

1 | Inleiding

‘How can there be rational guidance – mathematical, gestalt, or otherwise – when the conversion of pain to money would require an alchemist?’¹

1.1 VOORAF

Wat is een been waard? Althans, wat is het geldelijke equivalent voor het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat als gevolg van bijvoorbeeld het verlies van een been waarvoor een benadeelde op voet van art. 6:106 BW vergoeding zoekt?² En wat is, sprekend over letsel, de waarde van een post-traumatische stressstoornis? Het probleem wordt (nog) ingewikkelder als wordt bedacht dat de smartengeldsanctie een groter bereik kent dan alleen letsel-schadegevallen.³ Wat is bijvoorbeeld het geldelijk equivalent van (de immateriële schade als gevolg van) een verkrachting, het verlies van een dierbare, een beperking van de bewegingsvrijheid, of een doorkruising van een zo fundamenteel recht als het recht van een vrouw en haar partner om te kunnen kiezen voor abortus?⁴ De complexiteit neemt verder toe als wordt bedacht

-
- 1 King 2003, p. 24. De term ‘Gestalt’ betekent in dit citaat zoveel als ‘het geheel’. Ook kan bij de term ‘Gestalt’ worden gedacht aan de Gestaltpsychologie, een stroming in de psychologie die vanwege het unieke karakter van de eenheid in de menselijke waarneming en beleving, weigert om menselijke gedragingen in afzonderlijke elementen te splitsen. King contrasteert geld met pijn. Ander nadeel dan vermogensschade omvat naar Nederlands recht meer nadelige gevolgen van een schadeveroorzakende gebeurtenis dan alleen pijn. Overigens komt de term smartengeld – de vergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat – in het Burgerlijk Wetboek niet voor. De term heeft evenwel algemeen ingang gevonden en zal verder worden gebruikt.
 - 2 De termen nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, ‘ander nadeel’, niet-vermogensschade, immaterieel nadeel en immateriële schade worden hierna door elkaar gebruikt.
 - 3 Zie verder paragraaf 1.9.2 voor een korte bespreking van enkele gevallen waarin een recht op smartengeld wordt aangenomen.
 - 4 Vgl. respectievelijk Rechtbank Utrecht 5 mei 2008, *LJN* BD0959; het wetsvoorstel Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten, *Kamerstukken I*, 28 781, A t/m F en nr. 38 (hierna: wetsvoorstel affectieschade); HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 391 m.nt. JBMV (Groningen/Lammerts); HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life).

dat remediëring in de genoemde gevallen soms ook in andere vorm dan een smartengeldsanctie kan geschieden, maar soms ook niet.⁵

Smartengeld: het 'irrational centrepiece' van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.⁶ Het object van het onderhavige onderzoek betreft de vaststelling van zijn omvang. Deze vaststelling kent problemen van zowel juridische als extra-juridische aard. Een aantal problemen wordt hierna bij wijze van inleiding besproken (paragraaf 1.2 t/m 1.4). De te schetsen problematiek mondt uit in de probleemstelling (paragraaf 1.6). Het onderzoeksobject en de centrale onderzoeksonderwerpen worden ingeleid en afgebakend in paragraaf 1.7 t/m paragraaf 1.9. Afgesloten wordt met enkele opmerkingen over de onderzoeksmethode (paragraaf 1.10).

1.2 IMMATERIËLE SCHADE/FUNCTIES SMARTENGELD

Immateriële schade kan niet of nauwelijks in geld worden uitgedrukt,⁷ laat zich niet of nauwelijks herstellen met geld,⁸ en is niet 'verplaatsbaar' naar de laedens. In dit licht laat de vraag wat een been waard is – uitgedrukt in euro's – zich niet, althans nauwelijks, beantwoorden. Meer kan er worden gezegd over wat het betekent dat in rechte bijvoorbeeld 50.000 euro wordt toegekend voor de immateriële schade als gevolg van het verlies van een been. Deze vraag naar 'de betekenis' van smartengeld kan worden gesteld voor alle hiervoor in paragraaf 1.1 genoemde gevallen. Het gaat om de vraag welke functies smartengeld vervult, althans (nog) kan of dient te vervullen in het licht van de grond en de doelen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. In de Toelichting Meijers wordt hierover opgemerkt:

'De vergoeding heeft een dubbele functie: enerzijds dient zij om, zij het ook op onvolmaakte wijze, het door de getroffen ondergane leed goed te maken, anderzijds kan het geschokte rechtsgevoel van de getroffene worden bevredigd doordat van de wederpartij een opoffering wordt verlangd.'⁹

Het is genoegzaam bekend: smartengeld vormt een aantrekkelijk middel ter verwezenlijking van een aantal (wenselijke) doelen van het aansprakelijkheids-

5 Vgl. Hartlief 2008a, p. 244. Zie over de vraag of smartengeld als zodanig überhaupt bestaansrecht heeft paragraaf 1.9.1.

6 Vgl. Niemeyer 2004, p. 1401.

7 Zie voor rechtseconomische benaderingen ter oplossing van het 'vertaalprobleem' van smart naar geld hoofdstuk 4.

8 Geld maakt wel/niet gelukkig?

9 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377 en 378.

en schadevergoedingsrecht.¹⁰ Kort gezegd: smartengeld is multifunctioneel. Zo wordt in de parlementaire geschiedenis geopperd, in de literatuur verdedigd, en in de rechtspraak van de Hoge Raad bestendigd, dat smartengeld vooral in letselschadegevallen kan dienen ter compensatie van verminderingen van welzijn, zoals pijn, verdriet of gederfde levensvreugde.¹¹ Ook kan smartengeld dienen ter genoegdoening aan de benadeelde voor het feitelijk gepasseerde, in het bijzonder ter genoegdoening van zijn of haar geschokte rechtsgevoel.¹² Te denken valt aan gevallen van seksueel misbruik waarbij geen sprake is van lichamelijk en/of geestelijk letsel.¹³ Daarnaast kan smartengeld dienen ter erkenning van verdriet van naasten als gevolg van het overlijden van een dierbare, en ter handhaving van fundamentele rechten, zoals het zelfbeschikkingsrecht (waaronder bijvoorbeeld het recht om te kunnen kiezen voor abortus).¹⁴ Ook wordt betoogd dat smartengeld, vanuit een 'ex ante'-perspectief beschouwd, een preventieve werking zou kunnen en moeten hebben.¹⁵ Het gaat dan vooral om 'deterrence': afschrikking.¹⁶ Smartengeld

10 Als synoniemen voor de neutrale term 'middel' worden de termen 'instrument', 'remedie' en '(re)actie' gebruikt alsook de term sanctie. Ook dit laatste begrip wordt door mij gehanteerd in een neutrale restoratieve betekenis.

11 Zie respectievelijk VC II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 384 (Haas-Berger); HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

12 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377; EV I, Parl. Gesch. Boek 6, p. 387; HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst).

13 In het bijzonder de zeer hoge ernst van de rechtsinbreuk en de zeer hoge mate van verwijtbaarheid brengen mee dat het (recht op) smartengeld in deze gevallen een andere rol heeft dan bij letselschadegevallen. Vgl. Lindenbergh 2008c, p. 8-10; zie verder Lünemann & Piechocki 2001.

14 Zie t.a.v. de erkenning van verdriet het Wetsvoorstel affectieschade en vergelijk het Shockschade-arrest (HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. JBMV (Woudsend/V.)). De Hoge Raad (r.o. 4.1): 'In het onderhavige geval is sprake van een tragische gebeurtenis die de moeder ernstig heeft getroffen. De toewijzing van een vordering tot immateriële schadevergoeding kan slechts in (zeer) beperkte mate haar leed verzachten, doch kan wel in zekere mate erkenning van het ondervonden leed betekenen.' Zie voor een andersluidend oordeel in een vergelijkbaar geval Rechtbank Arnhem 16 mei 2007, NJF 2007, 367. Zie m.b.t. de handhaving/erkenning van fundamentele rechten: HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life); HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 m.nt. JBMV (Groningen/Lammerts).

15 Daarnaast is geopperd smartengeld te gebruiken als stoplap in die gevallen waarin vermogensschade moeilijk valt aan te tonen (EV I, Parl. Gesch. Boek 6, p. 388). De facto kan smartengeld (aangezien het een geldelijke vergoeding is) deze functie vervullen. Echter, als de vergoeding van vermogensschade als zodanig op enig punt tekort schiet, lijkt het aangewezen binnen dat kader naar een oplossing te zoeken. Vgl. Overeem 1979, p. 67; Van Wassenauer van Catwijk in zijn noot onder Hof Amsterdam 27 juni 1991, VR 1991, 142; Lindenbergh 1998, p. 49-50.

16 Zie hierover vanuit rechtseconomisch perspectief onder andere Ott & Schäfer 1990, p. 563-573; Faure 2000, p. 107-126; Faure 2003, p. 85-101; Visscher 2005b.

als straf is vooralsnog een brug te ver. De vraag is wel: voor hoe lang nog?¹⁷ Liefdadigheid is het nooit geweest.¹⁸ Een schaamlap mag het nimmer zijn.¹⁹

Het object van het onderhavige onderzoek betreft, als gezegd, de vaststelling van smartengeld: de vergoeding voor ‘ander nadeel dan vermogensschade’ die (onder omstandigheden) op voet van art. 6:106 BW kan worden toegekend.²⁰ Voorop kan hierbij staan dat het geleden immateriële nadeel opgevat in meer feitelijke zin – de door de benadeelde daadwerkelijk ervaren pijn, het verdriet, of de gederfde levensvreugde, oftewel de vermindering van zijn welzijn – niet steeds de centrale maatstaf vormt ter vaststelling van smartengeld, gelet op het brede bereik van de smartengeldfiguur. De vraag is: waarbij kan tevens worden aangeknoopt?²¹ Een voorvraag is: wat is immateriële schade? Het antwoord op de laatste vraag hangt in belangrijke mate af van de hiervoor genoemde functies die men aan smartengeld in het concrete geval wil toekennen, alsmede van de aard van de rechtsbegrippen schade en ‘ander nadeel’ (het is hierbij van tweeën één: feitelijk of normatief).²² Zowel de aard en inhoud van het rechtsbegrip ‘nadeel dat niet in vermogensschade bestaat’, als de functies van smartengeld in het concrete geval kan vervullen, beïnvloeden de (juridische fundering van de) vaststelling van smartengeld. Zij verdienen daarmee aandacht in het kader van het onderhavige onderzoek.

