

Hoge Raad, 9 oktober 2009; geen vergoeding van shockschade voor nabestaanden na opzettelijk veroorzaakt ongeval. Niet voldaan aan vereiste van waarneming van het ongeval of de directe confrontatie met de ernstige gevolgen.

Er is sprake van een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval. Na een achtervolging botst de achtervolgde auto tegen een boom waarbij drie (nog jonge) inzittenden omkomen. Negen nabestaanden van de drie inzittenden vorderen shockschade.

De Hoge Raad oordeelt dat voor vergoeding van shockschade geen ruimte is. Niet voldaan is aan het vereiste van waarneming van het ongeval of directe confrontatie met zijn ernstige gevolgen. Dat vereiste wordt niet terzijde gesteld of afgezwakt vanwege de aard of ernst van de normschending (opzettelijk veroorzaakt dodelijk verkeersongeval).

Volledige uitspraak:

LJN: BI8583, Hoge Raad , 08/01994

Datum uitspraak: 09-10-2009

Datum publicatie: 09-10-2009

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Verbintenissenrecht. Shock-schade. Aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 onder b BW? Vordering tot schadevergoeding van nabestaanden van kinderen die ten gevolge van moedwillige doodslag – waarvoor de dader is veroordeeld – om het leven zijn gekomen. Aard van de normschending – een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval – geen reden voor verruiming van de in het Taxibus-arrest (HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240) aangewezen omvang van de schadevergoedingsplicht. Vereiste van waarneming of directe confrontatie van het ongeval niet terzijde te stellen of af te zwakken vanwege aard of ernst van de normschending, zoals opzettelijk begaan daarvan.

Uitspraak

9 oktober 2009

Eerste Kamer

08/01994

DV/EE

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

1. [Eiser 1],
2. [Eiseres 2],
beiden wonende te [woonplaats],
3. [Eiser 3],
wonende te [woonplaats],
4. [Eiser 4],
5. [Eiseres 5],
6. [Eiser 6],
7. [Eiser 7],
8. [Eiseres 8],
9. [Eiser 9],
allen wonende te [woonplaats],
EISERS tot cassatie,
advocaat: mr. J.D. Boetje,

t e g e n

REAAL SCHADEVERZEKERINGEN N.V., voorheen WINTERTHUR
SCHADEVERZEKERING MAATSCHAPPIJ N.V., gevestigd te Zoetermeer,
VERWEERSTER in cassatie,
advocaat: mr. M.E. Franke.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] c.s. en Winterthur.

1. Het geding in feitelijke instanties

[Eiser] c.s. hebben bij exploit van 12 oktober 2005 Winterthur gedagvaard voor de rechtbank Maastricht en gevorderd, kort gezegd en voor zover thans nog van belang:

I. voor recht te verklaren dat Winterthur als WAM-verzekeraar vanwege doodslag, gepleegd door haar verzekerde, jegens [eiser] c.s. aansprakelijk is, dan wel subsidiair mede gelet op de wijze waarop [eiser] c.s. zijn geconfronteerd met de (directe) gevolgen van dit opzetdelict en met de vermoedelijke oorzaak, uit hoofde van een jegens hen gepleegde toerekenbare onrechtmatige daad, aansprakelijk is voor de door hen geleden en/of nog te lijden materiële en immateriële schade;

II. Winterthur te veroordelen tot betaling aan [eiser 1] de door hem geleden en nog te lijden immateriële schade, naar billijkheid en derhalve rekening houdend met de aard en de ernst van de rechtsinbreuk, vast te stellen op € 40.000--, subsidiair op een in goede justitie te bepalen bedrag en meer subsidiair nader op te maken bij staat;

III. Winterthur te veroordelen tot betaling aan eisers tot cassatie onder 2 tot en met 9, voor ieder van hen afzonderlijk te bepalen, een bedrag wegens geleden en nog te lijden immateriële schade, naar billijkheid vast te stellen.

Winterthur heeft de vorderingen bestreden.

Na mondelinge behandeling heeft de rechtbank bij vonnis van 3 mei 2006 de vorderingen afgewezen.

Tegen dit vonnis hebben [eiser] c.s. hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch.

Het hof heeft na mondelinge behandeling bij arrest van 5 februari 2008 het vonnis waarvan beroep bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben [eiser] c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Winterthur heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van Winterthur heeft bij brief van 23 juni 2009 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van de middelen

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op 31 maart 2001 heeft zich kort na 23.00 uur te Vilt, gemeente Valkenburg aan de Geul, op de openbare weg een noodlottige gebeurtenis voorgedaan, waarbij drie personen in de leeftijd van 18 tot 20 jaar, inzittenden van een Honda Accord, om het leven zijn gekomen en een vierde inzittende ernstig gewond is geraakt. De drie overleden personen zijn:

- [betrokkene 1], dochter van eisers tot cassatie onder 1 en 2 en zus van eiseres tot cassatie onder 3;
- [betrokkene 2], zoon van eisers tot cassatie onder 4 en 5 en broer van eiser onder 6;
- [betrokkene 3], zoon van eisers tot cassatie onder 7 en 8 en broer van eiser tot cassatie onder 9.

(ii) Ter zake van deze gebeurtenis is bij arrest van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 17 februari 2003 [betrokkene 4], rijder van de bij de gebeurtenis betrokken Opel Omega, strafrechtelijk veroordeeld wegens onder meer "medeplegen van doodslag, meermalen gepleegd". Het door [betrokkene 4] tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep is bij arrest van 30 maart 2004 door de Hoge Raad verworpen.

(iii) De bij de gebeurtenis betrokken Opel Omega behoorde toe aan [betrokkene 4] en was ingevolge de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM) verzekerd bij Winterthur.

(iv) Winterthur heeft als WAM-verzekeraar aansprakelijkheid erkend voor de materiële schade als bedoeld in art. 6:108 BW. Zij heeft deze schade vergoed evenals diverse kosten van [eiser] c.s. die niet werden gedekt door hun ziektekostenverzekering, zoals de kosten van psychologische opvang en bijstand.

(v) Tussen partijen is een geschil gerezen over de vraag of en zo ja in hoeverre, Winterthur als WAM-verzekeraar gehouden is de overige schade van [eiser] c.s. te vergoeden.

3.2.1 De vorderingen van [eiser] c.s. zijn hiervoor weergegeven onder 1.

Aan hun vorderingen hebben [eiser] c.s., samengevat, het volgende ten grondslag gelegd.

Op de bewuste avond waren de latere slachtoffers in een Honda op weg naar huis. Na een vermeende aanrijding tussen de Honda en de door [betrokkene 4] bestuurde Opel, heeft [betrokkene 4] de Honda gepasseerd, klem gereden en tot stoppen gedwongen. Hij heeft van de bestuurder van de Honda, [betrokkene 2], geëist dat deze achter de Opel aan zou rijden naar het woonwagencamp waar [betrokkene 4] woonachtig was om daar de schade te 'regelen'. [Betrokkene 4] heeft zijn vrouw gesommeerd de besturing van de Opel over te nemen. Toen de Honda bij een afslag de Opel niet langer volgde, heeft de bestuurster van de Opel, daartoe gedwongen door [betrokkene 4], de achtervolging ingezet. Een en ander heeft geleid tot een wilde achtervolging, waarbij de bestuurster van de Opel door [betrokkene 4] dwingend werd geïnstrueerd. Uiteindelijk is de Honda van de weg geraakt en tegen een boom gebotst, met de hiervoor in 3.1 onder (i) genoemde gevolgen.

[Betrokkene 4] heeft, gelet op de ernst van de normschending (moedwillige doodslag als 'opzettelijk') niet alleen onrechtmatig gehandeld jegens de overledenen, maar ook jegens [eiser] c.s. als nabestaanden van de slachtoffers tot wie zij in een familierechtelijke betrekking stonden en met wie zij, al dan niet in gezinsverband, een nauwe affectieve relatie onderhielden. Als niet reeds vanwege de ernst van de normschending sprake is van een onrechtmatige daad jegens hen, dan heeft de wijze waarop zij met de gevolgen van de gebeurtenis zijn geconfronteerd, mede gezien de affectieve relatie, te gelden als een schokkende gebeurtenis die geestelijk letsel aan hen heeft veroorzaakt, zijnde een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, op grond waarvan zij aanspraak hebben op vergoeding van immateriële schade.

3.2.2 De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het hof, samengevat, het volgende overwogen.

In dit geding is de vraag aan de orde of het door het handelen van [betrokkene 4] veroorzaakte leed kan leiden tot een aanspraak van [eiser] c.s. op schadevergoeding in geld, te betalen door Winterthur als verzekeraar van [betrokkene 4] (rov. 4.6).

Het bepaalde in art. 6:108 BW verhindert dat door nabestaanden van een slachtoffer van een onrechtmatige daad aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van andere dan de daar genoemde schade, ook indien zou komen vast te staan dat niet alleen een onrechtmatige daad is gepleegd ten opzichte van de overledene(n), maar tevens rechtstreeks ten opzichte van de nabestaanden. In het stelsel van het huidige Burgerlijk Wetboek blokkeert art. 6:108 elke vordering op grond van art. 6:162 BW die is betrokken

op overlijdensschade (affectieschade en mogelijk andere schade als gevolg van het overlijden). Op deze in de wet verankerde blokkade van vergoedbaarheid van immateriële schade bestaan slechts twee, limitatieve, uitzonderingen: art. 6:106 lid 1, aanhef en onder a en b, BW. Voor de rechter bestaat, naar in HR 22 februari 2002, nr. C00/227, LJN AD5356, NJ 2002, 240 (hierna: het Taxibusarrest) is beslist, op dit moment geen ruimte om via interpretatie van het huidige wettelijke systeem te komen tot toewijzing van een aanspraak op enige vorm van overlijdensschade, anders dan in genoemde artikelen is voorzien. (rov. 4.9-4.9.4).

Het restrictieve wettelijk stelsel staat ook ingeval de slachtoffers, zoals hier, ten gevolge van een opzettelijk delict om het leven zijn gekomen, in de weg aan toewijzing van schadevergoeding buiten het in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder a, BW bedoelde geval dat de dader zijn daad heeft begaan met het oogmerk daarmee schade aan de nabestaanden zelf toe te brengen. Tussen partijen staat vast dat aan dit oogmerkvereiste niet is voldaan. (rov. 4.10).

De vorderingen kunnen ook overigens niet voor toewijzing in aanmerking komen omdat een rechtstreekse onrechtmatige daad van [betrokkene 4] jegens [eiser] c.s. in rechte niet is komen vast te staan. In het geval van overlijden ten gevolge van een ernstig ongeval door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm, kan alleen dan sprake zijn van een onrechtmatige daad jegens een ander dan het slachtoffer (en van vergoedbaarheid van shockschade) als die derde rechtstreeks is geconfronteerd met het ongeval of de ernstige gevolgen ervan, en deze confrontatie bij de derde een hevige schok teweeg heeft gebracht. Is aan die voorwaarden niet voldaan, en doet zich dus niet het geval voor van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, dan "kan een zodanige schade niet worden gevorderd in verband met het limitatieve stelsel", aldus de Hoge Raad in het Taxibusarrest. De stelling van [eiser] c.s. dat het gepleegd zijn van het onderhavige opzettelijk delict op zichzelf reeds meebrengt dat de dader jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld en dat het "confrontatie-aspect" geen (doorslaggevende) rol meer speelt, kan geen stand houden. (rov. 4.12-4.12.4).

Of [eiser] c.s. shockschade lijden of hebben geleden die heeft geleid tot aantasting in hun persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, moet worden beoordeeld aan de hand van de in het Taxibusarrest genoemde vereisten. Shockschade kan volgens dat arrest slechts worden toegewezen aan een benadeelde die het ongeval heeft waargenomen dan wel direct met de ernstige gevolgen ervan is geconfronteerd. Ook bij een opzettelijk delict, zoals het onderhavige, moet strak worden vastgehouden aan het vereiste van een rechtstreekse confrontatie met de ernstige gevolgen van het ongeval. Van een daadwerkelijk waarnemen van het ongeval noch van een directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan door [eiser] c.s. is hier sprake geweest. (rov. 4.14-4.14.4).

Het beroep van [eiser] c.s. op hun persoonlijkheidsrechten, op eerbiediging van familie- en gezinsleven en van de persoonlijke levenssfeer en op art. 1 EVRM en art. 8 EVRM is onvoldoende onderbouwd. Op grond van hetgeen de Hoge Raad in het Taxibusarrest heeft overwogen kan het beroep op art. 8 EVRM niet leiden tot toewijzing van het gevorderde: deze bepaling noopt niet tot toekenning van immateriële schade en toekenning van schadevergoeding bevordert een normaal familie- of gezinsleven niet. [Eiser] c.s. hebben, waar de vorderingen worden afgewezen, geen belang bij het beroep op art. 1 Eerste Protocol EVRM in verband met de bestreden "aftrek" van affectieschade. (rov. 4.16-4.17).

3.3 De middelen, waarmee [eiser] c.s. opkomen tegen deze oordelen van het hof, houden naar de kern genomen het volgende in. Het opzetdelict waarvoor [betrokkene 4] strafrechtelijk is veroordeeld, namelijk medeplegen van doodslag, levert niet alleen een onrechtmatige daad op jegens de overledenen, maar ook rechtstreeks (zonder dat daarvoor aan de eisen van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW behoefte te zijn voldaan) jegens [eiser] c.s., de nabestaanden die tot hen in een affectieve relatie stonden. Het wettelijk stelsel staat niet aan een, op deze onrechtmatige daad gestoelde, vordering tot vergoeding van materiële en (ook andere dan de in art. 6:106 BW genoemde) immateriële schade in de weg. Als een opzetdelict is gepleegd, mag niet te zwaar worden getild aan het vereiste van een 'directe confrontatie met de ernstige gevolgen' van het ongeval, zoals de Hoge Raad, aldus [eiser] c.s., in het Taxibusarrest tot uitdrukking heeft gebracht met de woorden 'in het algemeen' in de rechtsoverweging 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 (...)". Daarenboven hebben [eiser] c.s. ook uit hoofde van art. 8 EVRM recht op vergoeding van hun schade.

