



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Familiebanden en banden van genegenheid in het aansprakelijkheidsrecht: een wandeling langs vier portretten

Tavernier, P.C.J. de; Boom, W. van; Breedveld-de Voogd, C.; Castermans, A.G.; Deugd-Dijkman, M. de; Hijma, J.

Citation

Tavernier, P. C. J. de. (2016). Familiebanden en banden van genegenheid in het aansprakelijkheidsrecht: een wandeling langs vier portretten. In W. van Boom, C. Breedveld-de Voogd, A. G. Castermans, M. de Deugd-Dijkman, & J. Hijma (Eds.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders* (pp. 383-399). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/46764>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/46764>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

Familiebanden en banden van genegenheid in het aansprakelijkheidsrecht: een wandeling langs vier portretten

*Pieter De Tavernier*¹

Begin 1993, dus bijna een kwart eeuw geleden, bezocht ik in de National Gallery te Londen, vlak bij Piccadilly Circus, de tentoonstelling *Edvard Munch: The Frieze of Life*.² Een overweldigende ervaring, temeer daar ik bijna helemaal op mijn eentje van de kunstwerken, waaronder de befaamde *Scream*, kon genieten. Ik denk dat ook Henk Snijders, een liefhebber van schilderkunst en muziek, van de expo zou hebben genoten.

In dit vriendenboek neem ik de lezer mee naar een kleine portretgalerij. Een beetje zoals de componist Modest Moessorgski in zijn *Pictures of an Exhibition*³ de bezoeker bij de hand neemt op een tentoonstelling van werken van zijn vriend Viktor Hartmann. Mijn portretten gaan echter niet over het oude kasteel, de Poolse ossenwagen, Limoges of de grote poort van Kiev, maar wel over de essentie van het werk van Edvard Munch: over leven en dood. Met mijn bezoek beoog ik nader inzicht te krijgen over de vraag in welke mate familiebanden en banden van genegenheid – past een bijdrage hierover niet mooi in een *Liber Amicorum*? – bij leven en bij dood impact hebben op vragen van burgerlijke aansprakelijkheid. Onze wandeling (in Moessorgski's meesterwerk: *Promenade*) leidt langs vier schilderijen: (1) *Gibson & Gibson* (United States of America); (2) *The Doering Kids* (United States of America); (3) *Bertrand* (France); en (4) *Alcock* (England).

Mijn ontdekkingstocht langs bekende aansprakelijkheidsportretten verloopt volgens een vrij vast stramien. Ik start telkens met een korte beschrijving van het tafereel. Wat is er op het kunstwerk te zien? Juridisch vertaald: welke feiten hebben aanleiding gegeven tot de geselecteerde uitspraak? Vervolgens confronteer ik de kunstliefhebber met de wijze waarop het werk in de catalogus is beschreven. In juridische termen: tot welke centrale aansprakelijkheidsrechtelijke overweging heeft de zaak aanleiding gegeven? In de derde plaats daag ik de gasten uit tot een discussie. Rechtens luidt dan de vraag: bent u het wel eens met de uitleg in de

¹ Mr. P.C.J. De Tavernier is universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en lid van het bijzonder academisch personeel van de Universiteit Antwerpen.

² Zie bijv. www.getty.edu/art/collection/artists/352/edvard-munch-norwegian-1863-1944/.

³ Zie hierover bijv. www.britannica.com/topic/Pictures-at-an-Exhibition.

catalogus of dienen er zich alternatieve interpretaties aan? Bij het verlaten van de tentoonstelling, in de conclusie van mijn bijdrage, geef ik de lezer mee of het patrimonium dat we tijdens de *Promenade* leerden kennen, heeft kunnen bekoren.

I. Gibson v Gibson

Het tafereel speelt zich af in Californië. Tijdens een gezinsuitje parkeert vader Robert Gibson zijn auto op onzorgvuldige wijze aan de kant van de weg. Hij verzoekt vervolgens zijn zoon James A. Gibson om de wielen van de jeep, die door de auto wordt voortgetrokken, na te zien. Gedurende dit nazicht wordt James A. op ongelukkige wijze aangereden door een passerend voertuig.

James stelt vader Robert aansprakelijk voor de door hem geleden schade. Robert voert echter verweer op grond van de zogenaamde *Parent-Child Immunity*-regel.⁴ Deze regel is in Californië van kracht sinds *Trudell v Leatherby*,⁵ een arrest van de California Supreme Court uit 1931. Op grond van deze regel wordt een schadeclaim tussen een ouder en diens kind niet toelaatbaar geacht. In *Gibson v Gibson* gaat de Supreme Court echter om. In de catalogus van de tentoonstelling lees ik namelijk: ‘Applying what we have said above to the case at bench, we hold that the trial court erred in sustaining the defendant’s demurrer in reliance on *Trudell v Leatherby*. We overrule *Trudell*, and hold that an unemancipated minor child may maintain an action for negligence against his parent. Consequently, plaintiff’s complaint stated a cause of action and was not vulnerable to demurrer.’⁶

In de Verenigde Staten van Amerika is de zogenaamde *Spousal Immunity*-regel,⁷ dat wil zeggen de ontoelaatbaarheid van schadeclaims tussen echtgenoten, in de meeste staten afgeschaft. Dit geldt echter niet voor de *Parent-Child Immunity*-regel. Dat deze regel in bepaalde staten is behouden, wordt verklaard ‘by a reluctance to have judicial review over what constitutes acceptable parenting’.⁸ Dit heeft sommige staten er echter niet van weerhouden om de regel af te voeren, hetzij

4 J.L. Diamond, L.C. Levine & A. Bernstein, *Understanding torts*, LexisNexis, Fifth Edition, 2013, p. 244-245.

5 *Trudell v Leatherby*, 212 Cal. 678, 300 Pac. 7 (1931).

6 *Gibson v Gibson*, 479 P.2d 648 (Cal. 1971), te raadplegen op <http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/3/914.html>.

7 Zie Diamond, Levine & Bernstein 2013, p. 243-244; zie ook B. Weyts, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 242, nr. 273, die de term *interspousal tort immunity* hanteert.

8 Diamond, Levine & Bernstein 2013, p. 244 en B. Weyts 2003, p. 242, nr. 273, die de uitdrukking *parental immunity* gebruikt. Merk op dat in andere landen, zoals bijv. in België, een claim tussen ouder en kind als immoreel of als een vorm van rechtsmisbruik wordt beschouwd: zie B. Weyts, ‘Familiebanden, aansprakelijkheid en verzekering’, *R.W.* 2004-2005, p. 81, nr. 2.

geheel, hetzij gedeeltelijk, bijvoorbeeld in geval van opzet (*intentional torts*) of bij verkeersongevallen, zoals in het hier bekeken portret *Gibson v Gibson*.⁹

Ik daag de bezoeker uit tot discussie. In tegenstelling tot in sommige US-staten¹⁰ geldt er in België geen verbod op schadeclaims tussen ouders en kinderen.¹¹ Ik wijs in dit verband op een arrest van het Hof van Cassatie van 10 oktober 1972, dat evenals in *Gibson v Gibson* een verkeersongeval betrof.¹² Een man had een verkeersongeval veroorzaakt waarbij zijn schoondochter om het leven kwam. Zijn zoon tracht van zijn vader smartengeld te bekomen wegens het leed door het overlijden van zijn echtgenote. Het hof van beroep stond de vordering toe, aangezien familiebanden de van toepassing zijnde aansprakelijkheidsregels niet wijzigen en de voorliggende vordering geen onwettig of immoreel karakter heeft en evenmin als rechtsmisbruik kan worden aangemerkt. Het Hof van Cassatie hield deze uitspraak in stand, aangezien de vordering tot vergoeding van de morele schade geen private straf wil opleggen, maar de pijn, de smart of ander moreel leed wil lenigen en aldus de schade beoogt te herstellen.