1.3 CONCEPTUELE BASIS VASTSTELLING SMARTENGELD: GEVALSVERGELIJKING

Ander nadeel dan vermogensschade laat zich niet rechtstreeks in geld uitdrukken. Smartengeld kan niet op enigerlei manier worden berekend.²³ Het recht eist ondertussen consistentie tussen smartengelduitspraken, terwijl sowieso geen geval (geheel) gelijk is. Anders gezegd, de eis van rechtseenheid, meer in het bijzonder de eis van eenheid van rechtspraak, brengt mee dat een rechterlijke beslissing over de hoogte van smartengeld steeds dient te passen

17 Vgl. *Kamerstukken II 1998/99*, 26 630, nr. 1, p. 8-10. Zie over de punitieve mogelijkheden van smartengeld Kerkmeester 1998, p. 1807-1813; Van der Heijden 2001, p. 1749-1756; Lindenberg 2002, p. 479; Hartlief 2003, p. 124-125; Hartlief 2008a, p. 245-246. De vraag ‘voor hoe lang nog?’ wordt in het onderhavige onderzoek niet behandeld. Zie over punitieve damages ook: Verkade 1985, p. 333; Bolt en Lensing 1993 en Schirmeister 1996, hoofdstuk 3.

18 Anders Rechtbank Rotterdam 19 juni 1933, *NJ* 1933, p. 1531 (zie ook Wolfsbergen (1946, p. 188) die dit vonnis aanhaalt). Zie ook Emmering 1967, p. 1182.

19 Vgl. Hartlief 2003, p. 119-137.

20 Bij het onderzoek wordt overigens steeds vooropgesteld dat aansprakelijkheid bestaat, en wordt bovendien steeds vooropgesteld dat op grond van art. 6:106 BW een recht op smartengeld bestaat, tenzij uit de context anders mocht blijken.

21 De omvangbepalende factoren van smartengeld komen aan bod in hoofdstuk 3.

22 Vgl. Tjittes 2003c, p. 151. Zie verder hoofdstuk 2.

23 Zie voor rechtseconomische benaderingen hoofdstuk 4.

binnen de bestaande verzameling smartengelduitspraken.²⁴ De oplossing voor de hiervoor genoemde problemen is om ter vaststelling van de hoogte van smartengeld aansluiting te zoeken bij min of meer vergelijkbare gevallen, althans voor zover die voor handen zijn, anders zal de rechter op eigen kompas moet varen.²⁵ De rechter *dient* te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, aldus de Hoge Raad.²⁶ De rechter zal in de praktijk doorgaans zijn weg zoeken aan de hand van het driejaarlijks verschijnende smartengeldnummer (met een jaarlijkse update) van het Tijdschrift voor Verkeersrecht (de Smartengeldgids), wat in essentie overigens niet meer dan een rechtspraakoverzicht is.

1.3.1 Grote rechterlijke vrijheid bij vaststelling smartengeld

De rechter heeft een zeer grote vrijheid bij de vaststelling van smartengeld. De rechter kan op voet van art. 6:106 BW de hoogte van de vergoeding van immateriële schade 'naar billijkheid' vaststellen. De wetgever beperkt zich tot de opmerking dat de rechter hierbij rekening dient te houden met alle omstandigheden van het geval.²⁷ De vaststelling van smartengeld behoort in de praktijk tot het 'beleidsterrein' van de feitenrechter. Hij heeft een discretionaire bevoegdheid.²⁸ Toetsing in cassatie is blijkens de arresten AMC/O en Druijff/Bouw vrijwel uitgesloten. De rechter geniet zijn vrijheid vanzelfsprekend niet zonder doel.²⁹ De rechter heeft een zekere armslag nodig (en gekregen) om te kunnen komen tot een zo volledig mogelijke, althans billijke vergoeding in het concrete geval. Deze vrijheid in gebondenheid brengt mee dat de rechter verantwoording dient af te leggen over de wijze waarop hij gebruik heeft gemaakt van zijn vrijheid. De rechter is evenwel in belangrijke mate ontslagen van zijn motiveringsplicht voor zover zijn beslissing ziet op de vaststelling van smartengeld.³⁰ Met de aanwijzingen die er nu zijn ten aanzien van de vaststelling van de omvang van de schade, lijkt het dan ook niet eenvoudig te bepalen wat gelijke gevallen zijn.³¹ De rechterlijke vrijheid bij de vaststelling

24 Vgl. Bloembergen 1990, p. 3-8.

25 Vgl. ook Lord Donaldson of Lynton 1999 (2008), p. ix.

26 HR 17 november 2000 *NJ* 2001, 215, m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

27 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377.

28 HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief).

29 HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O); HR 17 november 2000, *NJ* 2000, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

30 MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 339. Zie evenwel HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 407 (De Oorsprong/Utrecht).

31 De factoren die zoal van belang kunnen zijn in verband met lichamelijk letsel, zijn onder meer: de oorzaak en aard van de aansprakelijkheid; leeftijd, burgerlijke staat, beroep; medische behandeling, operaties, duur van ziekenhuisopname; nabehandeling thuis, verpleeg- of revalidatie-inrichting; soort behandeling; duur ervan; ernst van de ongevalsgevolgen; ernst van de doorstane pijn en te verwachten graad en duur; de mate van

van smartengeld draagt een zeker gevaar van willekeurige beslissingen in zich.³²

1.3.2 Onvoldoende waarborgen rechtseenheid

De wijze waarop de rechtspraak is georganiseerd voorziet in enkele mechanismen die de eenheid van rechtspraak kunnen vergroten, anders gezegd, die het gevaar van willekeurige rechterlijke beslissingen kunnen beteugelen. In de eerste plaats kan het stelsel van rechtsmiddelen worden genoemd.³³ Partijen die het oneens zijn met een rechterlijke beslissing kunnen doorgaans hoger beroep instellen en uiteindelijk eventueel ook beroep in cassatie. De handhaving van de rechtseenheid binnen de rechtspraak is dus geen exclusieve taak van de Hoge Raad, ook de Gerechtshoven voeren een deel van deze taak uit.³⁴ Ook het beslissen in meervoudige kamers kan worden genoemd. Rechters dienen, als zij gezamenlijk beslissen, met elkaar tot een oordeel te komen dat zij allen, althans in meerderheid, steunen. Een belangrijk mechanisme in het kader van de vaststelling van smartengeld vooral in letselschadegevallen, maar ook in andere gevallen waarin een recht op smartengeld bestaat, is het raadplegen door de rechter van (verzamelingen van) smartengeldjurisprudentie, in het bijzonder de samengevatte (wellicht beter: geparafraseerde) jurisprudentie gepubliceerd in de Smartengeldgids.³⁵

De genoemde mechanismen zijn vormen van coördinatie van rechtspraak, een term die ziet op iedere rechterlijke activiteit die erop is gericht rechterlijke uitspraken met elkaar in overeenstemming te doen zijn.³⁶ Aangenomen wordt dat de bestaande wijzen van coördinatie van smartengeldrechtspraak de

bewustheid van het toegebrachte leed; eventuele verwachtingen omtrent één en ander; arbeidsongeschiktheid: mate en duur ervan, tijdelijk of blijvend; functionele invaliditeit: mate en duur ervan, tijdelijk of blijvend; restverschijnselen: handicaps, psychische gevolgen; verminking, ontsiering, littekens; verkeken of verminderde huwelijks- of promotiekansen; belemmering sportuitoefening of hobby's, vgl. Van Wassenae 2008, p. 96.

32 Snijders (1997b, p. 47) spreekt (in breder verband) van een welhaast angstaanjagende vrijheid.

33 Vgl. Teuben 2004, p. 2. Daarnaast kan correctie (of invulling) door de rechter van een eerder wettelijk precedent en meer in het algemeen rechtsvorming door de rechter worden genoemd, waaronder ook valt de vernietiging of instandhouding van lagere rechtspraak door de hogere rechter. De concentratie van rechtspraak bij één gerecht is ook een middel ter vergroting van de rechtseenheid, voorbeelden zijn enquêteprocedures en pachtzaken of de (ad hoc) bundeling van aandelenleasezaken. Ook zou een rechter bij een collega-rechter te rade kunnen gaan. Zo worden principiële zaken voor de burgerlijke kamer van de Hoge Raad soms in de voltallige kamer besproken, en niet slechts door de rechters die de zaak behandelen. Zie hierover Bloembergen 1989, p. 11 en Martens 1997, p. 21.