3.4 De middelen strekken ertoe dat de door de Hoge Raad in het bijzonder in het Taxibusarrest aangewezen omvang van de schadevergoedingsverplichting jegens nabestaanden van verkeersslachtoffers moet worden verruimd in gevallen waarin het, anders dan in de zaak die tot dat arrest leidde, gaat om een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval. Die verruiming kan niet worden aanvaard. De in het Taxibusarrest gegeven algemene gezichtspunten, waaronder het aspect dat het te dezer zake de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat af te wijken van het restrictieve wettelijke stelsel, gelden nog onverkort, ook voor gevallen waarin het verkeersongeval opzettelijk is veroorzaakt.

3.5 Art. 6:108 BW geeft een beperkt aantal gerechtigden bij overlijden van een naaste of dierbare - ongeacht of degene die jegens de overledene aansprakelijk is voor de gebeurtenis die tot diens dood heeft geleid zich tevens onrechtmatig heeft gedragen jegens deze gerechtigden en ongeacht of die persoon tegenover de overledene een opzetdelict heeft begaan - slechts aanspraak op de in art. 6:108 BW genoemde vermogensschade; het stelsel van de wet staat aan toekenning van een vergoeding voor ook andere materiële en immateriële schade in de weg. Dit is slechts anders indien de dader het oogmerk had aan een derde immateriële schade toe te brengen als bedoeld in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder a, BW of als die derde in zijn persoon is aangetast in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW. Ook degene die opzettelijk een ernstig verkeersongeval veroorzaakt, met de dood of ernstige verwonding van een (of meer) ander(en) tot gevolg, handelt niet alleen onrechtmatig jegens degene(n) die daardoor is (zijn) gedood of gekwetst, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of de directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan, 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. Dit geestelijk letsel dient om uit hoofde van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW voor vergoeding in aanmerking te kunnen komen in rechte te kunnen worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

Met art. 6:106 BW is beoogd vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade slechts in beperkte mate mogelijk te maken, in verband waarmee voor vergoeding van

shockschade alleen onder strikte voorwaarden plaats is. Hiermee strookt niet 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.

Art. 8 EVRM noopt - naar de Hoge Raad heeft geoordeeld in het Taxibusarrest - niet ertoe 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. Dat is niet anders indien het gaat om (immateriële) schadevergoeding aan de nabestaanden van de slachtoffers van een opzettelijk veroorzaakt dodelijk verkeersongeval.

3.6 Op het voorgaande stuiten de klachten van de middelen af.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt [eiser] c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde Winterthur begroot op € 374,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, J.C. van Oven en W.A.M. van Schendel, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer W.A.M. van Schendel op 9 oktober 2009.

Conclusie

08/01994

mr. J. Spier

Zitting 12 juni 2009 (bij vervroeging)

Conclusie inzake

1. [Eiser 1];
2. [Eiseres 2];
3. [Eiser 3];
4. [Eiser 4];
5. [Eiseres 5];
6. [Eiser 6];
7. [Eiser 7];
8. [Eiseres 8]
9. [Eiser 9]
(hierna gezamenlijk: [eiser] c.s.)

tegen

Reaal Schadeverzekeringen N.V., voorheen Winterthur Schadeverzekering Maatschappij N.V. , hierna: Reaal of Winterthur)

1. Feiten(1)

1.1 Op 31 maart 2001 zijn te Valkenburg aan de Geul bij een auto-ongeval drie personen in de leeftijd van 18 tot 20 jaar (inzittenden van een Honda Accord) om het leven gekomen; een vierde inzittende is ernstig gewond geraakt. De drie overleden personen zijn:

- [betrokkene 1], dochter van eisers tot cassatie onder 1 en 2 en zus van eiseres tot cassatie onder 3;
- [betrokkene 2], zoon van eisers tot cassatie onder 4 en 5 en broer van eiser onder 6;
- [betrokkene 3], zoon van eisers tot cassatie onder 7 en 8 en broer van eiser tot cassatie onder 9.

1.2 Ter zake dit ongeval is zekere [betrokkene 4] - rijder van de bij het ongeval betrokken Opel - door het Hof 's-Hertogenbosch veroordeeld wegens onder meer "medeplegen van doodslag, meermalen gepleegd". Het door [betrokkene 4] ingestelde cassatieberoep is verworpen.

1.3 [Betrokkene 4] was ingevolge de WAM verzekerd bij Winterthur. Winterthur heeft aansprakelijkheid erkend voor de materiële schade als bedoeld in art. 6:108 BW. Zij heeft deze schade en diverse kosten van [eiser] c.s., die niet werden gedekt door hun ziektekostenverzekering, zoals de kosten van psychologische opvang en bijstand, vergoed.

2. Procesverloop

2.1.1 [Eiser] c.s. hebben Winterthur op 27 september 2005 gedagvaard voor de Rechtbank Maastricht en (na vermeerdering van eis bij akte houdende vermeerdering van eis in prima) in de kern genomen en voor zover thans nog van belang gevorderd:

I. voor recht te verklaren dat Winterthur als WAM-verzekeraar vanwege eerdergenoemde doodslag door haar verzekerde jegens hen aansprakelijk is, dan wel subsidiair mede gelet op de wijze waarop zij zijn geconfronteerd met de (directe) gevolgen van dit opzettelijk en met de vermoedelijke oorzaak, uit hoofde van een jegens hen gepleegde toerekenbare onrechtmatige daad, aansprakelijk is voor de door hen geleden en/of nog te lijden materiële en immateriële schade;

II. Winterthur te veroordelen tot betaling aan [eiser 1] de door hem geleden en nog te lijden immateriële schade, naar billijkheid en derhalve rekening houdend met de aard en de ernst van de rechtsinbreuk, vast te stellen op € 40.000, subsidiair op een in goede justitie te bepalen bedrag en meer subsidiair nader op te maken bij staat;

III. Winterthur te veroordelen tot betaling aan eisers tot cassatie onder 2 - 9, voor ieder van hen afzonderlijk te bepalen, een bedrag wegens geleden en nog te lijden immateriële schade, naar billijkheid vast te stellen.

2.1.2 Aan hun vorderingen hebben [eiser] c.s., in de samenvatting van de Rechtbank, het volgende ten grondslag gelegd. Op de bewuste avond waren de latere slachtoffers in een Honda op weg naar huis. Na een vermeende aanrijding tussen de Honda en de door [betrokkene 4] bestuurde Opel, heeft [betrokkene 4] de Honda gepasseerd, klem gereden en tot stoppen gedwongen. Hij heeft van de bestuurder van de Honda, [betrokkene 2], geëist dat deze achter de Opel aan zou rijden naar het woonwagenkamp waar [betrokkene

4] woonachtig was om daar de schade te 'regelen'. [Betrokkene 4] heeft zijn vrouw gesommeerd de besturing van de Opel over te nemen. Toen de Honda bij een afslag de Opel niet langer volgde, heeft de bestuurster van de Opel, daartoe gedwongen door [betrokkene 4], de achtervolging ingezet. Een en ander heeft geleid tot een wilde achtervolging, waarbij de bestuurster van de Opel door [betrokkene 4] dwingend werd geïnstrueerd. Uiteindelijk is de Honda van de weg geraakt en tegen een boom gebotst, met de onder 1.1 genoemde gevolgen. Aldus heeft [betrokkene 4] [eiser] c.s. materiële en immateriële schade berokkend.

2.1.3 Blijkens rov. 4.3 van het thans bestreden arrest hebben [eiser] c.s. - samengevat - voorts nog het volgende te berde gebracht. [Betrokkene 4] heeft, gelet op de ernst van de normschending (moedwillige doodslag als 'opzetdelict') niet alleen onrechtmatig gehandeld jegens de overledenen, maar ook jegens hen als nabestaanden van de slachtoffers tot wie zij in een familierechtelijke betrekking stonden en met wie zij, al dan niet in gezinsverband, een nauwe affectieve relatie onderhielden. Als niet reeds vanwege de ernst van de normschending sprake is van een onrechtmatige daad jegens hen, dan heeft de wijze waarop zij met de gevolgen van de gebeurtenis zijn geconfronteerd, mede gezien de affectieve relatie, te gelden als een schokkende gebeurtenis in de zin van (naar kennelijk is bedoeld) art. 6:106 lid 1 onder b BW, op grond waarvan zij aanspraak hebben op vergoeding van immateriële schade.

2.2 Winterthur heeft de vordering uitvoerig weersproken.

2.3 De Rechtbank heeft de vordering bij vonnis van 3 mei 2006 afgewezen. Zij stuit af op art. 6:108 BW (rov. 4.7 en 4.8). Er is geen grond te anticiperen op een aanhangig wetsontwerp (rov. 4.9). Van opzet van [betrokkene 4] is niet gebleken, al helemaal niet ten aanzien van [eiser] c.s. (rov. 4.11). Van directe confrontatie met de gevolgen van het ongeval of waarneming door [eiser] c.s. van het ongeval was geen sprake (rov. 4.14). Daarbij legt de pretense omstandigheid dat sprake was van opzet geen beslissend gewicht in de schaal (rov. 4.15). Het beroep op art. 8 EVRM faalt, onder meer omdat - zoals werd geoordeeld in het Taxibus-arrest, schadevergoeding het leiden van een normaal familie- of gezinsleven niet bevordert (rov. 4.17).

2.4 [Eiser] c.s. zijn van dit vonnis in hoger beroep gekomen.

2.5 Bij arrest van 5 februari 2008 heeft het Hof het bestreden vonnis bekrachtigd. Hiertoe overwoog het onder meer:

"4.7 (...) c) Met betrekking tot de opmerking onder nr. 2 van de memorie van grieven dat de rechtbank, ondanks de uitvoerige inleidende dagvaarding met verwijzingen naar literatuur en rechtspraak, niet bereid is gebleken in deze zaak en materie "de grenzen van het recht op te zoeken" overweegt het hof dat de rechtbank in het vonnis het haar ter beschikking staande toetsingskader correct en op juiste gronden heeft uiteengezet. De rechtbank heeft binnen dat kader onderzocht of er ruimte is voor toewijzing van de vorderingen van [eiser] c.s.

Het hof verenigt zich met het door de rechtbank omschreven toetsingskader, en zal dit ook in appel tot uitgangspunt nemen. (...)

4.9 [Eiser] c.s. bestrijden allereerst de overweging van de rechtbank dat het bepaalde in art. 6:108 BW verhindert dat door nabestaanden van een slachtoffer van onrechtmatige daad aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van andere dan de daar genoemde

schade, ook indien zou komen vast te staan dat niet alleen een onrechtmatige daad is gepleegd ten opzichte van de overledene(n), maar tevens rechtstreeks ten opzichte van de nabestaanden. [Eiser] c.s. stellen zich op het standpunt dat in geval er sprake is van een onrechtmatige daad rechtstreeks jegens de nabestaanden van de overledenen, er niets aan in de weg staat, ook het bepaalde in art. 6:108 BW niet, dat de algemene beginselen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht op die rechtsverhouding van toepassing zijn. Dit leidt, aldus [eiser] c.s., in beginsel tot een volledige vergoedingsplicht voor de door die nabestaanden geleden materiële en/of immateriële schade, voor zover die schade in causaal verband [lees:] staat met die onrechtmatige daad, en voor wat betreft de immateriële schade voor zover sprake is van een van de voorwaarden als bedoeld in art. 6:106 BW.

4.9.1 Het hof overweegt dat [dit betoog] (...) afstuit op het systeem van de wet. De positie van derden die schade hebben geleden ten gevolge van letsel of overlijden van een slachtoffer van een onrechtmatige daad vindt in het huidige wettelijk stelsel van het Burgerlijk Wetboek een limitatieve regeling in het samenstel van de artikelen 6:107 t/m 6:108 BW. Kort gezegd komt dit systeem er op neer dat alleen de in die artikelen genoemde derden recht hebben op vergoeding van schade, en wel limitatief beperkt tot de enkele materiële schadeposten als in die artikelen genoemd. In het geval van overlijden (art. 6:108 BW) gaat het dan slechts om schade bestaande in het derven van levensonderhoud (indien voldaan wordt aan de nadere in het artikel genoemde voorwaarden) en de kosten van lijkbezorging van het primaire slachtoffer. Blijkens de parlementaire geschiedenis hebben bedoelde artikelen voorts uitdrukkelijk de strekking uit te sluiten dat naasten en nabestaanden recht hebben op vergoeding van door hen geleden immateriële schade als gevolg van de (ernstige) verwonding dan wel (het verdriet om) het verlies van het slachtoffer. In het aldus in het huidige Burgerlijk Wetboek neergelegde stelsel blokkeert art. 108 BW bijgevolg elke vordering op grond van art. 6:162 BW die is betrokken op overlijdensschade (affectieschade en mogelijke andere schade als gevolg van het overlijden). Op deze in de wet verankerde blokkade van vergoedbaarheid van immateriële schade, bestaan slechts twee, limitatieve, uitzonderingen, opgenomen in art. 6:106 aanhef en lid 1 sub a en b BW, inhoudende dat een benadeelde een aanspraak op schadevergoeding toekomt indien a) de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen, en b) indien er sprake is van aantasting van de persoon van de benadeelde.

