

Hoge Raad, 22 februari 2002; vereisten bij shockschade, geen vergoeding van affectieschade.

In het Taxibus-arrest gaat het om een moeder, die zwaar psychisch letsel opliep na confrontatie met haar net verongelukte verminkte dochtertje. De moeder is in een ernstige depressie geraakt en beleeft de confrontatie steeds opnieuw. De Hoge Raad bevestigt dat de moeder recht heeft op vergoeding van shockschade

De Hoge Raad overweegt dat voor de toekenning van shockschade niet is vereist dat degene die aanspraak maakt op shockschade aanwezig is geweest bij het ongeval. Voldoende is dat een rechtstreeks verband bestaat tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen oploopt anderzijds.

Deze confrontatie kan ook plaatsvinden (kort) nadat de gebeurtenis die tot de dood of verwonding van een ander heeft geleid, heeft plaatsgevonden. De aard van deze schade brengt mee dat deze schade in het algemeen slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien (i) de betrokkene rechtstreeks wordt geconfronteerd met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden en, (ii) deze confrontatie bij de betrokkene een hevige schok teweeggebracht heeft, hetgeen zich met name kan voordoen indien sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene die door het ongeval is gedood of gewond geraakt.

Daarvan is ongetwijfeld sprake bij de moeder die haar kind op de plaats van het ongeval dood en ernstig verminkt aantreft en als gevolg van deze traumatiserende ervaring geestelijk letsel oploopt. In het onderhavige geval is de moeder onmiddellijk na het ongeval betrokken geraakt bij en fysiek geconfronteerd met de zeer ernstige gevolgen van het ongeval waarbij haar dochter zware verwondingen heeft opgelopen waaraan zij is overleden, en staat vast dat bij de moeder als gevolg van deze betrokkenheid bij en directe confrontatie met de gevolgen van het ongeval geestelijk letsel is ontstaan. Dit letsel is van zodanig ernstige aard dat moet worden aangenomen dat zij in haar persoon is aangetast.

Het wettelijk stelsel verzet zich echter niet tegen een vergoeding van immateriële schade, wanneer deze schade een gevolg is van de aan het onrechtmatig handelen van de veroorzaker toe te rekenen schokkende confrontatie met de ernstige gevolgen van het ongeval. Aan toekenning van een dergelijke vergoeding staat in het bijzonder niet in de weg dat ook verdriet is ontstaan door het letsel en de dood van het kind. 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.

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.

Volledige uitspraak:

in de zaak van:

N.V. VERZEKERING MAATSCHAPPIJ WOUSEND ANNO 1916, gevestigd te Woudsend,

EISERES tot cassatie, tevens verweerster in cassatie in het incidenteel beroep,

advocaat: mr. J.L.W. Sillevius Smitt,

t e g e n

[Verweerster], wonende te [woonplaats],

VERWEERSTER in cassatie, tevens eiseres tot cassatie in het incidenteel beroep,

advocaat: mr. J. van Duijvendijk-Brand.

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerster in cassatie - verder te noemen: [verweerster] - heeft bij exploit van 16 juni 1997 eiseres tot cassatie - verder te noemen: Woudsend - gedagvaard voor de Rechtbank te Alkmaar en gevorderd Woudsend te veroordelen, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, om aan [verweerster] ten titel van schadevergoeding te voldoen de somma van *f* 105.823,49, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 9 april 1992 tot aan de dag der algehele voldoening.

Woudsend heeft de vordering bestreden. De Rechtbank heeft bij vonnis van 17 december 1998 de vordering van [verweerster] afgewezen. Tegen dit vonnis heeft [verweerster] hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 27 april 2000 heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd en Woudsend veroordeeld om aan [verweerster] te voldoen de somma van *f* 35.823,49, te vermeerderen met de wettelijke rente over *f* 30.000,-- sedert 9 april 1992 en over *f* 2.325,--, *f* 1.284,70 en *f* 2.213,79 sedert de dag dat de desbetreffende kosten zijn gemaakt, steeds tot aan de dag der algehele voldoening. Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof heeft Woudsend beroep in cassatie ingesteld. [Verweerster] heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep. De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor [verweerster] mede door mr. M.E.M.G. Peletier, advocaat bij de Hoge Raad. De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Strikwerda strekt tot verwerping van zowel het principaal als het incidenteel beroep. De

advocaat van Woudsend heeft bij brieven van 7 en 27 november 2001, en de advocaat van [verweerster] heeft bij brief van 16 november 2001 op die conclusie gereageerd.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op 9 april 1992 is de dochter van [verweerster], [de dochter] die toen vijf jaar oud was, bij een verkeersongeval om het leven gekomen. Zij reed op haar fietsje op het woonerf en is aangereden door een achteruit rijdende taxibus. Deze taxibus is met een de achterwielen over haar hoofd gereden. Daardoor is haar schedel ernstig beschadigd en kwam de schedelinhoud naast haar hoofd op het wegdek terecht.

(ii) [De dochter] had kort voor het ongeval aan haar moeder gevraagd of zij over het woonerf naar de nabijgelegen speelplaats mocht rijden. [Verweerster] bevond zich op het tijdstip van het ongeval in haar woning. Zij is door een buurvrouw gewaarschuwd. Op de plaats van het ongeval zag zij haar dochter levenloos liggen. Zij zag de schedelinhoud aan voor braaksel. [Verweerster] heeft een ambulance gebeld en is vervolgens aanstonds teruggerend naar haar dochter die op haar buik, met haar gezicht naar beneden lag. [Verweerster] heeft geprobeerd met haar hand het hoofd van haar dochter om te draaien. Daarbij heeft zij tot haar ontzetting ervaren dat haar hand vrijwel geheel in de schedel van het meisje verdween en dat de schedelinhoud op straat lag.

(iii) Een en ander heeft geleid tot ernstig geestelijk letsel van [verweerster]. Zij heeft zich met onderbrekingen onder therapeutische behandeling gesteld. Door de psychiater die [verweerster] in 1997 heeft onderzocht, is het geestelijk letsel omschreven als een gestagneerd rouwproces resulterend in een ernstige depressie met melancholische (vitale) kenmerken en een ernstige posttraumatische stressstoornis waarbij [verweerster] onder meer de afschuwelijke confrontatie met haar dochter herbeleeft. Volgens zijn rapport was professionele hulp via een poliklinische psychiatrie en/of RIAGG op korte termijn geïndiceerd.

(iv) [Verweerster] was ten tijde van het ongeval 28 jaar oud.

(v) De bestuurder van de taxibus is ter zake van dit ongeval strafrechtelijk veroordeeld.

(vi) Voor de taxibus was ten tijde van het ongeval bij Woudsend een WAM-verzekering afgesloten.

3.2 [Verweerster] heeft een vordering ingesteld tot vergoeding van door haar als gevolg van het hiervoor vermelde ongeval geleden materiële schade (therapiekosten, kosten van medische expertise, kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand) en immateriële schade als hiervoor in 1 vermeld. De Rechtbank heeft deze vordering afgewezen. Het Hof heeft de vordering van [verweerster] wat betreft de materiële schade geheel en wat betreft de immateriële schade tot een bedrag van f 30.000,-- toegewezen.

3.3 Het Hof heeft, samengevat weergegeven, het volgende overwogen.

- (a) Hetgeen [verweerster] op 9 april 1992 in verband met het ongeval en het aantreffen van haar vijfjarige dochter heeft meegemaakt, heeft geleid tot ernstig geestelijk letsel bij haar zoals door het Hof nader omschreven (zie hiervoor in 3.1 onder iii). (rov. 4.3)
- (b) De aansprakelijkheid van de bestuurder van de taxibus jegens de dochter van [verweerster] staat vast. (rov. 4.4)
- (c) Het stelsel van schadevergoedingsrecht houdt in dat ter zake van een gebeurtenis ten gevolge waarvan een persoon overlijdt, slechts aan degenen die in art. 6:108 BW zijn genoemd, een aanspraak op schadevergoeding toekomt, welke aanspraak is beperkt tot vergoeding van schade door het derven van levensonderhoud en kosten van lijkbezorging, en dat ter zake van een gebeurtenis ten gevolge waarvan een persoon letsel oploopt, slechts aan degenen die in art. 6:107 BW zijn genoemd, een aanspraak op schadevergoeding toekomt, welke aanspraak is beperkt tot kosten gemaakt ten behoeve van de gekwetste. (rov. 4.5)
- (d) Dit brengt mee dat [verweerster] als moeder van [de dochter] geen andere vergoeding van schade kan vorderen dan in deze bepalingen is vermeld. (rov. 4.6)
- (e) Dit een en ander laat ruimte voor een aanspraak op schadevergoeding van [verweerster] zelf voor zover de schade is veroorzaakt door iets anders dan de dood of het letsel van haar dochter. De schade waarvan zij vergoeding vordert, is veroorzaakt door de confrontatie met de gruwelijke, schokkende gevolgen van de gebeurtenis. Dit onderdeel van de gevolgen van de gebeurtenis kan worden aangemerkt als iets anders dan de dood of het letsel van het meisje. (rov. 4.7)
- (f) De normen voor verkeersgedrag strekken mede tot bescherming van de moeder van een vijfjarig meisje dat met even tevoren verkregen goetvinden van de moeder op de fiets op een woonerf, vlakbij haar woning, aan het verkeer deelneemt, tegen schade als in deze zaak aan de orde. Dat de moeder ([verweerster]) niet zelf aan het verkeer deelnam en zich ook niet bevond in de fysieke gevarezone van de, een verkeersnorm schendende, taxibus en zelf geen lichamelijk letsel opliep, is geen reden om anders te oordelen. De bestuurder van de taxibus had ook op dit soort van schade bedacht moeten zijn. (rov. 4.11)
- (g) De bestuurder van de taxibus heeft ook jegens [verweerster] een onrechtmatige daad gepleegd welke hem kan worden toegerekend. (rov. 4.12)
- (h) [Verweerster] heeft geestelijk letsel opgelopen en is aldus in haar persoon aangetast in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW. (rov. 4.13)
- (i) Het geestelijk letsel is een gevolg van de confrontatie met haar verminkte dochter. (rov. 4.15) Het leed van [verweerster] ter zake van dit geestelijk letsel komt dus ten volle voor vergoeding naar billijkheid in aanmerking. (rov. 4.16)
- (j) Niet voor vergoeding in aanmerking komt het verdriet van [verweerster] wegens het overlijden van haar dochter. (rov. 4.17)
- (k) De opvatting van [verweerster] dat niet moet worden onderscheiden tussen ernstige psychische schade wegens een schokkende gebeurtenis en affectieschade wegens het verlies van een dierbaar familielid strookt niet met het in de wet neergelegde stelsel van

schadevergoedingsrecht. Van het verdriet om de dood van het kind valt te onderscheiden het verdriet als gevolg van de schokkende confrontatie met de andere gevolgen van die gebeurtenis dan de dood. Dit verdriet als gevolg van die confrontatie komt voor vergoeding in aanmerking, afzonderlijk, naast het leed van [verweerster] ter zake van het geestelijk letsel dat zij heeft opgelopen. (rov. 4.18-19)

