiemiddel dat was gericht tegen het oordeel van het hof, dat het 'verbod' op vergoeding van immateriële schade aan nabestaanden niet in de weg staat aan vergoeding van schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis, ook al zijn die in een geval als het onderhavige onontwaarbaar met elkaar verweven. De overweging dient er dan ook primair toe om de mogelijkheid van een aanspraak op vergoeding te bevestigen, ook in gevallen waarin tevens verdriet om het verlies van een naaste aan de orde is, dat toen niet voor vergoeding in aanmerking kwam.

De overweging heeft tevens een instructief karakter: bij het 'naar billijkheid schatten van de immateriële schadevergoeding' moet de rechter 'rekening houden' met het onderscheid en hij moet 'aan de hand van de omstandigheden van het geval naar billijkheid schattenderwijs een afweging (...) maken in hoeverre bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding met deze samenloop rekening wordt gehouden'. Heel precies is deze instructie niet. Zij lijkt beperkt tot de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade. Dat is in zoverre begrijpelijk omdat in het arrest kennelijk alleen de vraag naar vergoeding van die schade speelde. Maar vanuit wetssystematisch oogpunt zou zij evenzeer moeten gelden voor vermogensschade.²⁰ De feitenrechtspraak is er intussen enigszins wisselend mee omgegaan. Soms werd een deskundige gevraagd om beide 'schadesoorten' te onderscheiden,²¹ soms ging men uit van een 50/50-verdeling,²² veelal ging de rechter eenvoudigweg over tot een schatting van de immateriële schade die het gevolg was van de confrontatie,²³ en soms wees hij gewoon zonder veel omhaal van woorden vergoeding van de volledige schade toe.²⁴ Dit alles is relevant, omdat het iets leert over de wijze waarop nu met de samenloop van smartengeld voor naasten en nabestaanden met de schadevergoeding wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis moet worden omgegaan.

17. Vgl. Rb. Rotterdam 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9882, JA 2016/45 m.nt. M.E. Franke, waarin ook een regresvordering tot vergoeding van vermogensschade wordt aanvaard. Hof Den Haag 19 september 2006, VR 2007/83 (regresvordering van werkgever). Zie voorts bijv. Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, JA 2015/43 m.nt. M.R. Hebly (enkele vermogensschadeposten) en Rb. Den Haag 7 december 2016, JA 2017/26 m.nt. I. van der Zalm (vergoeding wegens studievertraging), en door de strafrechter: Hof Arnhem-Leeuwarden 11 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9826 (kosten therapie), Rb. Gelderland 29 november 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6132 (verlies arbeidsvermogen), Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10871 (verlies arbeidsvermogen, medische kosten), Rb. Limburg 29 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2963 (kosten van behandeling, onbetaald verlof, reiskosten), Rb. Overijssel 5 juli 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2316 (kosten therapie, verlies arbeidsvermogen) en Rb. Midden-Nederland 17 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3330 (eigen risico zorgverzekering, studievertraging).

18. HR 11 maart 2005, NJ 2010/309 m.nt. T. Hartlief (ABN AMRO/Nieuwenhuys).

19. HR 22 februari 2002, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus), r.o. 5.4.

20. Zie eerder S.D. Lindenbergh, Psychische schade door schrik, Tremas 2002, p. 335-343.

21. Bijv. Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2964, JA 2014/120 m.nt. R.P. Wijne.

22. Bijv. Hof Leeuwarden 8 mei 2002, NJ 2003/233.

23. Bijv. Hof Leeuwarden 19 juni 2002, NJ 2003/20 en Rb. Haarlem 23 juli 2003, VR 2005/74.

24. Bijv. Rb. Noord-Nederland 11 februari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:507, JA 2015/43 m.nt. M.R. Hebly (Marianne Vaatstra) en Rb. Rotterdam 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9882.