4.9.2 In het arrest van 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (Taxibus) (...) heeft de Hoge Raad ten aanzien van het vooromschreven wettelijk systeem in relatie tot de beoordelingsvrijheid van de rechter als volgt overwogen:

"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 hen 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".

4.9.3 Het voorgaande betekent dat er voor de rechter op dit moment geen ruimte bestaat om via interpretatie van het huidige wettelijke systeem tot toewijzing van een aanspraak op enige vorm van overlijdensschade, anders dan in genoemde artikelen is voorzien, te komen. Dit snijdt tevens de weg af om te anticiperen op het bij het parlement aanhangige wetsvoorstel nr. 28 781, dat beoogt een (beperkte) wijziging in het wettelijk systeem aan te brengen. Het hof merkt overigens in dit verband op dat er ter zake de daadwerkelijke invoering van dit wetsvoorstel en de uiteindelijke inhoud daarvan op dit moment nog geenszins zekerheid bestaat, nu de minister van Justitie bij brief van 7 juli 2007 (kamerstuk 2006-2007, 28781. nr 13H) aan de Voorzitter van de Tweede Kamer heeft bericht dat naar aanleiding van de plenaire behandeling in de Eerste Kamer een (nader) onderzoek zal worden gelast naar de behoefte bij naasten en nabestaanden aan vergoeding van affectieschade.

4.9.4 Het vooroverwogene brengt mee dat het door [eiser] c.s. in deze procedure ingenomen standpunt dat het systeem van de wet ruimte laat voor toekenning van volledige (materiële en/of immateriële) schadevergoeding aan nabestaanden op basis van de algemene bepaling van art. 6:162 BW, indien komt vast te staan dat er sprake is van onrechtmatig handelen jegens die nabestaanden zelf, dient te worden verworpen. Ook indien zou kunnen worden aangenomen dat het handelen van [betrokkene 4] op 31 maart 2001 tevens als een onrechtmatige daad jegens [eiser] c.s. als nabestaanden van de slachtoffers heeft te gelden - het hof komt hierop onder r.o. 4.12 nog terug - sluit het door de wetgever welbewust in de artikelen 6:107 t/m 108 BW neergelegde limitatieve stelsel, naar het oordeel van het hof, een aanspraak door nabestaanden op vergoeding van andere schade dan in de wet voorzien uit.

4.10 De omstandigheid dat de slachtoffers in het onderhavige geval tengevolge van een opzettelijk om het leven zijn gekomen, waarop [eiser] c.s. uitdrukkelijk wijzen, leidt het hof niet tot een ander oordeel.

Het restrictieve systeem van de wet laat uitdrukkelijk slechts ruimte voor vergoeding van eigen (immateriële) schade van derden/nabestaanden (uit hoofde van art. 6:106 sub a BW) indien de dader zijn daad heeft begaan met het uitdrukkelijk oogmerk daarmee schade aan die nabestaanden zelf toe te brengen. Zie in dit verband het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2001, NJ 2002, 216.

Het opzettelijk begaan van het onderhavige doodslagdelict door [betrokkene 4], waarbij, naar [eiser] c.s. stellen, moet worden aangenomen dat [betrokkene 4] kon en moest weten dat door het overlijden van de slachtoffers direct leed en letsel aan de nabestaanden zou worden berokkend, kan in het huidige wetsysteem er niet toe leiden dat er recht op schadevergoeding (anders dan inzake vermogensschade) voor de nabestaanden van de slachtoffers zou bestaan. Bijgevolg kan aan het feit dat in het hiervoor genoemde arrest

van 26 oktober 2001 aan de moeder van een vermoord kind een vergoeding betreffende immateriële schade is toegewezen, terwijl, zoals door [eiser] c.s. is gesteld, er in die zaak in strafrechtelijke zin met een zelfde bewustzijnsgraad zou zijn gehandeld als in de onderhavige zaak, rechtens geen ruimte worden ontleend om buiten het geschetste wettelijke systeem te treden.

Nu tussen partijen vaststaat dat niet is voldaan aan het oogmerkvereiste van art. 6:106 aanhef en lid 1 sub a BW - op welk artikel [eiser] c.s. zich overigens ook niet beroepen - is de conclusie geen andere dan dat het wettelijk stelsel zoals hiervoor in r.o. 4.9.1 uiteengezet, ook bij een delict met opzetkarakter, in de weg staat aan toewijzing daarbuiten van enige schadevergoeding.

4.11 Met de vaststelling dat de door [eiser] c.s. als nabestaanden geleden en te lijden schade onder het huidige recht niet voor vergoeding in aanmerking kan komen, is in feite reeds over het lot van de vorderingen op basis van de primaire grondslag beslist.

4.12 Het hof overweegt daarnaast dat ook indien had kunnen worden aangenomen dat er sprake is van enige voor vergoeding in aanmerking komende schade aan de zijde van [eiser] c.s., de vordering(en) niettemin niet voor toewijzing vatbaar zou(den) zijn, omdat de daaraan ten grondslag gelegde onrechtmatige daad van [betrokkene 4] jegens [eiser] c.s. in rechte niet is komen vast te staan.

4.12.1 [Eiser] c.s. hebben gesteld dat, gegeven de ernst van de onderhavige normschending, houdende opzettelijke doodslag van de primaire slachtoffers, die normschending jegens [eiser] c.s. als nabestaanden weinig anders kan worden uitgelegd dan dat het hun berokkende geestelijk leed eveneens opzettelijk is toegebracht, nu dit leed evident rechtstreeks het gevolg is van, dan wel inherent verbonden is aan de toegebrachte doodslag op de primaire slachtoffers met wie zij een affectieve relatie onderhielden. Subsidiair stellen zij dat [betrokkene 4] zich het geestelijk leed van de nabestaanden met zijn opzetsdelict dusdanig bewust moet zijn geweest, dat hij dit op de koop toe heeft genomen. Dit doet zijn opzettelijk handelen ook rechtstreeks jegens de nabestaanden onrechtmatig zijn, aldus [eiser] c.s.

[Eiser] c.s. hebben zich ter onderbouwing van het gestelde er op beroepen dat in casu in strafrechtelijke zin de dood van de slachtoffers 'wetens' is toegebracht, met een daarvoor vereiste bewustzijnsgraad die in civielrechtelijke zin gelijk is te stellen aan die in het "oogmerk-arrest" (HR 26 oktober 2001), waarin met de moord op het kind de schade aan de moeder 'willens en wetens' is toegebracht.

4.12.2 Door Winterthur is er vooreerst op gewezen dat er ingevolge de onherroepelijke uitspraak van dit hof van 17 februari 2003 in het onderhavige geval "slechts" sprake is van voorwaardelijk opzet gericht op het toebrengen van letsel bij de directe slachtoffers. Zij heeft voorts bestreden dat in casu van een onrechtmatige daad van [betrokkene 4] jegens [eiser] c.s. als nabestaanden sprake is. Winterthur heeft in dit verband terecht gewezen op het (hiervoor reeds genoemde) arrest van de Hoge Raad van 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (Taxibus). In dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat in geval van overlijden ten gevolge van een ernstig ongeval door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm, alleen dan sprake kan zijn van een onrechtmatige daad jegens een ander dan het slachtoffer (en van vergoedbaarheid van shockschade) als die derde rechtstreeks is geconfronteerd met het ongeval of met de ernstige gevolgen ervan en deze confrontatie bij de derde een hevige schok teweeg heeft gebracht. Is aan die voorwaarden niet voldaan, (en doet zich dus niet de situatie van art. 6:106 lid 1 onder b BW - aantasting in persoon -

voor, hof), dan "kan een zodanige schade niet worden gevorderd in verband met het limitatieve stelsel (...)", aldus de Hoge Raad. Het hof volgt Winterthur in haar conclusie dat de Hoge Raad, door de omstandigheden waaronder het bestaan van vergoedbare shockschade van derden kan worden aangenomen uitdrukkelijk in het oordeel over de onrechtmatigheid jegens die derden te betrekken, tevens (impliciet) heeft beslist dat uitsluitend in de genoemde omstandigheden aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW is voldaan.

4.12.3 Zulks brengt naar het oordeel van het hof mee dat moet worden geconstateerd dat van het bestaan van een rechtstreekse onrechtmatige daad door [betrokkene 4] jegens [eiser] c.s. rechtens niet is gebleken. De stelling van [eiser] c.s. dat er in strafrechtelijke zin geen wezenlijk verschil is tussen het 'wetens' begaan zijn van het onderhavige doodslagdelict en het 'wetens en willens' begane feit in het oogmerk-arrest, zodat beide feiten in civielrechtelijke zin gelijk zijn te stellen, acht het hof onjuist. In de eerste plaats deelt het hof niet het standpunt dat er in strafrechtelijke zin geen verschil bestaat tussen het willens en wetens dan wel alleen in de wetenschap van een bepaald gevolg begaan van een strafbaar feit, in ieder geval wat betreft de strafwaardigheid van het feit. Daarnaast blijkt uit de parlementaire geschiedenis op artikel 6:106 BW (PG boek 6, pp. 378-380) dat deze bepaling uitdrukkelijk slechts is bedoeld voor het geval "dat de aangesprokene zich ten doel had gesteld aan een ander dit ideële nadeel toe te brengen", en niet ook voor andere gevallen.

De stelling kan dan ook, gegeven voormelde uitspraak van de Hoge Raad, niet tot een ander oordeel leiden.

4.12.4 Gegeven de aangehaalde beslissing van de Hoge Raad kan de stelling van [eiser] c.s. dat het gepleegd zijn van een opzetdelict als het onderhavige op zichzelf reeds meebrengt dat de dader jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld, en dat het "confrontatie-aspect" geen (doorslaggevende) rol meer speelt om tot die vaststelling te komen, geen stand houden.

Voor zover [eiser] c.s. subsidiair hebben aangevoerd dat, indien deze stelling niet zou worden gevolgd, de wijze waarop [eiser] c.s. als nabestaanden zijn geconfronteerd met de gevolgen van de gebeurtenis, mede gelet op de affectieve relatie, heeft te gelden als een schokkende gebeurtenis die bij hen geestelijk letsel heeft veroorzaakt, overweegt het hof dat deze stelling slechts kan leiden tot een aanspraak op (immateriële) schadevergoeding wegens onrechtmatige aantasting in de persoon als bedoeld in art. [lees:] 6:106 lid 1 sub b BW. Over deze (subsidiare) grondslag van de vorderingen van [eiser] c.s. komt het hof hierna onder [lees:] 4.14 te spreken.

4.13 Concluderend komt het hof tot de slotsom, zoals ook de rechtbank heeft gedaan, dat de vordering tot verklaring voor recht en de schadevergoedingsvorderingen, voor zover gebaseerd op de primaire grondslag van een rechtstreekse onrechtmatige daad van [betrokkene 4] jegens de nabestaanden, niet voor toewijzing vatbaar zijn. (...)

4.14 Het hof komt thans te spreken over de subsidiair aangevoerde grondslag van de vorderingen: de door [eiser] c.s. geleden schade tengevolge van de schokkende wijze waarop zij zijn geconfronteerd met het gebeurde op 31 maart 2001 en de gevolgen daarvan voor de overleden slachtoffers. (...)

[Eiser] c.s. stellen dat het handelen van [betrokkene 4], houdende opzettelijke doodslag van hun kinderen respectievelijk broer of zus, dient te worden gezien als een wijze van confrontatie welke, mede gelet op de affectieve relatie, heeft te gelden als een schokkende

gebeurtenis die geestelijk letsel heeft veroorzaakt, zijnde een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 sub b BW, en welke meebrengt dat daardoor jegens hen onrechtmatig is gehandeld. [Eiser] c.s. beroepen zich aldus op het bestaan van zogenoemde 'shockschade', zoals dit expliciet in het meervermelde arrest van 22 februari 2002 aan de orde is geweest.

4.14.1 In dit arrest heeft de Hoge Raad nader uiteengezet aan welke eisen moet zijn voldaan wil een derde-benadeelde voor vergoeding van shockschade bij een overlijden door een ernstig ongeval ten gevolge van een overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm in aanmerking komen. De Hoge Raad heeft dienaangaande het volgende overwogen:

"Indien iemand door overtreding van een veiligheids of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij (...) niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, hetgeen zich met name zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus 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."

4.14.2 Aan dit arrest zijn voor de toewijsbaarheid van vergoeding van 'shockschade' in ieder geval de volgende vereisten te ontleen:

- 1) er moet sprake zijn van een overlijden ten gevolge van een ernstig ongeval,
- 2) welk ongeval het gevolg is van de overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm, en
- 3) de benadeelde moet dit ongeval hebben waargenomen dan wel
- 4) direct met de ernstige gevolgen van ervan zijn geconfronteerd.

4.14.3 Het hof stelt vast dat in deze zaak aan de twee eerste vereisten is voldaan, waarbij het hof het oordeel van de rechtbank overneemt dat met de overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm zonder twijfel gelijk kan worden gesteld de overtreding van een algemene strafbepaling in een verkeerssituatie als waarvan in casu sprake is. (...) Het hof verenigt zich voorts met het oordeel van de rechtbank dat van een daadwerkelijk waarnemen van het ongeval noch van een directe confrontatie met de ernstige gevolgen van dat ongeval door [eiser] c.s. in het onderhavige geval sprake is geweest. Het hof verwijst naar hetgeen de rechtbank hiertoe in r.o. 4.14 ter motivering heeft overwogen. Door [eiser] c.s. zijn ook in appel geen nadere feiten en omstandigheden gesteld die tot een ander oordeel zouden moeten leiden. Het debat van partijen met betrekking tot het al dan niet vereiste psychiatrisch ziektebeeld kan daarmee buiten bespreking blijven.