34 Vgl. Snijders & Wendels 2003, p. 5-6.

35 Ook de overzichten opgenomen in de 'losbladige' en de digitale database DOLOR kunnen worden genoemd.

36 Bloembergen 1989, p. 3-12; Köhne 2000, p. 2 en Teuben 2004, p. 1-2.

eenheid van smartengeldrechtspraak onvoldoende kan waarborgen. Weliswaar is via het instellen van hoger beroep of cassatie coördinatie van rechtspraak als het ware af te dwingen, in die zin dat een 'foute' uitspraak kan worden vernietigd, maar het stelsel van rechtsmiddelen kent zo zijn beperkingen als het aankomt op de coördinatie van de vaststelling van smartengeld. Zo beschouwt de Hoge Raad de vaststelling van de hoogte van smartengeld in hoge mate als feitelijk, en geeft hij ook verder nauwelijks richting aan de wijze waarop smartengeld moet worden vastgesteld.³⁷ Ook de hoven hebben zich tot op heden nauwelijks uitgesproken over wenselijke smartengeldniveaus in verschillende categorieën van gevallen, noch over de wenselijke wijze van vaststellen. Daarnaast is de Smartengeldgids aan kritiek onderhevig (zie hierover paragraaf 3.8). Gezegd kan worden dat de huidige waarborgen voor de eenheid van smartengeldrechtspraak 'rechtsoneenheid'³⁸ niet altijd lijken te kunnen voorkomen.

1.3.3 Aanwijzingen rechtsoneenheid

De rechter beslist in laatste instantie over de vertaalslag van 'ander nadeel' naar geld (dat wil zeggen: als partijen er echt niet meer uitkomen). Het is de vraag of de rechter deze beslissende slag naar behoren kan maken in het licht van de eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, waaruit de eis van rechtseenheid (in het bijzonder: eenheid van rechtspraak) kan worden afgeleid.³⁹ Een bestudering van de gepubliceerde rechtspraak doet uitkomen dat gelijke gevallen in de praktijk zo nu en dan verschillend lijken te worden behandeld, maar van een flagrant onbillijke situatie lijkt geen sprake. Wel ligt in de soms uiteenlopende behandeling wellicht mede een verklaring voor het feit dat partijen vaak uiterst hoge en uiterst lage vergoedingen (uitermate) redelijk achten.⁴⁰ De Smartengeldgids werkt in dit verband in zekere zin dan ook, in de woorden van Stolker en Politiek, volgens de aloude goocheltruc van het konijn en de hoed: 'wat men erin stopt, komt er op een ingewikkelde manier ook weer uit'.⁴¹

Ook zijn er tekenen van stagnatie.⁴² Niet alleen kunnen de toegekende bedragen verschillen tussen gevallen die gelijkenis vertonen, maar ook lijkt de rechterlijke macht in het licht van oudere jurisprudentie lage vergoedingen

37 Vgl. HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (AMC/O) en HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druif/Bouw).

38 Terminologie Snijders. Snijders 2005, p. 1.

39 Zie over rechtseenheid Brenninkmeijer 2001, p. 57 e.v.; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 14; Teuben 2004, p. 1.

40 Vgl. Dozy & Willink 2008, p. 127.

41 Stolker & Poletiek 1998, p. 77.

42 Vgl. Lindenbergh 2008c, p. 75.

toe te kennen,⁴³ en ook, maar dat is een (iets) ander punt, in vergelijking met andere Europese landen komt de Nederlandse rechter tot vrij lage vergoedingen.⁴⁴ Schraalhans is hier keukenmeester, aldus Spier.⁴⁵ Sugarman heeft de gemiddelde smartengeldbedragen van 19 Europese landen op een rij gezet op basis van gegevens verzameld door McIntosh en Holmes.⁴⁶ Op volgorde van ruimhartigheid (van hoog naar laag) gaat het om de volgende landen Ierland, Engeland, België, Italië, Luxemburg, Schotland, Duitsland, Nederland, Liechtenstein, IJsland, Oostenrijk, Finland Frankrijk Zwitserland, Noorwegen, Portugal, Denemarken, Zweden en Griekenland.⁴⁷ Deze uitslag is gebaseerd op een analyse van gemiddelde smartengeldbedragen voor brandwonden (in het gezicht), doofheid, armletsel, beenletsel, totale blindheid en quadriplegie. Nederland staat op een achtste plek. Opvallend is dat onze buurlanden gemiddeld genomen ruimhartiger lijken. Hetgeen bevestigd wordt door kleinschaliger onderzoek van Lindenbergh.⁴⁸ Om nu te zeggen dat schraalhans keukenmeester is, strekt wellicht wat ver. Lindenbergh oppert in dit verband, en overigens mede in verband met de slechte 'doorwerking' van de geldontwaarding, dat er wel wat bij mag.⁴⁹

Gezegd kan worden dat de huidige wijze van vaststelling van smartengeld in de praktijk leidt tot verstarring, hiermee is overigens niet gezegd dat het systeem van vaststelling van smartengeld zoals wij dat kennen als zodanig verstarrend werkt. In Duitsland, waar een min of meer vergelijkbaar systeem wordt gehanteerd, lijkt van verstarring geen sprake.⁵⁰ Wat hiervan zij, de toegekende bedragen in Nederland blijven in het licht van de geldontwaarding en in het licht van de waardering van de schade als zodanig (ook in Europees perspectief) op eenzelfde niveau steken, terwijl een stijging van dit niveau voor de hand zou liggen (een daling is natuurlijk ook denkbaar), en ook op incidenteel niveau lijken in individuele gevallen niet altijd billijke uitkomsten

43 Vgl. Lindenbergh 2006, p. 9-11. Lindenbergh 2008c, p. 75.

44 Lindenbergh 2008c, p. 76-77.

45 A-G Spier in zijn conclusie voor HR 19 oktober 2007, *RvdW* 2007, 887 (X./Interpolis) onder 4.47.

46 Sugarman 2005, p. 410-411; McIntosh & Holmes 2003; zie ook Van Dam 2006, p. 322-323.

47 Sugarman waagt zich overigens aan enige nationale karakteristieken die de verschillen zouden verklaren. Griekenland en Portugal zijn relatief arm en kunnen simpelweg niet genereuzer zijn, zo suggereert Sugarman. De Scandinavische landen staan bekend om hun relatief sterke sociale voorzieningen, hetgeen er wellicht toe leidt dat deze landen meer geld in hun collectieve regelingen stoppen. Oostenrijkers en Zwitsers zijn naar de mening van Sugarman relatief 'tough'. Een verklaring wellicht voor een meer ruimhartige toekenning van smartengeld in Engeland, Schotland en Ierland is dat de bedragen daar historische wortels hebben in (ruimhartige) jurybeslissingen. Waarom België, Luxemburg, Italië (en overigens ook Ierland) relatief ruimhartig zijn, is Sugarman niet duidelijk. Hoewel hem door een collega werd ingefluisterd dat katholieken wellicht meer medelijden hebben met slachtoffers dan protestanten, aldus Sugarman t.a.p.

48 Lindenbergh 2008c, p. 76-78.

49 Lindenbergh 2008c, p. 78.

50 Vgl. Lindenbergh 2008c, p. 78.

te worden behaald.⁵¹ Bij herhaling is gepleit voor een oplossing voor deze 'rechtsonenheid'.⁵² Hierbij kan worden opgemerkt dat het nog maar de vraag is of de benadeelde van zijn probleem (te weinig smartengeld) werk zal maken. Uit de (hoeveelheid) gepubliceerde rechtspraak komt dit niet direct naar voren.

1.4 BUITENGERECHTELIJKE PRAKTIJK

Is het (dreigende) bestaan van rechtsonenheid onrechtvaardig, en is daarom alleen al een onderzoek naar de vaststelling van smartengeld gerechtvaardigd, het bestaan van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid heeft ook enkele negatieve praktische gevolgen voor de buitengerechtelijke praktijk die om een oplossing vragen:

'Quite apart from its unfairness (...) variability has undesirable effects on the behavioral incentives of primary actors and on settlements. If it can be reduced without unduly sacrificing other important values, justice requires that we try to do so.'⁵³

De eis van rechtszekerheid brengt mee dat uitspraken voorspelbaar moeten zijn.⁵⁴ Burgers moeten hun gedrag kunnen afstemmen op de waarschijnlijke beslissingen in toekomstige rechterlijke uitspraken. Meer in het bijzonder zouden de benadeelde en de aansprakelijke en/of hun respectieve belangbehartiger (advocaten, verzekeraars) hun onderhandelingsgedrag moeten kunnen afstemmen op de waarschijnlijke uitspraak van de rechter. De beslissingsruimte die de rechter ten aanzien van de vaststelling van smartengeld op dit moment geniet, laat betrokkenen in onzekerheid. Deze onzekerheid kan zich doen gevoelen als in het buitengerechtelijke traject wordt onderhandeld in een poging van partijen om tot overeenstemming te geraken omtrent het te betalen smartengeld. Overigens zal het in letselschadegevallen vaker

51 Opgemerkt kan hier worden dat de vraag of de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid bij de vaststelling van smartengeld (in de praktijk) onaanvaardbaar onder druk staan ook empirisch onderzocht kan worden. Dergelijk onderzoek is in Nederland niet op grote schaal verricht (zie evenwel reeds het Rapport Smartengeld 1984 voor enige voorbeelden van 'rechtsonenheid'). Gewezen kan ook worden op het WODC rapport 'De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven' van Van Wingerden Moerings & Van Wilsem (2007, p. 151). Zie ook Van Wingerden 2008.

52 Overigens ook vanuit rechtseconomisch perspectief bezien zijn de toegekende smartengeldbedragen in Nederland te laag. Zie hierover Visscher 2008, p. 254.

53 Vgl. Schuck 1993, p. 325. Schuck doet zijn uitspraak in het kader van onacceptabele verschillen in jurybeslissingen in de Verenigde Staten.

