

Jurisprudentie

S(c)hockschade 2.0: het confrontatiegezichtspunt

HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250
(*Friese festival*)

1. Inleiding

Op 20 september 2022 deed de Hoge Raad uitspraak in een zaak waarin onder meer de vraag aan de orde kwam of een shockschadevordering kon worden toegewezen, ook al was de confrontatie met het lichaam van het overleden slachtoffer niet onverhoeds en onvermijdbaar.¹ Het confrontatievereiste uit het *Taxibus*-arrest² is in de literatuur vaak onderwerp van stevige kritiek geweest.³ Inmiddels is dit vereiste in het *Hoogveen*-arrest⁴ geconverteerd naar een gezichtspunt. Met het onderhavige arrest geeft de Hoge Raad een nadere invulling aan dit gezichtspunt, voor die situaties waarin het secundaire slachtoffer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet heeft gezien, maar later – al dan niet uit eigen beweging – met de ernstige gevolgen van deze gebeurtenis is geconfronteerd.

In het vervolg van deze annotatie wordt, in paragraaf 2, eerst het feitencomplex geschetst. Voorts worden de vordering van de secundaire slachtoffers en het oordeel van de rechter in de feitelijke instanties besproken. In paragraaf 3 komt het oordeel van de Hoge Raad aan bod. Daarna wordt, in paragraaf 4, het arrest van commentaar voorzien. Daarbij wordt ter verduidelijking het confrontatievereiste in het *Taxibus*-arrest als beginpunt genomen. Vervolgens wordt de ontwikkeling van confrontatievereiste naar confrontatiegezichtspunt besproken. Hierbij wordt nader ingegaan op het belang van het arrest van 20 september 2022.

Alhoewel het oordeel van de Hoge Raad in dit arrest aan duidelijkheid niets te wensen overlaat, zou het – zoals later in deze annotatie blijkt – voor de rechtspraak dienstig zijn geweest als de Hoge Raad dat oordeel nader gemotiveerd had. Bovendien wordt besproken hoe een vermijdbaarheidsverweer ge-

duid kan worden. Hoort dit thuis in de shockschadegezichtspuntencatalogus of is dit eigenlijk een ‘gewoon’ eigenschuldverweer, dat langs de lijnen van artikel 6:101 BW beoordeeld moet worden?

2. Wat er aan het arrest voorafging

2.1 *De casus*

In juli 2017 wordt in een weiland in Westereen (gemeente Dantumadiel) het lichaam van een man aangetroffen. Het NFI (Nederlands Forensisch Instituut) concludeerde dat sprake was van uit- en inwendig letsel aan en in het hoofd, het aangezicht, de hals, heup, ledematen en geslachtsdelen en inwendig letsel aan de romp.⁵ Overduidelijk is dat de schedel van het slachtoffer is ingeslagen, de neus is verbrijzeld en de bovenkaak gebroken. Dit heeft een complexe schedeldakbasisbreuk, meervoudige hersenkneuzing en hersenzwelling tot gevolg gehad.⁶ Het intreden van de dood van het slachtoffer wordt verklaard door hersenfunctiestoornissen en longfunctiestoornissen en de daaropvolgende overige orgaanfunctiestoornissen.⁷

2.2 *De strafrechtelijke kant*

Als verdachte komt de echtgenote van de man in beeld. In de strafzaak die volgt, komt zowel rechtbank als hof na een uitvoerige bespreking van de bewijsmiddelen (locatiegegevens van haar telefoon, aangetroffen sporen en een getuigenverklaring) tot het oordeel dat wettig en overtuigend is bewezen dat de verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het medeplegen van moord op haar echtgenoot. Zij had daartoe een financieel en relationeel motief. Het hof veroordeelt de verdachte, net als de rechtbank eerder, tot een gevangenisstraf voor de duur van twintig jaar.

2.3 *De vordering benadeelde partij*

In de strafzaak voegen de ouders en zussen van het slachtoffer zich als benadeelde partij. Zij stellen alle vier dat zij als gevolg van de confrontatie met hun overleden zoon en broer ernstig psychisch letsel hebben opgelopen. Niet alleen de vermissing zelf zorgde voor een grote schok, ook de zoektochten naar het slachtoffer worden herbeleefd in hun dromen. Op het moment dat bekend werd wat het slachtoffer heeft moeten doorstaan, werd alles nog zwaarder. De ouders van het slachtoffer hebben hem in het mortuarium moeten identificeren. Op het lichaam van het slachtoffer waren sporen te zien van fors geweld. De ouders zagen een man die was gedeukt en aan elkaar

1 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*).