De Belgische rechtspraak bevat tal van uitspraken waarin buitencontractuele vorderingen tussen partners en schadeclaims tussen ouders en kinderen gegrond werden verklaard.¹³ Daarbij dient wel te worden aangestipt dat bij de toetsing van het schadeverwekkende gedrag rekening moet worden gehouden met de concrete omstandigheden van het geval. Zo zal in verband met een schadeclaim van een kind tegen diens ouders de familieband een rol spelen in de beoordeling van een eventuele opvoedingsfout. Men denke aan een kind dat thuis slachtoffer wordt van een schadegeval en vergoeding vordert van zijn ouders. Die opvoedingsplicht moet op een redelijke wijze worden beoordeeld. Dit impliceert dat in geval van een handeling in het raam van de uitoefening van de taak als ouder, de rechter het gedrag van de ouder steeds zal moeten toetsen aan dat van een normaal zorgvuldige persoon in dezelfde omstandigheden, zodat niet elke tekortkoming van de ouder als een onrechtmatige daad kan worden aangemerkt. Anders is de situatie waarbij de onrechtmatige daad geen enkel verband houdt met de taak als ouder, zoals in de hierboven besproken zaak – een verkeersongeval – die aan het arrest van het Hof van Cassatie van 10 oktober 1972 ten grondslag lag.¹⁴

9 Diamond, Levine & Bernstein 2013, p. 244.

10 Zie bijv., voor Indiana, *Smith v Smith*, 141 N.E. 128 (Ind. 1924); voor Washington: *Roller v Roller*, 79 P. 788 (Wash. 1905). Over deze rechtspraak: Diamond, Levine & Bernstein 2013, p. 244.

11 B. Weyts 2004, p. 243, nr. 274.

12 Cass. 10 oktober 1972, *Arr. Cass.* 1973, 146, R.W. 1972-73, 718. Vgl. A. Tunc, 'Noot onder Cass. 10 oktober 1972', *J.T.* 1973/165, die de vordering als immoreel beschouwt, met een juridische ontoelaatbaarheid tot gevolg. Zie Weyts 2003, p. 243, voetnoot nr. 1125.

13 Zie Weyts 2004, p. 85 e.v. en de verwijzingen naar jurisprudentie aldaar.

14 Weyts 2004, p. 86-87, nr. 18-19 en Weyts 2003, p. 243-244, nr. 275.

2. The Doering Kids¹⁵

Met het volgende schilderij blijven we nog even in de Verenigde Staten, in Colorado. Op het werk zien we Richie en Kimberly Doering, die respectievelijk vier en zes jaar oud zijn wanneer zij op 18 februari 1993, onder toezicht van hun moeder, gaan sleeën op Copper Mountain Resort, een skigebied in Colorado. Tijdens het sleeën komen de kinderen in botsing met een *snow groomer* of *pistenbully*, een machine waarmee skipistes worden geprepareerd. Ten gevolge van de botsing lopen beide kinderen ernstig letsel op.¹⁶

De familie Doering voert aan dat het ongeval is veroorzaakt door *negligence* van Copper Mountain Ltd., aangezien het skiresort in strijd heeft gehandeld met bepaalde voorschriften van de toepasselijke *Ski Safety Act*.¹⁷ Copper Mountain Ltd. probeert evenwel aan haar gehele schadevergoedingsplicht te ontsnappen door de moeder van de kinderen bij de zaak te betrekken als een zogenaamde '*non-party*'. Zij zou zich immers onzorgvuldig hebben gedragen door haar kinderen toe te laten op de betreffende (gesloten) piste te gaan sleeën.

Over de beslissing van het Court of Appeals leren we uit de catalogus twee zaken. *Eén*: indien Copper Mountain Ltd. een plicht uit de *Colorado Ski Safety Act* heeft miskend, kan niet worden aangevoerd dat Richie en Kimberly Doering een inherent risico of gevaar hebben aanvaard. Dat de kinderen zich in een risicovolle situatie hebben begeven, is niet langer van belang. Een beroep op het leerstuk van de risicoaanvaarding gaat in een dergelijk geval niet op.¹⁸ *Twee*: over de zorgplicht van de moeder oordeelt het hof dat de moeder een zorgplicht had ten opzichte van haar kinderen en daardoor als een '*non-party*' kan worden aangewezen. Dit betekent dat, indien wordt vastgesteld dat de moeder haar zorgplicht heeft geschonden en hierdoor aan de schade van haar kinderen heeft bijgedragen, de jury de schade naar evenredigheid verdeelt over het skiresort en de moeder van Richie en Kimberley.¹⁹ De kinderen kunnen Copper Mountain Ltd. daarbij enkel aanspreken voor dat deel van de schade dat aan het skiresort wordt toegerekend, en

15 *Doering v Copper Mountain Inc.*, 259 F.3d 1202, 1213 (10th Cir. 2001). Zie voor deze uitspraak <http://caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1302073.html>.

16 Tijdens het opleidingsonderdeel *Privatissimum* aan de Universiteit Leiden heb ik mijn studenten betrokken bij mijn onderzoek naar *The Doering Kids*-zaak. Ik heb hen daarbij verzocht de relevante aansprakelijkheidsvragen, zowel vanuit Nederlands als Amerikaans perspectief, in kaart te brengen. De resultaten van hun onderzoek vormden de bouwstenen van dit onderdeel van mijn bijdrage.

17 Zie over de *Ski Safety Acts* uitvoerig E.A. Feldman & A. Stein, 'Assuming the risk: tort law, policy, and politics on the slippery slope', *DePaul Law Review* 2009-2010, p. 259-303.

18 *Doering v Copper Mountain Ltd.*, onder C (Jury Instructions).

19 *Ibidem*, onder D.3. (Consideration of the Negligence of a Nonparty).

niet voor het deel dat aan hun moeder wordt toegerekend.²⁰ Wat dit laatste deel betreft, kunnen Richie en Kimberly evenmin hun moeder aanspreken, aangezien – en denk hierbij terug aan het vorige *tableau* van de tentoonstelling! – men in Colorado de *Parental Immunity*-leer hanteert,²¹ op grond waarvan ouders immuniteit genieten met betrekking tot schadeclaims van hun kinderen. Daardoor blijven de kinderen zelf met een deel van de schade zitten.²²

Ik open wederom de discussie, deze keer door aan een bezoeker uit Nederland de vraag voor te leggen hoe volgens zijn recht zou worden omgegaan met de twee kwesties waar het Court of Appeals uitspraak over heeft gedaan. Hij geeft mij het volgende antwoord.