54 Drion 1981, p. 3; Pels Rijcken 1979, p. 312-313. De rechtszekerheid in de zin van voorspelbaarheid van uitspraken kan worden onderscheiden van de rechtszekerheid in de zin van waarborg tegen (een ongebreidelde macht van) de rechter. Dit laatste aspect van de rechtszekerheid komt in het navolgende niet aan de orde.

voorkomen dat in het buitengerechtelijk traject niet of nauwelijks wordt onderhandeld over de omvang van het smartengeld.

1.4.1 Buitengerechtelijke praktijk problematisch?

De rechterlijke vrijheid bij de vaststelling van smartengeld levert de letselschadepraktijk evenzoveel ruimte op. De praktijk lijkt deze vrijheid echter niet altijd als beklemmend te ervaren. Zij ziet de vaststelling van smartengeld niet als het grootste probleem bij de afwikkeling van letselschadeclaims. Whiplash, de vaststelling van arbeidsvermogensschade (in geval van ernstig letsel) en het (soms onbehoorlijke) gedrag van partijen en hun belangenbehartigers in het schaderegelingstraject zorgen voor meer hoofdbrekens.⁵⁵ Van Dort merkt op dat smartengeld behoort tot de schadeposten die redelijk eenvoudig zijn vast te stellen. Hulp van deskundigen wordt in de praktijk niet nodig geacht, aldus Van Dort. Bij twijfel of discussie over de omvang van het smartengeld kunnen de vele precedentes die er inmiddels zijn aanknopingspunten bieden, aldus Van Dort.⁵⁶ De door de Hoge Raad gewenste gevalsvergelijking (veelal aan de hand van de Smartengeldgids) brengt partijen doorgaans tot elkaar.⁵⁷ Van Wassenaer heeft andere ervaringen. Nog steeds is in het concrete geval niet te voorspellen welk smartengeld de rechter uit de hoge hoed zal toveren, en nog steeds vormt in onderhandelingen de vaststelling van smartengeld één van de lastigste punten, aldus Van Wassenaer.⁵⁸ Zij wijst er bovendien op dat smartengeld meestal juist wel wordt vastgesteld aan de hand van een medische rapportage. Bij eenvoudige gevallen volstaan evenwel inlichtingen uit de behandelende sector. Bij ernstig of meervoudig letsel wordt door partijen het advies gevraagd van één of meer onafhankelijke (niet behandelende) specialisten.⁵⁹

Wat hiervan zij, de inspanningen vanuit de praktijk ter verbetering van elementen van de buitengerechtelijke schadeafwikkeling richten zich vooralsnog niet, althans niet langer, op normeringsafspraken rond de vaststelling van smartengeld, hoewel de Letselschade Raad werkt aan een aanbeveling 'Smar-

55 Elk overigens vanwege uiteenlopende oorzaken waarvan een bespreking ten gronde buiten het bestek van dit onderzoek valt. Zie respectievelijk Lindenbergh 2005b, p. 20; Weterings 2008, p. 154-157 en Weterings 1999, p. 92. Wat verder de problemen in de buitengerechtelijke schaderegeling zijn is overigens onderwerp van debat, zie Den Hollander 2005, p. 130-132 en Tromp 2005, p. 128-129.

56 Van Dort 2007, p. 453 (waaronder ook voetnoot 3).

57 Smartengeld komt doorgaans niet een groot geldelijk gewicht toe in de schadeafwikkeling. Het is maar al te vaak het sluitpost van de onderhandeling. De gemiddelde bedragen zijn laag. Wel komt de schadepost vaak voor. In 80-90% van de schadeclaims wordt deze door de verzekeraar geaccepteerd, zie Weterings 1999 p. 92-94.

58 Van Wassenaer 2008, p. 95.

59 Van Wassenaer 2008, p. 95.

tengeld bij licht letsel'.⁶⁰ De te behalen winst op de hierboven genoemde gebieden (whiplash, vaststelling van arbeidsvermogensschade en 'schaderege-laarsgedrag') wordt door 'de praktijk' evenwel groter geacht.

1.4.2 Buitengerechtelijke praktijk (rechts)onzeker

Als wordt onderhandeld over de hoogte van smartengeld, werkt de praktijk veelal als volgt. De rechtsbijstandverlener van de benadeelde en de verzekeraar van de laedens wisselen over en weer relevante uitspraken uit met hogere respectievelijk lagere vergoedingen. Deze uitspraken bepalen de bandbreedte waarbinnen in het voorliggende geval kan worden beslist. Het onderhande-lingsresultaat is niet zelden de gulden middenweg. Bijzondere omstandigheden kunnen de uitkomst corrigeren. Gemiddeld kost de vaststelling van smarten-geld partijen 15 tot 45 minuten elk, en meestal niet meer dan twee uur in totaal.⁶¹ Wat is het resultaat? De verzekeraar heeft doorgaans meer betaald dan hij wilde betalen en de (letselschaderegelaar van de) benadeelde heeft minder gekregen dan hij wilde ontvangen. Dat beide partijen toch tevreden zijn, als zij tevreden zijn, lijkt vooral gelegen in de omstandigheid dat met onvoldoende zekerheid tegen aanvaardbare kosten valt te bepalen waarop een benadeelde wel recht heeft, dan wel waar de (verzekeraar van de) laedens toe verplicht is. Ook deze rechtsonzekerheid (zie hiervoor ook paragraaf 1.4.1), hoewel zij door de praktijk (logischerwijs) niet altijd als een prangend probleem wordt ervaren (er is in de onderhandeling wellicht vaak meer winst te behalen, of minder verlies te lijden bij grotere schadeposten), rechtvaardigt aandacht voor de vaststelling van smartengeld, te meer nu het slachtoffer een sterk belang hecht aan het ontvangen van (een juiste hoeveelheid) smartengeld.⁶²

60 De Letselschade Raad (voorheen: Het Nationaal Platform Personenschade), Werkgroep Normering, werkt aan een 'aanbeveling Smartengeld bij licht letsel' die is bedoeld voor slachtoffers zonder belangenbehartiger. Er ligt een concept waarover de werkgroep het nog niet eens is, zie: <<http://www.npp.nl/library/repository/080515%20NPP%20Wg%20Normering.pdf>> (laatst geraadpleegd 15 januari 2009.)

61 Weterings (2008, p. 145-146) merkt op dat smartengeld niet (langer) de meeste aandacht verdient in het kader van normering; anders nog Weterings 1999, p. 94 en Weterings 2004, p. 173. Onder normering versta ik, in navolging van Weterings (2004, p. 119), het opstellen van meer en/of scherpere normen ter zake van een bepaald onderwerp teneinde meer duidelijkheid te scheppen.

62 Simsa 1995, p. 140; Stolker & Poletiek, 1998, p. 82-83; Huver, Van Wees, Akkermans & Elbers 2007, hoofdstuk 6. Zie in het bijzonder ten aanzien van de vergoeding van affectieschade Akkermans e.a. 2008, p. 81 e.v.

1.5 ROEP OM COÖRDINATIE

Opmerking verdient dat verdere coördinatie, te verstaan als iedere activiteit die erop is gericht gerechtelijke en/of buitengerechtelijke vaststellingen van smartengeld onderling met elkaar in overeenstemming te doen zijn, naast de traditionele mechanismen ter coördinatie van rechtspraak, op het gebied van de vaststelling van smartengeld in de literatuur wenselijk,⁶³ maatschappelijk nuttig,⁶⁴ en haalbaar wordt geacht.⁶⁵ Vele auteurs hebben concrete voorstellen gedaan ter verbetering van de huidige wijze van vaststelling. De na te streven doelen zijn steeds gelijk: rechtseenheid en efficiëntie. De verwachte (uitstralings)effecten naar beslissingen die zich 'in de schaduw van het recht' afspelen zijn: een gemakkelijker en snellere overeenstemming tussen partijen, meer vertrouwen of behoud van vertrouwen in de rechtspleging, en het beheersbaar blijven van de gevolgen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Ook in diverse buitenlandse rechtstelsels zijn voorstellen gedaan en geïmplementeerd ter verdere coördinatie van de vaststelling van smartengeld, telkens met vergelijkbare doelen.⁶⁶

1.6 PROBLEEMSTELLING

Gegeven het feit dat smartengeld in algemene zin rechtens wordt erkend en gegeven zijn brede bereik, dient er een gedegen juridische en in de rechtspraktijk hanteerbare basis voor de vaststelling van zijn omvang te bestaan. Dit is de 'centrale gedachte' achter het onderhavige onderzoek. Voor zover deze juridische en in de rechtspraktijk hanteerbare basis ontbreekt of gebrekkig is, moet zij worden gevonden of beter worden gefundeerd. Dit vormt het beoogde doel van het onderzoek.⁶⁷ De hiervoor in de paragrafen 1.2 t/m 1.4 geschetste problemen vormen de aanleiding tot het onderzoek.

1.7 ONDERZOEKSOBJECT: VASTSTELLING VAN SMARTENGELD

Dit boek gaat over de vaststelling van de omvang van smartengeld. Het onderzoek is gericht op de aard en de inhoud van het begrip 'nadeel dat niet

63 Zie onder meer Lindenbergh 1998, p. 272; Giesen 2001, p. 120-123; Hondius 2002, p. 83-89; Snijders 2002, p. 120-121; Vranken onder meer in zijn noot (onder 7) onder HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 (Erven Beentjes/Lokhorst); Verheij 2002, p. 5; Teuben 2004, p. 5.