4.14.4 Met grief IV klagen [eiser] c.s. dat de rechtbank ten onrechte strak heeft vastgehouden aan de eis van directe confrontatie, zoals door de Hoge Raad in het arrest van 22 februari 2002 gesteld. [Eiser] c.s. betogen dat in deze zaak minder zware eisen moeten worden gesteld aan het confrontatie-aspect, omdat, anders dan in de aangehaalde zaak van het Taxibus-arrest, het gepleegde feit door [betrokkene 4] met opzet is verricht. Dit brengt naar de mening van [eiser] c.s. mee dat de norm die hier geschonden is mede

strekt tot bescherming van de nabestaanden, welke schending immers voorzienbaar psychisch leed aan die nabestaanden tot gevolg heeft. [Eiser] c.s. betogen dat dit laatste nu juist, zonder het confrontatie-aspect, als een (doorslaggevend) constitutief element is aan te merken. Het hof vindt, in navolging van de rechtbank, onvoldoende aanleiding en ruimte voor het stellen van minder zware eisen aan het confrontatie-aspect in geval van opzet bij het gepleegde schadeveroorzakende feit, zo lang het in de wet verankerde restrictieve stelsel voor vergoeding van schade aan nabestaanden door de wetgever niet is gewijzigd. Het hof verenigt zich met hetgeen de rechtbank in r.o. 4.15 van het beroepen vonnis in dit verband heeft overwogen. Daarbij komt dat ook niet kan worden onderschreven dat, zoals [eiser] c.s. stellen, de in casu door [betrokkene 4] geschonden norm (het (mee) plegen van doodslag in een verkeerssituatie) mede de strekking heeft de directe naasten van het slachtoffer tegen (voorzienbaar) psychisch leed te beschermen. Van een terzijde stellen van het confrontatieaspect door de strekking van de geschonden norm kan daarom evenmin sprake zijn.

4.15 Concluderend is het hof van oordeel dat, nu niet is voldaan aan het confrontatievereiste zoals in het arrest van de Hoge Raad van 26 februari 2002 nader ingevuld, ook de subsidiaire grondslag - shockschade wegens aantasting in hun persoon - niet tot toewijzing van de vorderingen van [eiser] c.s. kan leiden. (...)

4.16 Resteert ten slotte het door [eiser] c.s. gedane beroep op schending van hun persoonlijkheidsrechten, met name de rechten op onaantastbaarheid van de integriteit van lichaam en geest, op de eerbiediging van familie- en gezinsleven en van de persoonlijke levenssfeer, en op art. 1 en 8 EVRM.

4.16.1 De rechtbank heeft in het vonnis vastgesteld dat ter onderbouwing van het beroep op de genoemde persoonlijkheidsrechten enige nadere toelichting ontbreekt. Dit is ook in appel het geval. Het hof volgt daarom het oordeel van de rechtbank dat dit beroep, bij gebreke van nadere onderbouwing, niet kan bijdragen aan een toewijzing van het gevorderde.

4.16.2 Ten aanzien van het recht op familie- en gezinsleven als neergelegd in art. 8 EVRM heeft de Hoge Raad in het genoemde Taxibus-arrest overwogen dat het door de bestuurder van het taxibusje veroorzaken van het ongeval als zodanig niet een inbreuk is op het recht op eerbiediging van 'family life' van de moeder. Voorts heeft de Hoge Raad overwogen dat niet als juist kan 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, en dat het toekennen van schadevergoeding weliswaar mede kan worden gezien als een erkenning van en genoegdoening voor het verdriet wegens de dood van het kind, maar niet ertoe kan bijdragen dat in het onderhavige geval de moeder van het kind in staat wordt gesteld overeenkomstig de strekking van art. 8 EVRM een normaal gezinsleven te leiden. In het licht van deze overwegingen van de Hoge Raad, heeft de rechtbank terecht, en op goede gronden (als in r.o. 4.17, vierde alinea vermeld) die het hof overneemt, geoordeeld dat ook het beroep op art. 8 EVRM niet kan leiden tot, of bijdragen aan, de toewijzing van het door eisers gevorderde. Het in de inleidende dagvaarding geciteerde arrest van het Hof Arnhem, waarnaar in de toelichting op grief V wordt verwezen, leidt het hof in de onderhavige zaak niet tot een ander oordeel.

4.17 De slotsom van al het vooroverwogene is dat de door [eiser] c.s. gesteld geleden schade als gevolg van het verlies van hun kinderen c.q. broer of zus, en de dramatische wijze waarop deze om het leven zijn gekomen, niet tot een rechtens te honoreren aanspraak op schadevergoeding kan leiden. (...)"

2.6 [Eiser] c.s. hebben tijdig cassatieberoep aangetekend. Dat beroep is door Winterthur bestreden. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna zij nog hebben gere- en gedupliceerd.

3. Inleiding

3.1 Het onderhavige cassatieberoep stelt een netelige kwestie aan de orde. Aan het slot doet het - in het kader van art. 8 EVRM - beroep op gevalsvergelijking. Het kan niet waar zijn, zo vat ik samen, dat in casu geen vergoeding mogelijk is en in andere gevallen wel.

3.2 Ik geef zonder meer toe dat het aansprakelijkheidsrecht in een aantal opzichten niet helemaal evenwichtig is. Dat geldt zowel voor de regels die bepalen of al dan niet aansprakelijkheid bestaat als voor de juridische consequenties van aansprakelijkheid. In veruit de meeste gevallen is deze onevenwichtigheid wel te verklaren vanuit historisch en/of praktisch oogpunt. Dat geldt niet steeds. Maar het is niet aan de rechter om een eigen stelsel te ontwerpen.(2) Art. 12 AB staat daaraan in de weg. Het zou buitendien ondoenlijk zijn. Zijn taak is concrete geschillen te beslechten. Niet om quasi-wetgevende arbeid te verrichten.

3.3 Op het stuk van schadevergoeding is in zekere zin onbevredigend dat benadeelden, in een bepaalde optiek, meer kunnen ontvangen dan hun schade. Abstracte schadeberekening is daarvan een voorbeeld. Maar ik haast mij daaraan toe te voegen dat, strikt juridisch beschouwd, niets op deze wijze van schadeberekening valt af te dingen. Kijkt men naar het tijdstip waarop de schade wordt toegebracht, dan lijdt de benadeelde vermogensschade. Dat deze later kan "verdwijnen" (bijvoorbeeld omdat de benadeelde een auto met deuken niet laat repareren en daarmee doorrijdt totdat hij rijp is voor de sloop) doet daaraan niet af. Een ander - en omstreden - voorbeeld is het arrest inzake de nasleep van de Dakar-rally,(3) waarvan de scherpe kanten zijn afgeslepen in een recent arrest.(4)

3.4 Wanneer een zaak met een (grote) emotionele waarde voor de benadeelde wordt beschadigd, is denkbaar dat reparatiekosten die uitstijgen boven de waardevermindering voor vergoeding in aanmerking komen.(5)

3.5 In een Europese context is wel een lans gebroken voor vergoeding van verlies aan arbeidsvermogen, ook wanneer evident is dat de benadeelde, het hem overkomen ongeval weggedacht, nimmer zou zijn gaan werken.(6) Een benadering die mij persoonlijk niet in hoge mate aanspreekt.

3.6 Wanneer men een (vrijwel) categorisch "njet" in zaken als de onderhavige afzet tegen die genoemd onder 3.3-3.5 wringt er in zekere zin iets.(7) Ik draai daar niet om heen. Maar de oplossing is dan niet zonder meer de deur te openen voor andere gevallen.

3.7.1 Eisers tot cassatie hebben onder veel meer gehamerd op de omstandigheid dat, naar zij menen, de dood van hun dierbaren opzettelijk zou zijn veroorzaakt. Dat zou in elk geval voldoende grond opleveren voor vergoeding.

3.7.2 Op het eerste gezicht is voor dat pleidooi zeker iets te zeggen. Bij nadere overdenking valt er vooral wat op af te dingen. En wel nauwkeurig om de onder 3.1 genoemde reden. Onder 5 en 6 kom ik hier op terug.

3.8.1 Ik wil zonder meer aannemen dat de omstandigheid dat een dierbare door opzet van een ander om het leven is gekomen het leed (en de gevoelens van onvrede zo niet opstandigheid) van de nabestaanden vergroot. Maar het is m.i. zeer de vraag of alleen in dergelijke gevallen sprake is van leed. Dat leed is er hoe dan ook. Het houdt verband met de omstandigheid dat de overledene is weggefallen.

3.8.2 Deze gedachtegang brengt mee dat opzet geen zelfstandige grond of rechtvaardiging is voor toekenning van schadevergoeding als gevorderd. Opzet zou wél een reden kunnen zijn om een hoger bedrag toe te kennen. Maar dat veronderstelt dat er, de opzet weggedacht, een aanspraak bestaat.

3.9.1 Zou men in gevallen als de onderhavige de deur voor immateriële schadevergoeding openen, dan zouden veel problemen in huis worden gehaald die door de rechter niet op bevredigende wijze kunnen worden opgelost. In de eerste plaats rijst de vraag welke personen een aanspraak zouden hebben.(8) In het traditionele stelsel ligt voor de hand aan te knopen bij nauwe verwanten en huwelijkspartners of daarmee gelijk te schakelen personen. De vraag is evenwel gewettigd of dat wel zonder meer een gelukkige afbakening zou zijn. Wanneer iemand, op één (goede) vriend na, kip noch kraai heeft, kan het wegvallen van deze persoon even ingrijpend zijn als het wegvallen van bijvoorbeeld een nauw familielid.

3.9.2 Aanvaarding van aanspraken in situaties als de onderhavige zal in een aantal gevallen onvermijdelijk leiden tot discussies over de vraag of het overlijden van een naaste daadwerkelijk als een groot gemis/verdriet wordt ervaren.(9) Discussies over deze en dergelijke vragen moeten m.i. zoveel mogelijk worden voorkomen, al was het maar omdat deze de pijn aanzienlijk vergroten wanneer deze zonder voldoende goede grond in twijfel wordt getrokken.(10) Onderzoek onder Belgische nabestaanden onderstreept dat.(11) Hoewel een dergelijk stelsel onmiskenbaar nadelen in zich bergt, valt het nodige te zeggen voor standaardvergoedingen waarvoor in een aanhangig wetsontwerp ook wordt gekozen. Het is m.i. evenwel zeer de vraag of de rechter voldoende basis heeft om een standaardvergoeding vast te stellen, nog daargelaten waarop hij de hoogte daarvan zou moeten baseren.

4. De grondslag van de vordering en de basis voor beoordeling van de klachten

4.1 Blijkens de cassatiedagvaarding (blz. 2 en 3) is de vordering van [eiser] c.s. gestoeld op drie poten: a) opzettelijk handelen van de dader, b) art. 8 EVRM en c) art. 1 Eerste Protocol EVRM. Zie met betrekking tot a) ook blz. 5 sub 4, blz. 8 sub 12; blz. 10 sub 13; blz. 14 sub 19 en blz. 15.

4.2.1 Het Hof heeft niet vastgesteld dat sprake was van opzettelijk handelen van de dader. Wél maakt het Hof een en ander maal melding van de stelling van [eiser] c.s. dat daarvan

sprake is. Het releveert voorts dat Winterthur heeft aangevoerd dat "slechts" (ook het Hof plaatst dat tussen aanhalingstekens in rov. 4.12.2) sprake was van voorwaardelijk opzet. Niet geheel duidelijk is of het Hof het verweer van Winter-thur als juist aanvaardt. Rov. 4.14 zou zo kunnen worden gelezen dat dit niet het geval is, maar dwingend is die lezing zeker niet.

4.2.2 In prima hebben [eiser] c.s. het strafarrest waarbij de dader is veroordeeld overgelegd. Uit dat arrest blijkt dat volgens het Hof sprake was van een situatie waarin de dader "bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat door zijn vorenomschreven handelwijze de inzittenden van de Honda dodelijk zouden verongelukken". Daarom is volgens het Hof sprake van "(voorwaardelijk) opzet" (blz. 4).

4.3 Het Hof heeft m.i. geen feiten vastgesteld en het middel doet daarop ook geen beroep waaruit zou moeten worden afgeleid dat sprake is van meer dan voorwaardelijk opzet ten opzichte van de personen die als gevolg van het ongeval zijn overleden en gewond. Aldus ontbreekt m.i. de feitelijke basis voor de onder 4.1 sub a) genoemde grondslag.

4.4 Met betrekking tot de onder 4.1 sub b) genoemde grondslag heeft de Rechtbank - in appèl niet bestreden - onder meer - in navolging van het hierna te bespreken Taxibus-arrest - geoordeeld dat 1) art. 8 EVRM niet noopt tot toekenning van immateriële schadevergoeding en 2) toekenning van schadevergoeding het leiden van een normaal familie- of gezinsleven niet bevordert (rov. 4.17). Dat oordeel kan de afwijzing dragen. Hetgeen in cassatie te berde wordt gebracht, stuit reeds daarop af.

4.5 's Hof's afwijzing van de onder 4.1 sub c) genoemde grondslag wordt in cassatie niet bestreden.

4.6 Bij deze stand van zaken is het cassatieberoep m.i. tot mislukken gedoemd. Inhoudelijke bespreking van de - niet steeds gemakkelijk te doorgronden - klachten is daarmee strikt genomen overbodig. Hoewel Rechtbank en Hof reeds uitvoerig op alle door [eiser] c.s. aan de orde gestelde kwesties zijn ingegaan, zie ik in de aard van de zaak aanleiding om niet met het voorafgaande te volstaan.