Eén. De leer van de risicoaanvaarding hoort bij de vraag naar de eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW.²³ Dit wetsartikel bepaalt dat, wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de schade in evenredigheid over de benadeelde en de vergoedingsplichtige wordt verdeeld, tenzij de billijkheid een andere verdeling vereist. De jeugdige leeftijd van *the Doering Kids* staat de toerekening krachtens art. 6:101 BW niet in de weg.²⁴ Dit geldt ook voor kinderen onder de veertien jaar, zoals Richie en Kimberley, aan wie nochtans op grond van art. 6:164 BW een gedraging niet als een onrechtmatige daad kan worden toegerekend.²⁵ Wel wordt er in verband met eigen schuld rekening gehouden met hun jeugdige leeftijd, namelijk bij de toepassing van de billijkheidscorrectie.²⁶ De Hoge Raad heeft namelijk beslist dat de schade van een kind jonger dan veertien jaar in beginsel geheel voor rekening van de vergoedingsplichtige komt,²⁷ ook al heeft het kind zelf bijgedragen tot de schade.²⁸ Voor

20 Met andere woorden: Copper Mountain Ltd. en de moeder zijn niet hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele schade, maar wel aansprakelijk voor het deel dat aan hen wordt toegerekend.

21 Zie *Trevarton v Trevarton*, 378 P.2d 640, 642 (Colo. 1963), bevestigd door *Farmers Ins. Exchange v Dotson*, 913 P.2d 27, 33 n. 6 (Colo. 1996).

22 Zij krijgen als het ware de fout van hun moeder aangerekend.

23 J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015, p. 298, nr. 234.

24 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 352; zie ook HR 8 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0663, NJ 1990/778, m.nt. C.J.H. Brunner (*Lars Ruröde*). Zie daarover Spier e.a. 2015, nr. 228.

25 A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid* (Mon. Privaatrecht 16), Deventer: Kluwer 2013, 40-41.

26 P. De Tavernier, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 55 en A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II**. *De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013, p. 109-110.

27 Behoudens gevallen van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid.

28 Zie over deze rechtspraak A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, serie Recht en Praktijk, deel 127, Deventer: Kluwer 2003, p. 231-234.

kinderen van veertien jaar en ouder geldt deze 100%-regel niet,²⁹ maar het is niet uitgesloten dat in een dergelijk geval, door middel van de 'normale' casuïstische werking van de billijkheidscorrectie, rekening wordt gehouden met de leeftijd van het kind.³⁰

Twee. Ouders worden niet geacht elke gevaarscheppende situatie te kunnen voorkomen. Toch kan de schending van hun zorgplicht wel degelijk leiden tot aansprakelijkheid jegens hun *kids*. Het Nederlandse recht kent immers geen leerstuk dat vergelijkbaar is met de *Parental Immunity*-leer zoals die in Colorado van toepassing is. Dit neemt niet weg dat bij de beoordeling van de zorgplicht van de ouders terughoudendheid is geboden, aangezien ouders een zekere beslissingsvrijheid hebben bij de uitoefening van het ouderlijk gezag.³¹ Denk hierbij aan hetgeen wij hebben vernomen bij het bekijken van het schilderij *Gibson v Gibson* en de houding van het Belgische Hof van Cassatie ten aanzien van de mogelijkheid van claims tussen ouders en kinderen.

Vervolgens rijst de vraag of de onzorgvuldigheid van de moeder aan haar kinderen kan worden toegerekend, zodat de vergoedingsplicht van het skiresort jegens de kinderen wordt verminderd. Naar Nederlands recht geldt op grond van art. 6:102 BW de hoofdregel dat wanneer schade het gevolg is van gebeurtenissen waarvoor verschillende personen aansprakelijk zijn, ieder van deze personen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de gehele schade.³² Hierop bestaat echter een uitzondering, namelijk wanneer de fout van een van de mededaders op grond van art. 6:101 BW als eigen schuld aan de benadeelde kan worden toegerekend. Toegespitst op het werk *The Doering Kids* heeft de Hoge Raad in een arrest van 1985 geoordeeld dat de fout van een ouder op de voet van art. 6:101 BW niet aan een kind kan worden toegerekend.³³ Er bestaat volgens de Hoge Raad geen reden om van de hoofdregel af te wijken enkel omdat één van de personen op wie een verplichting tot schadeloosstelling rust, een kind is.³⁴ Een dergelijke toerekening zou immers ongewenste gevolgen voor het kind meebrengen. Immers, om de gehele schade vergoed te krijgen, zou het kind zijn ouders moeten aanspreken. Dit is weliswaar mogelijk, maar in vele situaties niet realistisch. Bovendien zou toerekening impliceren dat het risico van insolventie niet bij de derde, maar bij het kind ligt. Dus geldt de normale hoofdregel: het kind kan de derde aanspreken voor het geheel van het bedrag, waarna de derde regres kan nemen op de ouder.

29 HR 24 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1196, NJ 1995/236, m.nt. C.J.H. Brunner (*Anja Kellenaers*), r.o. 2.4.3.

30 *Ibidem*.

31 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 200 VI, nr. 61, p. 5 en 9-10.

32 Spier e.a. 2015, p. 305, nr. 240.

33 HR 31 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8927, NJ 1986/690, m.nt. C.J.H. Brunner (*Boon/Prenger*). Zie daarover Spier e.a. 2015, nr. 228.

34 *Ibidem*, r.o. 3.

De vergelijking van de kunstcatalogus en de uitleg over het Nederlandse recht heeft mij tot de volgende wijsheden geleid. In de eerste plaats, zo leerde ik uit *The Doering Kids*, wordt in het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht bijzonder veel aandacht besteed aan het leerstuk van de risicoaanvaarding (*assumption of risk*). In Nederland is de Hoge Raad echter van oordeel dat aan dat leerstuk geen zelfstandige betekenis mag toekomen. Risicovolle gedragingen moeten worden benaderd vanuit de leer van de eigen schuld, zoals vervat in art. 6:101 BW. Voor Richie en Kimberly komt dat, zowel naar Amerikaans als naar Nederlands recht, goed uit. Terwijl de Court of Appeals oordeelt dat de schending van de *Ski Safety Act* ertoe leidt dat een beroep op het leerstuk van de risicoaanvaarding niet meer opgaat, geldt volgens het Nederlandse recht dat Richie en Kimberly weliswaar eigen schuld kunnen hebben, maar op grond van de billijkheidscorrectie de schade toch in zijn geheel voor rekening van het vergoedingsplichtige Copper Mountain Ltd. komt. Met betrekking tot de toerekening van de fout van de moeder aan de kinderen liggen de kaarten anders. Terwijl in Colorado, mede gelet op de *Parental Immunity*-leer die daar geldt, de kinderen met een deel van de schade blijven zitten, zouden zij naar Nederlands recht Copper Mountain Ltd. voor het gehele bedrag hebben kunnen aanspreken.³⁵