(l) In het algemeen is terughoudendheid geboden bij het bepalen van de hoogte van de naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, maar voor grotere terughoudendheid bij shockschade is geen grond. (rov. 4.20)

(m) Rekening wordt gehouden met de aard en de ernst van het geestelijk letsel en met de oorzaak ervan. Van belang is voorts dat [verweerster] dit letsel heeft opgelopen toen zij 28 jaar oud was en dat zij ten tijde van de memorie van grieven, meer dan zeven jaar na de gebeurtenis, daaronder kennelijk nog ernstig leed: zij had nachtmerries, was apathisch en in ernstige mate depressief. Er zijn geen aanwijzingen voor verbetering. Uitgegaan moet worden van levenslang ernstig psychisch lijden. Verder wordt rekening gehouden met het verdriet dat [verweerster] heeft gehad als gevolg van de confrontatie met de andere gevolgen van de gebeurtenis dan de dood van het kind als bedoeld in rov. 4.19. (rov. 4.22)

3.4 De klachten van het middel in het principale beroep keren zich tegen de oordelen van het Hof die hiervoor in 3.3 onder (e) tot en met (g) zijn vermeld. De klachten van het middel in het incidentele beroep hebben betrekking op de afwijzing van de vordering van [verweerster] voor zover deze betrekking heeft op verdriet wegens het overlijden van haar dochter (c en d) en op de motivering van de hoogte van de vergoeding wegens immateriële schade (k en m).

4. Algemene gezichtspunten

4.1 In het onderhavige geval is sprake van een tragische gebeurtenis die [verweerster] ernstig heeft getroffen. De toewijzing van een vordering tot vergoeding van immateriële schade kan slechts in (zeer) beperkte mate haar leed verzachten, doch kan wel in zekere mate een erkenning van het ondervonden leed betekenen. Deze erkenning kan echter niet de grond voor toewijzing zijn. Daartoe dient een rechtsgrond te worden aangewezen die leidt tot aansprakelijkheid voor schade als de onderhavige. Ten overvloede wordt daarbij aangetekend dat in vele gevallen sprake is van leed dat wordt ondervonden als gevolg van een verkeersongeval zonder dat iemand voor dit leed in rechte verantwoordelijk kan worden gehouden. In een aantal gevallen zal de dood of het letsel van een bij een verkeersongeval betrokken persoon leiden tot aanzienlijk (financieel) nadeel bij derden. Ook ten aanzien van hen geldt dat het recht beperkingen stelt aan de mogelijkheid van vergoeding van dit nadeel, omdat te ruim getrokken grenzen van aansprakelijkheid in maatschappelijk opzicht tot onaanvaardbare gevolgen zouden kunnen leiden. Andere vormen van compensatie en erkenning van leed dan toekenning van een bedrag aan smartengeld zijn denkbaar. De rechter kan daarover niet een allesomvattend oordeel geven, doch mag slechts beoordelen welke vergoeding binnen het stelsel van de wet voor toewijzing in aanmerking komt.

4.2 Het stelsel van de wet brengt mee dat nabestaanden ingeval iemand met wie zij een nauwe en/of affectieve band hadden, overlijdt ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander jegens hem aansprakelijk is, geen vordering geldend kunnen maken tot

vergoeding van nadeel wegens het verdriet dat zij ondervinden als gevolg van dit overlijden. Art. 6:108 BW geeft immers in een dergelijk geval slechts aan een beperkt aantal gerechtigden de mogelijkheid tot het vorderen van bepaalde vermogensschade. Hoewel deze bepaling van tamelijk recente datum is, kan er grond bestaan om de redenen die tot de daarin neergelegde regeling van de schadevergoeding hebben geleid, te heroverwegen. Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij - zoals hier - in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen. Het gaat echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen. In de eerste plaats zou immers opnieuw een, aan de wetgever voorbehouden, afweging moeten worden gemaakt van de voor- en nadelen die aan het huidige stelsel verbonden zijn. Voorts vergt een herziening van het bestaande stelsel een afbakening van de gevallen waarin een vergoeding passend wordt gevonden en een concrete aanwijzing van de personen aan wie een dergelijke vergoeding toekomt. Ten slotte is het ook aan de wetgever te beoordelen of, en zo ja in hoeverre, aan de toekenning van een dergelijke vergoeding financiële grenzen gesteld moeten worden in verband met de consequenties die daaraan kunnen zijn verbonden.

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

5. Beoordeling van het middel in het principale beroep

5.1 Onderdeel 1.1 strekt ten betoge dat voor de toekenning van "shock"-schade als de onderhavige in elk geval is vereist dat degene die daarop als nagelaten betrekking aanspraak maakt, door haar aanwezigheid bij de verweten gedraging of gebeurtenis, toen deze plaatsvond, direct betrokken is geweest bij het ongeval of de gebeurtenis waardoor het slachtoffer is overleden.

5.2 Deze opvatting kan niet als juist worden aanvaard zodat onderdeel 1.1 faalt. Voldoende is dat een rechtstreeks verband bestaat tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen oploopt anderzijds. Deze confrontatie kan ook plaatsvinden (kort) nadat de gebeurtenis die tot de dood of verwonding van een ander heeft geleid, heeft plaatsgevonden. De aard van deze schade brengt mee dat deze schade in het algemeen slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien (i) de betrokkene rechtstreeks wordt geconfronteerd met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden en, (ii) deze confrontatie bij de betrokkene een hevige schok teweeggebracht heeft, hetgeen

zich met name kan voordoen indien sprake is van een nauwe (affectieve) band met degene die door het ongeval is gedood of gewond geraakt.

Daarvan is ongetwijfeld sprake bij de moeder die haar kind op de plaats van het ongeval dood en ernstig verminkt aantreft en als gevolg van deze traumatiserende ervaring geestelijk letsel oploopt. In het onderhavige geval is [verweerster] als moeder van [de dochter] onmiddellijk na het ongeval betrokken geraakt bij en fysiek geconfronteerd met de zeer ernstige gevolgen van het ongeval waarbij haar dochter zware verwondingen heeft opgelopen waaraan zij is overleden, en staat vast dat bij [verweerster] als gevolg van deze betrokkenheid bij en directe confrontatie met de gevolgen van het ongeval geestelijk letsel is ontstaan. Dit letsel is van zodanig ernstige aard dat moet worden aangenomen dat zij in haar persoon is aangetast.

5.3 De onderdelen 1.2 en 1.3 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. De onderdelen bestrijden het oordeel van het Hof (in rov. 4.7) dat onderscheid gemaakt kan worden tussen het geestelijk letsel van [verweerster] dat is veroorzaakt door iets anders dan de dood of het letsel van haar kind, namelijk de confrontatie met de gruwelijke, schokkende gevolgen van de gebeurtenis, enerzijds, en het onvermijdelijk daaraan verbonden geestelijk letsel als gevolg van de dood van haar dochter anderzijds. Volgens de onderdelen is het door het Hof gebruikte criterium te onbepaald, althans leidt dit criterium tot rechtsongelijkheid bij de toekenning van schadevergoeding, en heeft het Hof miskend dat het geestelijk letsel van [verweerster] een gevolg is van de samenloop van zowel het zeer ernstige en aangrijpende letsel als de daarmee onlosmakelijk verbonden dood van haar kind.

5.4 De bestreden oordelen van het Hof moeten als volgt worden verstaan. Het verlies van een kind kan voor de betrokken ouder een zodanig verdriet en zodanige problemen van verwerking van het verlies van dit kind opleveren dat daardoor geestelijk letsel ontstaat dat aantasting van de persoon oplevert. In een dergelijk geval laat het wettelijk stelsel niet toe dat aan deze ouder een schadevergoeding wegens verdriet om de dood van een kind, wordt toegekend. Het wettelijk stelsel verzet zich echter niet tegen een vergoeding van immateriële schade, wanneer deze schade een gevolg is van de aan het onrechtmatig handelen van de veroorzaker toe te rekenen schokkende confrontatie met de ernstige gevolgen van het ongeval. Aan toekenning van een dergelijke vergoeding staat in het bijzonder niet in de weg dat ook verdriet is ontstaan door het letsel en de dood van het kind. 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 getroffenene 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.

Aldus verstaan getuigt het bestreden oordeel van het Hof, gelet op de artikelen 6:97 en 6:106 lid 1 BW, niet van een onjuiste rechtsopvatting. 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 als in de onderdelen bedoeld 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.

De onderdelen treffen geen doel.