64 Weterings 2004, p. 137.

65 Zie bijv. Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 148; Ruers 1998, p. 141-144.

66 Zie hoofdstuk 4.

67 Vgl. Ogus 1972, p. 2.

in vermogensschade bestaat⁶⁸ en (zijn verhouding tot) de functies die aan smartengeld kunnen worden toegekend (hoofdstuk 2), de (rechterlijke vrijheid bij de) vaststelling van de omvang van smartengeld bij zowel letsel als bij andere aantastingen in de persoon (hoofdstuk 3) en de coördinatie van smartengeldvaststellingen bij letsel (hoofdstuk 4).⁶⁹

1.8 ONDERZOEKSONDERWERPEN

1.8.1 Inhoud begrip immateriële schade

Wie de hoogte van smartengeld in een concreet geval wil vaststellen, dient zich de vraag te stellen wat immateriële schade eigenlijk is. Beantwoording van deze vraag vormt het eerste onderwerp van onderzoek. Eerst als er inzicht

68 De termen nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, 'ander nadeel', niet-vermogensschade, immaterieel nadeel en immateriële schade worden hierna door elkaar gebruikt. De twee eerstgenoemde termen komen in het Burgerlijk Wetboek voor (vgl. art. 6:95, 6:106 en 7:510 BW). De termen niet-vermogensschade, immaterieel nadeel en immateriële schade zijn in de literatuur algemeen aanvaard (de laatstgenoemde komt ook voor in de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers (art. 1)). Ook begrippen als extrapatrimoniale (gebruikt in Belgische literatuur, zie bijvoorbeeld Van Gerven & Covemaeker 2006, p. 447), niet op geld waardeerbare, niet-economische, onstoffelijke en ideële, morele en zedelijke schade worden gebruikt (vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 139). Op deze begrippen is kritiek te leveren. Voorop staat dat immateriële schade weliswaar niet direct, maar indirect op geld is te waarderen. De term 'niet op geld waardeerbaar' dekt de lading dan ook niet. De term (niet-)economische schade wekt ten onrechte de indruk dat vermogensschade enkel aan de hand van economische inzichten wordt bepaald, terwijl schade een rechtsbegrip is dat (mede) aan de hand van rechtsnormen inhoud dient te krijgen (zie hoofdstuk 2). De term onstoffelijk zou ook bepaalde vermogensverliezen (bijvoorbeeld een octrooi-inbreuk) kunnen omvatten, aldus Overeem (1979, p. 1). Wolfsbergen (1946, p. 186) omschrijft onstoffelijke schade als de schade die geen gevolgen heeft in het vermogen van de benadeelde. De begrippen onstoffelijk, ideëel, zedelijk en moreel lijken het ruime toepassingsgebied waarop het begrip ander nadeel dan vermogensschade ziet – iedere vermindering van welzijn volgens Overeem (1979, p. 1) en Lindenbergh (1998, p. 84) – onvoldoende te dekken. De termen wekken bovendien de indruk dat het gaat om bovenzinnelijke schade. De vermindering van meer hedonistische voordelen, zoals het welbehagen dat samenhangt met een goede gezondheid en allerhande verdere genoegens van het leven ('de mogelijkheid om van het leven te genieten') vinden onvoldoende uitdrukking in deze begrippen (vgl. Ronse 1954, p. 345-346). Wat hiervan zij, belangrijker dan de woordenboekenbetekenis, de etymologie of de al dan niet negatieve connotatie van de diverse begrippen is de inhoud rechtens van de wettelijke begrippen (zie verder hoofdstuk 2).

69 Vgl. Bloembergen (1989, p. 3-12), Köhne (2000, p. 2) en Teuben (2004, p. 1-2) die spreken over coördinatie van rechtspraak in het algemeen, waaronder zij verstaan iedere rechterlijke activiteit die erop is gericht rechterlijke uitspraken met elkaar in overeenstemming te doen zijn.

bestaat in de aard, structuur en inhoud van het begrip immateriële schade en eerst als een beeld bestaat van de omvang van de immateriële schade in het concrete geval, kan de omvang van smartengeld worden vastgesteld. De vraag wat de functies van smartengeld zijn kan daarbij niet onbeantwoord blijven, te meer nu smartengeld niet alleen en niet steeds als reactie op (vergoedbare) immateriële schade lijkt te zijn bedoeld. De hiervoor opgeworpen vragen komen aan bod in hoofdstuk 2.

1.8.2 Rechterlijke vrijheid

Eerst nadat de bovenstaande vragen omtrent de inhoud van het begrip immateriële schade en (zijn verhouding tot) de vele functies van smartengeld zijn beantwoord, kan de vaststelling van smartengeld als 'activiteit' aan de orde komen. Dit is het tweede onderzoeksterrein. In de eerste plaats wordt een aantal meer processuele aspecten van de vaststelling van smartengeld onderzocht. Zodoende ontstaat een beeld van de omvang van de (beleids)vrijheid van de feitenrechter in dit verband. Het is de vraag hoe de rechter gebruik kan maken van zijn discretionaire bevoegdheid in verhouding tot zijn rechterlijke collegae met wie hij, met inachtneming van de eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, beslissingen dient te geven. De vaststelling van smartengeld als (rechterlijke) taak komt aan bod in hoofdstuk 3.

1.8.3 Omvangbepalende factoren

Het onderzoek naar de vaststelling van smartengeld als rechterlijke activiteit behelst een bespreking van een aantal aspecten van meer processuele aard. Daarnaast is het de vraag door welke materiële smartengeldbepalende factoren de rechter zich zou moeten laten leiden bij de vaststelling van smartengeld. Deze factoren worden besproken in het tweede deel van hoofdstuk drie. Hoofdstuk 2 en 3 tezamen vormen de opmaat tot het onderzoek naar de mogelijke verdere inkadering van rechterlijke smartengeldvaststellingen bij letsel door een coördinatiemechanisme. Dit vormt het derde onderzoeksterrein.

1.8.4 Coördinatie van smartengeldvaststellingen bij letsel

Het derde onderzoeksterrein heeft betrekking op de vraag of, en in hoeverre smartengeldvaststellingen in letselgevallen verder zouden kunnen worden gecoördineerd, alsmede op de vraag welke wijze van coördinatie de voorkeur verdient. Opgemerkt kan worden dat de coördinatie van smartengeldvaststellingen tot op heden vooral naar voren is geschoven als mogelijke oplossing ter verbetering van de efficiënte van de buitengerechtelijke afwikkeling van

letselschade. Het idee van een smartengeldrechttersregeling is genoemd, maar nooit in verband gebracht met, of afgezet tegen andere vormen van alternatieve regelgeving en/of tegen wetgeving. Ook zijn de diverse materieelinhoudelijke voorstellen nooit tegen elkaar afgewogen. De coördinatie van smartengeldvaststellingen bij letsel komt aan bod in hoofdstuk 4.

Gepleit wordt voor een rechttersregeling voor letselschadegevallen. Een rechttersregeling kan het hoofd bieden aan het hiervoor geschetste gevaar van rechtsoneenheid en inefficiëntie. Een gevaar dat zijn oorsprong vindt in zowel de inherente willekeurigheid die kleeft aan de vertaalslag van immateriële schade naar een geldelijke vergoeding daarvoor, als in het daarmee samenhangende gevaar van willekeur dat dreigt nu de wetgever, de Hoge Raad en de Gerechtshoven weinig aanwijzingen geven aangaande de gewenste hoogte en de wijze van vaststelling van smartengeld door de lagere rechter. Een smartengeldrechttersregeling is bovendien rechtens wenselijk omdat zij het beste aansluit bij het mijns inziens steeds objectief en functioneel te interpreteren begrip 'ander nadeel dan vermogensschade', de centrale maatstaf voor iedere vaststelling van smartengeld.

1.8.5 Onderzoeksvragen in het kort

Het onderzoek richt zich op de volgende vragen:

- a) Wat is nadeel dat niet in vermogensschade bestaat?
- b) Wat houdt de rechterlijke vrijheid bij de vaststelling van smartengeld in?
- c) Welke materiële factoren bepalen de omvang van smartengeld, althans dienen daartoe indicatief te zijn?
- d) Welke wijze van verdere coördinatie van de vaststelling van smartengeld verdient de voorkeur?

1.9 ENIGE TERREINVERKENNING EN -AFBAKENING

Onderzoek naar de vaststelling van smartengeld vereist enig inzicht in twee aan de vaststellingsproblematiek voorafgaande kwesties, te weten de vraag of een rechtsfiguur die schadevergoeding wegens smart mogelijk maakt rechtens wenselijk is, en zo ja, de vraag in welke gevallen een recht op smartengeld kan of dient te worden erkend. Beide vragen worden in het onderhavige onderzoek niet ten gronde behandeld. Voor een goed begrip van de problematiek rond de vaststelling van smartengeld verdienen ze niettemin enige aandacht. Aan de tweede vraag dient vooral aandacht te worden besteed om de eenvoudige reden dat een beeld dient te bestaan van de gevallen waarin de omvang van smartengeld dient te worden vastgesteld.

1.9.1 Wenselijkheid smartengeldfiguur

De vraag of smartengeld in algemene zin bestaansrecht heeft, wordt heden ten dage in Nederland terzijde geschoven als gepasseerd station.⁷⁰ De vraag is er een van rechtspolitieke aard.⁷¹ Het antwoord (volgens sommigen: het machtswoord)⁷² is reeds gegeven. Art. 6:106 BW in het bijzonder geeft, tezamen met art. 6:95 BW, uitdrukking aan de rechtspolitieke wens een wettelijke grondslag te bieden voor de vergoeding van ‘ander nadeel dan vermogensschade’ in die gevallen waarin zij niet gemist kan worden.⁷³ Art. 6:106 lid 1 BW bepaalt:⁷⁴

1. Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding:

- a. indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen;
- b. indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast;
- c. indien het nadeel gelegen is in aantasting van de nagedachtenis van een overledene en toegebracht is aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner of een bloedverwant tot in de tweede graad van de overledene, mits de aantasting plaatsvond op een wijze die de overledene, ware hij nog in leven geweest, recht zou hebben gegeven op schadevergoeding wegens het schaden van zijn eer of goede naam.

