

ANNOTATIE

# Hoogveeen heeft weinig gemeen.

***E.P.E. Fluit***

*Annotatie bij Hoge Raad, 28-06-2022, ECLI:NL:HR:2022:958 (PS-2022-0453, SR-2022-0134)*

## ***Annotatie bij Hoge Raad 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958.***

*Op 28 juni 2022 wees de Hoge Raad een nieuw standaardarrest voor vergoeding van shockschade/schokschade, waarin gezichtspunten worden gegeven en waarin bovendien het confrontatiecriterium nader is gespecificeerd. De uitspraak lijkt voor een grote groep 'naasten' een weg te banen naar vergoeding van schokschade.*

### **1. Inleiding en feiten**

Op 28 juni 2022 wees de Hoge Raad arrest (ook wel aangeduid als het *Hoogveeen*-arrest) in een spraakmakende maar gruwelijke zaak, waarin een vrouw door het hof was veroordeeld voor het opzettelijk van een flat doen of laten vallen van haar dochter, ten gevolge waarvan de dochter is overleden. Wetende wat er was voorgevallen, is vader in het mortuarium afscheid gaan nemen. Daarbij is hij geconfronteerd met het verminkte lichaam van zijn dochter. Tijdens de voorbereiding van een klacht wegens het niet-vervolgen van moeder, die uiteindelijk tot vervolging van moeder heeft geleid, is vader voorts geconfronteerd met details over en beelden van het primaire feit en de plaats delict. Vader lijdt ten gevolge van de confrontatie(s) aan (ernstige) PTSS en voegde zich in het strafproces met een vordering tot vergoeding van schokschade.

Het hof verklaarde het ten laste gelegde bewezen en wees de schokschadevergoeding (gematigd tot een bedrag van € 20.000) toe (Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:159). De moeder komt op tegen dat oordeel en stelt dat 'de confrontatie van de benadeelde partij met het slachtoffer geen onverhoeds karakter heeft gehad' en dat dus niet aan het zogenoemde directe confrontatiecriterium is voldaan (Concl. A-G P.C. Vegter 22

maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:255, par. 67). De Hoge Raad maakt van de mogelijkheid gebruik door een nieuw schokschade-arrest te wijzen, dat op belangrijke punten anders is dan zijn voorgangers.

## **2. Achtergrond en aanleiding voor herziening**

De grondslag voor een vordering wegens schokschade dient, anders dan bij affectieschade, te liggen in een daad die rechtstreeks jegens de geschokte onrechtmatig is, hetgeen reeds volgt uit het *Taxibus*-arrest (HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, r.o. 5.4). Meest interessant is de situatie waarin de geschokte niet het primaire feit waarneemt, maar wordt geconfronteerd met de gevolgen. Voor onrechtmatigheid jegens de geschokte moe(s)t in dat geval sprake zijn van (i) een ernstige primaire normschending, (ii) een (nauwe) affectieve band met het slachtoffer, (iii) directe confrontatie met de gevolgen, (iv) een hevige emotionele schok en (v) daardoor ontstaan geestelijk letsel. In 2009 overwoog de Hoge Raad in het *Vilt*-arrest bovendien dat bij bepaling of sprake is van directe confrontatie de aard en ernst van de primaire normschending, waaronder het antwoord op de vraag of sprake is van opzet, geenszins van belang is (HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, r.o. 3.5). Voor versoepeling van het confrontatiecriterium was dus geen plaats.

Met *Vilt* bleek door de feitenrechtspraak op zijn zachtst gezegd creatief om te worden gegaan. De rechtbank Arnhem bijvoorbeeld refereerde aan de overweging uit *Taxibus* dat voor directe confrontatie niet vereist is dat de geschokte bij de primaire (dodelijke) gebeurtenis aanwezig is geweest en oordeelde daarom dat slechts de confrontatie met mediaberichten over de primaire gebeurtenis en met het strafdossier genoeg was om aan het confrontatiecriterium te voldoen (Rb. Arnhem 9 juni 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM7045, r.o. 2.5). In hoger beroep werd de confrontatie van de ouders met de gevolgen van de ernstige, opzettelijke gewelddaden gelijkgesteld aan een waarneming van de primaire normschending (Hof Arnhem-Leeuwarden 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9440, r.o. 4.5 (*Bradaric*)). Daarbij zij opgemerkt dat pas in het arrest van het hof naar voren komt dat de ouders kort na de gebeurtenis in verband met identificatie van het slachtoffer door de politie werden geconfronteerd met zaken rechtstreeks van de plaats delict. De zaken gaven (zo lijkt het) een goed beeld van het geweld dat hun dochter heeft meegemaakt. Vergelijkbaar is de zaak *Anne Faber*, waarin de broer van het slachtoffer tijdens inspanning van de familie voor gerechtigheid het strafdossier heeft ingezien en geconfronteerd werd met gedetailleerde informatie, waaronder beelden van de sporen van geweld op het lichaam van zijn zus (Hof Arnhem-Leeuwarden 5 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5542, bekrachtigd in HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1092).