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

3 Vgl. R. Rijnhout & A.M. Overheul, ‘20 jaar na *Taxibus*: hoe de wal het schip van schokschade toch heeft doen keren’, *TVP* 2022, afl. 2, p. 55, onder verwijzing naar onder meer C.C. van Dam, ‘Het *Taxibus*-arrest’, *VR* 2002, p. 207; E.F.D. Engelhard, ‘Opzettelijke levensberoving en shockschade’, *NTBR* 2008/40, p. 307-309; R.J.P. Kottentagen, ‘Shockschade en het vereiste van de directe confrontatie – enkele rechtsvergelijkende kanttekeningen’, *NTBR* 2010/41, p. 341-351; zie meer recent: E.F.D. Engelhard & C. Stalenhoef, ‘Visie op de nieuwe aanpak van het confrontatiecriterium bij shockschade en op de samenloop met affectieschade’, *AV&S* 2022, afl. 4, p. 155-156 en T. Hartlief, ‘Aansprakelijkheid voor shockschade 2.0’, *NJB* 2022, afl. 24, p. 1901.

4 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, *JA* 2022/141, m.nt. S.M.E. de Haan (*Hoogveen*).

5 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 2.2.

6 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 2.3.

7 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 2.2.

was gelijmd. Ze herkenden alleen nog de handen van het slachtoffer.⁸ De zussen van het slachtoffer hadden voor hun gevoel geen keus; zij moesten het stoffelijk overschot van hun broer met eigen ogen zien.⁹ Elk van de benadeelde partijen vordert, onder meer, een vergoeding voor de geleden immateriële shockschade van € 40.000.¹⁰

2.4 Het oordeel van de rechtbank Noord-Nederland

De rechtbank wijst bij vonnis van 11 juli 2019 de shockschadevorderingen ten aanzien van de immateriële schade toe tot een bedrag van € 20.000 per benadeelde, daarnaast worden er nog enige materiële posten toegewezen.¹¹ Uit het vonnis blijkt niet of, en zo ja, in hoeverre er verweer tegen de vordering is gevoerd. In het vonnis wordt namelijk in het geheel niet gerept over het confrontatievereiste, dat later in het arrest van de Hoge Raad een prominente rol zal spelen. Van dit vonnis komt de verdachte in hoger beroep. Dit beroep ziet zowel op de schuldverklaring als op de toewijzing van de vordering benadeelde partij.

2.5 Het oordeel van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Het hof stelt in zijn arrest van 1 december 2020 vast dat de benadeelde partijen een nauwe affectieve relatie hadden met hun zoon dan wel broer. De confrontatie met hun overleden zoon en broer heeft onmiskenbaar een hevige schok bij hen teweeggebracht. Deze hevige schok heeft bij alle benadeelden geleid tot (ernstig) geestelijk letsel in de vorm van een psychiatrisch ziektebeeld.¹² Bij de begroting van de omvang van de immateriële shockschade overweegt het hof dat dit bedrag ex artikel 6:106 lid. 1 BW door de rechter naar billijkheid moet worden vastgesteld. Die vaststelling geschiedt met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, waaronder (in zijn algemeenheid) de ernst van het aan de aansprakelijke te maken verwijt, de aard van het letsel, de ernst van het letsel (waaronder de duur en intensiteit), de verwachting ten aanzien van het herstel en de leeftijd van het slachtoffer, aldus het hof. Voorts overweegt het hof dat de rechter bij de begroting, indien mogelijk, dient te letten op vergelijkbare gevallen.¹³ Alle omstandigheden in aanmerking genomen, wijst het hof een bedrag ad € 20.000 per slachtoffer toe.¹⁴ Daarnaast wijst het hof dezelfde materiële posten toe als de rechtbank eerder deed en wel tot dezelfde bedragen.¹⁵ Van dit arrest komt de verdachte in cassatie. Ook het cassatieberoep ziet zowel op de schul-

digverklaring als op de toewijzing van de vordering benadeelde partij.

3. Het oordeel van de Hoge Raad

Het door de verdachte ingediende cassatiemiddel klaagt over de door het hof toegewezen vordering van de benadeelde partijen ter zake van de shockschade. Het voert daartoe aan dat de confrontatie van de benadeelde partijen met het slachtoffer ‘niet onverhoeds en onvermijdbaar’ was.¹⁶ Bij de beoordeling van het cassatiemiddel knoopt de Hoge Raad aan bij zijn eigen uitspraak van 28 juni 2022¹⁷ en de daarin gegeven gezichtspunten. De Hoge Raad concludeert dat ‘s hofs oordeel, gezien de omstandigheden van het geval, geen onjuiste rechtsopvatting betreft noch onbegrijpelijk is. De in de cassatieschriftuur benadrukte omstandigheid dat de benadeelde partijen pas op een later moment met de gevolgen van het bewezenverklarde feit zijn geconfronteerd en dat die confrontaties niet onverhoeds noch onvermijdbaar waren, doen daaraan – gelet op ‘s hofs vaststellingen rond de toedracht van het bewezenverklarde, het op het slachtoffer toegepaste geweld en de directe familieband tussen het slachtoffer en de benadeelde partijen – niet af.¹⁸ Daarom faalt het cassatiemiddel en blijft het oordeel van het hof in stand.