5.5 De onderdelen 2.1-2.5 bevatten een reeks van klachten met betrekking tot de vraag of het Hof het door Woudsend gevoerde relativiteitsverweer op goede gronden heeft verworpen. Deze klachten kunnen - voor zover zij al feitelijke grondslag hebben - niet tot cassatie leiden op grond van hetgeen hiervoor in 4.3 en 5.2 is overwogen.

5.6 Onderdeel 3 kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het Hof heeft, anders dan het onderdeel veronderstelt, niet het oog gehad op het oorzakelijk verband. Met de zinsnede in rov. 4.14 "welke hem kan worden toegerekend" heeft het Hof slechts tot uitdrukking gebracht dat sprake is van een onrechtmatige daad jegens [verweerster] die te wijten is aan de bestuurder of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

6. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

6.1 Ook al is aannemelijk dat [verweerster], als de moeder van een jong kind dat bij een ernstig verkeersongeval om het leven is gekomen, valt in de categorie van personen die het meest in aanmerking zouden komen voor de toekenning van een vergoeding ter zake van, zoals het in het algemeen wordt aangeduid, affectieschade, dan nog kan de rechter daarin niet de vrijheid vinden om, vooruitlopend op een eventueel door de wetgever door te voeren wijziging van de wet op dit punt, aan haar een vergoeding toe te kennen. Verwezen wordt naar hetgeen hiervoor in 4.2 is overwogen. Daarop stuit onderdeel I van het middel af.

6.2 Onderdeel II strekt ten betoge dat, voor zover de huidige Nederlandse wetgeving geen grondslag biedt voor toekenning van affectieschade aan ouders in geval van overlijden van een (minderjarig) kind, deze wetgeving in strijd is met art. 8 EVRM, zodat het Hof de in art. 6:108 gelegen beperkingen buiten toepassing had dienen te laten. Het recht op eerbiediging van "family life" tussen een ouder en zijn (minderjarig) kind brengt volgens het onderdeel mee de wettelijke erkenning in de vorm van (de mogelijkheid van) toekenning van immateriële schadevergoeding aan een ouder in verband met het overlijden van een kind als gevolg van een onrechtmatige daad van een ander.

6.3 Het onderdeel faalt op grond van het volgende. In de eerste plaats heeft de bestuurder van de taxibus die het onderhavige ongeval heeft veroorzaakt, een verkeersnorm overtreden met als tragisch gevolg voor [verweerster] het verlies van haar dochter, doch het veroorzaken van dit ongeval is als zodanig niet een inbreuk op het recht op eerbiediging van "family life" van [verweerster]. In de tweede plaats kan niet als juist worden aanvaard dat art. 8 EVRM ertoe noopt dat in de wetgeving wordt voorzien in een recht op (immateriële) schadevergoeding aan de ouder die een kind verliest als gevolg van het onrechtmatig handelen of nalaten van een ander. Het toekennen van schadevergoeding kan weliswaar mede worden gezien als een erkenning van en genoegdoening voor het verdriet wegens de dood van een kind, maar kan niet ertoe bijdragen dat in het onderhavige geval de moeder van het kind, [verweerster], in staat wordt gesteld overeenkomstig de strekking van art. 8 EVRM een normaal gezinsleven te leiden. Ten slotte ziet het onderdeel eraan voorbij dat art. 6:108 niet een beperking inhoudt van een bestaand recht op schadevergoeding, doch juist de grondslag biedt voor een uitbreiding van het recht op schadevergoeding waarop de benadeelde ten opzichte van wie niet onrechtmatig is gehandeld, anders geen aanspraak zou kunnen maken. Zoals hiervoor in

punt 4.2 is overwogen gaat een verdere uitbreiding de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.

6.4 Bij de beoordeling van onderdeel III moet worden vooropgesteld dat de rechter bij de begroting van de schade rekening dient te houden met alle omstandigheden van het geval en met name ook met de aard van de aansprakelijkheid en de aard en de ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de betrokkene. Het Hof heeft zulks in zijn rov. 4.22 klaarblijkelijk gedaan. Het oordeel van het Hof is sterk verweven met waarderingen van feitelijke aard en kan in zoverre in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Het is niet onbegrijpelijk noch ontoereikend gemotiveerd. Het onderdeel kan daarom niet slagen.

7. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

verwerpt het beroep; veroordeelt Woudsend in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 1.855,08 in totaal, waarvan € 1.762,06 op de voet van art. 243 Rv. te voldoen aan de Griffier, en € 93,02 te voldoen aan [verweerster];

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep; veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Woudsend begroot op € 68,07 aan verschotten en € 1.365,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheren A.E.M. van der Putt-Lauwers, J.B. Fleers, A.G. Pos en A. Hammerstein, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer A. Hammerstein op 22 februari 2002.

*** Conclusie ***

Rolnr. C00/227HR, Mr L. Strikwerda, Zt. 2 nov. 2001

Conclusie inzake

N.V. Verzekering Maatschappij Woudsend Anno 1916

tegen [Verweerster]

Edelhoogachtbaar College,

1. Het gaat in deze zaak om de vraag naar de mogelijkheid van vergoeding van zgn. shockschade. Aanleiding vormt een ernstig verkeersongeval waarbij [...], het vijfjarige dochtertje van thans verweerster in cassatie, [verweerster], en haar partner, [betrokkene A], is omgekomen.

2. In cassatie dient van de volgende feiten te worden uitgegaan (zie r.o. 3 van het arrest van het Hof j.o. r.o. 1 van het vonnis van de Rechtbank, alsmede r.o. 4.3 en 4.4 van het arrest van het Hof).

(i) Het verkeersongeval vond plaats op 9 april 1992 te omstreeks 16.00 uur ter hoogte van het perceel Dommel 24 te Heerhugowaard. Daarbij waren betrokken een door [betrokkene B] bestuurde taxibus (een kindertaxi) en de fietsende [dochter]. De taxibus reed achteruit, terwijl [de dochter] zich achter de bus bevond. De taxibus reed de fiets van [de dochter] aan, waardoor [de dochter] ten val kwam. De taxibus is met het achterwiel over het hoofdje van [de dochter] gereden. [De dochter] is ter plaatse overleden. Door het overrijden werd de schedel ernstig beschadigd en kwam de schedelinhoud (hersenen) naast het hoofd op het wegdek terecht.

(ii) Kort vóór de gebeurtenis had [de dochter] aan haar moeder gevraagd of zij op haar fiets naar de nabijgelegen speelplaats, te bereiken over het woonerf, mocht rijden en [verweerster] had dit goedgevonden. [Verweerster] bevond zich op het tijdstip van de gebeurtenis niet op de plaats van die gebeurtenis (ter hoogte van Dommel 24) maar in haar nabij die plaats gelegen woning (Dommel 12) en is vrijwel onmiddellijk na de gebeurtenis, gewaarschuwd door een buurvrouw, op de plaats van de gebeurtenis gekomen, waar zij haar dochter levenloos zag liggen met naast het hoofd de schedelinhoud die zij aanzag voor braaksel. [Verweerster] heeft daarop eerst in haar woning een ambulance gebeld en is aanstonds weer teruggerend naar het meisje, dat op haar buik, kennelijk met het gezicht naar beneden, lag. [Verweerster] heeft geprobeerd met haar hand het hoofd van het meisje te draaien om haar in het gezicht te kunnen zien; daarbij ervoer [verweerster] tot haar ontzetting dat haar hand vrijwel geheel verdween in de schedel van het meisje en dat het "braaksel" een deel van de hersenen van haar dochter was.

(iii) Een en ander heeft geleid tot ernstig geestelijk letsel van [verweerster]. Dat is in januari 1997 vastgesteld door de psychiater drs. B. van der Bussche te Amsterdam, die [verweerster] heeft onderzocht. Het letsel werd omschreven als een gestagneerd rouwproces resulterend in een ernstige depressie met melancholische (vitale) kenmerken en een ernstige posttraumatische stressstoornis waarbij [verweerster] onder andere voortdurend de afschuwelijke confrontatie met haar dochter herbeleeft. Het psychiatrisch rapport uit januari 1997 hield voorts in dat professionele hulpverlening via een polikliniek psychiatrie en/of RIAGG op korte termijn zeer geïndiceerd is. [Verweerster] heeft in de periode van 1992 tot en met 1994 intensieve behandeling door gesprekstherapie ondergaan, echter zonder dat succes (genezing) werd bereikt. [Verweerster] was ten tijde van de gebeurtenis 28 jaren oud.

(iv) [Betrokkene B], de bestuurder van de taxibus, is ter zake van de gebeurtenis strafrechtelijke veroordeeld door de Rechtbank te Alkmaar.

(v) Voor de taxibus was ten tijde van het ongeval bij eiseres tot cassatie, hierna: Woudsend, een verzekering afgesloten als bedoeld in de Wet Aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen.

3. Bij exploit van 17 december 1998 heeft [verweerster] Woudsend gedagvaard voor de Rechtbank te Alkmaar tot betaling van schadevergoeding. Zij vordert een bedrag van f 5.823,49 wegens materiële schade (therapiekosten, kosten van medische expertise, kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand) en een bedrag van f 100.000,- wegens immateriële

schade, die zij stelt geleden te hebben als gevolg van het (ook) jegens haar onrechtmatig handelen van [betrokkene B] door het veroorzaken van het ongeval van 9 april 1992 en het geestelijk letsel dat [verweerster] heeft opgelopen door de schokkende confrontatie met het verminkte lichaam van haar dochter.

4. Woudsend heeft de vordering bestreden. Zij heeft daartoe onder meer aangevoerd dat [betrokkene B] niet onrechtmatig jegens [verweerster] heeft gehandeld nu [verweerster] op geen enkele wijze feitelijk betrokken was bij het ontstaan van het ongeval. Het handelen in strijd met een verkeersnorm kan volgens Woudsend niet geacht worden onrechtmatig te zijn jegens familieleden van verkeersdeelnemers.