Het bestaan van, en de behoefte aan een smartengeldfiguur wordt in de literatuur doorgaans als een gegeven vooropgesteld, waarna wordt onderzocht

70 Zie voor een eenzaam tegengeluid Woordkramer 2000, p. 293. In het Buitenland is meer kritiek op de figuur als zodanig. Zie voor een overzicht van de argumenten tegen smartengeld, althans ‘damages for pain and suffering’ Niemeyer 2004. Zie ook King 2004 en Abel 2005. Zie Lokin, Jansen & Brandsma 1999, p. 187 e.v. en Lokin 1999, p. 37-42 over de geschiedenis van het smartengeld. Een andere vraag is of een recht op smartengeld vanuit rechtseconomisch perspectief wenselijk is. Binnen de rechtseconomie is het bestaansrecht van smartengeld onderwerp van een doorlopend debat (zie over dit debat toegespitst op het Nederlandse recht: Visscher 2005, p. 210-214 met verdere verwijzingen, en zie ook Faure 2000, p. 107-126). Visscher acht smartengeld overigens wenselijk en in overeenstemming met een aantal rechtseconomische theorieën op dit terrein, mits geen volledige vergoeding wordt nagestreefd. Faure lijkt minder uitgesproken.

71 Vgl. Hartkamp 2002, p. 1.

72 Vgl. Leijten 1999, p. 29.

73 Gewijzigd voorlopig antwoord van de Minister van Justitie, Parl. Gesch. Boek 6, p. 373.

74 Art. 6:106 lid 2 BW geeft een (omstreden) regel voor de smartengeldvordering als vermogensrecht. Deze bepaling werd vooral wenselijk geacht in verband met het ‘persoonlijk karakter’ van een smartengeldvordering, zo blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis (TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 378) Het recht op smartengeld is niet vatbaar voor overgang en beslag, tenzij het bij overeenkomst is vastgelegd of ter zake een vordering in rechte is ingesteld. Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken, zo volgt uit lid 2. De problematiek rond art. 6:106 lid 2 BW wordt in het onderhavige onderzoek verder niet behandeld.

in welke gevallen een recht op vergoeding zou moeten bestaan. Pleiten voor afschaffing 'would not only contradict a practice long standing but also would indicate a villainous disposition'.⁷⁵ Het afwijzen van een recht op smartengeld in algemene zin wordt ondoelmatig gevonden. De gedachte is dat het rechtsgevoel meer bevrediging zal vinden als het herstel op een onvolledige en gebrekkige wijze plaatsvindt, dan als niet naar, weliswaar gebrekkig, herstel wordt gestreefd.⁷⁶ Hiermee is de vraag wat nu precies wordt hersteld natuurlijk niet beantwoord, noch wat 'gebrekkig herstel' inhoudt. Het doorslaggevend argument voor de erkenning van een recht op smartengeld in algemene zin lijkt weinig juridisch van aard: niets doen is nog onbevredigender.⁷⁷

Smartengeld als zodanig is naar huidige inzichten eerst en vooral een juridische blijk van erkenning, zich uitend in een streven naar de (volledige) vergoeding van de geleden immateriële schade, waarbij wordt gememoreerd dat in debat is waartoe smartengeld nog meer zou kunnen en moeten dienen. In het onderhavige onderzoek wordt als een gegeven aangenomen dat een nauwelijks betwiste of bestreden geldelijke remedie bestaat, daargelaten haar exacte bereik, voor het immateriële nadeel als gevolg van sommige schadeveroorzakende gebeurtenissen waarvoor aansprakelijkheid bestaat. Nu deze remedie bestaat, dient een stevige juridische basis voor de vaststelling van haar omvang te bestaan (zoals reeds opgemerkt in paragraaf 1.1).⁷⁸

1.9.2 Gevallen waarin recht op smartengeld bestaat

Niet in ieder geval waarin een wettelijke verplichting tot schadevergoeding bestaat en waarin het bestaan van enige immateriële schade aannemelijk is, bestaat een recht op smartengeld. Art. 6:95 BW houdt in beginsel de deur dicht:

'De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.'

De benadeelde heeft slechts recht op smartengeld voor zover de wet daar recht op geeft. Art. 6:106 lid 1 BW vormt de belangrijkste wettelijke grondslag. Andere wettelijke grondslagen blijven in dit onderzoek buiten beschouwing.⁷⁹

75 Zelermyer 1955, p. 28.

76 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 141.

77 Vgl. Verheij 2002, p. 4; vgl. Leijten 1999, p. 29.

78 Vgl. Ogus 1972, p. 2.

79 Te noemen zijn: art. 7:510 BW; art. 16 Wet cao; art. 3 lid 4 Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten; art. 10 Wet op de ondernemersovereenkomsten; art. 9 lid 2 Wet Persoonsregistraties; art. 67 Overleveringswet; art. 6 lid 4 Rijkswet administratieve bijstand douane; art. 44 lid 1 Uitvoe-

Recht op vergoeding van immateriële schade bestaat volgens art. 6:106 lid 1 BW in de volgende gevallen: (i) als de laedens het oogmerk had dit nadeel toe te brengen, (ii) indien de gelaedeerde in zijn persoon is aangetast (de wet noemt (a) het oplopen van lichamelijke letsel, (b) de schending van de eer of goede naam en (c) de aantasting in de persoon op ‘andere wijze’ dan de twee eerstgenoemde) en (iii) indien de gelaedeerde is aangetast in zijn nagedachtenis van een overledene. Over elk van deze gevallen volgt hierna een korte uiteenzetting.

1.9.2.1 Oogmerk op toebrengen van ‘ander nadeel dan vermogensschade’

Het bereik van de categorie ‘oogmerk’ is beperkt. Blijkens de tekst van de wet dient de aansprakelijke persoon bij zijn handelen of nalaten het oogmerk te hebben gehad de schadelijke immateriële gevolgen toe te brengen.⁸⁰ De enkele opzet gericht op de gedraging, bijvoorbeeld de wanprestatie,⁸¹ het beschadigen van een zaak,⁸² het doden of verwonden van een dier, het toebrengen van letsel, of het doden van een dierbare zonder het oogmerk immateriële schade toe te brengen aan de benadeelde is onvoldoende voor het toekennen van smartengeld.⁸³ Uit de Toelichting Meijers kan nog een beperking worden afgeleid. Het feit dat de aangesprokene zich als doel had gesteld aan een ander ideëel nadeel toe te brengen rechtvaardigt slechts onder omstandigheden, vooral met het oog op de bevrediging van het geschokte rechtsgevoel, dat een vergoeding wordt toegekend.⁸⁴ Wat deze omstandigheden zijn, is niet op voorhand duidelijk. Zij lijken een zekere drempel met zich mee te brengen, aangenomen wordt dat bijvoorbeeld eenvoudige pesterijen er niet onder vallen.⁸⁵ Een geval dat wel onder art. 6:106 lid 1 onder a BW valt, is dat waarin de aansprakelijke persoon met het oogmerk ‘ander nadeel’ toe te brengen een zaak vernielt waaraan de benadeelde (de eigenaar) een bijzondere affectieve waarde hecht, zoals een familieportret, een brief of een haarlok van een dierbare.⁸⁶ A fortiori bestaat een recht op smartengeld voor naasten van een

ringswet Internationaal Strafhof; art. 106 lid 1 Vreemdelingenwet 2000; 164 lid 9 Wegenverkeerswet 1994; art. 49 lid 2 Wet bescherming persoonsgegevens; art. 11.7 lid 6 Wet luchtvaart; art. 67 Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen; art. 74b lid 4 Wetboek van Strafrecht; art. 89 lid 1 Wetboek van Strafvordering.

80 Verheij 2005b, p. 157-158.

81 Zie Zwitser 2005, p. 72-79.

82 Vergelijk bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 16 augustus 2007, L/JN BB8798. De opzet van de buurman was gericht op de vernieling van een oven van een naast zijn woonhuis gelegen pottenbakkerij, niet op het toebrengen van immateriële schade.

83 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 97 e.v.

84 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 378.

85 Lindenbergh 1998, p. 97 e.v.

86 Vgl. MvAII, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380, waar ook wordt genoemd het opzettelijk frustreren van een rechtspersoon met een ideëel doel in de verwezenlijking van dit doel. Andere voor-

slachtoffer dat om het leven is gebracht met het oogmerk van de laedens deze naasten immateriële schade toe te brengen.⁸⁷

1.9.2.2 *Schending eer en goede naam, aantasting nagedachtenis*

Ook kan de benadeelde op voet van art. 6:106 lid 1 onder b BW recht hebben op smartengeld als hij in zijn eer of goede naam is geschaad, waaronder kan worden verstaan de aantasting van het gevoel voor eigenwaarde en de waardering die men bij anderen geniet.⁸⁸

De benadeelde heeft op voet van art. 6:106 lid 1 onder c BW recht op smartengeld als zijn nadeel is gelegen in de aantasting van de nagedachtenis van een overledene, voorwaarde is wel dat de overledene zelf, als hij nog in leven was geweest, een recht op smartengeld zou hebben gehad wegens de schending van zijn eer of goede naam.⁸⁹ Deze toets is in essentie niet anders dan de toets van een 'normale' aantasting van de eer of goede naam.⁹⁰

1.9.2.3 *Persoonsaantasting in de vorm van letsel*

De belangrijkste categorie gevallen waarin een recht op smartengeld kan bestaan is de categorie 'aantasting in de persoon' (art. 6:106 lid 1 onder b BW). Binnen deze categorie is de subcategorie lichamelijk letsel in ieder geval in kwantitatief opzicht de belangrijkste. Ook geestelijk letsel kan onder omstandigheden kwalificeren als een aantasting in de persoon.⁹¹

Aan de juridische afbakening van het begrip lichamelijk letsel wordt in Nederland betrekkelijk weinig aandacht besteed. De problemen lijken overkomelijk en worden hierna niet verder uitgewerkt, een enkele opmerking volstaat.⁹² Opgemerkt kan worden dat niet alleen lichamelijke verwondingen of kwetsuren onder lichamelijk letsel vallen, maar ook bijvoorbeeld een HIV-besmetting, een mesothelioom, onvruchtbaarheid, een ongewenste zwanger-

beelden zijn telefoonterreur, ernstige pesterijen, bedreiging en het plaatsen van fictieve overlijdens- of seksadvertenties. Vgl. Lindenbergh 1998, p. 98 e.v.