4. Commentaar

4.1 Inleiding

Dit arrest van de Hoge Raad noopt tot een bespiegeling over kort gezegd het ‘confrontatievereiste’ bij shockschade. Het door het hof gewezen arrest is van 1 december 2020. Het is daarmee nog gewezen op basis van de criteria die door de Hoge Raad zijn geformuleerd in het *Taxibus*-arrest.¹⁹ Een van deze vier vereisten wordt kort gezegd aangeduid als het ‘confrontatievereiste’. Dit vereiste werd als volgt verwoord:

‘Indien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij in een geval als hier bedoeld niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of is gekwetst, maar ook jegens degene *bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met die ernstige gevolgen ervan*, een hevige emotionele shock 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.’²⁰ (curs. EB & AK)

8 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 4.2.1.

9 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 4.2.1.

10 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 4.2.1.

11 Rb. Noord-Nederland 11 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:2986.

12 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 4.2.3.

13 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 4.2.3.

14 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 4.2.3.

15 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9865.

16 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 4.1.

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

18 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 4.4.3.

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

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

Annotator Vranken wijst in zijn noot onder dit arrest expliciet op de beperking die de Hoge Raad met onder meer de confrontatie-eis heeft willen aanbrengen in de kring van gerechtigden. Hij schrijft:

‘Nodig is een rechtstreekse confrontatie met bijvoorbeeld de manier waarop het ongeval plaatsvond (hulpeloos moeten toekijken hoe een dierbare verdrinkt of mishandeld wordt) of met de gevolgen (de gruwelijke aard van de verwondingen, zoals in casu). Er zijn geen precieze cijfers over het aantal keren dat deze situatie zich voordoet, maar ik denk niet dat het heel vaak zal zijn. Nog minder vaak zal hiervan sprake zijn in combinatie met eis b: een zodanige ineenstorting van de naaste dat sprake is van een psychiatrisch erkend ziektebeeld. Het geeft aan hoe specifiek en tamelijk uitzonderlijk gevallen van shockschade zijn.’²¹

Inmiddels is gebleken, mede door de sindsdien toegenomen mogelijkheden om geleden (personen)schade in het strafproces te verhalen,²² dat de vordering tot vergoeding van shockschade bepaald minder uitzonderlijk is dan door Vranken verwacht.²³ Een snelle zoekslag op rechtspraak.nl op ‘shockschade’ leert dat er ten minste 1183 uitspraken zijn gedaan sinds 26 april 2000,²⁴ waarvan het overgrote deel (1056) in strafzaken. Zoals eerder door één van ons signaleerd, doet een geïnteresseerde in het schadevergoedingsrecht er tegenwoordig goed aan om ook de jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad te volgen.²⁵

4.2 Het confrontatievereiste onder het ‘Taxibus-regime’

In het *Taxibus*-arrest was sprake van een wel heel directe confrontatie. In dat arrest ging het om de moeder van een 5-jarig meisje, die direct na een verkeersongeval ter plaatse kwam. Zij trachtte – nadat zij een ambulance had gebeld – het hoofd van haar dochter te draaien. Daarbij verdween haar hand vrijwel geheel in de schedel van het meisje.²⁶ Een meer imponerend voorbeeld van de directe confrontatie met de ernstige gevolgen van een verkeersongeval is welhaast niet denkbaar.

Aangezien het bij de door de Hoge Raad geformuleerde vereisten om cumulatieve vereisten ging, werden in de jaren die volgden op het *Taxibus*-arrest de grenzen van het confrontatievereiste verkend en, met name in de lagere jurisprudentie, opgerekt. Zo wees de rechtbank Rotterdam in 2013 een shockschadevordering toe, terwijl de confrontatie met de ern-

stige gevolgen van het misdrijf ‘pas’ in het ziekenhuis plaatsvond.²⁷ In 2014 nam de rechtbank Gelderland een directe confrontatie aan omdat de moeder haar dochter na haar overlijden had gewassen.²⁸ Het hof Amsterdam oordeelde in 2018 dat de gelaedeerden ook rechtstreeks waren geconfronteerd met de gruwelijke wijze waarop met het lichaam van hun zoon was omgegaan door foto’s die in de krant stonden.²⁹ Stuk voor stuk is het psychisch ongemak in al deze zaken zeer invoelbaar. Zeker wanneer daarbij wordt bedacht dat het letsel of overlijden van een naaste het gevolg is van een ernstig misdrijf, waarbij bij de laedens sprake kan zijn van (voorwaardelijk) opzet op het gevolg (het ernstige letsel bij of het overlijden van de rechtstreeks getroffene). Dat bracht de rechtbank Rotterdam in 2013 tot het oordeel dat aan de mate van rechtstreeksheid van de confrontatie minder strenge eisen worden gesteld vanwege de aard en ernst van de normschending.³⁰