3. Bertrand³⁶

Na twee Amerikaanse werken is het hoog tijd om de Europese collectie te gaan bekijken.³⁷ We starten met een Frans topwerk, *Bertrand*, dat tot stand kwam naar aanleiding van een aanrijding, op 24 mei 1989, tussen de twaalfjarige fietser, Sébastien Bertrand, en de volwassen bestuurder van een motorfiets, M. Domingues. De schade van Sébastien werd vergoed op grond van de *Badinter*-wet. Domingues, die eveneens schade opliep, stelde een eis tot schadevergoeding in tegen de vader van Sébastien, Jean-Claude Bertrand. Hij baseerde zich hiervoor op art. 1384 lid 4 *Code civil*. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep werd de

35 Zie P. Disseldorp, 'Het Nederlands aansprakelijkheidsrecht en minderjarige benadeelden: een middagje sleeën. Annotatie bij *Doering v. Copper Mountain Inc.*, 259 *F.3d* 1202, 1213 (10th Cir. 2001)', onuitg.

36 Cass. fr. 2e civ. 19 februari 1997 (*Bertrand*), *J.C.P.* 1997, II, nr. 22848, p. 247-254, met gelijklopende conclusie A-G R. Kessous, met goedkeurende noot G. Viney en D. 1997, J. 265-268, met goedkeurende noot P. Jourdain. Zie over dit arrest bv. P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs: Litec 2009, p. 274 e.v., nr. 429 e.v. Zie voor een toepassing van het Franse recht in een zaak waarover in België procedure is gevoerd: Gent 18 mei 2006, *Tijdschrift@ipr.be* 2007, afl. 1, 22, besproken door H. Vandenberghe, 'Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (2000-2008)', *T.P.R.* 2010, p. 542, voetnoot nr. 943.

37 Deze paragraaf is een geactualiseerde en sterk ingekorte versie van een eerdere bijdrage, namelijk P. De Tavernier, 'De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen', in: Vlaamse Conferentie bij de balie te Antwerpen (red.), verschenen in: *Actueel aansprakelijkheidsrecht*, Brussel: Larcier 2012, p. 95-134.

schadeclaim ingewilligd. Het hof van beroep van Bordeaux motiveerde de veroordeling van de vader door te overwegen dat ‘seules la force majeure ou la faute de la victime pouvaient exonérer de la responsabilité de plein droit encourue par application de l’article 1384, alinéa 4 du Code civil, et qu’en la présente espèce la preuve n’était pas rapportée d’un cas de force majeure ayant rendu inévitable la réalisation de l’accident’. In cassatie werd betoogd dat het hof van beroep, door te oordelen dat de vader alleen door het bewijs van overmacht of fout van het slachtoffer aan zijn aansprakelijkheid kon ontsnappen, aan art. 1384 lid 4 *Code civil*, een uitleg gaf die regelrecht indruist tegen de interpretatie van die bepaling door het Franse Hof van Cassatie, namelijk dat de ouders het vermoeden op grond van dat artikel niet alleen door het bewijs van overmacht of fout van het slachtoffer kunnen weerleggen, maar ook door aan te tonen dat zij geen enkele fout hebben begaan in de opvoeding van of het toezicht op hun minderjarig kind. Toch werd het cassatieberoep verworpen.

In de catalogus vernemen we dat het Franse Hof van Cassatie met *Bertrand* de wens van een aantal auteurs heeft ingewilligd om de klassieke opvatting waarbij de aansprakelijkheid van de ouders wordt gegrond op een dubbel foutvermoeden, achter zich te laten en te vervangen door een systeem van objectieve aansprakelijkheid.³⁸ In niet mis te verstane bewoordingen overweegt het Franse Hof van Cassatie immers ‘qu’ayant exactement énoncé que seule la force majeure ou la faute de la victime pouvait exonérer un père de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui, la Cour d’Appel n’avait pas à rechercher l’existence d’un défaut de surveillance du père’. Het Franse Hof van Cassatie heeft deze uitspraak van 19 februari 1997 nadien herhaaldelijk bevestigd.³⁹

Ik open de discussie over *Bertrand* met de vaststelling dat er de laatste jaren ook buiten Frankrijk stemmen opgaan om een objectieve ouderlijke aansprakelijkheid in te voeren. Zo lag er geruime tijd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal een wetsvoorstel ter invoering van een risicoaansprakelijkheid voor minderjarigen tot de leeftijd van achttien jaar op tafel⁴⁰ en ook in België is meermaals een wetsvoorstel tot invoering van een objectieve ouderlijke aansprakelijkheid

³⁸ De Tavernier 2012, p. 118-119.

³⁹ Zie bijv. Cass. fr. 2e civ. 5 februari 2004, *Resp.civ.ass.* 2004, Comm. 127. Zie hierover T. Vansweevelt & B. Weyts, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 372, nr. 552.

⁴⁰ Voorstel van wet van het lid Çörüz tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor gedragingen van minderjarigen vanaf de leeftijd van veertien jaar, *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 519. Zie over dit wetsvoorstel bijv. B.M. Pajmans, ‘Wetsvoorstel ter verruiming van de aansprakelijkheid van ouders voor kinderen’, *AV&S* 2007, p. 54-62.

ingediend⁴¹ Tevens is in rechtsvergelijkende studies⁴² en Europees onderzoek⁴³ de invoering van een risicoaansprakelijkheid van ouders voor schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen aan de orde gesteld.

Ik leg de bezoeker enkele argumenten voor die ten gunste van *Bertrand* kunnen worden aangevoerd. Ik beperk mij daarbij tot de veel gehoorde kritiek op de grondslag van de huidige *Belgische* aansprakelijkheidsregeling, namelijk het dubbele vermoeden van fout in de opvoeding en/of het toezicht.

In de *eerste* plaats wijst men op de onoverzichtelijke casuïstiek die de rechtspraak over de ouderlijke aansprakelijkheid kenmerkt. Dit wekt geen verbazing, aangezien de kwestie van de aansprakelijkheid van de ouders een oplossing krijgt die afhangt van criteria, namelijk ‘goede opvoeding’ en ‘goed toezicht’, die vreemd zijn aan het recht.⁴⁴ Aangezien rechters elk hun eigen opvatting hebben over goede opvoeding en voldoende toezicht, treft men tegenstrijdige beslissingen aan. Sommige magistraten hanteren vage en theoretische criteria (goede school, controle van de resultaten, omgang met ‘goede’ vrienden),⁴⁵ terwijl anderen volledige en precieze

41 Zie bijv. wetsvoorstel 12 oktober 2010 tot invoering in het Burgerlijk Wetboek van een objectieve aansprakelijkheid van de ouders voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen, *Parl. St.* Senaat, nr. 5-277/1. De tekst van het voorstel luidt als volgt: ‘In artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek, gewijzigd bij de wet van 6 juli 1977, worden de volgende wijzigingen aangebracht: 1°. het tweede lid wordt aangevuld als volgt: “tenzij er sprake is van overmacht of een eigen fout van het slachtoffer”;

2°. in het vijfde lid vervalt het woord “ouders”.’