Dat de ouders in bijvoorbeeld de *Bradaric*-zaak geschokt zullen zijn, zal niemand durven te

betwijfelen. Omdat door deze schok, waarvan de oorzaak duidelijk een daad van een specifiek persoon is, ook nog eens objectiveerbaar geestelijk letsel is ontstaan, waardoor de geschokte schade lijdt, is het gevoelsmatig moeilijk te verdedigen dat de schade niet verhaalbaar is (waarover ook R. Rijnhout & I. Giesen, 'Rechterlijke "ongehoorzaamheid" en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock- en affectieschade keren?', *Privaatrecht Actueel* 2011/6870, p. 35). Dat is ook een belangrijke reden waarom gemeend werd dat het vroegere confrontatiecriterium, waarbij – naar werd aangenomen – in principe sprake moest zijn van directe confrontatie met de *aftermath* op de plaats delict, vaak geen recht deed aan de situatie (E. Engelhard, 'Opzettelijke levensberoving en shockschade', *NTBR* 2008/40, par. 5 en 6). In het geval dat de naaste pas later, bijvoorbeeld in het mortuarium of tijdens de rechtszaak, wordt geconfronteerd met de gevolgen, blijft in de woorden van Engelhard bij deze benadering opzettelijke schending van de norm van eerbiediging van het privéleven in het aansprakelijkheidsrecht zonder noemenswaardige gevolgen voor de dader (E. Engelhard, 'Opzettelijke levensberoving en shockschade', *NTBR* 2008/40, par. 2). Dat is maatschappelijk niet gewenst, maar toch bleef de Hoge Raad tot voor kort bij zijn eerdere rechtspraak (HR 27 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2201, r.o. 3.4 en HR 4 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2241, r.o. 3.3). Zodoende werden misdrijven, die in de nasleep van het gebeuren voor naasten extra confronterende gevolgen kunnen meebrengen, volgens Hartlief eigenlijk in de mal van verkeersongevallen – de mal van *Taxibus* – geperst (T. Hartlief, 'Aansprakelijkheid voor shockschade 2.0', *NJB* 2022/1591).

Het is met name vanwege het voorgaande dat advocaten-generaal Spronken en Lindenbergh de Hoge Raad in overweging gaven duidelijkheid te verschaffen omtrent onder meer de uitleg van het confrontatiecriterium (Concl. A-G's T.N.B.M. Spronken en S.D. Lindenbergh 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, par. 4.5.1). De Hoge Raad deed die zaak af zonder op de materie in te gaan. In de hier besproken zaak was dat anders.

### **3. Analyse en duiding**

De voornoemde motivering van rechtbank Arnhem, dat niet vereist is dat een gelaedeerde bij de primaire (dodelijke) gebeurtenis aanwezig is geweest en dat voor het confrontatiecriterium (dus) voldoende was dat sprake is van confrontatie met (mediaberichten en) het strafdossier, is naar de toen geldende rechtspraak van de Hoge Raad bezien niet sluitend. Uit *Taxibus* volgt immers niet dat middellijke confrontatie – dat wil zeggen met een omweg, zoals van horen zeggen of van een foto – voldoende kan zijn. Aan de hand van *Hoogeveen* is het oordeel van rechtbank Arnhem wel verdedigbaar. De Hoge Raad geeft in de hier voorliggende uitspraak een drietal gezichtspunten die worden betrokken bij de beoordeling van de onrechtmatigheid jegens de geschokte:

‘- De aard, de toedracht en de gevolgen van de jegens het primaire slachtoffer gepleegde onrechtmatige daad, waaronder de intentie van de dader en de aard en ernst van het aan het primaire slachtoffer toegebrachte leed.