5. Bij vonnis van 17 december 1998 heeft de Rechtbank de vordering van [verweerster] afgewezen. Naar het oordeel van de Rechtbank strandt de vordering van [verweerster] op het bepaalde in art. 6:163 BW: geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. De Rechtbank overwoog daartoe onder meer (r.o. 5.2, 3e en 4e alinea):

"De in het verkeer in acht te nemen normen strekken tot bescherming van het andere verkeer op de weg en de veiligheid van daaronder niet begrepen verkeersdeelnemers of de wegbeheerder. Woudsend heeft terecht aangevoerd dat deze normen niet strekken tot bescherming van de belangen van familieleden van verkeersdeelnemers of van anderen die in enige relatie staan tot de verkeersdeelnemers, aangezien de geschreven en ongeschreven normen van verkeersgedrag niet de veiligheid van een ieder dienen en er evenmin toe leiden dat onjuist verkeersgedrag onrechtmatig is tegenover allen die ingevolge dit gedrag in persoon of goed schade lijden.

Nu vaststaat dat [verweerster] zich op het moment van het door [betrokkene B] veroorzaakte ongeval in haar woning bevond en dat zij niet als verkeersdeelnemer betrokken was bij dit ongeval, dient er dan ook vanuit gegaan te worden dat de door [betrokkene B] geschonden norm van verkeersgedrag niet strekt tot bescherming van het belang van [verweerster] als moeder van de minderjarige verkeersdeelnemster [de dochter]."

De stelling van [verweerster] dat [betrokkene B] niet alleen een in het verkeer in acht te nemen norm heeft geschonden, maar dat hij ook de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die inhoudt dat men anderen niet onnodig letsel (lichamelijk of geestelijk) mag toebrengen door een situatie in het leven te roepen die een dusdanig schokkende aanblik biedt dat voor degenen die daarmee worden geconfronteerd een risico ontstaat op geestelijk letsel, verwierp de Rechtbank. Zij overwoog (r.o. 5.2, 6e alinea):

"[Verweerster] ziet er aan voorbij dat de door haar genoemde zorgvuldigheidsnorm onvoldoende geconcretiseerd is. Bovendien was de handelwijze van [betrokkene B] er niet op gericht een schokkende situatie in het leven te roepen om daarmee de door [verweerster] gestelde norm te schenden, doch dient het ontstaan van de schokkende situatie op 9 april 1992 te worden beschouwd als een gevolg van de schending door [betrokkene B] van de in het verkeer in acht te nemen normen."

6. Op het hoger beroep van [verweerster] heeft het Gerechtshof te Amsterdam bij arrest van 27 april 2000 het vonnis van de Rechtbank vernietigd en Woudsend veroordeeld tot betaling aan [verweerster] van de gevorderde materiële schadevergoeding en van een

bedrag van f 30.000,- aan immateriële schadevergoeding. Het Hof verwierp het relativiteitsverweer van Woudsend en overwoog daartoe (r.o. 4.11):

"Ongetwijfeld strekken de normen voor verkeersgedrag in het algemeen - voor zover thans van belang - in de eerste plaats ertoe dat een aan- en overrijding zoals die ten aanzien van [de dochter] heeft plaatsgevonden, uitblijft. In het midden kan blijven of die verkeersnormen mede bedoeld zijn om de belangen te beschermen van alle familieleden van verkeersdeelnemers en van alle anderen die in enige bijzondere betrekking staan tot verkeersdeelnemers, die als gevolg van schending van die normen schade lijden in persoon of goed. Er is echter geen goede reden om aan te nemen dat die normen niet mede strekken tot bescherming van de moeder van een vijfjarig meisje dat met even tevoren verkregen goedvinden van die moeder op haar fiets op een woonerf, vlakbij de woning van moeder en dochter, aan het verkeer deelneemt, tegen schade als in deze zaak aan de orde. Dat de moeder in dit geval niet zelf aan het verkeer deelnam, zich ook niet in de "fysieke gevarenzone" van de verkeersnorm schendende taxibus bevond en zelf geen lichamelijk letsel opliep, is onvoldoende reden om anders te oordelen. Niet kan worden volgehouden dat in het onderhavige geval de bestuurder van de taxibus niet ook bedacht behoeft te zijn op deze soort schade, van deze moeder van deze aan het verkeer deelnemende dochter."

Ten aanzien van de vraag in hoeverre Woudsend de onderscheidene schadeposten dient te vergoeden, overwoog het Hof het volgende. Wat de schadepost ter zake van smartengeld betreft, dient te worden geoordeeld dat [verweerster] - in de zin van art. 6:106, lid 1, aanhef en onder b, BW - in haar persoon is aangetast "op andere wijze" (dan door lichamelijk letsel of in eer of goede goede naam), nu zij immers geestelijk letsel heeft opgelopen (r.o. 4.13). Het verweer van Woudsend dat [verweerster] geen geestelijk letsel heeft geleden als gevolg van de schokkende confrontatie, maar van de dood van het meisje, is naar 's Hofs oordeel ongegrond (r.o. 4.14 en 4.15). Voor vergoeding komt echter niet in aanmerking het verdriet van [verweerster] om het overlijden van haar dochter, aangezien dit verdriet een nadeel is, veroorzaakt door de dood van het kind (r.o. 4.17). Het in de wet neergelegde stelsel van schadevergoedingsrecht brengt met zich mee dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de wél vergoedbare shockschade en de niet vergoedbare affectieschade (r.o. 4.18). Bij de vaststelling van de hoogte van de immateriële schadevergoeding op een bedrag van f 30.000,- heeft het Hof rekening gehouden met de aard en de ernst van het geestelijk letsel en met de oorzaak ervan. Voorts heeft het Hof van belang geacht de leeftijd waarop [verweerster] dit letsel heeft opgelopen en de omstandigheid dat [verweerster] meer dan zeven jaar na het ongeval nog steeds ernstig geestelijk lijdt en dat er geen aanwijzingen zijn dat hierin in de toekomst een wijziging ten goede zal komen (r.o. 4.22).

7. Woudsend is tegen het arrest van het Hof (tijdig) in cassatie gekomen met een uit drie hoofdonderdelen opgebouwd middel, dat door [verweerster] is bestreden met conclusie tot verwerping van het cassatieberoep. Tevens heeft [verweerster] van haar kant incidenteel cassatieberoep ingesteld met een uit drie hoofdonderdelen opgebouwd middel. Woudsend heeft dit middel bestreden en geconcludeerd tot verwerping van het incidentele beroep.

Inleidende opmerkingen

8. Art. 6:95 BW bepaalt dat schade die bestaat in ander nadeel dan vermogensschade slechts kan worden vergoed voor zover de wet op vergoeding daarvan recht geeft. In art.

6:106 BW is vervolgens aangegeven in welke gevallen een recht op vergoeding van immateriële schade bestaat. Art. 6:108 BW geeft een limitatieve opsomming van gerechtigden die vergoeding kunnen vorderen van de in dit artikel genoemde schadeposten bij overlijden van iemand. Art. 6:108 BW noemt immateriële schade niet als een schadepost waarvan vergoeding gevorderd kan worden. Het stelsel van de wet brengt derhalve mee dat derden in geval van overlijden geen immateriële schadevergoeding kunnen vorderen wegens het overlijden.

9. Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever met name de vergoeding van zgn. affectieschade, d.w.z. schade als gevolg van het verdriet dat wordt ondervonden door het overlijden van een naaste, van vergoeding uitgesloten. Voor die uitsluiting is een aantal redenen genoemd: de gedachte dat hoe schrijnender het leed, hoe groter de weerstand is dat dat leed met geld zou zijn te vergoeden; de weerstand tegen "commercialisering" van verdriet; en de angst voor onsmakelijke procespraktijken. Zie Parl. Gesch. Boek 6, blz. 388/389. Voorts zou het openen van de mogelijkheid van immateriële schadevergoeding voor de dood of het letsel van een ander kunnen leiden tot een explosie van (gecompliceerde) schadeclaims, waarbij wordt opgemerkt dat art. 6:109 BW een excessieve ontwikkeling van vergoeding voor ander nadeel dan vermogensschade beoogt te voorkomen. Zie Parl. Gesch. Inv. Boek 6, blz. 1273-1274.

10. Deze terughoudendheid blijkt ook uit de rechtspraak. In zijn arrest van 8 april 1983, NJ 1984, 717 nt. CJHB heeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van het NBW, overwogen dat art. 1406 BW (oud) meebrengt dat aansprakelijkheid voor schade van psychosomatische aard, als veroorzaakt door de dood van een kind, is uitgesloten. De opvatting dat een vordering tot vergoeding van zodanige schade op grondslag van art. 1407 BW (oud) wel mogelijk is, wordt door de Hoge Raad verworpen omdat zij tot gevolg zou hebben dat een nabestaande van een overledene aanspraak zou hebben op vergoeding van andere schade (d.w.z. immateriële schade als gevolg van de dood van een kind) dan waarvoor art. 1406 BW (oud) vergoeding toekent, terwijl dit met de strekking van art. 1406 BW (oud) niet verenigbaar is.

11. In de recente literatuur wordt het recht op immateriële schadevergoeding voor de dood of het letsel van familieleden echter steeds vaker verdedigd; aangedrongen wordt op een wetswijziging. Zie A.J. Verheij, NTBR 1998, blz. 324-332; T. Hartlief, AA 2000, blz. 863-873 (onder 5); C.C. van Dam, VR 2001, blz. 1-8; S.D. Lindenbergh, NJB 2001, blz. 61-66. Ook vanuit de Kamer is aangedrongen op een wetswijziging. Zie NJB 2000, blz. 2165.