3. Samenloop

Nu de wet per 1 januari 2019 voorziet in een naar omvang beperkte aanspraak op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade van bepaalde naasten en nabestaanden, kan zich eenvoudig de situatie voordoen dat iemand langs beide hiervoor geschetste routes een aanspraak op schadevergoeding geldend kan maken. Denk aan een casus als in het *Taxibus*-arrest: niet alleen jegens het kind, maar ook jegens de moeder is onrechtmatig gehandeld, zodat zij op die grond een vordering tot vergoeding van schade wegens haar eigen (psychische) kwetsing geldend kan maken. Doet eenzelfde ongeval zich voor na 1 januari 2019, dan zou de moeder bovendien op grond van artikel 6:108 lid 3 jo. lid 4 sub c BW aanspraak hebben op vergoeding ter zake van ander nadeel dan vermogensschade ter hoogte van € 17.500. Beide aanspraken lopen dan samen.

Wat betekent dit voor de omvang van de vergoeding? De moeder heeft in dat geval in de eerste plaats de aanspraken die artikel 6:108 BW haar als nabestaande biedt: (voor zover aanwezig) derving van levensonderhoud, kosten van lijkbezorging en de vaste vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade die zij lijdt door het verlies van haar dochter (in casu € 17.500). In de tweede plaats heeft zij in mijn ogen op grond van artikel 6:162 BW recht op vergoeding van de schade die zij (verder) als gevolg van het ongeval lijdt: (voor zover aanwezig) kosten van behandeling, verlies aan arbeidsvermogen en redelijke kosten van verhaal. Ook heeft zij, wanneer bij haar sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, volgens artikel 6:162 jo. artikel 6:106 sub b BW recht op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade dat daarvan het gevolg is. De omvang van deze vergoeding wordt naar billijkheid vastgesteld. Dat betekent in de praktijk dat de rechter aan de hand van de aard, de ernst en de duur van het geestelijk letsel zal dienen te vergelijken met gevallen waarin eerder smartengeld werd toegewezen.²⁵

De vergoedingen voor vermogensschade op ieder van de gronden (art. 6:108 en 6:162 BW) zullen gewoon cumuleren. Hoe moet de cumulatie van de artikel 6:108 lid 3-smartengeldvordering met de smartengeldvordering op grond van artikel 6:162 jo. artikel 6:106 sub b BW nu in de praktijk concreet vorm krijgen? Uit de bedoeling van de Hoge Raad in het *Taxibus*-arrest moet worden opgemaakt dat in geval van confrontatie met een schokkende gebeurtenis geen vergoeding wordt geboden voor het verdriet om het verlies van een naaste. In de feitenrechtspraak is sindsdien vastgehouden aan de onmogelijkheid van toewijzing van een smartengeld voor nabestaanden. Dat betekent dat de in het verleden ter zake van confrontatie toegewezen smartengeldbedragen ook voor de toekomst richtinggevend kunnen zijn. Bezien we de vergoedingen ter zake van immateriële schade als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis, dan variëren die van € 5.000 tot € 50.000, maar bedragen zij sinds 2014 veelal tussen € 10.000

en € 40.000.²⁶ Dat betekent dat naasten en nabestaanden die tevens voldoen aan de vereisten voor een vergoeding wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis naast het wettelijk vastgestelde bedrag aan smartengeld voor naasten en nabestaanden (€ 12.500 à € 20.000) aanspraak zullen hebben op een smartengeldbedrag – afhankelijk van de ernst van hun geestelijk letsel – tussen € 10.000 en ongeveer € 40.000.

Dan nog een opmerking over de – gelukkig sporadische – gevallen van toepasselijkheid van artikel 6:106 sub a BW (oogmerk). Ook in die gevallen is de billijkheid beslissend voor de omvang van het smartengeld, maar verdedigbaar is dat die dan tot een ander resultaat leidt dan enkel weging van de aard, de ernst en de duur van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde. Dat kan bijvoorbeeld verklaren waarom op die grond eens f100.000 werd toegewezen.²⁷ Ook zonder dat men hier direct in exorbitante *punitive damages* behoeft te belanden, kan de functie van genoegdoening hier wel een forse opslag rechtvaardigen. Enkel oriëntatie op de in het besluit affectieschade genoemde bedragen²⁸ lijkt mij in die gevallen dan ook niet zonder meer gepast. Is er sprake van ernstig geestelijk letsel, dan zal dat op de hiervoor genoemde grond