- De wijze waarop het secundaire slachtoffer wordt geconfronteerd met de jegens het primaire slachtoffer gepleegde onrechtmatige daad en de gevolgen daarvan. Daarbij kan onder meer worden betrokken of hij door fysieke aanwezigheid of anderszins onmiddellijk kennis kreeg van het onrechtmatige handelen jegens het primaire slachtoffer, of dat hij nadien met de gevolgen van dit handelen werd geconfronteerd. Bij een latere confrontatie kan een rol spelen in hoeverre zij onverhoeds was. Bij het aan dit gezichtspunt toe te kennen gewicht kan meewegen of het secundaire slachtoffer beroepsmatig of anderszins bedacht moest zijn op een dergelijke schokkende gebeurtenis

- De aard en hechtheid van de relatie tussen het primaire slachtoffer en het secundaire slachtoffer, waarbij geldt dat bij het ontbreken van een nauwe relatie niet snel onrechtmatigheid kan worden aangenomen.’ (r.o. 3.5)

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat aan geen van deze gezichtspunten doorslaggevende betekenis toekomt, maar dat zij van geval tot geval in onderlinge samenhang dienen te worden beschouwd (r.o. 3.6). Ook de vaten ‘wijze van confrontatie met de gevolgen’ en ‘aard en ernst van de primaire normschending’ communiceren nu dus met elkaar (zie over communicerende vaten S.D. Lindenbergh, ‘Psychische schade door schrik’, *Trema* 2002, p. 338). *Vilt* is wat dat betreft dus niet meer van waarde.

Bij het tweede gezichtspunt overweegt de Hoge Raad dat niet noodzakelijk is dat de confrontatie onverhoeds en onvermijdbaar was. Hoewel de Hoge Raad er verder geen woorden aan wijdt, is dat in mijn optiek verdedigbaar. Toegepast op de *Hoogeveen*-casus zou de eis van een onverhoedse confrontatie namelijk met zich brengen dat vader geen afscheid zou kunnen nemen van zijn dochter, althans dat hij van tevoren zou moeten bedenken of het wel verstandig is om afscheid te nemen. Dat kon mijns inziens onder de gegeven omstandigheden en gelet op de emotionele staat waarin vader zal hebben verkeerd niet van vader worden verwacht. Gewezen zij in dit verband ook op hetgeen de advocaat van vader onweersproken heeft aangedragen, namelijk dat Slachtofferhulp vader bovendien heeft aangeraden om afscheid te nemen, in het licht van de rouwverwerking (r.o. 3.1).

De Hoge Raad maakt voorts duidelijk dat met de eerder als zodanig opgevatte eis dat sprake zou moeten zijn van ‘een in de psychiatrie erkend ziektebeeld’ is bedoeld dat sprake moet zijn van ‘geestelijk letsel dat gelet op aard, duur en/of gevolgen ernstig is, en in voldoende mate objectiveerbaar’ (r.o. 3.7). De diagnose van bijvoorbeeld een psychiater, huisarts of psycholoog

dat sprake is van dergelijk letsel is voldoende, ook als die diagnose geen in de psychiatrie erkend ziektebeeld betreft.

In het arrest komt ook de samenloop van schokschadevergoeding en affectieschadevergoeding aan bod. In *Taxibus* is reeds overwogen dat onderscheid moet worden gemaakt tussen het verdriet van de gelaedeerde dat een gevolg is van de dood van zijn naaste en het leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met (de gevolgen van) de gebeurtenis (HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, r.o. 5.4). Deze lijn lijkt de Hoge Raad doorgetrokken te hebben tot de situatie met het recht op affectieschadevergoeding van vandaag de dag: beide rechten kunnen tegelijk bestaan en in principe afzonderlijk worden begroot en toegewezen (r.o. 3.9). De formulering van de Hoge Raad lijkt overigens niet uit te sluiten dat affectieschade de schokschadevergoeding matigt. Advocaten-generaal Spronken en Lindenbergh staan zelfs de benadering voor dat ‘het smartengeld voor nabestaanden wordt “geabsorbeerd” door het smartengeld wegens geestelijk letsel. Dat laat zich verklaren doordat het laatste is gebaseerd op vergoeding van het concrete met behulp van deskundigen geobjectiveerde leed dat door de gebeurtenis is veroorzaakt’ (Concl. A-G’s T.N.B.M. Spronken en S.D. Lindenbergh 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, par. 4.7.7 en 4.8.5). Ik sluit mij echter aan bij Engelhard en Stalenhoef die stellen dat absorptie onwenselijk is (E.F.D. Engelhard & C. Stalenhoef, ‘Visie op de nieuwe aanpak voor het confrontatiecriterium bij shockschade en op de samenloop met affectieschade’, *AV&S* 2022/28, par. 5.5). De shockschade betreft mijns inziens namelijk andersoortige schade, geleden in specifieke gevallen, los van de affectieschade die een naaste uit de groep van artikel 6:108 lid 4 BW in alle gevallen, ook zonder geestelijk letsel door een schok, lijdt.