Dit oordeel van de Rotterdamse rechtbank was echter strijdig met het *Vilt*-arrest dat de Hoge Raad in 2009 wees.³¹ Daarin overwoog hij namelijk dat met artikel 6:106 BW is beoogd vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade slechts in beperkte mate mogelijk te maken. Daarom zou voor vergoeding van shockschade alleen onder *strikte* voorwaarden plaats zijn. Hiermee strookte volgens de Hoge Raad niet om ‘het vereiste van waarneming van het ongeval of directe confrontatie met zijn ernstige gevolgen vanwege de aard of ernst van de normschending, zoals vanwege het opzettelijk begaan daarvan, terzijde te stellen of af te zwakken’.³² Het is de vraag of de in de vorige alinea besproken lagere rechtspraak wel aan deze strenge eis voldoet. Op dit punt doet het zich gevoelen dat, zoals Hartlief het noemt, secundaire slachtoffers van misdrijven eigenlijk in de mal van verkeersongevallen werden geperst.³³ Bij verkeersongevallen speelt doorgaans de intentie geen rol omdat het om ‘zuivere’ ongelukken gaat, terwijl bij misdrijven de intentie van de laedens gericht kan zijn op het teweeggebrachte letsel aan dan wel het overlijden van de rechtstreeks getroffene.

4.3 Het confrontatievereiste in de conclusie van A-G’s Spronken en Lindenberg

De aanloop naar een koerswijziging tekende zich in februari 2022 af. Toen werd door A-G’s Spronken en Lindenberg een vrij omvangrijke conclusie genomen in een strafzaak waarin de verdachte werd vervolgd voor de belaging van en de moord op zijn ex-vriendin.³⁴ In deze conclusie werd een uitge-

21 J.B.M. Vranken, annotatie bij HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240 (*Taxibus*).

22 Ex art. 51f Sv.

23 Vgl. E.S. Engelhard, M.R. Hebly & I. van der Zalm, ‘De shockschadevordering in het strafproces’, *TVP* 2015, afl. 4, p. 87-96. Zie ook Hartlief 2022, p. 1901.

24 Peildatum 11 december 2022. Eerst gevonden uitspraak: Hof ’s-Gravenhage 26 april 2000, ECLI:NL:GHSGR:2000:AA5728.

25 E.W. Bosch, ‘Shockschade: de Hoge Raad verzet de piketpaaltjes’, *MvV* 2022, afl. 10, p. 338.

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

27 Rb. Rotterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10164.

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

29 Hof Amsterdam 17 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1618.

30 Rb. Rotterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10725, *VR* 2014/104, r.o. 4.11.

31 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*), zie over dit arrest S.D. Lindenberg & I. van der Zalm, ‘Shockschade’, *TVP* 2010, afl. 1, p. 17-22.

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

33 Hartlief 2022, p. 1901.

34 HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560, *NJ* 2022/179.

breide algemene beschouwing gegeven over de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor shockschade. De A-G's deden verstrekkende aanbevelingen voor hervorming van het shockschadeleerstuk.³⁵

Ten aanzien van het confrontatievereiste wezen de A-G's op de functie van dit vereiste. De wijze van confrontatie dient ertoe, zo betoogden de A-G's, om de aannemelijkheid van het bestaan van schade en van causaal verband met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis te onderbouwen. De aard en functie van het confrontatiecriterium bieden volgens hen geen aanknopingspunten voor een strikte afbakening ervan. Naarmate de confrontatie minder direct is, zullen de schade en het causaal verband op andere gronden voldoende aannemelijk moeten zijn. De rechtspraak van de Hoge Raad laat zich, zo schreven zij, (met wat goede wil) dienovereenkomstig lezen. Desalniettemin verdiende verduidelijking (daarom) de voorkeur aldus de A-G's.³⁶

Hoewel de uitvoerige conclusie de Hoge Raad uitnodigde om richting te geven in het shockschadedebat, oordeelde de Hoge Raad op 12 april 2022 dat het ingediende cassatiemiddel in die zaak, ten aanzien van de shockschade, faalde.³⁷ Gelet daarop bestond er geen aanleiding om in die zaak in te gaan op de aanbevelingen betreffende het materiële civiele recht, zoals weergegeven in de conclusie van de A-G's.³⁸