26. Toewijzingen na 2014 t/m juli 2018 door de civiele rechter: ECLI:NL:RBNNE:2015:507 (€ 40.000), ECLI:NL:RBGEL:2016:5852 (€ 40.000) en ECLI:NL:RBDHA:2016:15321 (€ 10.000), en door de strafrechter: ECLI:NL:GHSHE:2015:255 (€ 5.000), ECLI:NL:RBMNE:2015:9167 (€ 17.500), ECLI:NL:RBDHA:2015:12109 (€ 23.000), ECLI:NL:GHARL:2016:3214 (€ 20.000), ECLI:NL:GHSHE:2016:1695 (€ 20.000), ECLI:NL:RBGEL:2016:2470 (€ 30.000), ECLI:NL:GHSHE:2016:2429 (€ 10.000), ECLI:NL:GHDHA:2016:2678 (€ 15.000), ECLI:NL:RBROT:2016:7166 (€ 5.000), ECLI:NL:RBMNE:2017:405 (€ 20.000 en € 25.000), ECLI:NL:GHSHE:2017:132 (€ 25.000), ECLI:NL:GHARL:2017:1562 (€ 20.000), ECLI:NL:RBAMS:2017:1865 en 1976 (€ 7500), ECLI:NL:RBGEL:2017:3232 (€ 20.000 en € 7500), ECLI:NL:RBMNE:2017:3201 (€ 15.000), ECLI:NL:GHAMS:2017:2494, 2496 en 2497 (€ 10.000), ECLI:NL:RBAMS:2017:4885 (€ 1.500), ECLI:NL:RBOVE:2017:2822 (€ 5.000), ECLI:NL:RBGEL:2017:4469 (€ 20.000), ECLI:NL:RBNHO:2017:7889 (€ 15.000), ECLI:NL:RBDHA:2017:11127 (€ 15.000), ECLI:NL:RBOBR:2017:5698, 5705 en 5707 (€ 5000), ECLI:NL:GHARL:2017:9826 (€ 20.000), ECLI:NL:RBLIM:2017:11181 (€ 2.500), ECLI:NL:RBGEL:2017:6132 (€ 15.000), ECLI:NL:RBGEL:2017:6191 en 6186 (€ 10.000), ECLI:NL:GHARL:2017:10871 (€ 7.500), ECLI:NL:GHARL:2017:11128 (€ 20.000 en € 7500), ECLI:NL:RBROT:2017:10087 (€ 5.000), ECLI:NL:RBMNE:2017:6439 (€ 20.000), ECLI:NL:RBAMS:2018:4910 (€ 7500), ECLI:NL:RBLIM:2018:2963, 2962 en 2964 (€ 10.000), ECLI:NL:RBAMS:2018:1842 (€ 1.000), ECLI:NL:GHAMS:2018:1135 (€ 35.000), ECLI:NL:GHSHE:2018:1595 (€ 10.000), ECLI:NL:RBROT:2018:3365 (€ 10.000), ECLI:NL:RBNNE:2018:1770 (€ 15.000), ECLI:NL:RBAMS:2018:3196, 3190, 3222 en 3223 (€ 15.000), ECLI:NL:GHAMS:2018:1618 en 1619 (€ 15.000), ECLI:NL:RBGEL:2018:2399 (€ 6000), ECLI:NL:RBOVE:2018:1828 en 1841 (€ 15.000), ECLI:NL:RBAMS:2018:3721 (€ 25.000), ECLI:NL:RBLIM:2018:5958 (€ 10.000), ECLI:NL:GHAMS:2018:2091 (€ 15.000), ECLI:NL:RBOVE:2018:2315 en 2323 (€ 9000), ECLI:NL:RBNHO:2018:5988 (€ 15.000), ECLI:NL:RBGEL:2018:3129 (€ 11.250), ECLI:NL:GHARL:2018:6382 (€ 25.000), ECLI:NL:RBMNE:2018:3274 (€ 20.000), ECLI:NL:RBDHA:2018:8476 (€ 3.000), ECLI:NL:RBMNE:2018:3330 (€ 40.000 en € 20.000) en ECLI:NL:RBLIM:2018:7038 (€ 10.000).