5. Juridische verkenning van de problematiek

5.1 Tijdens de beraadslagingen over het huidige BW is ampel aandacht besteed aan de onderhavige kwestie. Terughoudendheid is troef in al deze beschouwingen.

5.2 In het antwoord nav het EVI gaat de Minister in op een betoog van Overeem. Vergoeding van immateriële schade is beperkt tot "gevallen waar zij niet gemist kan worden".(12) Vervolgens worden de belangrijkste argumenten tegen smartengeld voor nabestaanden genoemd: (13)

"a. Hoe schrijnender het leed waarom het gaat, hoe groter de weerstand tegen de gedachte dat men dit op enigerlei wijze met geld zou kunnen vergoeden. Dit spreekt het sterkst juist in de gevallen van verdriet om anderen.

b. Hier vergoeding toekennen leidt tot "commercialisering" van verdriet; het kan moeilijk anders dan om hoge bedragen gaan, tegen aansprakelijkheid waarvoor men zich zal moeten verzekeren, wat weer verhoging van de vergoeding in de hand pleegt te werken en aldus ook de instelling van partijen kan beïnvloeden. Zo zal de weduwe die als eiseres optreedt, haar verdriet in de procedure "op peil" moeten houden - en niet bij voorbeeld een

nieuwe relatie opbouwen - om de toewijzing van haar vordering niet in gevaar te brengen. c. De ervaring in landen die deze vergoeding toelaten, leert dat zij tot onsmakelijke procespraktijken leidt. De gedaagde heeft er belang bij alles op tafel te brengen - ook intimiteiten -, wat aannemelijk kan maken dat bij voorbeeld het huwelijk van de eisende partij minder goed was dan zij het doet voorkomen. Deze zal harerzijds gedwongen worden evenzeer op dergelijke details in te gaan. Te denken valt daarbij ook aan andere relaties dan huwelijk."

5.3.1 In het kader van de invoeringswet heeft de Eerste Kamer de draad weer opgepakt. De vraag wordt gesteld hoe overtuigend de onder 5.2 geciteerde argumenten zijn.(14) De MvA Inv.I stelt voorop dat dit niet de enige argumenten zijn. Gewezen wordt voorts op een "explosie van schadeclaims" zomede de gecompliceerdheid van de juridische afwikkeling en daarmee verband houdend de belasting van de rechterlijke macht. Ook wordt gewezen op uitbreiding van het aantal risico-aansprakelijkheden. Vergoeding van affectieschade zou een "étrange alchimie" zijn.

5.3.2 Volledigheidshalve wordt daarbij aangetekend dat dit anders ligt ten aanzien van "schade door een "shock" die het gevolg is van het waarnemen of geconfronteerd worden met een dodelijk ongeval"; daarvoor is vergoeding niet uitgesloten.(15) Met kennelijke instemming wordt Viney - zonder twijfel de grootste Franse deskundige op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht - geciteerd. Zij kenschetst "les marchandages souvent ridicules et parfois sordides" over de noodzaak de hoogte van de vergoeding af te stemmen op de intensiteit van het leed als "choquant". Ook overigens wordt ampel aandacht besteed aan niet zo positieve ervaringen in andere landen. Nederland is, zo wordt verderop betoogd, in internationaal verband allerm minst een buitenbeentje met het niet toekennen van vergoeding.(16) Ter afronding wordt geconstateerd dat er geen grond bestaat voor "hernieuwde afweging". Er liggen immers geen nieuwe gezichtspunten voor.(17)

5.4 Het is nog steeds juist dat de onderhavige materie in andere landen op heel verschillende wijze is geregeld; hetzelfde geldt trouwens voor de - veelal betrekkelijk bescheiden - bedragen die worden toegekend.(18) Bij die stand van zaken lijkt niet zinvol om veel aandacht aan rechtsvergelijking te besteden. Immers zou de toevallige keuze van een of meer landen dan de uitkomst bepalen. Daar komt bij dat de onderhavige problematiek - naar ook Uw Raad heeft benadrukt(19) - mede wordt bepaald door de maatschappelijke inzichten. Het valt moeilijk te beoordelen hoe deze in andere landen luiden, nog daargelaten of dat er voor ons land veel toe doet.

5.5 Omdat [eiser] c.s. beweerde opzet van de dader tot speerpunt van hun vordering hebben gemaakt, sta ik nader stil bij hetgeen uit de parlementaire geschiedenis daaromtrent blijkt.

5.6 Aanvankelijk werd beoogd om nabestaanden recht te geven op schadevergoeding anders dan alleen ter zake van gederfd levensonderhoud wanneer de dader opzet of grove schuld kon worden verweten. Ook toen werd alleen bedoeld op vermogensschade.(20) Doch reeds in de Toelichting Meijers wordt gewaagd van diverse ernstige bezwaren.(21) De eerder beoogde vernieuwing is al weer verdwenen in het OM.

5.7 In MvA II wordt uitdrukkelijk vermeld dat de vordering op grond van art. 6:108 BW berust op een onrechtmatige daad jegens de overledene.(22)

5.8 Art. 6:106 lid 1 onder a BW geeft de benadeelde aanspraak op vergoeding van immateriële schade als de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen. Uit de TM blijkt - evenals uit de bewoordingen van het artikel trouwens - dat bedoeld wordt op het oogmerk de schade toe te brengen zoals deze is geleden door de benadeelde.(23) In het VV wordt de vraag gesteld of wel zin heeft "zulk een futiel geval wettelijk te regelen" nu dit oogmerk allicht niet vaak bewijsbaar is.(24) De betrokken kamerleden vinden de Minister aan hun zijde, maar hij acht nochtans onbevredigend deze mogelijkheid uit te sluiten.

5.9 Deze bepaling kan onder omstandigheden derden - dat wil zeggen anderen dan de "primaire slachtoffers" - soelaas bieden.(25) Maar spoedig zal dat niet het geval zijn. Dat strookt geheel met de onder 5.8 weergegeven veronderstelling waarvan de wetgever is uitgegaan.

5.10 Ik behoef hier verder niet op in te gaan omdat het Hof - in cassatie niet bestreden - heeft geoordeeld dat de vordering niet (mede) is gebaseerd op art. 6:106 lid 1 aanhef en onder a BW (rov. 4.7 en 4.10). Voor zover middel III onder 12 wél een klacht op dit punt probeert te vertolken (ik denk dat dit niet het geval is) voldoet deze niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. omdat niet wordt aangegeven waar in de gedingstukken [eiser] c.s. hun vordering mede op deze grond hebben gestoeld. Bovendien wordt rov. 4.7 nergens bestreden.

5.11 Onder 5.3.2 stond ik al kort stil bij het fenomeen shockschade. Vergoeding daarvan is op de voet van art. 6:106 lid 1 onder b BW niet categorisch uitgesloten. Maar de wetgever heeft de deur slechts op een kleine kier willen zetten. Vergoeding is slechts geïndiceerd wanneer die shock het gevolg is van "het waarnemen of geconfronteerd worden met een dodelijk ongeval".(26) In zeer ernstige situaties (en binnen een niet al te ruim getrokken kring van gerechtigden) kan een aanspraak ontstaan op vergoeding van die schade. De Minister maant tot een terughoudende toepassing, terwijl aan "zware eisen" moet zijn voldaan.(27)

Rechtsfuturologie

5.12.1 Op 6 februari 2003 heeft de Minister van Justitie een nieuw wetsvoorstel ingediend ter aanpassing van onder meer art. 6:108 BW.(28) Volgens dit voorstel is de aansprakelijke gehouden tot vergoeding van een bij amvb vast te stellen bedrag voor niet vermogensschade geleden door naasten als bedoeld in het nieuwe vierde lid met een maximum als er meer naasten zijn van één en dezelfde overledene (lid 7).

5.12.2 Het ontwerp voorziet niet in een specifieke overgangsregel. Daarom geldt ter zake het algemene regime. Dat wil - kort gezegd - zeggen dat de regeling haar schaduwen niet achteruit werpt.(29) Dat is blijkens de MvT ook de uitdrukkelijk de bedoeling van de ontwerper.(30) Daarom kunnen [eiser] c.s. geen garen spinnen bij dit wetsvoorstel.

5.13 Maar het wetsvoorstel, dat tot een uitvoerig - thans nog niet afgesloten(31) - debat heeft geleid, is wél een zwaarwegende reden om pas op de plaats te maken. Zeker nu nog niet voldoende duidelijk is wat het verdere verloop van dit ontwerp zal zijn, moet de rechter de wetgever niet voor de voeten gaan lopen.

5.14.1 Te allen overvloede ga ik kort in op het parlementaire debat. Blijkens de MvT is aanleiding voor overweging van het oorspronkelijke standpunt dat derden geen vergoeding kunnen vorderen voor immateriële schade; in dat verband wordt met name gewezen op de kritiek in de literatuur en de ontwikkelingen in de rechtspraak.(32) De bedoeling van een vergoeding is in de eerste plaats erkenning en verder genoegdoening van het geschokte rechtsgevoel.(33)

5.14.2 Het voorstel is in het algemeen met instemming begroet door de Tweede Kamer. Maar de uitwerking gaf wel aanleiding tot een reeks vragen; dat gold met name - maar zeker niet alleen - voor de vraag of bedragen zouden moeten worden gefixeerd.(34)

5.14.3 Naar aanleiding van een mondeling debat heeft de Minister in een brief nader aandacht besteed aan de problematiek van de shockschade. Zijns inziens is vereist dat ook jegens de naaste onrechtmatig is gehandeld; sprake moet zijn van een "zelfstandige normschending". Hij merkt op dat daadwerkelijk getuige zijn van een ongeval of de ernstige verminkende gevolgen daarvan vermoedelijk aanzienlijk ingrijpender is dan het nadien op de hoogte worden gesteld. Nochtans sluit hij niet uit dat volgens Uw Raad "het enkele horen door een naaste onder omstandigheden valt aan te merken als een confrontatie met de gevolgen van een ongeval, waardoor ook jegens deze naaste onrechtmatig is gehandeld."(35) De Minister verwacht evenwel niet dat de rechter in alle gevallen van later horen waardoor een hevige emotionele schok teweeg is gebracht zal oordelen dat jegens de naaste onrechtmatig is gehandeld. Dat lijkt hem ook niet te rechtvaardigen.(36) Zo is denkbaar dat anders wordt geoordeeld ten aanzien van ernstige geweldsmisdrijven (maar klaarblijkelijk niet per se)(37) of dat betekenis wordt gehecht aan "de hechtheid van de affectieve relatie". Een nadere wettelijke regeling op dit punt wordt niet nodig geacht. Daarbij tekent de bewindsman nog aan dat de naaste, na inwerkingtreding van het wetsvoorstel, recht heeft op affectieschade waardoor de behoefte aan erkenning en genoegdoening zal afnemen, wat "thans" alleen kan door toekenning van shockschade.(38)

5.14.4 Het wetsontwerp is met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer. Tevens is met algemene stemmen aangenomen een amendement van het kamerlid Luchtenveld(39) waarin de regering wordt verzocht om - kort gezegd - bij amvb een hoger bedrag dan € 10.000 toe te laten in bijzondere gevallen.(40)

5.15.1 In de Eerste Kamer wordt met aanzienlijk minder enthousiasme op het ontwerp gereageerd. Een aantal kamerfracties (vooral CDA, VVD en SGP) plaatsen (uiterst) kritische kanttekeningen. De noodzaak/wenselijkheid van het ontwerp wordt in twijfel getrokken. Datzelfde geldt - voor zover thans van belang - ook de wenselijkheid van vaste bedragen.(41) Dat gebeurt vooral ook bij de mondelinge behandeling. De heer Wagemakers verklaart dat zijn fractie (CDA) "vrijwel niets merkt van die maatschappelijke druk" om het bestaande recht aan te passen. De argumenten van de regering noemt hij defensief.(42) Ook mevrouw Broekers-Knol plaatst "grote vraagtekens" bij het voorstel. Zij vraagt zich af of er wel behoefte aan bestaat.(43) In vergelijkbare zin laat heer Holdijk (SGP) zich uit.(44)

5.15.2 Minister Donner beklemtoont dat het bij affectieschade "per definitie [gaat] om de meest ingrijpende gebeurtenissen". Dan is wenselijk dat men tevoren weet waaraan men toe is.(45)

5.15.3 Op verzoek van het ministerie heeft een groep wetenschappers⁽⁴⁶⁾ zich gebogen over de behoeften van naasten.⁽⁴⁷⁾ Naar aanleiding van dit rapport heeft Minister Hirsch Ballin aan de Eerste Kamer bericht dat inmiddels is gebleken dat een meerderheid van naasten en nabestaanden "een duidelijke behoefte heeft aan een recht op vergoeding van affectieschade." Behoefte bestaat (ook) "aan aandacht voor de emotionele gevolgen die het ongeval voor hen heeft. De mogelijkheid van vergoeding van affectieschade is in die context meer een middel tot een doel dan een doel op zich." Minder eenduidig zijn de uitkomsten met betrekking tot een al dan niet vast bedrag.⁽⁴⁸⁾ Het onderzoek leidt de bewindsman tot de volgende conclusies: vast wordt gehouden aan de gedachte van één vast bedrag, met dien verstande dat hij zich wil beraden of er aanleiding is dit te verhogen.⁽⁴⁹⁾

5.15.4 In een discussie tussen de Eerste Kamerleden Witteveen en Wagemakers komt nog aan de orde wat de betekenis voor slachtoffers is van de beoogde € 10.000. De heer Wagemakers wijst erop dat dit, anders dan de heer Witteveen zijns inziens zou hebben gezegd, moeilijk een symbolisch bedrag kan worden genoemd. Het is een bedrag "waarvan in onze samenleving een bijstandsmoeder misschien wel tien maanden moet leven".⁽⁵⁰⁾

5.16.1 De fracties van D66 en SGP in de Eerste Kamer hebben de problematiek van de shockschade aan de orde gesteld. Volgens D66 zal deze schade "in voorkomende gevallen (...) onder het voorgestelde regime vallen" waardoor, gezien de beoogde maximering, de positie van slachtoffers wordt verslechterd. De SGP vraagt zich af of het onderscheid tussen beide "verdamppt".⁽⁵¹⁾

5.16.2 De suggestie van D66 noemt de Minister een misverstand. Het gaat immers om twee te onderscheiden schadeposten. De voorwaarden voor toekenning van shockschade zijn aanmerkelijk strenger dan voor affectieschade. Immers is voor vergoeding van deze laatste schade niet vereist dat een naaste zelf geestelijk letsel (veelal een in de psychiatrie erkend ziektebeeld) heeft opgelopen, terwijl ook jegens deze benadeelde onrechtmatig moet zijn gehandeld; voorwaarde daarvoor is als regel "dat men aanwezig moet zijn geweest bij het ongeval, dan wel nadien getuige moet zijn geweest van de ongevalsplaats met de ernstig schokkende gevolgen. Het gevolg daarvan moet - als gezegd - zijn dat men óók als naaste letsel oploopt." Hij voegt daaraan toe dat het wetsvoorstel er waarschijnlijk toe kan bijdragen dat de behoefte aan vergoeding van shockschade zal afnemen omdat reeds aan de wens tot erkenning en genoegdoening tegemoet is gekomen.⁽⁵²⁾

Bespreking van de rechtspraak

5.17 Ik kom dan te spreken over de rechtspraak, in het bijzonder die van Uw Raad. Daarbij moet worden onderscheiden tussen shockschade en affectieschade. Afzonderlijk moet nog aandacht worden besteed aan de vraag of art. 6:108 BW eraan in de weg staat om - buiten deze beide gevallen - een aanspraak te baseren op een pretense onrechtmatige daad ten opzichte van de nabestaande/naaste.