4.4 Van een confrontatievereiste naar een confrontatiegezichtspunt in het Hoogeveen-arrest

Niet lang erna, op 28 juni 2022, zette de Hoge Raad alsnog een koerswijziging in. In het *Hoogeveen*-arrest overwoog de Hoge Raad dat in de praktijk over de vraag in welke gevallen vergoeding van shockschade mogelijk is, verschillende opvattingen naar voren komen. De Hoge Raad verwijst hiervoor naar de conclusie van A-G's Spronken en Lindenbergh.³⁹ In dit arrest herhaalt de Hoge Raad, zij het in iets andere bewoordingen, de dragende overwegingen uit het *Taxibus*-arrest. Vervolgens overweegt de Hoge Raad expliciet dat hij aanleiding ziet om zijn rechtspraak over shockschade te preciseren, waarbij geldt dat voor zover zijn eerdere rechtspraak hierover anders zou kunnen worden gelezen, daarvan wordt teruggekomen.⁴⁰ De Hoge Raad gooit het vervolgens inderdaad over een geheel andere boeg.

Daar waar de Hoge Raad in het *Taxibus*-arrest cumulatieve vereisten formuleerde, waaraan voldaan moest zijn om een shockschadevordering toe te kunnen wijzen, formuleert hij

het *Hoogeveen*-arrest een gezichtspuntencatalogus.⁴¹ Op basis van deze gezichtspunten dient de rechter een afweging te maken. De Hoge Raad geeft als instructie voor het gebruik van de gezichtspuntencatalogus mee dat de feitenrechter aan de hand van onder meer deze gezichtspunten in hun onderlinge samenhang beschouwd van geval tot geval moet beoordelen of sprake is van onrechtmatigheid jegens het secundaire slachtoffer. Daarbij geldt dat niet op voorhand aan een van deze gezichtspunten doorslaggevende betekenis toekomt. Als één van deze gezichtspunten geen duidelijke indicatie voor het aannemen van onrechtmatigheid geeft, kan onrechtmatigheid desondanks worden aangenomen als de omstandigheden daarvoor, bezien vanuit de overige gezichtspunten, voldoende zwaarwegend zijn.⁴²

Eerder signaleerde één van ons al dat een gezichtspuntencatalogus de rechter de mogelijkheid geeft om in individuele gevallen een afweging te maken, hetgeen voorkomt dat de rechter, gedwongen door het keurslijf van cumulatieve vereisten, tot een afwijzing van de vordering zou moeten concluderen of, om dat te voorkomen, de grenzen daarvan moet oprekken. Het is echter wel de vraag hoe de feitenrechter invulling gaat geven aan de gezichtspuntencatalogus en, in het kader van deze bijdrage, in het bijzonder aan het confrontatievereiste. Dat vereiste is namelijk gebleven, al is het nu geconverteerd naar een gezichtspunt. In het *Hoogeveen*-arrest overweegt de Hoge Raad hierover:

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

[...]

- De wijze waarop het secundaire slachtoffer wordt geconfronteerd met de jegens het primaire slachtoffer gepleegde onrechtmatige daad en de gevolgen daarvan. Daarbij kan onder meer worden betrokken of hij door fysieke aanwezigheid of anderszins onmiddellijk kennis kreeg van het onrechtmatige handelen jegens het primaire slachtoffer, of dat hij nadien met de gevolgen van dit handelen werd geconfronteerd. Bij een latere confrontatie kan een rol spelen in hoeverre zij onverhoeds was. Bij het aan dit gezichtspunt toe te kennen gewicht kan meewegen of het secundaire slachtoffer beroepsmatig of anderszins bedacht moest zijn op een dergelijke schokkende gebeurtenis.⁴³

Doordat het confrontatievereiste is geconverteerd naar een gezichtspunt, zijn de scherpe kantjes van dit vereiste af. Immers,

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

36 Concl. A-G T.N.B.M. Spronken en S.D. Lindenbergh 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, par. 4.9.10.

37 HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560, *NJ* 2022/179.

38 HR 12 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:560, *NJ* 2022/179, r.o. 3.5.

39 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, *JA* 2022/141, m.nt. S.M.E. de Haan (*Hoogeveen*), r.o. 3.5-3.6.

40 Voor een meer uitvoerige bespreking van dit arrest zij verwezen naar Engelhard & Stalenhoef 2022, Rijnhout & Overheul 2022 en Bosch 2022.

41 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, *JA* 2022/141, m.nt. S.M.E. de Haan (*Hoogeveen*), r.o. 3.5-3.6.

42 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, *JA* 2022/141, m.nt. S.M.E. de Haan (*Hoogeveen*), r.o. 3.5-3.6; zie ook H. de Hek, ‘Nieuwe gezichtspunten: de Hoge Raad over shockschade’, *AP* 2022, afl. 4, p. 78.