42 P. Giliker, *Vicarious Liability in Tort. A Comparative Perspective*, Cambridge: University Press 2010, p. 330; C. Von Bar (red.), *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, München: Sellier 2009, p. 613-631; C. Van Dam, *European Tort Law*, Oxford: University Press 2013, nr. 1602-1; zie ook S. Galand-Carval, ‘Comparative report on liability for damage caused by others. Part I. General questions’, in: J. Spier & F.D. Busnelli (red.), *Unification of tort law: Liability for damage caused by others*, Den Haag: Kluwer Law International 2003, p. 439-447; M. Martin-Casals, ‘Comparative annotations to liability of the parents for the acts of their children’, *European Review of Private Law* 2004/692.

43 European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, Wenen: Springer 2005, p. 113-115; Study Group on a European Civil Code en Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, München: Sellier 2009, p. 3434-3452.

44 J.-L. Fagnart, *Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile (1968-1975)*, Brussel: Larcier 1971, p. 79, nr. 89.

45 Zie E. Guldix, ‘Ouderlijke aansprakelijkheid en familiale aansprakelijkheidsverzekering’, *R.G.A.R.* 1981, nr. 10290, p. 1*verso*, die van mening is dat deze criteria te archaïsch zijn. Zij pleit ervoor dat de rechter rekening zou houden met nieuwe opvattingen in de opvoedkunde. Zij stelt: ‘Een te streng toezicht van de ouders over het doen en laten van een kind, een voortdurend vermanen en aansporen tot voorzichtigheid,... kunnen een even nefaste invloed hebben als een totale onverschilligheid (...).’

tegenbewijzen van aangepast toezicht en scrupuleuze opvoeding eisen.⁴⁶ Met betrekking tot de opvoedingsverplichting kan er zelfs worden gesproken van twee aparte scholen binnen de rechtspraak! Een *minimalistische* strekking, die tot voor kort de bovenhand had, gaat uit van een soepele beoordeling: ervan uitgaande dat het bewijs van een goede opvoeding niet gemakkelijk is te leveren, neemt men genoegen met een algemeen tegenbewijs. Een *maximalistische* strekking kiest voor een strenge beoordeling van de zorgvuldigheid die de ouders bij de opvoeding van hun kinderen in acht moeten nemen.⁴⁷ Vooral de recente rechtspraak lijkt aan het bewijs van goede opvoeding nogal streng de hand te houden.⁴⁸

In de *tweede* plaats kan men verdedigen dat het vermoeden van fout soms een rol van juridische fictie speelt, in het leven geroepen om derde-benadeelden te kunnen vergoeden zonder de fout als grondslag prijs te geven.⁴⁹ Bovendien moet het in zekere mate aannemelijk zijn dat er een verband bestaat tussen de door het kind aangerichte schade en een fout in de opvoeding of toezicht door de ouders, opdat men een wettelijk vermoeden kan aannemen. Immers, in tegenstelling tot het causale verband tussen de onrechtmatige daad en het toezicht dat over een minderjarige wordt uitgeoefend, dat meestal vlot kan worden bewezen, bestaat er tussen slechte opvoeding en onrechtmatig handelen van de minderjarige hoogstens een correlatie.⁵⁰ Deze kritiek verdient wel enige nuancering. Moet er namelijk geen onderscheid worden gemaakt tussen schadegevallen veroorzaakt door zeer jonge kinderen en die welke door adolescenten zijn veroorzaakt? Wat de opvoeding betreft, valt te begrijpen dat de invloed daarvan pas kan worden beoordeeld op het ogenblik dat een minderjarige een zekere leeftijd heeft bereikt. Opvoeding is immers, anders dan toezicht, geen momentaan gebeuren, maar een inspanning die maar na verloop van jaren ten volle op haar deugdelijkheid kan worden getoetst. Er bestaat, met andere woorden, meer kans op een causaal verband tussen een opvoedingsfout van een ouder en het gedrag van een minderjarige adolescent die reeds een jarenlange opvoeding achter de rug heeft – of juist niet heeft gekregen, of een verkeerde opvoeding heeft genoten – dan tussen een dergelijke fout en een gedraging van een kind, van wie de opvoeding zich nog ‘in de kinderschoenen’ bevindt. Wat het toezicht betreft, moet erop worden gewezen dat bepaalde (bijvoorbeeld reflexmatige) handelingen van jonge kinderen van die aard zijn dat

46 P. Hamelink, ‘Over de ouderlijke aansprakelijkheid’, *De Verz.* 1978, p. 354, 18B.

47 De Tavernier 2006, p. 376-381, nr. 541-546.

48 S. Somers, ‘Het tegenbewijs van de goede opvoeding in het kader van de kwalitatieve aansprakelijkheid van ouders: een kwestie van fout, overmacht of van een eenvormige rechtsbedeling?’, *R.W.* 2015-16, p. 1261; De Tavernier 2006, p. 542.

49 Fagnart 1971, p. 80, nr. 89; F. Glansdorf & P. Legros, noot onder Rb. Brussel 20 februari 1970, *R.C.J.B.* 1974, 55; Hamelink 1978, p. 355, nr. 18B; A. Tunc, noot onder Brussel 20 februari 1970, *R.G.A.R.* 1974, 9353; H. Vandenberghé & P. Hamelink, ‘Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)’, *T.P.R.* 1980, p. 1301, nr. 135.

50 Guldix 1981, nr. 10290, p. 1*verso*.; R.O. Dalcq, ‘Traité de la responsabilité civile, I, Les causes de la responsabilité’, in: *Les Nouvelles, Droit civil*, V/1, Brussel: Larcier 1967, p. 534, nr. 1636.

zelfs het meest adequate toezicht het gedrag niet zou kunnen hebben beletten. Ten aanzien van oudere kinderen lijkt het causale verband tussen toezicht en gedrag, voor zover er van toezicht sprake is, in de meeste gevallen minder hypothetisch.⁵¹

Op grond van de voormelde kritiek is het voortbestaan van het dubbele tegenbewijs in de Belgische rechtspraak steeds meer onder druk komen te staan. Recent zijn er namelijk door het hof van beroep te Brussel een aantal uitspraken gewezen waarin – geïnspireerd door *Bertrand* – de voorkeur wordt gegeven voor een stelsel waarbij enkel overmacht een ouder van zijn aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zijn minderjarig kind zou ontlasten. Zo besliste de jeugdkamer van het Brusselse hof van beroep in een arrest van 25 oktober 2007 dat ‘de fictie van het dubbel foutvermoeden niet meer is aangepast aan de hedendaagse realiteit (...)’ en ‘dat aan de ouder die meent dat hij valt onder de uitzonderingsbepaling van artikel 1384 BW omdat hij de schadeverwekkende daad “niet heeft kunnen beletten” geen negatief bewijs moet worden gevraagd (van de afwezigheid van enige tekortkoming in de opvoeding en in het toezicht), maar een positief bewijs, namelijk het bewijs dat de schadeverwekkende onrechtmatige daad een externe oorzaak heeft die volledig buiten de invloedssfeer ligt waarin ouders via toezicht en opvoeding (...) over de daden van hun kinderen een impact kunnen hebben’.⁵²

Over het cassatieberoep tegen dit arrest sprak het Hof van Cassatie zich onder-tussen uit.⁵³ Uit dat arrest kon echter geen koerswijziging omtrent het toepasselijke aansprakelijkheidsstelsel (een objectieve aansprakelijkheid in plaats van een vermoeden van aansprakelijkheid) worden afgeleid, hetgeen bij sommige juristen de verzuchting ontlokte ‘que la Cour de cassation soit nouvellement saisie et invitée à prendre expressément position’⁵⁴ en dat het Hof van Cassatie zou kiezen voor de zo lang verwachte (‘tant attendue’)⁵⁵ hervorming.