12. Op 20 juni 2001 heeft de Minister van Justitie in een brief aan de Tweede Kamer aangekondigd dat hij zich beraadt op de wenselijkheid van immateriële schadevergoeding voor de dood of het letsel van een ander (Kamerstukken II, 2000/2001, 27 400 VI, nr. 70). De Minister staat een stelsel voor ogen waarbij in geval van overlijden van of zeer ernstig blijvend letsel aan personen met een zeer nauwe affectieve band met het slachtoffer een gefixeerde vergoeding van 10.000 Euro zou kunnen worden toegekend. Zie daarover - in kritische zin - W.H. van Boon, NJB 2001, blz. 1301/1302; T. Hartlief en R.J. Tjittes, NJB 2001, blz. 1466/1467.

13. Dat naar de huidige stand van de wetgeving art. 6:95 jo. art. 6:108 BW de poort sluit voor vergoeding van immateriële schade wegens de dood van iemand, neemt overigens niet weg dat een aanspraak op vergoeding van immateriële schade wel kan bestaan, indien

in verband met de dood van een ander voldaan is aan de in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder a, b of c neergelegde vereisten voor een aanspraak op (immateriële) schadevergoeding. Vgl. HR 26 oktober 2001, nr. C99/369HR, (nog) niet gepubliceerd. Dat geldt bijv. indien de waarneming van of de confrontatie met de gebeurtenis die heeft geleid tot de dood van iemand bij de benadeelde heeft geleid tot zgn. shockschade.

14. Shockschade kan worden omschreven als schade, zowel materiële als immateriële, die wordt toegebracht door de schokkende ervaring als gevolg van de waarneming van of confrontatie met een ongeval waarbij een ander dodelijk of ernstig gewond raakt. Bij shockschade gaat het niet om (zgn. verplaatste) schade in geval van het overlijden of letsel van een ander, maar om eigen, materiële en immateriële schade van de benadeelde. Hoewel vroeger (ook) tegen de erkenning van deze vorm van schade grote terughoudendheid bestond, zowel om rechtspolitieke redenen als om redenen van wetssystematiek (met name de onrechtmatigheidsvraag en het zgn. relativiteitsvereiste vormen een struikelblok), heeft de discussie zich tegenwoordig verlegd naar de vraag onder welke omstandigheden shockschade voor vergoeding in aanmerking dient te komen en welke beperkingen het huidige BW aan de vergoeding van deze vorm van schade stelt.

15. Dat shockschade thans voor vergoeding in aanmerking komt, wordt door de parlementaire geschiedenis van de huidige regeling van de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding buiten twijfel gesteld. Wat materiële shockschade betreft, is de volgende passage met betrekking tot art. 6:107 BW van belang (MvT Inv., Parl. Gesch. Inv. Boek 6, blz. 1280):

"Het eerste lid stelt voorts buiten twijfel dat het artikel zowel ziet op lichamelijk als op geestelijk letsel. Men denke bij dit laatste bijvoorbeeld aan het geval dat het slachtoffer door een ongeval, waarbij niet hijzelf, maar wel anderen lichamelijk letsel oplopen, dan wel worden gedood, zo hevig wordt geschokt dat hij gedurende geruime tijd niet tot werken in staat is (...)."

Voorts heeft de Minister bij de behandeling van Boek 6 naar aanleiding van vragen uit de Eerste kamer over de mogelijkheid tot het toekennen van immateriële schadevergoeding wegens verdriet over de dood of het letsel van een ander het volgende opgemerkt (Parl. Gesch. Inv. Boek 6, blz. 1274):

"Daarbij verdient duidelijkheidshalve nog aantekening dat het bovenbedoelde geval van verdriet om anderen (dat wil zeggen immateriële schadevergoeding wegens verdriet over de dood of het letsel van een ander, A-G) moet worden onderscheiden van dat van schade door een 'shock' die het gevolg is van het waarnemen of geconfronteerd worden met een dodelijk ongeval. De vraag rijst of een dergelijke 'shock' aanleiding kan zijn voor letsel of een andere aantasting van de persoon, ter zake waarvan artikel 6.1.9.11 aanspraak geeft op vergoeding van een ander nadeel [d]an vermogensschade. Dit artikel sluit niet uit om dit, naar gelang van de omstandigheden, aan te nemen, evenmin als dit wordt uitgesloten door het door de Commissie in dit verband aangehaalde HR 8 april 1983, NJ 1984, 717 (zie rechtsoverweging 4.1, slot)."

Naar de bedoeling van de wetgever biedt art. 106 lid 1, aanhef en onder b, BW (aantasting van de benadeelde in zijn persoon op andere wijze) derhalve een wettelijke basis voor vergoeding van (immateriële) schade als gevolg van een schokkende gebeurtenis. Van de omvangrijke literatuur over shockschade noem ik R.W. Holzauer, RM Themis 1986, blz.

4-29; J.B.M. Vranken, WPNR 1989, nr. 5924, blz. 433-435; A.T. Bolt, Shockschade, in: CJHB, Brunner-bundel, 1994, blz. 9-20; H.Th. Bouma, VR 1995, blz. 207-210; R.J.P. Kottenhagen, NTBR 1996, blz. 119-127; S.D. Lindenbergh, RM Themis 1997, blz. 178-193; dez., Smartengeld, diss. 1998, blz. 129 e.v.; M. Janssens, ERPL 1998, blz. 77-104; A.J. Verheij, NJB 1999, blz. 1409-1416; H.J. Bunjes, VR 1999, blz. 294-296; T. Hartlief, AA 2000, blz. 863-873 (onder 4).

16. Voor aansprakelijkheid jegens het slachtoffer van shockschade moet de gedraging van de laedens worden getoetst aan art. 6:162 BW. Er moet sprake zijn van een jegens dat slachtoffer gepleegde onrechtmatige daad, en er moet voldaan zijn aan het door art. 6:163 BW gestelde relativiteitsvereiste: de geschonden norm moet strekken tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Zowel de onrechtmatigheidsvraag als het relativiteitsvereiste leveren moeilijkheden op bij de toekenning van shockschade. In de parlementaire geschiedenis hebben die moeilijkheden weinig aandacht gekregen. Kennelijk is verondersteld dat indien sprake is van shockschade als gevolg van de waarneming van of de confrontatie met de gebeurtenis die heeft geleid tot de dood of verwonding van een ander, is voldaan aan het onrechtmatigheidsvereiste en het relativiteitsvereiste. Voorts is problematisch hoe de omvang van de immateriële schade dient te worden vastgesteld; men heeft erop gewezen dat in deze schadecomponent de (niet vergoedbare) affectieschade moet worden afgescheiden van de (wel vergoedbare) shockschade. Ook over dit probleem zwijgt de wetsgeschiedenis.

17. Wat de onrechtmatigheidsvraag betreft, kan het volgende worden opgemerkt. De wetgever is er kennelijk van uitgegaan dat bij shockschade sprake is van een onrechtmatige daad die bestaat uit inbreuk op een subjectief recht, namelijk het recht op lichamelijke integriteit van het slachtoffer van de shockschade. Aangenomen dat shockschade bij bepaalde personen die geconfronteerd worden met een ongeval waarbij doden of gewonden vallen een voorzienbaar gevolg is, is een gedraging evenwel niet onrechtmatig om de enkele reden dat zij (geestelijk) letsel als voorzienbaar gevolg heeft. Het is dan van tweeën één: óf de gevaarstelling die heeft geleid tot het ongeval levert ook de grondslag voor het oordeel dat onrechtmatig is gehandeld jegens het slachtoffer van de shockschade, óf de onrechtmatigheid moet gegrondvest worden op de schending van een afzonderlijke zorgvuldigheidsnorm. De eerste benadering lijkt de voorkeur te verdienen, niet alleen omdat de wetgever - door te zwijgen op dit punt - kennelijk van die benadering is uitgegaan, maar ook omdat gevaarstelling in beginsel als onrechtmatig mag worden aangemerkt, indien men bedacht had kunnen zijn op de schade die bij realisering van het gevaar is opgetreden. Vgl. HR 22 april 1994, NJ 1994, 624 nt. CJHB. Op shockschade bij bepaalde personen als gevolg van de confrontatie met een ernstig ongeval kan de dader, zo is kennelijk de opvatting van de wetgever, bedacht zijn.

18. In deze benadering levert het relativiteitsvereiste geen bijzondere problemen op. Bij een onrechtmatige daad die bestaat uit een inbreuk op een subjectief recht, in dit geval op het recht op lichamelijke integriteit van het slachtoffer van shockschade, is ten opzichte van de subjectief gerechtigde aan het relativiteitsvereiste steeds voldaan. In de andere benadering vormt het relativiteitsvereiste een lastige hindernis voor vergoeding van shockschade. Die hindernis zal genomen moeten worden via de redenering dat het vereiste niet alleen betrekking heeft op wettelijke, maar ook op ongeschreven rechtsnormen. Zie Asser-Hartkamp 4-III, 1998, nr. 99. Waar de overtreding van een wettelijk voorschrift, dat op zichzelf niet strekt tot bescherming van de benadeelde, mede van invloed kan zijn op de vraag of (tevens) onzorgvuldig is gehandeld, is niet uitgesloten dat die (ongeschreven)

zorgvuldigheidnorm de betrokken belangen wel beschermt (de zgn. correctie Langemeijer). Zie HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568; HR 16 september 1988, NJ 1989, 505 m.nt. CJHB. De benadeelde dient dus te stellen en, zo nodig, te bewijzen dat sprake is van onrechtmatig handelen en hij zal moeten aangeven welke andere normschending aan de orde is.

19. In de eerstbedoelde benadering vallen de onrechtmatigheidsvraag en het relativiteitsvereiste als het ware samen: bij de beantwoording van de vraag wie onder welke omstandigheden beschermd wordt tegen shockschade is beslissend bij welke personen de dader op ontstaan van shockschade bedacht had kunnen zijn. In de literatuur wordt voor dit probleem dikwijls inspiratie geput uit het Duitse en het Engelse recht, waar het relativiteitsvereiste, dat ook in deze rechtsstelsels bekend is (vgl. Asser-Hartkamp 4-III, 1998, nr. 97), een rol speelt bij de afbakening van de kring van gerechtigden op shockschade.