5.18 Volgens Uw Raad staat art. 6:95 BW eraan in de weg dat op grond van art. 6:108 BW immateriële schadevergoeding wordt gevorderd (door de nabestaande). Immers moet voor schadevergoeding, die bestaat in ander nadeel dan vermogensschade, een wettelijke basis bestaan. Deze ontbreekt voor zover het gaat om een financiële vergoeding van leed door een nabestaande.⁽⁵³⁾

5.19 Een aanspraak op vergoeding van immateriële schade voor de nabestaanden bestaat wél als is voldaan aan de vereisten van art. 6:106 lid 1 sub a of b BW. Uit de rechtspraak van Uw Raad blijkt evenwel dat deze beperkingen serieus moeten worden genomen.

5.20.1 Met betrekking tot art. 6:106 lid 1 onder a BW heeft Uw Raad overwogen: "Anders dan het onderdeel betoogt, staat het stelsel van de wet, en met name art. 6:108, niet in de weg aan vergoeding van immateriële schade indien de dader iemand heeft gedood met het oogmerk aan een ander, de benadeelde, zodanige schade toe te brengen. Voor de toepassing van art. 6:108 doet niet terzake of het doden van het slachtoffer alleen jegens deze of mede jegens anderen onrechtmatig is. In beide gevallen kunnen alleen de in deze bepaling genoemde aanspraak maken op vergoeding van schade, en wel enkel de materiële schade die bestaat in het derven van levensonderhoud. Art. 6:95 staat eraan in de weg dat op grond van art. 6:108 immateriële schadevergoeding wordt gevorderd."

5.20.2 Het zojuist geciteerde arrest maakt tevens duidelijk dat de omstandigheid - waarop [eiser] c.s. in deze procedure zoveel nadruk hebben gelegd - dat de laedens ook ten opzichte van de nabestaanden onrechtmatig heeft gehandeld, onvoldoende is om een vordering van deze laatste tot vergoeding van smartengeld te kunnen schragen.

5.21 Zelfs wanneer de dader opzettelijk heeft gehandeld, is een vordering op de voet van art. 6:106 lid 1 onder a BW afgesneden. Voor toepasselijkheid van deze bepaling is immers nodig dat de dader het oogmerk had de immateriële schade toe te brengen; zie onder 5.6. Vranken heeft er terecht op gewezen dat deze eis uitstijgt boven opzettelijk handelen.(54)

5.22.1 In het Taxibus-arrest heeft Uw Raad de mogelijkheid voor naasten van een door de onrechtmatige daad van een ander overleden persoon gecreëerd om in een beperkt aantal gevallen aanspraak te maken 'shock'-schade.(55) Zoals bekend, ging het in die zaak om een wel zeer tragische gebeurtenis. Een vijf jaar oud kind was bij een verkeersongeval om het leven gekomen door een aanrijding met een taxibus. Deze bus is, achteruitrijdend, met de wielen over het hoofdje van het kind gereden. Daardoor was de schedel ernstig beschadigd en kwam de schedelinhoud naast het hoofd op het wegdek terecht. De door een buurvrouw gewaarschuwde moeder zag haar dochter levenloos liggen. Zij zag de schedelinhoud aan voor braaksel. Na een ambulance te hebben gebeld, is de moeder teruggerend naar haar dochter. Zij heeft geprobeerd met haar hand het gezicht van haar dochter - die op haar buik lag - te draaien en moest toen ervaren dat de inhoud van de schedel op straat lag. Dit heeft geleid tot ernstig - door een psychiater nader omschreven - geestelijk letsel van de moeder. De moeder maakte onder meer aanspraak op vergoeding van immateriële schade. Te dier zake had het Hof fl 30.000 toegewezen.

5.22.2 In het arrest wordt voorop gesteld dat er een rechtsgrond moet bestaan voor vergoeding. Indien iemand door overtreding van een veiligheids- of een verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij in een geval als in dat arrest bedoeld niet alleen onrechtmatig jegens degene die wordt gedood of gewond, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of de directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht waaruit geestelijk letsel voortvloeit. Dat doet zich met name voor indien het gaat om iemand die tot de getroffenene in een nauwe affectieve relatie staat. Vergoeding valt dan onder art. 6:106 lid 1 onder b BW. Vereist is wél het bestaan van geestelijk letsel waardoor iemand in zijn persoon is aangetast; dat letsel moet in rechte kunnen worden vastgesteld. In het algemeen zal

daarvan slechts sprake kunnen zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

5.22.3 Niet juist is de opvatting dat alleen aanspraak kan worden gemaakt op shock-schade wanneer de nabestaande door zijn aanwezigheid bij de verweten gedraging of gebeurtenis waardoor het ongeval of letsel is ontstaan, toen dat plaatsvond, direct betrokken is geweest. 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 ervan oploopt. Deze confrontatie kan ook plaatsvinden (kort) nadat de fatale gebeurtenis heeft plaatsgegrepen. Dat wordt in het Taxibus-arrest als volgt verder uitgewerkt:

"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". Die situatie deed zich in dat geval voor.(56)

5.22.4 Vervolgens geeft Uw Raad nog enkele wenken voor de naar billijkheid te schatten omvang van de vergoeding. Voor de onderhavige zaak kan die uiteenzetting verder blijven rusten.

5.23 (Ook) in de Taxibus-zaak was beroep gedaan op art. 8 EVRM voor het geval het Nederlandse recht geen basis voor vergoeding zou bieden. De beperkingen van art. 6:106 BW zouden, voor zover deze bepaling in strijd zou zijn met art. 8 EVRM, buiten toepassing moeten worden gelaten. Tevergeefs om de volgende redenen:

"In de eerste plaats heeft de bestuurder van de taxibus die het onderhavige ongeval heeft veroorzaakt, een verkeersnorm overtreden met als tragisch gevolg voor de moeder het verlies van haar dochter, doch het veroorzaken van dit ongeval is als zodanig niet een inbreuk op het recht op eerbieding van "family-life" van de moeder.

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 (..) 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."(57)

Een kort uitstapje naar de kritische doctrine

5.24 Ik wil niet nalaten om kort te verwijlen bij kritische geluiden in de doctrine. Geluiden waarvoor zeker begrip valt op te brengen. Zou men (ik bedoel eigenlijk: de wetgever) opnieuw het recht op schadevergoeding in verband met dood of ernstig letsel gestalte geven, dan zou zeker denkbaar zijn dat dit er anders uit zou zien. Dat zou trouwens wel voor meer terreinen van het schadevergoedingsrecht (kunnen) gelden. Maar daar gaat het

thans niet om. De rechter is geen wetgever en zijn taak is niet om het schadevergoedingsrecht te herbouwen. Sieburgh heeft het zo treffend uitgedrukt: de burgerlijke rechter is geen vrijplaats voor alles waarin de samenleving tekortschiet.(58) Verderop geeft zij nog een snier aan de rechtswetenschap: "Als de rechter hetgeen hij niet te bieden heeft aardig verpakt, is de Nederlandse jurist tevreden over diens functioneren."(59)

5.25 Ik blijf nog even bij Sieburgh. Volgens haar heeft Uw Raad in het Taxibus-arrest niet duidelijk gemaakt waarom de dader ook jegens de moeder onrechtmatig heeft gehandeld. De reden wordt, naar zij meent, kennelijk gevonden in het schadelijk gevolg. Dat is evenwel niet in overeenstemming met het geldende recht.(60) Ook mijn ambtgenoot Strikwerda had hier in zijn conclusie voor het arrest reeds op gewezen. Ik deel die mening. Alleen al daarom past m.i. grote voorzichtigheid om de grenzen van het arrest verder ten gunste van "derden" te verschuiven. Dat past eens te minder in het bestaande stelsel.(61)

5.26 Volgens Van Dam is de formulering van - kort gezegd - de confrontatie-eis in het arrest niet eenduidig in rov. 4.3, 5.2 en 5.4. Hij verstaat het arrest - m.i. terecht - zo dat in het algemeen "als voorwaarde [is] te stellen dat de betrokkene op de plaats van het ongeval een shock moet oplopen, hetzij op het moment van het ongeval, hetzij kort daarna als gevolg van het zien van de ongevalsgevolgen bij het slachtoffer". Die benadering acht hij ongelukkig omdat het criterium te eng is; sprake zou zijn van een hoog toevalsgehalte. Zijns inziens zou beslissend moeten zijn of iemand "psychische schade heeft geleden als gevolg van het overlijden of de ernstige verwonding van het directe slachtoffer".(62)

5.27 Lindenbergh acht heel begrijpelijk dat Uw Raad in de onderhavige kwestie geen rol voor zich zelf zag als wetgever-plaatsvervanger.(63) Hij verstaat het arrest aldus dat naasten die later of anders met het letsel worden geconfronteerd dan in het Taxibus-arrest in beginsel geen aanspraak kunnen maken op vergoeding.(64) Er moet een "sterke feitelijke band met die gebeurtenis als zodanig zijn". Hij meent dat "confrontatie met een gebeurtenis die leidt tot ernstig letsel letsel of overlijden (...) naar haar aard bij (vrijwel) ieder mens een hevige schok teweeg[brengt]".(65)

5.28 Engelhard heeft er, ten dele samen met haar zus, op gewezen dat klinisch psychologisch onderzoek uitwijst dat een posttraumatische stress-stoornis ook kan volgen op verbale onverwachte en dramatische informatie over een ongeval (of misdrijf). Maar veel hangt af van de persoonlijke omstandigheden van de betrokken naaste.(66) De benadering van het Taxibus-arrest sluit niet (ten volle) aan bij de inzichten uit de klinische psychologie.(67) Post-traumatische stressstoornissen komen, anders dan men wellicht zou denken, slechts in een betrekkelijk kleine minderheid van de gevallen voor als reactie op een traumatische gebeurtenis.(68)

Positieve reacties

5.29 Van Maanen - doorgaans nogal kritisch over arresten van Uw Raad - meent dat dogmatiek geen sta in de weg mag zijn als toepassing zou leiden tot "onbillijke, onaanvaardbare uitkomsten".(69) Dat zou Uw Raad in het Taxibus-arrest hebben onderkend, (70) maar de benadering is "pour besoin de la cause". Het verdient zijns inziens de voorkeur dat de wetgever ook de problematiek van de shockschade regelt.(71)

6. Afronding en standpuntbepaling

6.1 Deze procedure is de juridische nasleep van een tragisch ongeval waarbij verschillende personen om het leven zijn gekomen. Rechtbank en Hof hebben zich - uiteraard - rekenschap gegeven van de tragiek voor de nabestaanden (resp. rov. 4.2 en 4.6).

6.2 Voor de stelling dat in gevallen als de onderhavige aanspraak moet bestaan op vergoeding van smartengeld is zeker iets te zeggen. Met name het argument dat, in vergelijking met minder ingrijpende situaties waarin wél vergoeding kan worden gevorderd, niet erg aanspreekt dat de naasten met lege handen zouden moeten blijven staan, spreekt mij aan.