#### **4. De gezichtspunten met betrekking tot het confrontatie‘vereiste’**

De gezichtspunten ter beoordeling van de confrontatie, het vroegere confrontatiecriterium, zijn bovendien formeel opgerekt, nu niet meer wordt gesproken van ‘directe confrontatie’, maar enkel van confrontatie. Confrontatie middels gesproken of geschreven taal of middels beeldmateriaal zal nu niet meer naar de letter buiten het bereik vallen. Dat is mijns inziens een goede zaak. Gebleken is namelijk dat de wijze waarop schokkende informatie iemand bereikt, zoals verbaal, middels tekst of middels (al dan niet vastgelegde) beelden, weinig invloed heeft op de mate van haar impact op de getroffene (E.F.D. Engelhard & I.M. Engelhard, ‘Shockschade’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 527).

Opvallend is echter dat het zelden gaat over de vraag of degene die bijvoorbeeld via de media wordt geconfronteerd met de gevolgen van de primaire normschending, ook in vergelijkbare mate geschokt is als degene die bijvoorbeeld een (zelden openbare) foto van het stoffelijk

overschot van de naaste heeft gezien. In de *Bradaric*-zaak ging het bijvoorbeeld om een confrontatie die, gelet op de inzage in het strafdossier en de confrontatie met zaken afkomstig van de plaats delict, zeer verschilt van die van willekeurige andere personen die wellicht ook een goede band met het primaire slachtoffer hadden. Datzelfde doet zich voor in de *Hoogeveen*-casus. Vader heeft het toegetakelde lichaam en het strafdossier (in)gezien, is (noodgedwongen) betrokken geweest bij de strafzaak en is zodoende op de hoogte van veel, zo niet alle gruwelijke details van de primaire normschending en de uitwerking op het lichaam van zijn dochter. Deze beelden en mate van detailkennis omtrent de toedracht en feiten zijn bij lange na niet vergelijkbaar met berichten en/of beelden waarmee willekeurige anderen binnen de kring van naasten worden geconfronteerd; veelal beelden van indirecte gevolgen zoals de plaats waar het feit zich voordeed, met politielint, -hekken en -tenten.

Het onderscheid in de mate waarop personen bekend zijn met exclusieve informatie is mijns inziens relevant. PTSS, zijnde ernstig geestelijk letsel, kan namelijk zelfs ontstaan bij waarneming van de gevolgen van een schokkende gebeurtenis die een onbekende meemaakt (E.F.D. Engelhard & I.M. Engelhard, 'Shockschade', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita civilologie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 528) en bovendien kan als gezegd zelfs een naaste die vanwege mediaberichten van de primaire gebeurtenis op de hoogte is te kampen hebben met objectiveerbaar ernstig geestelijk letsel. Rijnhout en Overheul spreken in dit verband over degene die geen familiale of affectieve relatie heeft tot het primaire slachtoffer, maar die vanwege de ernst van de gebeurtenis toch een succesvolle vordering kan hebben (R. Rijnhout & A.M. Overheul, '20 jaar na Taxibus: hoe de wal het schip van schokschade toch heeft doen keren', *TVP* 2022/2, p. 54). De groep van geschokten met objectiveerbaar ernstig geestelijk letsel die op basis van de nieuwe gezichtspunten voor vergoeding in aanmerking komen kan dus groot zijn, maar onduidelijk is waar de scheiding binnen de groep van geschokten moet worden gemaakt. De mate van bekendheid met exclusieve informatie lijkt mijns inziens een geschikte onderscheidende factor.

## **5. Oprekking, maar geen helderheid**

Met *Hoogeveen* (onverkort herhaald in HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250, r.o. 4.3) is de Hoge Raad weliswaar tegemoetgekomen aan de maatschappelijke behoefte aan oprekking van het criterium van directe confrontatie, maar de uitspraak lijkt een weg te banen voor een ruimere groep geschokte naasten. Immers, hoe gruwelijker de zaak, hoe algemener de informatie mag zijn waarmee de confrontatie heeft plaatsgevonden en/of hoe minder affectief de band met het primaire slachtoffer mag zijn. Waar de scheiding in de groep van geschokte naasten ligt, blijft echter onduidelijk. Ik ben van mening dat de persoon die vergoeding van schokschade wenst, ter zake de wijze van confrontatie met de gevolgen en de details waarmee hij geconfronteerd wordt in overwegende mate moet kunnen worden

onderscheiden van de gemiddelde persoon in de brede groep personen die zich ook getroffen zullen voelen vanwege een band – op welke manier dan ook – die zij met het primaire slachtoffer hebben. Voor nu lijkt de deur naar vergoeding van schokschade voor meer mensen op een kier te staan. Hoever de deur daadwerkelijk opengaat, zal moeten blijken.