Deze hervorming is er echter niet gekomen, wel integendeel. In een arrest van 4 maart 2015 bevestigde het Hof van Cassatie namelijk de klassieke opvatting dat de in art. 1384 lid 2 B.W. geregelde aansprakelijkheid van de ouders voor de schade die door hun kinderen is veroorzaakt, geen beginsel van objectieve aansprakelijkheid

51 De Tavernier 2012, p. 121, nr. 46.

52 Brussel 16 februari 2010, *RAJe* 2010, 12; Brussel 24 juni 2009, *J.T.* 2009, 616, m.nt. E. Montero en A. Pütz en *R.G.A.R.* 2009, nr. 14554, m.nt. C. Dalcq; Brussel 25 oktober 2007, *NJW* 2008, 128, m.nt. MR; Brussel 23 oktober 2007, *R.G.A.R.* 2010, nr. 14652. Zie over dit arrest E. De Kezel, ‘Ouderlijke aansprakelijkheid nieuwe stijl? Hof van beroep interpreteert artikel 1384, lid 2 BW à la Française’, *De Juristenkrant* 2008, afl. 165, 3; E. Montero & A. Pütz, ‘La responsabilité parentale: du neuf avec du vieux’, (noot onder Cass. 12 februari 2008), *J.T.* 2009, p. 613; V. Callewaert, ‘Les présomptions de responsabilité du fait d’autrui: la condition d’altérité et autres actualités’, *J.T.* 2010, p. 767-768; C. Mélotte, ‘La responsabilité du fait des enfants’, in: J. Wildemeersch & J. Loly, *Responsabilités autour et alentours du mineur*, Limal: Anthemis 2011, p. 172 e.v., nr. 108 e.v.

53 Cass. 12 februari 2008, *J.T.* 2009, 613.

54 Montero en Pütz 2009, p. 616.

55 Ibidem.

vastlegt, maar dat het vermoeden van aansprakelijkheid dat door deze bepaling wordt ingevoerd, op een persoonlijke fout is gegrond. Om dat vermoeden te weerleggen, aldus het Hof van Cassatie, moeten de ouders aantonen dat de daad die hun aansprakelijkheid teweegbrengt, niet het gevolg is van een gebrek aan toezicht en evenmin van een tekortkoming in de opvoeding van hun minderjarig kind die hen kan worden verweten.⁵⁶

Met Stefan Somers kan wel de vraag worden gesteld of het arrest van 4 maart 2016 tot een eenvormige rechtsbedeling inzake de aansprakelijkheid van ouders voor schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen zal leiden. Ook al lijkt het Hof van Cassatie de voormelde maximalistische invulling van het vermoeden van aansprakelijkheid te hebben verlaten, toch bestaat de gegronde vrees dat de rechtspraak 'wel een uniforme taal zal hanteren, maar dat dit niet tot gevolg zal hebben dat soortgelijke geschillen daadwerkelijk op een soortgelijke manier beslecht kunnen worden'.⁵⁷

In de eerste plaats 'geeft het arrest weliswaar aan dat de rechters niet mogen oordelen dat de ouders hun aansprakelijkheid enkel mogen weerleggen door aan te tonen dat er geen overmacht is, maar omdat de overmacht het negatief is van het foutbegrip en omdat het Hof van Cassatie vereist dat de ouders aantonen dat zij geen fout hebben begaan, is deze uitspraak op het eerste gezicht enkel belangrijk om formalistische of semantische redenen. Rechters mogen overmacht geen overmacht noemen, maar kunnen het bewijs van het ontbreken van een fout in de toekomst op identieke wijze invullen, zonder dat het Hof van Cassatie hen hiervoor op de vingers tikt'.⁵⁸

In de tweede plaats is het verschil tussen een negatief bewijs (het ontbreken van een fout) en een positief bewijs (het aantonen van overmacht), aldus Somers, 'veeleer relatief. De reden hiervoor is dat een rechter bij het beoordelen van een zaak meer in het algemeen kan gebruik maken van de ervaringsregels die hij als mens en rechter kent (...). De gewone gang van zaken (...) zijn belangrijk omdat zij ertoe kunnen leiden dat de bewijslast aanzienlijk wordt verschoven (...). Door de gewone gang van zaken kan een positief bewijs in een negatief bewijs omgekeerd worden (...)'. Immers, bij een maximalistische invulling van het aansprakelijkheidsvermoeden 'zullen de ouders haast nooit aan hun aansprakelijkheid kunnen ontkomen omdat de gewone gang van zaken aangeeft dat een onrechtmatige daad wijst op een slechte opvoeding', terwijl bij een minimalistische invulling van het vermoeden 'de benadeelden, nadat de aangesproken ouders hebben aangetoond dat hun kinderen regelmatig school liepen, de haast onmogelijke opdracht moeten vervullen om aan

⁵⁶ Cass. 4 maart 2015, R.W. 2015-16, 1258, m.nt. S. Somers. Zie over dit arrest E. Montero, 'La responsabilité des père et mère: retour à l'orthodoxie?' (noot onder Cass. 4 maart 2015), *J.T.* 2015, p. 576-580.

⁵⁷ Somers 2016, p. 1262.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 1263.

te tonen dat de aangesproken ouders wel een fout in de opvoeding hebben begaan'.⁵⁹

Met Somers kan dan ook worden besloten dat het arrest van 4 maart 2015 ertoe zou moeten leiden dat 'de rechters de ouders een reële mogelijkheid moeten bieden om een tegenbewijs te leveren' en dat 'de rechtspraak zich enigszins inschikkelijk opstelt bij het aanvaarden van het tegenbewijs van de goede opvoeding'. Indien zou blijken dat deze gewenste uniforme toepassing van art. 1384 lid 2 B.W. niet kan worden bereikt, rijst opnieuw de vraag of de wetgever niet moet ingrijpen door middel van de invoering van een objectief stelsel van aansprakelijkheid,⁶⁰ gekoppeld aan een verplichte aansprakelijkheidsverzekering.⁶¹