27. HR 26 oktober 2001, NJ 2002/216 m.nt. J.B.M. Vranken (Oogmerk).

28. Zoals Rb. Midden-Nederland 25 april 2018, C/16/370429 / HA ZA 14-452.

25. Vgl. HR 8 juli 1992, NJ 1992/714 (AMC/O) en HR 17 november 2000, NJ 2001/215 m.nt. A.R. Bloembergen (Druifff/Bouw).

(cumulatie) al een aanzienlijk hoger bedrag rechtvaardigen, maar ook de genoegdoeningsgedachte kan daarbovenop een opstuwend effect hebben.

Mijn conclusie is dus, kort gezegd, dat de aanspraak op smartengeld wegens verdriet om de verwonding of het overlijden van een naaste cumuleert met de aanspraak op schadevergoeding wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis.²⁹

4. Betekenis van het smartengeld voor naasten en nabestaanden voor de 'shockschadevorderingen'

Bezie men de feitenrechtspraak sinds 2002, het jaar waarin de Hoge Raad de vordering tot vergoeding van schade door een schokkende gebeurtenis aanvaardde, dan valt op dat dergelijke vorderingen een tamelijk hoge vlucht hebben genomen. Het lijkt inmiddels te gaan om enige tientallen per jaar (in rechte). Dat is opmerkelijk, omdat de drempels voor een dergelijke vordering tamelijk hoog zijn: er moet immers een voldoende directe confrontatie hebben plaatsgehad en aan de hand van deskundigenrapportage moet de aanwezigheid van geestelijk letsel worden gestaafd. Bezie men de rechterlijke toewijzingen, dan lijkt het voornamelijk te gaan om smartengeldbedragen, als gezegd veelal tussen € 10.000 en € 40.000.³⁰

De vraag is of, en zo ja hoe, de invoering van een smartengeld voor naasten en nabestaanden deze praktijk feitelijk en juridisch zal beïnvloeden. Voor een dergelijke aanspraak is immers niet nodig dat is voldaan aan de confrontatie-eis en evenmin dat sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Bovendien staat, wanneer aansprakelijkheid is vastgesteld, veelal op voorhand vast dat aan de naaste of nabestaande een bedrag tussen € 12.500 en € 20.000 toekomt. Wel is nodig dat de naaste of nabestaande valt binnen de in de wet min of meer limitatief omschreven kring van gerechtigden.

Zoals hiervoor is beargumenteerd, kan de vordering tot vergoeding van schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis cumuleren met een smartengeldvordering ter zake van ernstige en blijvende verwonding of overlijden van een naaste.³¹ Zo bezien, maar ook vanwege eventuele vermogensschade, houden 'geschrokkenen' belang bij hun vordering wegens confrontatie, ook wanneer zij tot de kring van (nieuwe) gerechtigden in artikel 6:107 en 6:108 BW behoren. Zij moeten dan wel aan de in de rechtspraak geformuleerde strenge eisen voldoen.

Welke invloed van het bestaan van de aanspraak op smartengeld voor naasten en nabestaanden in feite zal uitgaan, is moeilijk te voorspellen. Het lijkt me niettemin denkbaar dat,

ondanks de mogelijkheid van cumulatie, het aantal vorderingen wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis zal afnemen. Voorheen stond voor naasten en nabestaanden geen andere civielrechtelijke³² route ter compensatie van hun leed open dan een vordering tot schadevergoeding wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis. Nu dat per 1 januari 2019 wel het geval zal zijn, lijkt het me denkbaar dat naasten en nabestaanden die deze nieuwe weg kunnen bewandelen, de lastigere 'oude' route eerder links zullen laten liggen.