20. In het Engelse recht geldt dat het slachtoffer van shockschade die fysiek in de nabijheid van het ongeval was of nauwe emotionele banden had met het slachtoffer van het ongeval, eerder dan anderen aanspraak kan maken op vergoeding van zijn schade. De dader kon immers erop bedacht zijn dat zijn handelwijze bij deze personen tot psychisch letsel zou leiden. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen primary victims (degenen die psychische schade hebben geleden doordat zijzelf redelijkerwijs in angst hebben verkeerd voor eigen lichamelijk letsel) en secondary victims (alle anderen). Voor de laatste categorie gelden strengere eisen. Hier wordt een nadere onderverdeling gemaakt in verschillende categorieën personen waarbij de categorie "persons with a tie of love and affection" in beginsel recht hebben op vergoeding indien zij zich in "the direct aftermath" van het ongeval bevonden, wat inhoudt dat zij bij het ongeval aanwezig waren of althans vrijwel direct na het ongeval hiermee werden geconfronteerd.

21. Dit laatste gaat sommigen te ver. Zie bijv. H.A. Bouman en A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, Schadevergoeding: personenschade, Mon. Nieuw BW B-37, nr. 37 en S.D. Lindenbergh, RM Themis 1997, blz. 186. Zij menen dat aan de relativiteitseis slechts is voldaan indien het slachtoffer van de shockschade zelf in gevaar heeft verkeerd. Deze beperking wordt van de hand gewezen door o.m. R.J.P. Kottenhagen, NTBR 1996, blz. 125, A.J. Verheij, NJB 1999, blz. 1414, en A.T. Bolt, Brunner-bundel 1994, blz. 18/19. Zij voeren aan dat de confrontatie met de directe gevolgen van een ongeval onder omstandigheden voldoende kan zijn, zoals ook blijkt uit de hiervoor weergegeven passage uit de parlementaire geschiedenis. Ik onderschrijf de laatstbedoelde opvatting: beslissend is of de dader bedacht had kunnen zijn op de shockschade. De ervaring leert, dat een naaste van een slachtoffer van het ongeval shockschade kan oplopen, ook als die naaste zelf niet in gevaar heeft verkeerd, doch buiten de directe gevarenzone of kort na het ongeval de schokkende gevolgen daarvan waarneemt. Zie voor nadere rechtsvergelijkende notities A.T. Bolt, Brunner-bundel, blz. 12-16, R.P.J. Kottenhagen, NTBR 1996, blz. 120-124; S.D. Lindenbergh, RM Themis 1997, blz. 181-184; M. Janssens, ERPL 1998, blz. 77 e.v.; A.J. Verheij, NJB 1999, blz. 1409-1412.

22. Dan de omvang van de schadevergoeding. Voor vergoeding als shockschade komt allereerst de materiële schade in aanmerking. Deze zal veelal bestaan uit de kosten die gemaakt moeten worden om het (psychisch) letsel te genezen. Voorts kan het slachtoffer ingevolge art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW aanspraak maken op vergoeding van immateriële schade. Er moet dan sprake zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld

of minst genomen van geestelijk of psychisch letsel. Psychisch onbehagen is onvoldoende reden voor het toekennen van smartengeld. Zie HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366, HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 en HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 nt. CJHB (r.o. 3.14). Vergoeding van affectieschade is, zoals gezegd, uitgesloten. Betoogd is dat in de immateriële schadecomponent shockschade en affectieschade in elkaar overlopen en dat afscheiding van het gedeelte affectieschade van het gedeelte shockschade niet goed mogelijk is zonder een pijnlijk debat over de kwaliteit van de affectieve relatie van het slachtoffer van de shockschade met degene die door het ongeval is gedood of gekwetst. Zie S.D. Lindenbergh, RM Themis 1997, blz. 190 en A.J. Verheij, NJB 1999, blz. 1413. Het schijnt mij toe dat in dit betoog miskend wordt dat de affectie geen onderdeel is van de shock, maar een omstandigheid is die ertoe heeft geleid dat nu juist bij een bepaalde persoon shockschade is opgetreden. De affectieve relatie verhoogt als het ware de gevoeligheid voor shockschade, maar dit betekent niet dat, indien eenmaal shockschade, d.w.z. psychisch letsel, is vastgesteld, bij de vaststelling van de omvang van de immateriële schadevergoeding voor dat psychisch letsel affectie als aftrekpost in rekening moet worden gebracht. Het onwenselijke gevolg zou zijn dat slachtoffers van shockschade die geen affectieve relatie hebben met degene die door het ongeval is gedood of gekwetst bij de begroting van de schade beter af zijn.

Het principaal beroep

23. Onderdeel 1 van het in het principaal beroep voorgestelde middel valt uiteen in drie subonderdelen.

24. Subonderdeel 1.1 strekt ten betoge dat shockschade alleen voor vergoeding in aanmerking komt wanneer "de nagelaten betrekking(en) door zijn (haar of hun) aanwezigheid bij de verweten gedraging dan wel gebeurtenis, toen deze plaatsvond, direct betrokken is (zijn) geweest bij het ongeval of de gebeurtenis waardoor het slachtoffer is overleden". Volgens het subonderdeel heeft het Hof dan ook ten onrechte geoordeeld dat het stelsel van schadevergoedingsrecht ruimte laat voor een aanspraak van [verweerster] op schadevergoeding voor zover de schade is veroorzaakt door iets anders dan door de dood of het letsel van haar dochter.

25. De door het subonderdeel verdedigde stelling dat voor vergoeding van shockschade vereist is dat de geschrokken aanwezige was bij de gebeurtenis waardoor het slachtoffer is overleden, komt mij onjuist voor. Niet valt in te zien waarom de schok alleen teweeg zou kunnen/mogen worden gebracht door de aanwezigheid bij een dodelijk ongeval. De ervaring leert dat ook een waarneming van de schokkende gevolgen van het ongeval kort nadat dit heeft plaatsgevonden een zodanige reactie teweeg kan brengen dat daardoor psychisch letsel wordt opgelopen. De dader kan hierop ook bedacht zijn. Ik verwijs naar hetgeen hierboven onder 21 is opgemerkt. Subonderdeel 1.1 faalt m.i.

26. Subonderdeel 1.2 voert aan dat naar de bedoeling van de wetgever rechtens niet het onderscheid kan worden gemaakt tussen vergoeding van schade wegens letsel en overlijden van het kind enerzijds en vergoeding van schade wegens de schokkende wijze waarop [verweerster] werd geconfronteerd met het gruwelijke letsel waardoor haar dochter om het leven is gekomen anderzijds. In het bijzonder acht het subonderdeel schade veroorzaakt door "iets anders dan de dood of het letsel" te onbepaald en betoogt het dat dit kan leiden tot rechtsongelijkheid. In subonderdeel 1.3 wordt betoogd dat de onderhavige schrikschade onlosmakelijk is verbonden met het zeer ernstige en aangrijpende letsel dat

aan het kind is toegebracht en de daaraan verbonden dood van het kind. Om die reden dient, aldus het subonderdeel, het geestelijk letsel van [verweerster] rechtens als gevolg van de samenloop van het zeer ernstige letsel en van de dood van het kind worden aangemerkt, welk gevolg wordt beheerst door art. 6:108 BW. 's Hofs oordeel dat de vordering van [verweerster] niet afstuit op de artt. 6:107 en 108 BW acht het onderdeel dan ook rechtens onjuist.

27. De subonderdelen 1.2 en 1.3 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij komen erop neer dat de shockschade als het ware wordt geabsorbeerd door het geestelijk letsel dat [verweerster] heeft opgelopen als gevolg van het overlijden van haar dochter. Omdat de beide schadecomponenten moeilijk van elkaar zijn af te bakenen, zou het onderscheid niet gemaakt behoren te worden. Ik wijs erop dat het incidentele middel in onderdeel 1 in essentie het omgekeerde betoogt: wanneer sprake is van shockschade behoort tevens immateriële schade wegens het verlies van een familielid of een naaste te worden toegewezen.

28. Beide opvattingen acht ik onjuist: de affectieve relatie tussen moeder en kind is geen onderdeel van de shock, maar een omstandigheid is die ertoe heeft geleid dat nu juist bij de moeder shockschade is opgetreden. De shockschade absorbeert derhalve niet de affectieschade, maar staat los daarvan. Het bestaan van affectieschade sluit de toewijzing van shockschade derhalve niet uit en, omgekeerd, brengt toewijzing van shockschade niet noodzakelijk mee dat dan ook de affectieschade moet worden vergoed.

29. Anders dan subonderdeel 1.2 betoogt, is de door het Hof vergoedbaar geachte schade veroorzaakt door "iets anders dan de dood of het letsel" niet te onbepaald, nu het Hof daarmee blijkens r.o. 4.7 tweede volzin het oog heeft op schade die is veroorzaakt door de confrontatie met de schokkende gevolgen van de gebeurtenis. Waarom het door het Hof gemaakte onderscheid zou leiden tot rechtsongelijkheid, valt niet in te zien en wordt door het middel ook niet toegelicht.

30. Onderdeel 2 van het middel heeft betrekking op het relativiteitsverweer van Woudsend en valt uiteen in vijf subonderdelen.

31. Subonderdeel 2.1 klaagt dat het Hof ten onrechte in het midden heeft gelaten of de door het Hof bedoelde verkeersnormen bedoeld zijn om de belangen te beschermen van alle familieleden van verkeersdeelnemers en van alle anderen die in enige bijzondere betrekking staan tot verkeersdeelnemers die als gevolg van schending van die normen schade lijden in persoon of goed.