87 HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216 m.nt. JBMV. De verhouding tussen art. 6:106 lid 1 onder a BW en art. 6:107 en 6:108 BW blijft buiten beschouwing.

88 Iemands eer kan zijn aangetast in geval slechts de aansprakelijke persoon en de aangetaste persoon weet hebben van de aantasting. Vgl. HR 6 juli 1994, JAR 1994, 155.

89 MvAII, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380 e.v. Zie ook Schoordijk 1979, p. 269 e.v. en Lindenbergh 1998, p. 112 e.v. en p. 129 e.v. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 27 maart 2002, LJN AE0806.

90 Overigens houdt de mogelijkheid smartengeld te vorderen bij een schading van eer of goede naam een verruiming in ten opzichte van het oude recht dat smartengeld slechts bij (opzettelijke) belediging toekende. Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 240.

91 Geestelijk letsel geeft – onder omstandigheden – recht op smartengeld, dit in tegenstelling tot 'enkel psychisch onbehagen'. De Hoge Raad lijkt dit onderscheid voor het eerst te hanteren in zijn arrest van HR 4 februari 1983, NJ 1984, 631. Zie ook EV I, Parl. Gesch. Boek 6, p. 389 alwaar gesproken wordt van ernstige psychische storingen.

92 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 102.

schap of een ongewenste abortus.⁹³ Knol omschrijft letsel als iedere tijdelijke of blijvende aantasting van de lichamelijke of geestelijke integriteit van de mens.⁹⁴ Als de woordenboekenbetekenis van integriteit – ‘ongeschonden toestand’ – wordt aangehouden lijkt de omschrijving in het licht van art. 6:106 BW aan de ruime kant. Een tijdelijke of blijvende aantasting van de lichamelijke integriteit hoeft immers niet steeds te resulteren in lichamelijk letsel, te denken valt bijvoorbeeld aan bepaalde vormen van seksueel misbruik of aan de (onrechtmatige) afname van bloed of wangslijm of de toediening van medicijnen. Het is in deze gevallen overigens wel mogelijk dat een recht op smartengeld bestaat op andere voet.⁹⁵

Een probleem bij geestelijk letsel is dat classificatiesystemen die gebruikt worden in de psychiatrie zoals de DSM-IV(-TR) (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Text Revision) van de American Psychiatric Association) en de ICD-10 (International Classification of Diseases van de WHO) niet bedoeld zijn om te bepalen of er sprake is van geestelijk letsel in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW (een aantasting op ‘andere wijze’).⁹⁶ Het doel van de diagnostiek is behandelen.⁹⁷ De DSM-IV-TR wijst expliciet op deze ‘imperfect fit between the questions of ultimate concern to the law and the information contained in a clinical diagnosis. Deze ‘imperfect fit’ wordt hierna niet verder onderzocht.⁹⁸

1.9.2.4 Andere aantastingen in de persoon: schendingen van fundamentele rechten

De benadeelde kan ook recht hebben op smartengeld als hij op een andere wijze in zijn persoon is aangetast dan door het oplopen van lichamelijk letsel of de schending van zijn eer of goede naam. De categorie aantastingen in de persoon ‘op andere wijze’ laat ruimte voor rechtsontwikkeling.⁹⁹ Tot deze aantastingen behoren blijkens de parlementaire geschiedenis onder meer misdrijven tegen de persoon, schendingen van het recht op de eerbiediging

93 Vgl. HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O): HIV-besmetting; vgl. Hof Den Bosch 8 januari 2008 *LJN* BD5678: mesothelioom. Zie verder Lindenbergh (*Schadevergoeding*), art. 106, aant. 27.13.

94 Knol 1986, p. 4.

95 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 101 (voetnoot 35) en vgl. HR 22 september 2000, *NJ* 2001, 647 m.nt. JdB (G./V.).

96 Vgl. Vegter 2005, p. 77; zie in het bijzonder over shockschade Engelhard & Engelhard 2008, p. 227-240.

97 vgl. Van Tilburg 2008, p. 223.

98 American Psychiatric Association 2000, p. xxxii-xxxiii. Zie Van Tilburg 2004, p. 7-12; Van Tilburg 2008, p. 209-226.

99 Lindenbergh 1998, p. 96; Verheij 2002, p. 34. Zie ook Lindenbergh 1998, p. 130. Niet alles wat de persoon onaangenaam raakt, kan worden aangemerkt als persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW aldus Lindenbergh. Zie ook Abas 2007, p. 194-198.

van de persoonlijke levenssfeer, en inbreuken op de privacy.¹⁰⁰ Het gaat in het algemeen om fundamentele rechten: mensenrechten, grondrechten en persoonlijkheidsrechten, onder laatstgenoemde kunnen worden verstaan subjectieve rechten die betrekking hebben op fundamentele belangen of essentiële elementen van de menselijke persoon (het leven, de persoonlijke levenssfeer, gelijke behandeling).¹⁰¹ De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 9 juli 2004 (Groningen/Lammerts) aanvaard dat een ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer (een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van de woning) kan worden gekwalificeerd als een aantasting in de persoon van de benadeelde, waarvoor in een geval als het onderhavige niet nodig is dat ook psychische schade is vastgesteld.¹⁰² In zijn arrest van 18 maart 2005 (wrongful life) heeft hij aanvaard dat een medische fout leidend tot een aantasting van het zelfbeschikkingsrecht (het recht van een vrouw en haar partner om te kunnen kiezen voor een abortus) een recht op smartengeld rechtvaardigt.¹⁰³

Niet elke schending van ieder fundamenteel recht is evenwel een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW. In de literatuur wordt ervoor gepleit de vraag of sprake is van een aantasting in de persoon buiten gevallen van letsel (waaronder zowel geestelijk als lichamelijk letsel), en schendingen van de eer en goede naam te beantwoorden aan de hand van een aantal gezichtspunten. Verheij noemt in dit verband als gezichtspunten: de aard van het geschonden recht, het al dan niet aangetast zijn van de zelfbeschikking, de kwetsbaarheid van het geschonden recht, het bestaan van andere handhavingmiddelen, het eventuele voordeel van de inbreukmaker bij de inbreuk, de afhankelijkheid van de benadeelde, de kans op schade en de ernst daarvan, en de eventuele ongerechtvaardigde verrijking van de inbreukmaker.¹⁰⁴ Lindenbergh noemt als gezichtspunten de aard en het gewicht van het geschonden belang en de wijze van aantasting, alsmede de ernst van de gevolgen.¹⁰⁵

1.9.2.5 Onderscheid letsel en andersoortige aantastingen in de persoon

Aangenomen kan worden dat de gevallen waarin een recht op smartengeld bestaat op voet van art. 6:106 lid 1 onder b BW kunnen worden onderscheiden in gevallen waarin sprake is van letsel (zowel lichamelijk als geestelijk letsel) en gevallen waarin sprake is van een andersoortige aantasting in de persoon. Deze tweedeling zal in het vervolg van het onderzoek worden gehanteerd.

100 Zie Toelichting vraagpunt 11, Parl. Gesch. Boek 6, p. 371; MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380; zie ook HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 m.nt. LWH (naturistenreisgids); VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 379 en MO, Parl. Gesch. Boek 6, p. 382-383.

101 Vgl. Hartlief 2008b, p. 773.

102 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 m.nt. JBMV (Groningen/Lammerts).

103 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life).

104 Verheij 2002, p. 487-499.

105 Lindenbergh 1998, p. 171.

1.9.3 Onderzoeksomgeving en positionering onderzoek

Het onderhavige onderzoek naar de vaststelling van smartengeld is onderdeel van een onderzoeksproject van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden naar de verschijnselen rechterlijke samenwerking en rechtersregelingen. In het kader van dit project zijn dissertaties verschenen van Teuben ('Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht'), Dijksterhuis ('Rechters normeren alimentatiehoogte') en Schoep ('Straftoematingsrecht en strafvorming').¹⁰⁶ De verschijnselen rechterlijke samenwerking en rechtersregelingen verdienen enige toelichting. Rechterlijke samenwerking komt voor op het terrein van het burgerlijk recht, het bestuursrecht en het strafrecht.¹⁰⁷ De term ziet op overleg binnen diverse meer of minder geïnstitutionaliseerde rechterlijke overlegstructuren,¹⁰⁸ welk overleg erop is gericht de wijze waarop in toekomstige gevallen zal worden gehandeld of beslist, af te stemmen. Het beoogde doel van deze samenwerking is tweeledig: het vermijden van uiteenlopende uitspraken (eenheid van rechtspraak), om daarmee de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid te vergroten, en de verhoging van de efficiëntie van de rechtspleging.¹⁰⁹ Rechterlijke samenwerking kan resulteren in een rechtersregeling, een op schrift gestelde algemene regel (dan wel een complex van zulke regels) die is vastgesteld door een of meer rechters, anders dan in de vorm van een beslissing in een concreet geval, en die betrekking heeft op de invulling van een bepaalde vorm van beslissingsruimte die de rechter heeft ten aanzien van de behandeling of beslissing van concrete gevallen.¹¹⁰ Een belangrijk verschil tussen rechterlijke samenwerking en de hiervoor in paragraaf 1.3.2 genoemde vormen van coördinatie van rechtspraak is dat rechterlijke samenwerking los staat van de beslissing in een concreet geval.