Naast het feitelijke effect van de invoering van een aanspraak op smartengeld voor naasten en nabestaanden is het denkbaar dat dit ook op het meer juridische vlak gevolgen zal gaan hebben. Het lijkt me in ieder geval onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad de vereisten voor een aanspraak op schadevergoeding wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis zal veruimen. De wetgever heeft nu immers gesproken door naast de sluiproute van het Taxibus-arrest een koninklijke weg in de vorm van uitbreiding van de regeling van de derdenschade te plaveien. Ik kan het niet staven, maar het zou mij niet verbazen als de Hoge Raad in het Vilt-arrest de confrontatie-eis niet heeft willen versoepelen omdat hij toen (2009) op korte termijn (2010) invoering van een recht op smartengeld voor naasten en nabestaanden verwachtte. Ik verwacht (en hoop) dat de Hoge Raad hier de 'hand op de knip zal houden' en sluit niet uit dat hij, omdat het hier eigenlijk gaat om een sluiproute, de eisen voor een vordering wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis, in overeenstemming met andere jurisdicties, nog wat zal aanscherpen.³³ Dat zou kunnen door de aanspraak op volledige schadevergoeding (vermogensschade en ander nadeel) alleen toe te kennen aan degenen van wie op inhoudelijke gronden kan worden gezegd dat zij onder de bescherming van de in casu geschonden norm vallen. Of dat het geval is, zal afhangen van de in kwestie geschonden norm: was het oogmerk van de aansprakelijke gericht op kwetsing van de 'geschrokkenen', dan is dat reden om onrechtmatigheid ook jegens hem aan te nemen.³⁴ Gaat het om een verkeersongeval, dan zal bijvoorbeeld aan de hand van de op dat punt ontwikkelde rechtspraak kunnen worden vastgesteld of de 'geschrokkenen' 'betrokken' was bij het verkeersongeval in de zin van artikel 185 van de Wegenverkeerswet 1994 (WVW 1994). Denkbaar is ook dat men meer in het algemeen bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen als criterium hanteert of de 'geschrokkenen' redelijkerwijs gevaar voor zijn eigen gezondheid heeft ervaren. Gaat het om een arbeidsongeval (bijvoorbeeld een kraanmachinist ziet zijn col-

29. Zie ook in deze zin M. Hebly, I. van der Zalm & E. Engelhard, Wetsvoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten, AA 2015, p. 103.

30. Zie over de omvang van het smartengeld bij confrontatie met een schokkende gebeurtenis ook mijn noot onder HR 4 oktober 2016, NJ 2017/89.

31. De twee laatstgenoemde vorderingen cumuleren overigens volgens art. 6:108 lid 6 BW niet.

32. Ik laat hier een beroep op het Schadefonds Geweldsmisdrijven, dat al sinds 2012 een tegemoetkoming ter zake van leed biedt aan nabestaanden, buiten beschouwing.

33. Zo ligt in Duitsland de lat voor een aanspraak op schadevergoeding wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis fors hoger door de hoge eisen die daar worden gesteld aan de ernst van het geestelijk letsel en aan de aanwezigheid bij de gebeurtenis, en geldt in Engeland en Wales als uitgangspunt (en in verschillende staten van de VS als regel) dat de geschrokkenen om als 'primary victim' te gelden zelf in gevaar moet hebben verkeerd.