32. Dit subonderdeel faalt. Het Hof mocht zijn oordeel toespitsen op de vraag of onrechtmatig is gehandeld jegens de moeder van een vijfjarig meisje dat met even tevoren verkregen goevinden van die moeder op haar fiets op een woonerf, vlakbij de woning van moeder en dochter, aan het verkeer deelneemt, tegen schade als in deze zaak aan de orde. Het Hof behoefde niet in te gaan, en is ook niet ingegaan, op de vraag of de door de bestuurder van de taxibus geschonden norm strekt ter bescherming van alle andere familieleden en van alle andere personen die in enige bijzondere betrekking staan tot verkeersdeelnemers.

33. De vraag of de door het subonderdeel vertolkte opvatting dat de geschreven en ongeschreven normen van verkeersgedrag slechts gelden binnen de kring van

verkeersdeelnemers juist is, kan in het midden blijven. Uitgangspunt is dat de wetgever de rechtspolitieke vraag of shockschade die door verkeersdeelnemers wordt toegebracht aan niet-verkeersdeelnemers voor vergoeding in aanmerking behoort te komen, in bevestigende zin heeft beantwoord. Aangenomen moet worden dat naar het oordeel van de wetgever het stelsel van de wet inzake de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding daaraan niet in de weg staat. Zoals hierboven is betoogd, is dat ook niet het geval: de gevaarstelling die heeft geleid tot het ongeval levert de grondslag voor het oordeel dat ook onrechtmatig is gehandeld jegens het slachtoffer van de shockschade. Ik verwijs naar hetgeen hierboven onder 17 is opgemerkt.

34. Subonderdeel 2.2 betoogt dat de omstandigheid dat de moeder niet zelf aan het verkeer deelnam, zich niet in de fysieke gevarezone van de taxibus bevond en zelf geen lichamelijk letsel opliep, eraan in de weg staat om aansprakelijkheid aan te nemen, nu de toepasselijke artt. 31 en 185 WVW slechts betrekking hebben op schade van verkeersdeelnemers.

35. Dit onderdeel mist feitelijke grondslag. Het Hof heeft de aansprakelijkheid van [betrokkene B]/Woudsend jegens [verweerster] niet gebaseerd op de door het onderdeel bedoelde wetsartikelen.

36. In subonderdeel 2.3 wordt geklaagd dat het Hof heeft miskend dat de geschreven en ongeschreven normen voor verkeersgedrag, en in het bijzonder de norm om zich als bestuurder van een motorvoertuig zodanig te gedragen dat niet het gevaar in het leven wordt geroepen van het toebrengen van zeer ernstig letsel aan ongemotoriseerde verkeersdeelnemers, niet de strekking hebben om schade als door [verweerster] geleden te voorkomen en derhalve evenmin de strekking hebben tegen die schade te beschermen.

37. Voor zover het subonderdeel aanneemt dat het Hof zijn oordeel heeft gebaseerd op de norm dat een bestuurder van een motorvoertuig zich zodanig dient te gedragen dat niet het gevaar in het leven wordt geroepen van het toebrengen van zeer ernstig letsel aan ongemotoriseerde verkeersdeelnemers, mist het feitelijke grondslag. Het Hof heeft bij zijn oordeel over de relativiteit immers niet het oog gehad op deze concrete norm, maar op de geschreven en ongeschreven normen voor verkeersgedrag in het algemeen. Voor zover het subonderdeel wil betogen dat deze door het Hof bedoelde geschreven en ongeschreven normen voor verkeersgedrag niet, ook niet in het algemeen, strekken tot bescherming tegen schade zoals deze door [verweerster] is geleden, faalt het reeds wegens gebrek aan belang. Zoals hierboven is betoogd, is de wetgever er kennelijk van uitgegaan dat bij shockschade sprake is van een onrechtmatige daad die bestaat uit inbreuk op een subjectief recht, namelijk het recht op lichamelijke integriteit van het slachtoffer van de shockschade. De gevaarstelling die heeft geleid tot het ongeval levert de grondslag voor het oordeel dat onrechtmatig is gehandeld jegens het slachtoffer van de shockschade, aangezien de dader naar het oordeel van de wetgever op shockschade bij bepaalde personen als gevolg van de realisering van het gevaar bedacht kan zijn. Bij inbreuk op een subjectief recht is jegens de subjectief gerechtigde aan het relativiteitsvereiste voldaan.

38. Subonderdeel 2.4 voert aan dat het Hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de bestuurder van de taxibus bedacht moest zijn op deze soort schade van deze moeder van deze aan het verkeer deelnemende dochter, nu het Hof niet heeft vastgesteld dat de bestuurder voorafgaand aan het ongeluk moeder of kind had waargenomen. Zo het Hof tot uitdrukking heeft willen brengen dat de bestuurder van de taxibus in het algemeen bedacht

diende te zijn op de soort schade als door het Hof bedoeld, wordt betoogd dat het Hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien een dergelijke eis aan een bestuurder van een motorrijtuig niet kan worden gesteld.

39. Het subonderdeel is naar mijn oordeel tevergeefs voorgesteld. Het miskent dat in de beslissing van de wetgever om de mogelijkheid tot vergoeding van shockschade te openen besloten ligt dat naar het oordeel van de wetgever de dader van een gevaarzettingsdelict in beginsel bedacht behoort te zijn op shockschade bij bepaalde personen. Het oordeel van het Hof dat niet kan worden volgehouden dat in het onderhavige geval de bestuurder van de taxibus niet bedacht behoefde te zijn op deze soort schade, van deze moeder van deze aan het verkeer deelnemende dochter berust op een aan het Hof voorbehouden feitelijke waardering, is niet onbegrijpelijk en getuigt, in het licht van het door de wetgever gekozen uitgangspunt, niet van een onjuiste rechtsopvatting.

40. Subonderdeel 2.5 mist zelfstandige betekenis naast de eerder besproken klachten van onderdeel 2.

41. Onderdeel 3 van het middel klaagt dat het Hof in r.o. 4.12 ten onrechte heeft geoordeeld dat de door het Hof bedoelde onrechtmatige daad aan de bestuurder van de taxibus kan worden toegerekend. Gelet op de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de litigieuze schade, kan niet worden gezegd dat deze schade in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de bestuurder berust, dat die schade aan [betrokkene B] als gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend, aldus het onderdeel.

42. Het Hof heeft in r.o. 4.12 overwogen dat "de bestuurder van de taxibus ter zake van de gebeurtenis (ook) jegens [verweerster] een onrechtmatige daad heeft gepleegd, welke hem kan worden toegerekend (...)." Met deze laatste zinsnede heeft het Hof m.i. slechts tot uitdrukking willen brengen dat sprake is van een onrechtmatige daad die te wijten is aan de bestuurder of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Dit moet worden onderscheiden van het causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade, waarop het onderdeel klaarblijkelijk betrekking heeft. Het onderdeel mist dan ook feitelijke grondslag.

43. De slotsom is dat het in het principaal beroep voorgestelde middel naar mijn oordeel in al zijn onderdelen faalt.

Het incidenteel beroep

44. Onderdeel I van het in het incidenteel beroep voorgestelde middel is opgebouwd uit zes subonderdelen en strekt ten betoge dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat het wettelijk stelsel zich verzet tegen vergoeding van affectieschade, dat wil zeggen immateriële schadevergoeding wegens het verlies van een familielid of een naaste.

45. Na de subonderdelen 1.1 en 1.2, die geen klacht bevatten, verwijt subonderdeel 1.3 het Hof ten onrechte te hebben geoordeeld dat het limitatieve stelsel van de wet zich verzet tegen toewijzing van schadevergoeding voor affectieschade. Er wordt op gewezen dat de argumenten die uit de wetsgeschiedenis worden geput niet meer kunnen overtuigen en dat de keuze van de wetgever niet onomstreden is. Daaraan voegt subonderdeel 1.4 toe dat art. 6:106 aanhef en lid 1 sub b BW een wettelijke grondslag biedt voor het toekennen van

affectieschade aan ouders wier minderjarig kind als gevolg van een onrechtmatige daad jegens dit kind is overleden, wanneer men aanneemt dat in een dergelijk geval tevens steeds sprake is van een onrechtmatige daad jegens de ouders van dat kind en daarmee van een aantasting van de persoon van de ouders. Subonderdeel 1.5 voert aan dat het limitatieve stelsel niet meer behelst dan dat een aanspraak tot vergoeding van affectieschade geacht wordt haar grondslag niet te kunnen hebben in art. 6:108 BW, maar dat daarvoor nodig is dat de eiser zelf onder het bereik van art. 6:106 BW valt.

46. Deze klachten falen. Onder het huidige wettelijk stelsel komt affectieschade niet voor vergoeding in aanmerking, zelfs niet indien de laedens ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens de nabestaande(n). Zie hierboven onder 8 t/m 10. Dat de in het wettelijk stelsel neergelegde opvatting mogelijk niet meer zou stroken met de huidige maatschappelijke opvattingen over vergoeding van affectieschade, is een omstandigheid die niet tot cassatie kan leiden. Nog daargelaten dat wijziging van het wettelijk stelsel op dit punt de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan, heeft dit onderwerp de aandacht van de wetgever en is het thans niet aan de rechter om op mogelijke wetgeving, waarvan de vormgeving nog allerminst vaststaat, vooruit te lopen.

47. Subonderdeel 1.6 voert aan dat het Hof zijn beslissing niet voldoende heeft gemotiveerd door de vordering tot vergoeding van de affectieschade af te wijzen met een verwijzing naar het wettelijk stelsel. Voorts klaagt het subonderdeel dat het Hof ten onrechte is voorbijgegaan aan de essentiële stelling van [verweerster] dat zij in een onmogelijke (bewijs)positie komt te verkeren wanneer onderscheid moet worden gemaakt tussen affectieschade en shockschade.

48. Ook dit subonderdeel kan m.i. niet tot cassatie leiden. Het oordeel van het Hof dat affectieschade niet voor vergoeding in aanmerking komt, is een rechtsoordeel. Daartegen kan in cassatie niet met een motiveringsklacht worden opgekomen.