4. Alcock

Mijn bezoek aan de schilderijtentoonstelling eindigt bij een Engels werk, *Alcock*.⁶² Het kunstwerk verbeeldt de ramp in het Hillsborough-stadion in Sheffield tijdens de halve finale van de FA-Cup tussen Liverpool en Nottingham Forest op 15 april 1989. Deze voetbalwedstrijd werd live uitgezonden via de televisie. Door een verkeerde beslissing van een *senior police officer* werd een te grote toestroom van mensen toegelaten in de vakken met Liverpool-supporters. Hierdoor raakte een groot aantal supporters gekneld op de tribune. Daarbij lieten 97 personen het leven en liepen meer dan 400 personen lichamelijk letsel op. In de nasleep van het drama dienden tal van nabestaanden een claim in tegen de *senior police officer* ter compensatie van de psychologische schade die zij hadden opgelopen door het zien of het vernemen van de dood van hun familielid of vriend(in). Eén van hen was Robert Alcock, die zijn zwager verloor. Ik citeer uit *Alcock*:

'Robert Alcock lost his brother-in-law. He was in the West Stand, with his nephew, the brother-in-law's son. He witnessed the scenes from the West Stand and was sickened by what he saw but was not then concerned for his brother-in-law whom he believed to be in the stand because, on the way to the match, he had swapped a terrace ticket which he held for a stand ticket. Tragically, however, the brother-in-law had, unknown to the plaintiff, returned to the terrace. After the match the plaintiff left the ground for a rendezvous with the brother-in-law who did not arrive. He and his nephew became worried and searched without success. At about midnight they

⁵⁹ Ibidem, p. 1263-1264.

⁶⁰ Hieromtrent stak ik in een bijdrage van 1999 zelf het vuur aan de lont: P. De Tavernier, 'Naar een objectieve aansprakelijkheid van de ouders voor de onrechtmatige daden van hun minderjarige kinderen? Beschouwingen bij het arrest "Bertrand" van het Franse Hof van Cassatie van 19 februari 1997', *R.W.* 1999-2000, p. 273-294.

⁶¹ Somers 2016, p. 1265.

⁶² *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992], 1 A.C. 310.

went to the mortuary where the plaintiff identified the body which was blue with bruising and the chest of which was red. The sight appalled him'

Uit de kunstcatalogus vernemen we dat *Alcock* gaat over de vergoeding van slachtoffers van psychische schade, ook wel aangeduid met *nervous shock*. Voor de vergoeding van dergelijke schade geldt een onderscheid tussen *primary victims* en *secondary victims*.⁶³ *Primary victims* zijn zij die daadwerkelijk in gevaar verkeerden dan wel redelijkerwijs hebben kunnen denken dat zij in gevaar waren (*participants*). Ten aanzien van hen is voorzienbaarheid van *personal injury* in het algemeen voldoende.⁶⁴ Voor *secondary victims*, dat wil zeggen degenen die het ongeluk slechts hebben gezien of ervan hebben vernomen, is de voorzienbaarheid van letsel in het algemeen niet voldoende, maar is vereist dat de *nervous shock* voor de aangesprokene voorzienbaar (*foreseeable*) was.⁶⁵ Met betrekking tot deze tweede categorie van slachtoffers is voorzienbaarheid van de psychische schade evenwel niet de enige voorwaarde voor aansprakelijkheid. In *Alcock* heeft de House of Lords namelijk bijkomende vereisten geformuleerd waaraan voldaan moet zijn opdat indirecte slachtoffers recht hebben op schadevergoeding voor de door hen geleden psychische schade: *emotional proximity, physical and temporal proximity and proximity of perception*.⁶⁶

Alvorens het precieze lot van Robert Alcock mee te delen, geef ik mijn gast een korte uitleg over deze vereisten en betrek daarbij – in voetnoot – de vereisten die de Hoge Raad der Nederlanden in het *Taxibus*-arrest voor de vergoeding van shockschade heeft geformuleerd.

Eén (emotional proximity): er moet sprake zijn van een nabestaande die nauwe banden van liefde en genegenheid onderhield met de direct gekwetste.⁶⁷ Het House of Lords verwerpt 'any arbitrary qualifying by reference to particular relationships such as husband or wife or parent and child'.⁶⁸ Toch wordt veelal aangenomen dat aan de voorwaarde van *emotional proximity* is voldaan wanneer het

63 Zie over dit onderscheid P. Giliker, *Tort*, Londen: Sweet & Maxwell 2014, p. 144 e.v.; W.E. Peel & J. Goudkamp, *Winfield & Jolowicz on Tort*, Londen: Sweet & Maxwell 2014, p. 131 e.v.

64 Zie J. Steele, *Tort Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: University Press 2007, p. 307: 'In the case of a primary victim, personal injury is foreseeable and a duty of care is easily established. That being the case, the kind of "personal injury" suffered is irrelevant.'

65 Ibidem: 'In a secondary victim case, there is no likelihood of physical impact involving the claimant. Thus, the only way that damage can foreseeably be done is through the psychiatric route, and foreseeability of injury by this route must be established.'

66 Zie over deze vereisten R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken*, Den Haag: BJu 2012, p. 256 e.v.; Peel & Goudkamp 2014, p. 134 e.v.

67 Peel & Goudkamp 2014, p. 134-135. In *Taxibus* lezen we dat de derde in beginsel een nauwe affectieve relatie heeft gehad met de overleden of gewonde persoon: HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken. Zie hierover Van Dam 2015, p. 133-134.

68 Peel & Goudkamp 2014, p. 134.

gaat om ouder-kindrelaties of relaties tussen echtgenoten.⁶⁹ Een dergelijk vermoeden bestaat niet ten aanzien van bijvoorbeeld broers, zussen, grootouders en vrienden.⁷⁰ Toch zijn deze partijen niet uitgesloten van vergoeding: bij ernstiger psychische schade is de toewijzing van een claim van iemand als Robert Alcock niet uitgesloten: is er sprake van een *close and loving relationship*, dan kan voorzienbaarheid worden aangenomen.⁷¹

Twee (physical and temporal proximity): dit vereiste gaat over de nabijheid ten opzichte van het ongeluk, zowel in tijd als in plaats: de derde moet getuige zijn geweest van het ongeval of van de *immediate aftermath* ervan.⁷² Onvoldoende *proximity* is aanwezig als de *nervous shock* is ontstaan ten gevolge van identificatie van de overleden naaste in het mortuarium meer dan acht uur na het ongeval.⁷³ Daarentegen werd bij een moeder die een uur na het ongeval in het ziekenhuis aankwam en de overige gezinsleden gewond en in totale ontredding aantrof, *proximity* wel aangenomen.⁷⁴ In het *Taxibus*-arrest was de Hoge Raad met betrekking tot dit vereiste van oordeel dat er slechts sprake is van een onrechtmatige daad jegens het indirecte slachtoffer als deze het ongeval heeft waargenomen of direct met de ernstige gevolgen ervan is geconfronteerd.⁷⁵

Drie (proximity of perception): de eiser moet het ongeluk of de *immediate aftermath* zelf hebben gezien of gehoord. Het is niet voldoende dat eiser er kennis van heeft dat een dierbare op de plaats van het ongeluk aanwezig is.⁷⁶ Dit vereiste lijkt sterk op de eis van *Taxibus* dat de waarneming van of de directe confrontatie met de gevolgen van het ongeval de hevige emotionele schok heeft teweeggebracht.⁷⁷

Mijn bezoeker vraagt vol ongeduld naar het lot van Robert Alcock. Ik deel hem mee dat aan de voormelde vereisten niet was voldaan, onder meer op grond van het volgende. Met betrekking tot het eerste bijkomende vereiste (*emotional proximity*) was er, aldus Lord Keith of Kinkel, geen bewijs van ‘particularly close ties of love or affection with the brothers or brother-in-law. In my opinion the mere fact of the particular relationship was insufficient to place the plaintiff within the class of persons to whom a duty of care could be owed by the defendant as being

69 Giliker 2014, p. 146.

70 *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992], 1 A.C. 310. Zie daarover Van Dam 2000, p. 122.