6.3 Maar dit argument is in zekere zin een sirenenroep. De deur openen voor vorderingen als de onderhavige zal de roep om vergoeding in andere - eveneens voor de benadeelden ingrijpende - situaties allicht versterken. Zonder enige aanspraak op volledigheid noem ik (me daarbij beperkend tot schadevergoeding):

- a. de door het Italiaanse Constitutionele Hof in het leven geroepen aanspraak op "danno biologico" (een vergoeding bovenop smartengeld en inkomensschade ingeval van aantasting van de lichamelijke integriteit);(72)
- b. danno existentiale, een tamelijk duister concept dat weer iets beoogt toe te voegen aan danno biologico waarvoor in Italië wel is gepleit;(73)
- c. verhoging van het hiertelande betrekkelijk bescheiden - in vergelijking met veel, zij het zeker niet alle, Europese landen lage(74) -smartengeld ingeval van ernstig letsel. Met alle oprechte respect voor het grote leed van nabestaanden, lijkt mij ten minste verdedigbaar dat dit (in het algemeen) minder ingrijpend is dan de gevolgen van zéér ernstig en blijvend letsel, zeker wanneer het slachtoffer goeddeels afhankelijk wordt van anderen en/of de rest van zijn leven moet slijten op een - objectief bezien - hoogst onaantrekkelijke plaats en onder even onaantrekkelijke omstandigheden als kort geschetst onder d;
- d. vergoeding van kosten/uitgaven om nog enige vreugde te putten uit een verwoest leven (bijvoorbeeld ingeval van blijvende algehele invaliditeit, als gevolg waarvan het slachtoffer gedoemd is zijn leven te slijten achter de geraniums in een sjofele buurt drie hoog achter); zulks bovenop een vergoeding als genoemd onder c.;
- e. vergoeding voor gemiste levensvreugde bij ernstige en langdurige hinder (geluids- of stankoverlast) die wél onrechtmatig is maar niet valt in de termen van art. 6:106 lid 1 onder b BW;
- f. vergoeding van smart of gederfde levensvreugde wanneer - zoals niet ongebruikelijk - zonder behoorlijk feitenonderzoek een arbeidsovereenkomst is ontbonden, terwijl alleszins mogelijk is dat de oorzaak (in overwegende mate) op het conto van de werkgever moet worden geschreven.(75) Daarbij heb ik dan vooral het oog op situaties waarin de (oudere) werknemer buiten zijn schuld of toedoen geen andere baan meer kan vinden.

6.4 Zeker niet al deze situaties zijn even ingrijpend als de onderhavige. Daarbij plaats ik terstond de kanttekening dat niet altijd alle naasten (even) diep zullen zijn getroffen door het overlijden van een - "technisch" gesproken - naaste. Sommige (familiebanden) zijn in de loop der jaren lossier geworden of zijn nimmer optimaal geweest. Een (vermoedelijk niet al te groot) aantal nabestaanden zal in het geheel niet onaangenaam zijn getroffen, maar zich slechts verheugen op de opengevallen nalatenschap waarop zij al lang aasden. Ter vermijding van misverstand: ik heb hier uitdrukkelijk niet het oog op de onderhavige zaak (niets wijst daarop en Winterthur heeft geen hierop toegespitst verweer gevoerd) maar het illustreert het gevaar van algemene regels.

6.5 Voor vergoeding van affectieschade biedt het geldend recht geen ruimte. Uw Raad heeft dat enkele jaren geleden reeds uitgemaakt. Reeds de temporele werking van het recht staat eraan in de weg dat de vordering van [eiser] c.s. wél zou worden gehonoreerd. Het onderhavige ongeval heeft enkele maanden vóór het arrest waarin vergoeding op affectieschade is afgewezen plaatsgevonden. Het zou alleen al daarom uitermate onbevredigend - indien rechtens al geoorloofd(76) - zijn om thans anders te oordelen.

6.6.1 Maar dat is zeker niet het enige argument. Het toekennen van vergoeding als de onderhavige is een rechtspolitieke beslissing. Deze behoort door de wetgever te worden genomen. Deze heeft de handschoen opgenomen. Uit de onder 5.12 e.v. kort weergegeven behandeling van het daartoe strekkende wetsontwerp blijkt genoegzaam dat zeker niet alle parlementariërs en politieke partijen staan te springen bij wijziging van het thans geldende recht.

6.6.2 Daaraan doet niet af dat uit het rapport van Akkermans c.s. inmiddels is gebleken dat veel nabestaanden prijs stellen op een dergelijke vergoeding. Uiteraard is dat niet zonder gewicht. Maar ik vraag me af of het beslissend moet zijn. Nog afgezien van de vraag of de respondenten eveneens zouden menen dat - zeg - een buurman/ander eveneens aanspraak zou moeten hebben op een dergelijke vergoeding, is een momentopname van de "maatschappelijke opvattingen" (als daarvan in casu sprake is) niet steeds een goede grond om overstag te gaan. Hoewel ik zeker niet wil suggereren dat de vergelijking opgaat (daar is het me namelijk niet om te doen) noem ik als voorbeelden:

- a. de binnen en buiten ons land geruime tijd levende "folie" van een onbegrensd marktdenken. Inmiddels weten we dat dit veel landen aan de grens van de afgrond heeft gebracht. We hebben er enige lering uit getrokken, maar nog steeds is de samenleving niet (geheel) van deze ziekte genezen;(77)
- b. het "pluk de dag-beginsel" (zo men wil: het korte termijn-denken) zal voorzienbaar onnoemelijke ellende gaan berokkenen voor ontelbare medemensen. Het kan "ons" nauwelijks iets schelen. Een leeggeplukte planeet laten we graag aan anderen over/na;
- c. zowel in het niet al te verre verleden als in het heden zien we in veel landen een sterke opmars van intolerantie. Daarvoor lijkt een aanzienlijk maatschappelijk draagvlak te bestaan.

6.6.3 Ik gaf al aan vanzelfsprekend geen parallel te willen trekken tussen de onderhavige zaak en de onder 6.6.2 genoemde voorbeelden. Maar er valt m.i. wél een les uit te trekken. Maatschappelijke opvattingen zijn stellig van belang, zoals ook tot uitdrukking gebracht in art. 3:12 BW. Maar beslissend zijn ze niet, laat staan zonder meer. Men dient zich n.m.m. tevens de vraag te stellen wat de gevolgen zijn van een daaraan toegeven. Een aantal consequenties noemde ik al onder 6.3 en 6.4. Er zitten meer haken en ogen aan.

6.6.4 Hoewel ik mij realiseer dat dit wat gevoelig ligt, veroorloof ik me de vergelijking te trekken met de - eveneens lovenswaardige - rechtspraak inzake art. 7:611 BW. Voor ieder van de arresten valt, geïsoleerd bezien, zeker het nodige (vaak zelfs veel) te zeggen. Maar het geheel heeft, ik verklap daarmee geen geheim, onvermijdelijk de nodige vragen opgeroepen. Voor een groot scala grensgevallen is onzekerheid thans troef, met name omdat de rechtvaardiging van de getrokken grenzen niet steeds in het oog springt (wat trouwens voor elke grens, hoe ook gemarkeerd, geldt). Vooral nog bestaat daarom een gereede kans dat we steeds verder in het moeras terechtkomen.

6.7 Gesteld al dat de rechter zou overwegen om vorderingen als de onderhavige te honoreren, rijzen lastige en nauwelijks op zinvolle en verantwoorde wijze te beredeneren vragen zoals:

- a. welke personen hebben aanspraak op vergoeding?(78)
- b. leggen de persoonlijke omstandigheden (zoals de mate van verdriet(79) en de leeftijd gewicht in de schaal?(80)
- c. kiezen we voor een standaardvergoeding (eventueel al naargelang de categorie naaste)?
- d. of opteren we voor een vergoeding die wordt gekoppeld aan de hoogte van het inkomen/vermogen van de getroffen naaste? Zo ja, dan wordt een moeilijk te rechtvaardigen onderscheid gemaakt tussen benadeelden. Zo neen, dan gaat het voor vermogenden en/of personen met een hoog inkomen allicht om niet erg relevante bedragen, nauwelijk voldoende om één luxe reis te maken zoals zij toch al vele malen per jaar doen. In de Eerste Kamer is indringend op dit aspect gewezen; zie onder 5.15.4. M.i. gaat het de rechtsvormende taak van de rechter verre te buiten op dit punt knopen door te hakken. Dat ligt op de weg van de wetgever.(81)

6.8 Iets genuanceerder ligt de zaak voor een large interpretatie van de voorwaarden voor vergoedbaarheid van shockschade. Maar ook daaraan kleven nadelen als hiervoor geschetst. Ik zou daarmee wellicht kunnen volstaan omdat [eiser] c.s. niet hebben gesteld, het Hof niet heeft vastgesteld en het middel geen beroep doet op een situatie als bedoeld in art. 6:106 lid 1 onder b BW. Gezien het evidente belang van deze kwestie meen ik er goed aan te doen er toch nader op in te gaan.

6.9.1 Zo men per se zou willen, is verdedigbaar om het ervoor te houden dat in een situatie als de onderhavige sprake is van een - kort gezegd - voldoende nauwe en directe betrokkenheid bij het ongeval, terwijl naar ervaringsregels in hoge mate voor de hand ligt dat sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

6.9.2 Deze laatste weg is gevolgd door mijn oud ambtgenoot Wortel in een strafzaak waarin de moeder van een doodgeschoten slachtoffer als benadeelde partij aanspraak maakte op shockschade.(82) Het Hof had die vordering tot een beloop van € 5000 toegewezen. De strafkamer van Uw Raad oordeelde, onder verwijzing naar het hiervoor genoemde Taxibus-arrest, anders omdat al aanstonds duidelijk was dat de vordering niet-ontvankelijk was "op de grond dat een dergelijke vordering niet van zo eenvoudige aard is dat zij zich leent voor behandeling in het strafgeding". Als ik het goed zie, dan steunt dit oordeel hierop dat in rechte niet was komen vast te staan dat sprake was van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.(83) Dat de feitenrechter (in voorkomende gevallen ook de strafrechter) dit moet uitzoeken blijkt ook uit een later arrest van de strafkamer van Uw Raad.(84)

6.10.1 Uit een oogpunt van eenheid van cassatierechtspraak is al weinig aantrekkelijk thans anders te oordelen. Daartoe is m.i. eens te minder grond nu omhelzing van het standpunt van [eiser] c.s. vergt dat in twee opzichten een stap verder wordt gezet dan in het Taxibus-arrest:

- a. aangenomen moet worden dat in een situatie als de onderhavige (vrijwel) per definitie sprake is van een aantasting in de persoon als bedoeld in het Taxibus-arrest;
- b. in gevallen waarin een misdrijf als het onderhavige heeft plaatsgevonden, zou moeten worden aangenomen dat een - kort gezegd - vrijwel directe confrontatie niet vereist is, terwijl ook cassatietechnisch een kunstgreep moet worden toegepast, in die zin dat in het middel een klacht moet worden gelezen dat het Hof eraan voorbij heeft gezien dat in casu

sprake is van een psychiatrisch erkend ziektebeeld (met een vindplaats in de stukken waar op een dergelijke stelling beroep is gedaan).

6.10.2 In de onderhavige zaak heeft het Hof niets vastgesteld omtrent een - kort gezegd - directe confrontatie als bedoeld in het Taxibus-arrest. Integendeel: mr Streefkerk heeft er met juistheid op gewezen dat het Hof in rov. 4.13 - in cassatie niet bestreden - heeft overwogen dat geen sprake was van een directe confrontatie (s.t. onder 7.5). De klachten voeren op dat punt evenmin iets concreets aan. Zij volstaan met een vage verwijzing naar communicerende vaten (sub 16 i.f.) en een niet feitelijk vormgegeven abstracte uiteenzetting onder 17-19.

6.10.3 Bij dit alles zij gememoreerd dat klinisch psychologisch onderzoek uitwijst dat posttraumatische stress slechts in een (kleine) minderheid van de gevallen volgt op confrontatie met traumatische gebeurtenissen; zie onder 5.28. Ik laat daarbij rusten - ik kan dat als jurist niet beoordelen - of zodanige stress valt onder een psychiatrisch erkend ziektebeeld.

6.11 Met betrekking tot het samenspel van de onder 6.10.1 sub a en b genoemde aspecten stip ik nog aan dat de niet erg aanlokkelijke consequentie hiervan is dat in de toekomst een discussie gaat ontstaan over de vraag of de schadegebeurtenis "ernstig genoeg" is. Ontkennende beantwoording van zo'n vraag zal voor benadeelden allicht niet bevorderlijk zijn bij de verwerking van hun leed.(85)

6.12.1 [Eiser] c.s. hebben hun kaarten vooral - zo al niet vrijwel uitsluitend - gezet op pretense opzet bij de dader. Ook wanneer veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat daarvan sprake was,(86) kleven aan die benadering in het oog springende nadelen. Ik noem er twee:

a. praktisch gesproken speelt deze problematiek veelal slechts bij verkeersongevallen wanneer de laedens bestuurder is van een motorrijtuig als bedoeld in art. 1 WAM. De WAM-verzekeraar kan ten opzichte van de benadeelde geen beroep doen op opzet van de verzekerde (art. 11). Alleen al omdat opzetdelicten die (ernstig letsel of) de dood van een ander teweegbrengen veelal zullen leiden tot langdurige gevangenisstraffen, valt doorgaans weinig heil te verwachten van verhaal op de dader zelf. De niet aanstonds aansprekende consequentie hiervan is dat omarmen van het pleidooi van [eiser] c.s. doorgaans slechts vruchten af zal werpen in een aantal verkeerszaken en niet daarbuiten. Erg aantrekkelijk kan ik dat niet vinden;

b. onder 5.8 zagen we al dat art. 6:106 lid 1 onder a BW jegens de "primaire benadeelde" slechts aanspraak op vergoeding geeft ingeval van oogmerk de schade toe te brengen. Opzet alleen kan niet gelden als oogmerk. De consequentie van aanvaarding van de stelling van [eiser] c.s. zou zijn dat aansprakelijkheid jegens een derde eerder zou ontstaan dan ten opzichte van "primaire benadeelde" (d.w.z. de ernstig gewonde).(87) Ten opzichte van deze laatste is oogmerk vereist, ten aanzien van de naaste zou opzet voldoende zijn. Dat kan niet waar zijn.