34. Vgl. HR 26 oktober 2001, NJ 2001/216 m.nt. J.B.M. Vranken (Oogmerk).

lega verongelukken, doordat deze als gevolg van een kabelbreuk door de lading van de kraan wordt getroffen), dan zal voor aansprakelijkheid van de werkgever het beschermingsbereik van artikel 7:658 BW moeten worden beproefd. Gaat het om aansprakelijkheid voor dieren (bijvoorbeeld iemand die een hartaanval krijgt omdat zij ziet dat haar schoothondje wordt aangevallen³⁵), dan zal het beschermingsbereik van artikel 6:179 BW leidend zijn. Een dergelijke stevigere dogmatische inbedding zou niet alleen meer rechtszekerheid bieden, maar ook meer recht doen aan de aard van het probleem: veelal gaat het in de praktijk eigenlijk om een ‘derdenschade’ (men lijdt schade omdat een ander is getroffen), die in de systematiek van ons recht nu in de wet (art. 6:107 e.v. BW) bescherming heeft gekregen: de sluiproute van het Taxibus-arrest is daarvoor niet langer nodig. Dat heeft ook het praktische voordeel dat deze derden niet hoeven aan te tonen dat zij ziek zijn geworden (in de psychiatrie erkend ziektebeeld), zodat zij niet – zoals volgens de ‘confrontatierechtspraak’ – in een ‘ziektetraject’ worden gedwongen. Het heeft bovendien het voordeel dat niet langer hoeft te worden gegist naar de relevantie van een ‘nauwe affectieve relatie’. In dat belang wordt nu immers juist voorzien door het smartengeld voor naasten en nabestaanden. Het is dan niet nodig om een dergelijke voorwaarde ook nog te stellen voor aansprakelijkheid voor schade door psychisch letsel als gevolg van confrontatie met een schokkende gebeurtenis. Iets anders is dat ook in de geschetste systematiek nog steeds de exclusieve strekking van artikel 6:107 en 6:108 BW een rol kan spelen: voor zover de schade van de ‘geschrokkenen’ een gevolg is van het letsel of het overlijden van een naaste, komt deze buiten die artikelen niet voor vergoeding in aanmerking, ook niet wanneer de ‘geschrokkenen’ een zelfstandige aansprakelijkheidsgrond (art. 6:162 en 7:658 BW, enzovoort) kan invoeren.

Verder denk ik – en (ook) van deze gedachte is mijn wens de vader – dat na de invoering van een smartengeld voor naasten en nabestaanden de strafrechter minder welwillend zal worden in het ontvangen van vorderingen wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis. Het strafproces sluit behandeling van een dergelijke vordering weliswaar niet uit,³⁶ maar toewijzing van vaste bedragen aan een vaste kring van gerechtigden, zoals voorzien in artikel 6:108 BW,³⁷ verdraagt zich er beter mee dan een adequate behandeling van een toch veelal complexe vordering ter zake van confrontatie met een schokkende gebeurtenis.

5. Besluit

De invoering van een smartengeld voor naasten van ernstig en blijvend verwonden en voor nabestaanden leidt ertoe dat deze aanspraak kan cumuleren met de vordering tot schadevergoe-

ding wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis. Een naaste of nabestaande die aan de eisen van beide ‘routes’ voldoet, zal – behalve op vergoeding van daarvoor in aanmerking komende vermogensschade – niet alleen recht hebben op smartengeld wegens verlies, maar ook op smartengeld wegens persoonsaantasting.

De invloed van de invoering van een smartengeld voor naasten en nabestaanden op het aantal vorderingen tot schadevergoeding wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis is moeilijk te voorzien: enerzijds kan cumulatie het instellen van beide vorderingen aantrekkelijk maken, anderzijds kan door het in het leven roepen van een smartengeld voor naasten en nabestaanden de noodzaak tot het aanhangig maken van een complexe vordering tot vergoeding van schade door confrontatie met een schokkende gebeurtenis minder worden gevoeld.

Ten slotte is denkbaar dat de rechter zijn beleid inzake vorderingen tot schadevergoeding wegens confrontatie met een schokkende gebeurtenis na de invoering van een smartengeld voor naasten en nabestaanden aanpast: de Hoge Raad zou striktere criteria kunnen formuleren en de strafrechter zou dergelijke vorderingen in de toekomst minder kunnen ontvangen. Beide ontwikkelingen zouden mijn instemming hebben.

35. Vgl. Hof Arnhem 19 december 2000, VR 2001/188.

36. Vgl. HR 27 september 2016, NJ 2017/88 m.nt. S.D. Lindenbergh.

37. Aan de vergoeding aan naasten van een ernstig en blijvend verwonde (art. 6:107 lid 1 sub b BW) zou ik mij als strafrechter vanwege het complexe letselcriterium voorlopig al helemaal niet wagen; de MvT (Kamerstukken II 2014/15, 34257, 3, p. 7) is op dit punt overigens ook gereserveerd.