49. De klacht dat het Hof verzuimd heeft op [verweersters] stelling in te gaan dat zij in een onmogelijke (bewijs)positie komt te verkeren, faalt reeds wegens gebrek aan belang. Het Hof heeft geen bewijsopdracht aan [verweerster] verstrekt.

50. Onderdeel II van het middel betoogt dat wanneer juist is dat het Nederlands wettelijk stelsel zich verzet tegen toekenning van affectieschade aan ouders in geval van het overlijden van een minderjarig kind, (het Hof heeft miskend dat) deze wetgeving in strijd is met art. 8 EVRM, zodat de beperkingen die art. 6:108 BW stelt aan het vergoeden van immateriële schade in een geval als het onderhavige buiten toepassing moeten worden gelaten. Deze in subonderdeel 2.1 geformuleerde klacht wordt onderbouwd en toegelicht in de volgende subonderdelen.

51. Art. 8 EVRM strekt ertoe burgers te beschermen tegen willekeurige inmenging van overheidswege in hun "family life". Dat sluit horizontale werking van het artikel niet uit: het beschermt ook tegen schending van family life door andere burgers. Op deze horizontale werking van art. 8 EVRM ziet het middelonderdeel niet. Ter zake van de gedraging van de bestuurder van de taxibus vermeldt het onderdeel expliciet: "[verweerster] betoogt niet (en heeft dat in feitelijke instanties ook niet gedaan) dat jegens haar een onrechtmatige daad is gepleegd in de vorm van schending van haar recht op gezinsleven". Het door het onderdeel betrokken standpunt verschilt derhalve van de in de cassatieprocedure die heeft geleid tot HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 nt. ARB ("Baby

Joost") aangevoerde stelling dat het ziekenhuis en de artsen het recht op family life van de ouders hadden geschonden.

52. De Hoge Raad overwoog in die zaak:

"Onderdeel 3 is gericht tegen r.o. 4.16, waarin het hof heeft overwogen dat het aan de vordering uit onrechtmatige handelen ten grondslag gelegde beroep op artikel 8 EVRM moet worden verworpen omdat dit artikel niet strekt tot bescherming van het in dit verband door de ouders gestelde en beweerdelijk geschonden belang, te weten de integriteit van het gezinsleven. De rechtsklacht (3a) houdt kort gezegd in dat het Hof miskent dat een inbreuk op het 'family life' van de ouders een aantasting van de persoon (van de ouders) kan opleveren en dat een dergelijke aantasting van de persoon een zelfstandig grond vormt voor toekenning van vergoeding van immateriële schade. (...). De hiervoor weergegeven overweging van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent hetgeen in artikel 8 lid 1 EVRM is bepaald."

53. [verweersters] betoogt erop neer dat op de Nederlandse wetgever de verplichting rust om zorg te dragen dat zij een normaal familieleven kan leiden en dat het recht op smartengeld hieraan bijdraagt. Uit de rechtspraak van het EHRM vloeit inderdaad voort op de verdragsstaten een positieve verplichting rust ter zake van het doelmatig respect voor het family life. Zie EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462 (Marckx). De vraag hoe ver deze positieve verplichting gaat, moet worden beantwoord mede in het licht van het tweede lid van art. 8, dat ziet op de vraag wanneer een inmenging in het gezinsleven door de overheid wél is toegestaan. Volgens de rechtspraak van het EHRM hebben de verdragsstaten een "wide margin of appreciation" bij het bepalen van de noodzakelijke stappen ter bescherming van het recht op family life. Het gaat daarbij om het vinden van een redelijke balans tussen de algemene belangen van de maatschappij en de belangen van de individu. Tevens kan van belang zijn of sprake is van een algemeen gedeelde opvatting binnen de verdragsstaten ter zake van het voorgelegde probleem. Vgl. EHRM 17 oktober 1986, NJ 1987, 945 nt. EAA (Rees), par. 37:

"In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which balance is inherent in the whole of the Convention (...). In striking this balance the aims mentioned in the second paragraph of Article 8 may be of certain relevance, although this provision refers in terms only to 'interferences' with the right protected by the first paragraph - in other words it is concerned with the negative obligations flowing therefrom."

Zie nader P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed. 1998, blz. 534 e.v. en A.W. Heringa, *Privé-leven en gezinsleven*, 1999, blz. 16 e.v.

54. Uit EHRM 24 februari 1998, NJ 1999, 691 nt. EJD (Botta) blijkt dat bij het onthouden van bepaalde voorzieningen in ieder geval sprake moet zijn van een rechtstreeks verband ("a direct and immediate link") tussen de maatregel die verzocht wordt en het family life van degene die deze maatregel verzoekt. Art. 8 EVRM is niet van toepassing, als hiervan geen sprake is. In de gevallen waarin het EHRM een positieve verplichting aanwezig achtte, bestond het rechtstreekse verband hieruit dat enerzijds sprake was van inmenging of inbreuk en dat anderzijds de verzochte maatregel ertoe strekte dergelijke inbreuken te

voorkomen of te redresseren. Voorbeelden hiervan zijn het onthouden van gratis rechtshulp bij scheiding van tafel en bed, waardoor het recht van verzoeker op scheiding werd gefrustreerd (EHRM 9 oktober 1979, NJ 1980, 376); het niet voorzien in een strafrechtelijke rechtsgang voor een geestelijk gehandicapt slachtoffer van verkrachting (EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525 nt. EAA); het gedogen van milieuvervuiling hetgeen tot gezondheidsproblemen van de omwonenden leidde (EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506 nt. EJD; EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690); het niet voorzien in een recht op deskundigenbericht in een procedure over omgangsrecht met een buitengerechtig kind (EHRM 13 juli 2000, EHRC 2000, 73 nt. H.L. Janssen).

55. Het onderhavige geval ligt anders. Het verband tussen de gevorderde maatregel en het family life van [verweerster] is niet "direct and immediate". Niet valt in te zien waarom toekenning van smartengeld aan een ouder wegens het overlijden van zijn minderjarig kind in zijn algemeenheid een maatregel is die ervoor zorgt dat de betrokkenen een normaal familieleven kunnen leiden. Van belang is daarbij dat [verweerster] zich niet erop beroept dat de bestuurder van de taxibus haar family life heeft geschonden en dat de Nederlandse overheid haar de mogelijkheid moet geven om smartengeld te vorderen teneinde deze inbreuk adequaat te redresseren. Het onderhavige geval valt derhalve buiten het bereik van art. 8 EVRM. Zo hierover al anders zou moeten worden geoordeeld, dan zou ik menen dat, gegeven het feit dat over de vraag of en, zo ja, in welke vorm affectieschade voor vergoeding in aanmerking komt tussen de verdragsstaten geen eensgezindheid bestaat (vgl. S.D. Lindenbergh, Smartengeld, diss. 1988, blz. 185-193), moet worden aangenomen dat te dien aanzien aan de verdragsstaten een "wide margin of appreciation" toekomt, zodat uit art. 8 EVRM niet kan worden afgeleid dat deze bepaling in een gaval als het onderhavige een positieve verplichting oplegt om aan [verweerster] aanspraak op vergoeding van affectieschade toe te kennen. Vgl. HR 10 augustus 2001, RvdW 2001, 140, r.o. 3.7.3. Onderdeel II van het middel faalt daarom.

56. Onderdeel III van het middel heeft betrekking op de hoogte van de door het Hof aan [verweerster] toegekende immateriële schadevergoeding. Het onderdeel betoogt dat het in het licht van hetgeen het Hof heeft vastgesteld over de aard en ernst van [verweersters] klachten, haar jonge leeftijd ten tijde van het ongeval en de verwachting dat [verweerster] levenslang ernstig psychisch zal leiden, onbegrijpelijk is 's Hofs oordeel dat de door [verweerster] genoemde uitspraken waarin een hogere uitkering werd vastgesteld onvoldoende houvast bieden, omdat zij onvoldoende gelijksoortig zijn. Het onderdeel betoogt voorts dat 's Hofs overwegingen onvoldoende inzicht verschaffen in de door het Hof gebezigde redenering. Zeker gelet op de jonge leeftijd van [verweerster], acht het onderdeel onbegrijpelijk dat het Hof het smartengeld op een bedrag van f 30.000,- heeft vastgesteld.

57. Bij de begroting van smartengeld dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, waarbij met name gedacht kan worden aan de aard van de aansprakelijkheid, de aard en ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de betrokkene. De begroting van deze schade is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Zij is sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op haar juistheid worden getoetst, terwijl de rechter daarbij ook niet gebonden is aan de gewone regels omtrent stelplicht en bewijs. Wel zal in cassatie kunnen worden getoetst of de rechter heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, of ter zake van de wijze van begroting. De rechter dient bij zijn begroting tevens te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in

vergelijkbare gevallen zijn toegekend. Zie HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714; HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 nt. ARB; HR 27 april 2001, RvdW 2001, 95. Zie ook R.P.J. Kottenhagen, Vergoeding van immateriële schade; een rechtsgebied in een stroomversnelling, NTBR 1998, blz. 137-142.

58. De door het onderdeel aangevoerde klacht komt erop neer dat het Hof met name onvoldoende aandacht heeft gegeven aan het vergelijkingscriterium. De klacht faalt m.i. Dat het Hof heeft geoordeeld dat de door [verweerster] genoemde gevallen (zie r.o. 4.23) niet voldoende gelijksoortig zijn, is niet onbegrijpelijk. Voor het overige heeft het Hof ervan blijk gegeven met alle omstandigheden van het geval rekening te hebben gehouden, met name ook met de aard en ernst van het door [verweerster] opgelopen psychisch letsel en de gevolgen daarvan. Voor verdere toetsing is in cassatie geen plaats.

59. Het incidentele middel moet, zo volgt, naar mijn oordeel falen.

Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van zowel het principaal als het incidenteel beroep.

De Procureur-Generaal

bij de Hoge Raad der Nederlanden