71 Van Dam 2000, p. 122, met verwijzing naar B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort law*, Oxford: University Press 1999, p. 131-133.

72 Peel & Goudkamp 2014, p. 135-136. Zie hierover Van Dam 2000, p. 121. Vgl. de bewoordingen in *Taxibus*: de eiser heeft het ongeval waargenomen of is met de ernstige gevolgen ervan direct geconfronteerd.

73 *Alcock v Chief Constable of South Yorkshire Police* [1992], 1 A.C. 310.

74 *McLoughlin v O'Brien* [1983], 1 A.C. 410.

75 *Taxibus*, r.o. 4.3. Hierover De Tavernier 2013, p. 1346.

76 Peel & Goudkamp 2014, p. 136.

77 De Tavernier 2013, p. 1346.

foreseeably at risk of psychiatric illness by reason of injury or peril to the individuals concerned'. In verband met de tweede bijkomende eis voor *duty of care* jegens Robert Alcock meende Lord Ackner dat 'Mr. Alcock identified his brother-in-law in a bad condition in the mortuary at about midnight, that is some eight hours after the accident. This was the earliest of the identification cases. Even if this identification could be described as part of the "aftermath," it could not in my judgment be described as part of the immediate aftermath.'

De bezoeker kijkt me verwonderd aan: wordt er werkelijk zo streng de hand gehouden aan het vereiste van rechtstreekse confrontatie met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden? Leidt dit criterium niet tot arbitraire beslissingen? Het kan toch gebeuren dat iemand psychisch letsel oploopt door de confrontatie met zijn geliefde in het ziekenhuis, maar de tijdswaarneming onverbiddelijk aangeeft dat de confrontatie te laat heeft plaatsgevonden.⁷⁸ Hij voegt er kernachtig aan toe: 'Should liability depend upon a race with the ambulance?'⁷⁹ Ik deel deze bezorgdheid, maar ben verplicht hem mee te delen dat in Nederland pogingen van feitenrechters om het confrontatievereiste minder strikt te interpreteren of zelfs te negeren,⁸⁰ door de Hoge Raad telkens opnieuw een halt werden toegeroepen, bijvoorbeeld in het *Vilt*-arrest, waarin hij oordeelde dat het bij de vergoeding van psychische schade om een uitzondering op het wettelijk stelsel gaat en dat deze daarom alleen onder strikte voorwaarde kan plaatsvinden. Een afzwakking van de eis van de directe waarneming in verband met de aard of ernst van de normschending, is daarom niet op zijn plaats.⁸¹

*

Onze *Promenade* loopt ten einde. 'Wat vond u eigenlijk van deze expositie?', krijg ik als vraag toegeworpen. Ik doe een poging beknopt te blijven. Over *Gibson v Gibson* geef ik mee dat ik geen voorstander ben van een of andere vorm van *family bounds immunity*. Wel beschouw ik de familieband als een concrete omstandigheid die het voor de rechter mogelijk maakt in elk concreet geval te beslissen of een aansprakelijkheidsvordering tussen de familieleden juridisch toelaatbaar is.⁸² Wat *the Doering Kids* betreft, pleit ik voor de Nederlandse aanpak in *Boon/Prenger*.

⁷⁸ Van Dam 2015, p. 138.

⁷⁹ M. Jones, 'Liability for psychiatric damage: searching for a path between pragmatism and principle', in: J.W. Neyers et al. (red.), *Emerging issues in tort law*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 123. Zie ook J. Stapleton, 'In restraint of tort', in: P. Birks, *Restraint of Tort (Frontiers of Liability) Vol. 2*, Oxford: Oxford University Press 1994, p. 83-102. Zie hierover Rijnhout 2012, p. 264.

⁸⁰ Zie bijv. Rb. Arnhem 16 april 2008, *NJF* 2008/238 en *JA* 2008, m.nt. R. Rijnhout (*Bradaric*).

⁸¹ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:B18583, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken; *VR* 2010/3 (*Vilt*). Zie daarover onder meer Van Dam 2015, p. 138.

⁸² Weyts 2003, p. 244, nr. 275. In dezelfde zin A. Van Oevelen, 'Enige aspecten van de aansprakelijkheid jegens kinderen', in: M. Coene (red.), *Het statuut van het kind*, Brussel: Ced. Samsom 1980, p. 171-172.

Als meerdere daders ten tonele verschijnen, zijn deze ieder voor het geheel aansprakelijk tegenover de kinderen.⁸³ Dit voorkomt dat de kinderen, teneinde hun gehele schade vergoed te krijgen, ook hun eigen ouder moeten aanspreken tot vergoeding en vervolgens het risico van geldelijk onvermogen van die ouder dragen.⁸⁴ Over *Bertrand* ben ik voorzichtig in mijn oordeel. In 2006 pleitte ik nog voor een variant van de Nederlandse aanpak, namelijk een objectieve aansprakelijkheid van de zorgplichtige voor schade veroorzaakt door een minderjarige jonger dan twaalf jaar en het behoud van het huidige stelsel van foutaansprakelijkheid met omgekeerde bewijslast voor kinderen vanaf twaalf jaar. Anno 2016 meen ik in verband met *Bertrand* dat de kwestie niet alleen binnen het aansprakelijkheidsrecht zelf moet worden opgelost, maar dat onderzocht moet worden of er maatschappelijke bereidheid én aanvaardbare financiële mogelijkheden bestaan om het risico van schade door minderjarigen geheel of gedeeltelijk te spreiden over een bepaalde groep eerder dan haar te verschuiven naar een individueel aansprakelijke. In verband met *Alcock* liggen er meerdere opties open.⁸⁵ Ik noem er slechts één: kan de aard of ernst van de normschending niet meebrengen dat één van de toepassingsvoorwaarden, namelijk het *proximity*-vereiste of, volgens *Taxibus*, de waarneming van het ongeval c.q. de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, terzijde kan worden geschoven?⁸⁶

Ik ben benieuwd naar de visie van Henk Snijders omtrent deze kwesties.

83 A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013, p. 85. Zie P. Ribbers, Annotatie bij *Doering v. Copper Mountain, Inc.*, 259 F.3d 1202, 1213 (10th Cir. 2001), p. 7.

84 A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel 2013, p. 106 en Ribbers, p. 7.

85 Zie hierover bijv. C. Witting, *Street on Torts*, Oxford University Press 2012, p. 75.

86 De Tavernier 2013, p. 1348.