6.12.2 Daar komt bij dat de wetgever, zoals hierboven al bleek, opzet jegens de gedode en ernstig gewonde onvoldoende heeft geacht voor een vordering van een naaste; zie onder 5.6.

6.12.3 Wat er daarom in het algemeen ook zij van het door Lindenbergh bepleite desideratum dat het "burgerlijk recht (...) best pittig [mag] reageren op wat maatschappelijk

verwerpelijk is" (blijkens het voorafgaande doelt hij mede op opzet),(88) [eiser] c.s. kan het m.i. geen baat brengen om de onder 6.12.1 sub b genoemde grond.

7. Afdoening van de klachten

7. Na al het bovenstaande, waarin uitvoerig is ingegaan op de volle breedte van de problematiek van schade van nabestaanden, lijkt afzonderlijke bespreking van de vele - niet steeds erg duidelijke - klachten onnodig. Zij stuiten alle op het vorenstaande af.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden,

Advocaat-Generaal

1. Ontleend aan rov. 4.1 van het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 5 februari 2008.

2. In vergelijkbare zin HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 JBMV rov. 4.1 met verdere uitwerking in rov. 4.2.

3. HR 28 januari 2005, NJ 2008, 55 Jac. Hijma.

4. HR 5 december 2008, RvdW 2009, 2.

5. Zie Schadevergoeding art. 96 (Lindenbergh) aant. 18.

6. Art. 10:202 PETL en daarover Text and Commentary (Magnus) blz. 165.

7. Ik heb het dan nog maar niet over bepaalde gevallen waarin de wetgever - op zich trouwens niet geheel onbegrijpelijk - de weg naar vergoeding van smartengeld heeft geplaveid zoals art. 7:510 BW waarover Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II (2009) nr 142 en S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss.) blz. 116 e.v.

8. Vgl. PG boek 6 blz. 393.

9. Zie nader PG boek 6 Inv. blz. 1275.

10. In vergelijkbare zin EK zitting 2005-2006, 28781 C blz. 4.

11. EK, zitting 2008-2009, G blz. 4.

12. PG boek 6 blz. 387.

13. PG boek 6 blz. 389.

14. PG boek 6 Inv. 1272.

15. PG boek 6 Inv. blz. 1273/4.

16. Idem blz. 1275/7.
17. PG boek 6 Inv. blz. 1277.
18. W.V. Horton Rogers, Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective, comparative report blz. 262 blz. 262 e.v. Zie ook TK zitting 2002-2003, 28781 nr 3 blz. 4. In een recent artikel in AV&S betoogt Lindenbergh evenwel dat smartengeld voor nabestaanden terrein wint in Europa: AV&S 2008 blz. 261 onder 10.
19. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 JBMV rov. 4.2.
20. PG boek 6, blz. 391, 392.
21. PG boek 6, blz. 393.
22. PG boek 6 blz. 399/400.
23. PG boek 6 blz. 378.
24. PG boek 6 blz. 379.
25. HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 JBMV. Zie voor een bespreking van de literatuur de conclusie van A-G Hartkamp en de noot van Vranken.
26. PG boek 6 Inv. blz. 1274; zie tevens blz. 1857.
27. PG boek 6 Inv. blz. 1857.
28. TK zitting 2002-2003, 28 781 nrs 1 en 2.
29. Art. 69 aanhef en onder c en d en art. 173 lid 2 Overgangswet NBW.
30. TK zitting 2002-2003, 28 781 nr 3 blz. 9. De benadering heeft kritiek geogst van D66 (idem nr 5 blz. 11), maar de Minister houdt voet bij stuk omdat niet valt in te zien waarom juist ten aanzien van affectieschade een afwijkend stelsel zou moeten worden ontworpen: TK zitting 2003-2004, 28 781 nr 6 blz. 19/20.
31. Naar ik op grond van de meest recente ontwikkelingen begrijp, valt de afronding van de parlementaire behandeling (in de Eerste Kamer) niet op korte termijn te verwachten.
32. TK zitting 2002-2003, 28 781 nr 3 blz. 1 en 4/5.
33. TK zitting 2002-2003, 28 781 nr 3 blz. 1 en 2.
34. TK zitting 2002-2003, 28 781 nr 5.
35. TK zitting 2004-2005, 28 781 nr 8 blz. 2.
36. Bij de mondelinge behandeling op 16 maart 2005 geeft de Minister nog aan dat voor shockschade zijns inziens slechts plaats is "in zeer uitzonderlijke gevallen": TK 60-3881.

37. Ik leid dat af uit de bewoordingen: "dat bij ernstige geweldsmisdrijven niet altijd noodzakelijk is" (idem blz. 3).
38. TK 2004-2005, 28 781 nr 8 blz. 3. In gelijke zin TK 60-3881.
39. TK, zitting 2004-2005, 12.
40. TK 62-3984 (22 maart 2005).
41. EK, zitting 2004-2005, 28 781 B.
42. EK 38-1799 (12 september 2006).
43. EK 38-1801.
44. EK 38-1803.
45. EK, zitting 2005-2006, 28 781 C blz. 4 en 5.
46. Prof. Akkermans; mrs Hulst en Van Wees; dri Claassen, Ten Boom en Elbers zomede dr Bruinvels.
47. Slachtoffers en aansprakelijkheid, Deel II Affectieschade. Een kopie van dit interessante rapport leg ik in de bibliotheek van Uw Raad.
48. EK, zitting 2008-2009, 28 781 G blz. 3.
49. EK, zitting 2008-2009, 28 781 G blz. 4/5.
50. EK 38-1798 (12 september 2006).
51. EK, zitting 2004-2005, 28 781 B blz. 5.
52. EK, zitting 2005-21006, 28 781 C blz. 9 en 10.
53. HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 JBMV rov. 3.3.2. Zie voor het oude recht HR 8 april 1983, NJ 1984, 177 CJHB. Zie eveneens Hof 's-Gravenhage 11 juni 2003, PRG 2004, 6153 P. Abas; Rb. 's-Hertogenbosch 5 februari 2003, LJN: AF3886 (str) en Rb. Arnhem 16 april 2008, NJF 2008, 238 en 21 mei 2008, NJF 2008, 486.
54. Onder HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 sub 5 met een beroep op HR 6 november 1984, NJ 1985, 270. Zie voorts - ook voor verdere bronnen - Schadevergoeding art. 106 (Lindenbergh) aant. 21, zomede Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II (2009) nr 145. Vranken noemt de eis van art. 6:106 lid 1 onder a BW in dezelfde noot onder 13 "bijzonder". In deze zin ook (maar innerlijk tegenstrijdig) Rb.'s-Hertogenbosch 5 februari 2003, LJN: AF3886. Naar ik begrijp wordt een zo strenge maatstaf niet gehanteerd door de Zweedse Högsta domstolen: Hakan Andersson, in Helmut Koziol en Barbara Steininger, European Tort Law 2006 blz. 457. Hetzelfde geldt voor het Oostenrijkse OGH: Barbara C. Steininger, in Helmut Koziol en Barbara Steininger, European Tort Law 2005 blz. 133.

55. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 JBMV.

56. In de volgende uitspraken werd geen aansprakelijkheid aangenomen: Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2003, VR 2004, 83; Rb. Roermond, LJN: AP1094; Rb. Arnhem 29 maart 2006, NJF 2006, 252 neemt aan dat de vereiste mate van rechtstreeksheid wordt beïnvloed door de ernst van de normschending (in casu een moord). In verband met - kort gezegd - de gruwelijkheid van de gevolgen van een moord werd een vordering ter zake van shockschade eveneens toegewezen door Rb. Utrecht 30 januari 2008, NJF 2008, 176 en Rb. Arnhem 16 april 2008, NJF 2008, 238 en 21 mei 2008, NJF 2008, 486. Zie voorts de s.t. van mr Franke onder 6.3 e.v.

57. Ook Lindenbergh meent, met Uw Raad, dat in de rechtspraak van het EHRM geen aanknopingspunten zijn te vinden "dat het belang ervan ook in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht moet doorwerken". Verderop noemt hij de motivering van het arrest juist: AV&S 2008 blz. 262.

58. In C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt blz. 176.

59. A.w. blz. 178; verderop werkt zij dat nader uit. Lindenbergh ziet dat anders. Naar zijn mening kan "het oog hebben voor de menselijke situatie en het expliciteren van mogelijkheden en onmogelijkheden van het recht (..) hier bijdragen aan herstel, althans aan het voorkomen van teleurstelling en verdere schade" (Smartengeld, tien jaar later blz. 45).

60. A.w. blz. 188. In vergelijkbare zin S.D. Lindenbergh, AV&S 2002 blz. 67. Mogelijk anders Esther Engelhard, NTBR 2008 blz. 307.

61. A-G Strikwerda en Sieburgh geven aan dat langs andere weg een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt.

62. VR 2002 blz. 206/7. In vergelijkbare zin Esther Engelhard, NTBR 2008 blz. 307 e.v.

63. AV&S 2002 blz. 66.

64. Zie nader ook zijn Smartengeld, tien jaar later blz. 48 e.v.

65. AV&S 2002 blz. 69. Zie ook zijn bijdrage in Trema 2002 blz. 335 e.v.

66. NTBR 2008 blz. 308/9; zie nader ook VrA 2008/1 blz. 20 e.v.

67. E.F.D. en I.M. Engelhard, in W.H. van Boom e.a. (red.), Gedrag en privaatrecht blz. 230 e.v.

68. E.F.D. en I.M. Engelhard, a.w. blz. 236.

69. Erg helder is die stelling niet want tussen onbillijk en onaanvaardbaar gaapt een aanzienlijke kloof.

70. NJB 2002 blz. 1103.

71. Idem blz. 1106. Zie ook nog, vooral beschrijvend, H.Th. Vos en E. Dans, TVP 2006 blz. 111 e.v.

72. Zie bijv. F.D. Busnelli en G. Comandé, in W.V.Horton Rogers, Damages for Non-Pecuniary Loss, a.w. blz. 138. Het fenomeen lijkt intussen - niet tot ieders vreugde - ook voet aan de grond te hebben gekregen in Portugal: zie André G. Dias Pereira in Helmut Koziol en Barbara Steininger (red.), European Tort Law 2007 blz. 493.

73. Zie bijv. Elena Bargelli, in Helmut Koziol en Barbara Steininger, European Tort Law 2006 blz. 308.

74. Zie uitvoerig David McIntosh en Marjorie Holmes (ed.), Personal Injury Awards in EU and EFTA Countries en Rogers, a.w. blz. 295/6.

75. Sommige rechters kennen op dit punt wél enige vergoeding toe. Zie bijv. Ktr. Dordrecht Dordrecht 14 september 2007, JAR 2007, 255; Ktr. Alphen aan den Rijn 13 juni 2001, JAR 2001, 161; Ktr. Lelystad 24 december 1999, NJ 2000, 624.

76. Dat kan anders liggen wanneer de eerdere uitspraak op een vergissing berustte of er andere klemmende redenen zijn om zelfs voor de periode voordien anders te oordelen. Maar dergelijke redenen zie ik niet. Eens te minder omdat a) de wetgever eerst nadien in actie is gekomen en b) de beoogde regeling geen onmiddellijke werking heeft; zie onder 5.12.2.

77. Ik zie er beleefdheidshalve maar vanaf dat uit te werken. Ook ga ik maar niet in op de onbegrijpelijke terughoudendheid om drempels op te werpen tegen de aasgieren die (gaan) proberen munt uit alle ellende te slaan.

78. Bij wege van voorbeeld: de Griekse Areios Pagos (cassatierechter) ziet ook mogelijkheden voor een ten tijde van de schadegebeurtenis nog ongeborn kind: Eugenia Dacaronia, in Helmut Koziol en Barbara Steininger, European Tort Law 2007 blz. 324/5. Zie voor Oostenrijkse afbakeningsproblemen European Tort law 2005, a.w. blz. 133/4. Zie voorts onder hierboven 3.9.1.

79. Die weg wordt bijvoorbeeld bewandeld door de Griekse Areios Pagos; zie Eugenia Daraconia, in European Tort Law 2005, a.w. blz. 325.

80. Zie nader onder 3.9.2.

81. Vgl. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 JBMV rov. 4.2.

82. HR 20 december 2005, NJ 2006, 38.

83. Uit de conclusie van A-G Wortel maak ik op dat er niet meer dan een brief van de benadeelde partij voorhanden was (conclusie onder 23).

84. HR 10 april 2007, NJ 2007, 223; mijn ambtgenoot Machielse had in andere zin geconcludeerd. Zijns inziens had het Hof uit een medische verklaring van de huisarts afgeleid dat sprake was van een psychiatrisch ziektebeeld. Dat oordeel achtte hij van feitelijke aard.

85. Ook in deze zaak speelt dat. Mr Franke heeft - ik bedoel dat uiteraard geenszins als een verwijt want hij reageert heel begrijpelijk en heel geserreerd op stellingen van zijn wederpartij - een dergelijke discussie aangezwengeld (s.t. onder 6.7, 6.10 en 6.11 en voetnoot 43 zomede dupliek onder 11). Het zou m.i. wenselijk zijn om de noodzaak daartoe in toekomstige zaken af te snijden.

86. Hetgeen, zoals geschetst onder 4.2, allerminst vaststaat.

87. Aansprakelijkheid jegens de dode is een slag in de lucht, tenzij deze niet terstond overleed en tijdig aanspraak heeft gemaakt op smartengeld als bedoeld in art. 6:106 lid 2 BW.

88. Alles is betrekkelijk (oratie Rotterdam) blz. 24; AA 2008 blz. 599. In vergelijkbare zin als Lindenbergh E.F.D. Engelhard, VrA 2008/2 blz. 42/3.