De voorbeelden zijn talrijk. Op burgerlijk (proces)rechtelijk terrein zijn te noemen de diverse landelijke procesreglementen bij de rechtbanken en gerechtshoven, de Beslagsyllabus inzake de omgang met conservatoir beslag, de Liquidatietarieven, het Rapport Voorwerk II inzake buitengerechtelijke kosten, de Kantonrechtersformule van de Kring van Kantonrechters en de

106 Teuben 2004; Dijksterhuis 2008; Schoep 2008. Zie over empirisch onderzoek naar landelijke rechterlijke samenwerking verder Dijksterhuis 2008, p. 2-4 (met verdere verwijzingen).

107 Rechterlijke samenwerking is een vorm van coördinatie van rechtspraak. Zie hierover Bloembergen 1989, p. 3-12, Köhne 2000, p. 2 en Teuben 2004, p. 1-2. Zie over rechterlijke samenwerking op het terrein van het bestuursrecht Van Erp e.a. 2001. Thieme e.a. (1999) verrichtten empirisch onderzoek naar rechtseenheid in vreemdelingenrechtspraak, Terlouw (2003) onderzocht (empirisch) de rechterlijke samenwerking op dit gebied.

108 Te denken valt aan overleg binnen het gerecht ('intern overleg'), aan overleg tussen gerechten ('extern overleg'), waaronder overleg tussen gerechten van gelijke rang ('horizontaal overleg') en tussen hogere en lagere rechters ('verticaal overleg'), en overleg tussen (hoogste) rechters van verschillende rechtsgebieden ('horizontaal topperleg').

109 Vgl. Teuben 2004, p. 3.

110 Vgl. Teuben 2004, p. 7.

Alimentatienormen.¹¹¹ De directe aanleiding voor het onderhavige onderzoek vormt het idee van een mogelijk te vormen (landelijk) gezamenlijk rechterlijk beleid ten aanzien van de vaststelling van smartengeld (resultierend in een smartengeldrechttersregeling) ten einde te komen tot meer rechtseenheid in de rechtstoepassing en meer efficiëntie in de rechtspleging ten aanzien van smartengeldvaststellingen.

Het 'meten van leed' is een probleem binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht dat steeds herleeft. Het onderzoeksobject verdient reeds in dit licht steeds aandacht en onderhoud. Opgemerkt kan worden dat de smartengeldfiguur bepaald niet tot de onontgonnen onderzoeksgebieden van het burgerlijk recht hoort, zo zij dat ooit heeft gedaan.¹¹² Smartengeld heeft zijn bescheiden plaats binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht al weer enige tijd veroverd.¹¹³ In dit verband valt te wijzen op een aantal arresten, te weten het 'gevallen timmerman'-arrest, het 'comateuze timmerman'-arrest, het shockschade-arrest en het 'wrongful life'-arrest.¹¹⁴ Ook kan worden gewezen op het wetsvoorstel affectieschade,¹¹⁵ de dissertaties van Lindenbergh, Verheij en Vegter,¹¹⁶ en de (hernieuwde) aandacht voor handhaving door het burgerlijk recht, in het bijzonder door het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht,¹¹⁷ en meer in het bijzonder door smartengeld.¹¹⁸ De anemie waaraan zowel het debat over, als de dogmatische fundering van de figuur (wellicht) leed, heeft plaatsgemaakt voor een geanimeerd debat en een op onderdelen 'heersende leer'. Ook de vaststelling van smartengeld heeft de nodige aandacht gekregen,¹¹⁹ waarmee niet is gezegd dat het debat over de a prima vista uitgekristalliseerde onderdelen kan worden gesloten.

111 Zie www.rechtspraak.nl; zie ook Teuben 2004, p. 4 en 14; Giesen 2007, p. 85. Giesen wijst ook op het bestaan van een aantal niet-openbare regelingen, Giesen 2007, p. 85-86. Zie hierover ook Rammeloo & Knapen 2006, p. 540-542.

112 Zie Lindenbergh (Schadevergoeding), art. 6:106, aant. 1. Bloembergen (onrechtmatige daad*)(oud), Schade en schadevergoeding, aant. 3 en aant. 16.

113 Lindenbergh 2008c, p. 1.

114 Respectievelijk: HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (Druifff/Bouw); HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst); HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. JBMV (Woudsend/V.) en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life).

115 Ook het wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot invoering van een procedure voor deelgeschillen ter bevordering van de buitengerechtelijke afhandeling van letsel- en overlijdensschade verdient in dit verband vermelding. Kamerstukken II 2007/08, 31 518, nr. 1-8; zie hierover Sap 2008; Kolder 2008.

116 Lindenbergh 1998, inmiddels 'revisited': Lindenbergh 2008c; Verheij 2002; Vegter 2005.

117 Vgl. Hartlief 2008a, p. 769. Zie bijvoorbeeld de lijvige dissertatie van Zippro (2008) over privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de oratie van Van Boom (2006) met de treffende titel 'Efficacious Enforcement'; zie verder ook *WPNR* 6772 (2008) met daarin enkele opstellen over 'handhaving' in het burgerlijk recht.

118 Zie Hartlief 2008b, p. 237-247

119 Zie bijvoorbeeld Lindenbergh 1998, hoofdstuk 7.

Naast onderzoek naar, en debat over de vele materieelrechtelijke vragen rondom smartengeld is en wordt veel extra-juridisch (synoniem: multidisciplinair) onderzoek verricht dat ziet op uiteenlopende aspecten van smartengeld, waaronder de (buiten-)gerechtelijke vaststelling. Het gaat om onderzoek naar de behoeften van letselschadeslachtoffers¹²⁰ en om onderzoek naar de buitengerechtelijke afwikkeling van letselschades.¹²¹ Ook het rechtseconomische onderzoek naar het nut en de ‘juiste’ omvang van smartengeld (‘dat bedrag dat prikkelt tot gewenst gedrag’) kan in dit verband worden genoemd.¹²² Ook deze extra-juridische perspectieven bieden aanknopingspunten ter beantwoording van de vraag op of, en zo ja, in hoeverre de juridische basis voor de vaststelling van smartengeld beter of anders zou kunnen worden gefundeerd.¹²³

1.10 ONDERZOEKSMETHODE

Het onderhavige onderzoek naar de vaststelling van smartengeld behelst een analyse van Nederlandse wetgeving, rechtspraak en literatuur op dat gebied. Daarnaast is gebruik gemaakt van bronnenmateriaal uit een viertal Europese rechtsstelsels, te weten de stelsels van België, Duitsland, Engeland en Frankrijk. Ook is gebruik gemaakt van enige literatuur, jurisprudentie en regelgeving uit de Verenigde Staten.¹²⁴ Daarnaast is er gebruik gemaakt van enige rechtsvergelijkende studies die naar smartengeld zijn verricht. Aandacht is er ook voor enige ontwikkelingen op Europees niveau.

Niet is gestreefd naar een uitputtende vergelijking van de vaststelling van smartengeld in Nederland met de vaststelling van smartengeld in de genoemde rechtsstelsels. Dit betekent evenwel niet dat de rechtsvergelijkende gegevens geheel zonder context worden opgevoerd. Dit zou aan de complexiteit van ieder afzonderlijk rechtsstelsel onvoldoende recht doen, en snel tot misverstanden kunnen leiden. Wel is het zo dat de rechtsvergelijkende gegevens steeds dienen ter vergroting van het inzicht in de Nederlandse situatie en daartoe zijn geïntegreerd in het onderzoek, met ander woorden: het gaat om functionele rechtsvergelijking. De rechtsvergelijking is ook in die zin functioneel dat die rechtsregels uit de diverse stelsels zijn onderzocht die een onderling

120 Akkermans 2008; Huver, Van Wees, Akkermans & Elbers 2007; zie ook Du Perron 2003b en de diverse bijdragen in Van Maanen (red.) 2003.

121 Zie onder meer Weterings 1999; Weterings 2004; Weterings 2008.

122 Zie onder meer Faure 2000; Faure 2003; Suurmond & Van Velthoven 2005; Visscher 2005b; Visscher 2008.

123 Vgl. Ogus 1972, p. 2.

124 Waarbij kan worden aangetekend dat *het* aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht van de Verenigde Staten niet bestaat. Iedere staat kent zijn eigen regiem. Er zijn evenwel gemeenschappelijke kenmerken aan te wijzen die de moeite van het bespreken waard zijn.

vergelijkbare functie hebben.¹²⁵ Ook is, tot slot, gebruik gemaakt van enige inzichten uit rechtssociologische hoek alsmede van resultaten van onderzoek dat is gestoeld op rechtseconomische uitgangspunten.

Het onderzoek werd afgesloten op 1 januari 2009.

125 Zweigert/Kötz 1996, p. 3; Kokkini-Iatridoe 1988, p. 135-137.