43 HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:958, *JA* 2022/141, m.nt. S.M.E. de Haan (*Hoogeveen*), r.o. 3.5-3.6.

de Hoge Raad oordeelt dat bij het confrontatiegezichtspunt ook belang toekomt aan 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, dit in afwijking van het bepaalde in het eerder besproken *Vilt*-arrest. Vervolgens kan de zwaarte van deze argumenten ertoe leiden dat er minder strenge eisen worden gesteld aan het confrontatievereiste, zoals in de lagere rechtspraak – zoals hiervoor bleek – soms al werd gedaan.⁴⁴ Rijnhout en Overheul concluderen dat de wijze van confrontatie voor de beoordeling van een shockschadevordering niet meer doorslaggevend lijkt.⁴⁵ Dat het ‘slechts’ een gezichtspunt is geworden, wordt door Rijnhout en Overheul toegejuicht. Zij vinden dit een stap vooruit en menen dat dit ook beter aansluit bij de eerder door Engelhard en Engelhard geschetste inzichten uit de klinische psychologie.⁴⁶ Ook zonder directe confrontatie kan iemand immers een posttraumatische stressstoornis ontwikkelen.⁴⁷

Daarnaast valt op dat in het confrontatiegezichtspunt, anders dan in het confrontatiecriterium uit het *Taxibus*-arrest, het woordje ‘directe’ ontbreekt. Engelhard en Stalenhoef menen dat dit een belangrijk element is. Zij erkennen dat in de feitenrechtspraak het ‘directe’ in een ‘directe confrontatie’ danig gevalueerd was,⁴⁸ toch menen zij dat dit een doorbraak is, omdat het een duidelijke versoepeling is die volledig contrair is aan de strenge lijn die de Hoge Raad in het *Vilt*-arrest heeft uitgezet.⁴⁹ De conclusie is dat het *Vilt*-arrest achterhaald is.⁵⁰ Of dit alleen, zoals Engelhard en Stalenhoef lijken te impliceren, komt doordat het woordje ‘directe’ is vervallen of door de conversie van vereiste naar gezichtspunt is voor discussie vatbaar.

Alhoewel de Hoge Raad richting probeert te geven – hij overweegt uitdrukkelijk dat bij een latere confrontatie een rol *kan* spelen in hoeverre de confrontatie onverhoeds was –, is de vraag of dit is gelukt. De Hoge Raad laat immers in het midden waarom dit zo is en welke rol dit element *kan* spelen. Hartlief signaleert ook dat de Hoge Raad niet veel richting geeft.⁵¹ Daartoe was ons inziens echter voldoende aanleiding, omdat ook het ‘onverhoeds’ element in het verleden tot discussie leidde. Denk aan de vordering waarin de confrontatie in het ziekenhuis plaatsvond,⁵² of aan de moeder die haar doch-

ters stoffelijk overschot heeft gewassen.⁵³ In die situaties zal niet snel sprake zijn geweest van een *onverhoeds* confrontatie. Dit element geldt overigens niet slechts wanneer sprake is van een latere confrontatie. Dit aangezien de Hoge Raad in de laatste zin van deze rechtsoverweging overweegt dat bij het aan dit gezichtspunt toe te kennen gewicht kan meewegen of het secundaire slachtoffer bedacht moest zijn op een dergelijke schokkende gebeurtenis. Engelhard en Stalenhoef spreekt de ‘onverhoedsheid’ minder aan; zij menen dat die factor veeleer voor de omvangsfase nog relevant kan zijn.⁵⁴ Het ‘hoe en waarom’ daarvan werken zij in hun bijdrage helaas niet verder uit.

Hier toont zich de keerzijde van een gezichtspuntencatalogus. Dat is dat de uitkomst van de weging door de rechter voor de rechtspraak minder voorspelbaar is,⁵⁵ zeker in de periode kort nadat het arrest is gewezen. Hartlief werpt dan ook de vraag op of met dit nieuwe standaardarrest consistentie en gelijke behandeling voldoende zijn gewaarborgd. Hij schrijft dat dit nog zal moeten blijken.⁵⁶

4.5 *Het confrontatiegezichtspunt in het Friese festival-arrest*

Na deze wat langere aanloop komt het arrest van 20 september 2022 in beeld. Hierin heeft de Hoge Raad de gelegenheid te baat genomen om het confrontatiegezichtspunt nader handen en voeten te geven. In dit arrest zet de Hoge Raad verdere stappen op de met het *Hoogeveen*-arrest ingeslagen weg. De Hoge Raad herhaalt in dit arrest de dragende overwegingen uit het *Hoogeveen*-arrest, waarmee de Hoge Raad deze (nieuwe) norm bevestigt.

In cassatie heeft het partijdebat zich toegespitst op het confrontatiegezichtspunt. Door verdachte is immers in zijn cassatieschriftuur benadrukt dat de omstandigheid dat de benadeelde partijen pas op een later moment met de gevolgen van het bewezenverklarde feit zijn geconfronteerd en dat die confrontaties noch onverhoeds noch onvermijdbaar waren, aan toewijzing van de vordering in de weg zou staan. Van belang is om hier te signaleren dat het cassatieschriftuur al was ingediend voordat de Hoge Raad het *Hoogeveen*-arrest wees.⁵⁷ De Hoge Raad overweegt op dit punt kort en krachtig:

‘De in de cassatieschriftuur benadrukte omstandigheden dat de benadeelde partijen pas op een later moment met de gevolgen van het bewezenverklarde feit zijn geconfronteerd en dat die confrontaties niet onverhoeds en ook niet onvermijdbaar waren, doen daaraan – gelet ook op de vaststellingen van het hof rond de toedracht van het bewezenverklarde, het op het slachtoffer toegepaste geweld en de

44 Hartlief 2022, p. 1901.

45 Rijnhout & Overheul 2022, p. 55; in dezelfde zin De Hek 2022, p. 78.

46 Rijnhout & Overheul 2022, p. 55.

47 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. 528-529.

48 Zie voor een analyse van de rechtspraak tot 28 december 2020 A.M. Overheul, ‘Vergoeding van shockschade sinds de invoering van de Wet vergoeding affectieschade’, *TVP* 2021, afl. 1, p. 1-11.

49 Engelhard & Stalenhoef 2022, p. 158.

50 Engelhard & Stalenhoef 2022, p. 158. Zie ook Hartlief 2022, p. 1901.

51 Hartlief 2022, p. 1901.

52 Rb. Rotterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10164.

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

54 Engelhard & Stalenhoef 2022, p. 158.

55 Engelhard & Stalenhoef 2022, p. 161.

56 Hartlief 2022, p. 1901.

57 Vgl. concl. A-G T.N.B.M. Spronken 8 maart 2022, ECLI:NL:PHR:2022:224 en 10 mei 2022, ECLI:NL:PHR:2022:433, terwijl het *Hoogeveen*-arrest is gewezen op 28 juni 2022.

directe familieband tussen het slachtoffer en de benadeelde partijen – niet af.⁵⁸

Daarmee geeft de Hoge Raad een duidelijke vingerwijzing, in die zin dat de Hoge Raad oordeelt dat het niet ter zake doet of de confrontatie met de gevolgen van een jegens het primaire slachtoffer gepleegde onrechtmatige daad onverhoeds of onvermijdbaar is, gelet op de toedracht van het bewezenverklarde, het op het slachtoffer toegepaste geweld en de directe familieband tussen het slachtoffer en de benadeelde partij. In dit oordeel is duidelijk het karakter van een gezichtspuntencatalogus te herkennen. Wat wij echter node missen in dit arrest is een motivering waarom het oordeel is zoals het is. Een deugdelijke(re) motivering zal aan het oordeel van de Hoge Raad niets hebben veranderd, maar zou voor de rechtspraak wel meer richting hebben kunnen geven. Welke feiten en omstandigheden nu exact maken dat het niet ter zake doet of een confrontatie onverhoeds en onvermijdbaar is, is uit het arrest niet (duidelijk) te herleiden. Dit geeft helaas in de rechtspraak voer voor discussie. Immers, op het moment dat er minder geweld zou zijn toegepast of de toedracht net een andere was, zou de Hoge Raad dan tot eenzelfde conclusie gekomen zijn? Het zou wat ons betreft dan ook wenselijk zijn geweest als de Hoge Raad diens oordeel van een (nadere) motivering had voorzien.

Datzelfde geldt uiteraard ook voor het feit dat de confrontatie voor de zussen van het overleden slachtoffer niet onvermijdbaar was. Wat ons betreft ligt dit voor de ouders anders, nu zij hun overleden zoon hebben moeten identificeren. Zij ontkwamen niet aan een confrontatie. Zoals gezegd was dit voor de zussen van het primaire slachtoffer mogelijk anders. Zij ‘koken’ voor een confrontatie met het stoffelijk overschot, al voerden zij aan dat zij voor hun gevoel geen keuze hadden. Zij moesten het lichaam van het slachtoffer met eigen ogen zien.⁵⁹ Maar hoe past deze ‘keuze’ in ons rechtssysteem? Hoort dit thuis in de gezichtspuntencatalogus als ‘confrontatiegezichtspunt’ of is dit eigenlijk een verkapt, want niet nader uitgewerkt, eigenschuldverweer? Artikel 6:101 BW bepaalt immers dat wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, zoals de eigen keuze om geconfronteerd te worden met het stoffelijk overschot van een dierbare, de schadevergoedingsplicht dan wordt verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen. Voor eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW is het voldoende als de benadeelde zich anders heeft gedragen dan een redelijk denkend mens onder de gegeven omstandigheden zou doen.⁶⁰ Deze omstandigheid hoeft daarmee geen toerekenbare onrechtmatige daad te zijn. Het vermijdbaarheidsverweer kan ons inziens dan ook als een eigenschuldverweer worden gelezen. In het verlengde daarvan

zou in dit verweer ook een beroep op schending van de schadebeperkingsplicht kunnen worden gelezen. De schadebeperkingsplicht wordt echter eveneens beheerst door de kaders van artikel 6:101 BW.⁶¹

Begrijp ons niet verkeerd, wij realiseren ons dat dit precaire (en soms misplaatste) verweren zijn, maar doch wij menen dat *als* een dergelijk verweer wordt gevoerd, dit verweer langs de lijnen van artikel 6:101 BW beoordeeld zou moeten worden.⁶² Immers, er is in het kader van dat leerstuk al de nodige jurisprudentie en literatuur beschikbaar, die richting kunnen geven in hoeverre het verweer hout snijdt. Daarbij geldt in zijn algemeenheid dat in geval van (psychische) letselschade, dat is het immers voor het secundaire slachtoffer, grote terughoudendheid wordt betracht bij het honoreren van een eigenschuldverweer.⁶³ Het zou niet goed zijn als één en hetzelfde verweer langs twee verschillende leerstukken zou kunnen worden beoordeeld, zeker niet wanneer dit ook nog eens tot verschillende uitkomsten zou leiden.

Ook het feit dat de Hoge Raad de familieband als reden geeft om te oordelen dat het niet ter zake doet of de confrontatie onverhoeds en onvermijdbaar was, geeft aanleiding tot het maken van een opmerking. De gezichtspunten maken immers duidelijk dat bij het ontbreken van een ‘nauwe relatie’ niet snel onrechtmatigheid kan worden aangenomen. Directe familie impliceert niet (altijd) meteen een nauwe relatie en een nauwe relatie impliceert niet dat een nabestaande directe familie is. Zoals De Hek terecht opmerkt, biedt de keuze van de Hoge Raad voor een ‘nauwe relatie’ ook ruimte voor nauwe relaties zonder affectief karakter. Hij noemt als voorbeelden personen die al heel lang intensief bevriend zijn of heel goede burens zijn.⁶⁴ Hoewel de redenering van de Raad navolgbaar is, kan de kring van personen die als gevolg van de confrontatie met de gevolgen van een jegens het primaire slachtoffer gepleegde onrechtmatige daad psychisch letsel hebben opgelopen, groter zijn dan alleen directe familie. Dit argument zou aan duidelijkheid hebben gewonnen als de Hoge Raad het door hemzelf geformuleerde criterium ‘de aard en hechtheid van de relatie tussen het primaire en het secundaire slachtoffer’ had aangelegd.⁶⁵ Dat had eenvoudig gekund door te overwegen dat gezien de directe familieband tussen het slachtoffer en de benadeelde partijen aan dit gezichtspunt gewicht toekomt. Het secundaire slachtoffer doet er, gelet op dit arrest, goed aan om bij het onderbouwen van zijn shockschadevordering de stelling dat sprake is van een nauwe relatie tussen hem en het pri-

58 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 4.4.3.

59 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 4.2.1.

60 TM, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 351.

61 A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Uitgeversmaatschappij A.E. Kluwer 1965, p. 390-394; A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (Recht en Praktijk nr. 127), Deventer: Kluwer 2003.

62 Wellicht is dat wat Engelhard en Stalenhoef bedoelen met hun betoog dat het criterium ‘onverhoeds’ wat hen betreft thuishoort in de omvangsfase (vgl. Engelhard & Stalenhoef 2022, p. 158).

63 Bloembergen 1965, p. 408-409; Keirse 2003, p. 134-139.

64 De Hek 2022, p. 79.

65 HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1250 (*Friese festival*), r.o. 3.5.

maire slachtoffer aan te tonen, dat geldt te meer wanneer er geen sprake is van een directe familieband.

5. Afronding

Resumerend merken wij op dat de Hoge Raad in het *Friese festival*-arrest weliswaar een duidelijk oordeel heeft gegeven, maar dat dit oordeel de rechtspraak helaas misschien wel met meer vragen achterlaat dan de Hoge Raad in dit arrest beantwoordt. Hoe zwaar weegt het confrontatiegezichtspunt? Heeft te gelden dat als de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis maar ernstig genoeg is en de ‘nauwe relatie’ nauw genoeg, aan het confrontatiegezichtspunt nauwelijks betekenis toekomt? Ook de vraag of de onvermijdbaarheid van de confrontatie wel thuishoort in de gezichtspuntenafweging, of dat dit verweer moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 6:101 BW, blijft onduidelijk. Wij vrezen dan ook dat het confrontatiegezichtspunt de komende jaren nog veel pennen in beweging zal brengen.

Mr. E.W. Bosch en mr. A.J. Korff