

4 | Coördinatie bij smartengeldvaststellingen

4.1 VOORAF

De vaststelling van smartengeld door de rechter is in hoge mate arbitrair. Geheel willekeurig is zij nooit.

‘Ik beroep mij op ieder, die aan rechtspraak deelgenomen heeft; maakte hij ernst van zijn werk, dan zal hij het nimmer als willekeur ondervonden hebben. Ten minste in de eigenlijke beslissing van het rechtsgeschil ligt zij niet. Dit komt te duidelijker uit, als men er op let, dat een deel van ‘s rechters taak in onze samenleving wèl iets willekeurigs heeft – overal waar hij wat kwantitatief niet te meten is in getallen moet omzetten, komt er iets van willekeur in. Men denke aan de strafmaat, ook aan de berekening der schadevergoeding, als het geld niet equivalent is van de geleden schade, maar tegemoetkoming en satisfactie. Dan wordt de schade geschat ‘ex aequo et bono’. De uitdrukking is typerend, de rechter gevoelt, dat hij het gebied van het recht verlaat. ‘Ik zeg nu *f* 100,-, maar ik had ook *f* 150,- kunnen zeggen’. Doch ook hier is die willekeur beperkt. *f* 1000,- zou niet meer recht zijn, en *f* 1,- is het ook niet.’¹

Scholten doelt op het feit dat er iets willekeurigs kleeft aan de bepaling van de omvang van smartengeld als zodanig. Zijn opmerking ziet niet op een bepaalde rechterlijke beslissing in het bijzonder, noch op mogelijke strijdigheid van de rechterlijke vaststelling van smartengeld in het algemeen met het bepaalde in het eerste artikel van de Grondwet. Toch kleeft er ook op deze punten iets willekeurigs aan de vaststelling van smartengeld.² Gezegd kan worden dat het gebrek aan richting ten aanzien van de vaststelling van smartengeld – niet alleen de wetgever, maar ook de Hoge Raad en de gerechtshoven houden zich immers afzijdig – de eis van rechtsgelijkheid onvoldoende waarborgt.³ Met de aanwijzingen die er nu zijn ten aanzien van de vaststelling van smartengeld op voet van art. 6:106 BW is het immers niet eenvoudig te bepalen wat gelijke gevallen zijn. Daarmee komt niet alleen de eis van rechtsgelijkheid in het gedrang, maar ook de eis van rechtszekerheid, en daarmee de eis van rechtseenheid (zie hierover paragraaf 1.3 en 1.4).

1 Scholten 1974, p. 130.

2 Vgl. Ady 2004, p. 89.

3 Zie hieromtrent hoofdstuk 3.

4.1.1 Doel coördinatie: rechtseenheid en efficiëntie

Het bestaan van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid, kortom het ontbreken van rechtseenheid, kan ook negatieve, meer praktische gevolgen hebben die om een oplossing vragen. Gezegd lijkt te mogen worden dat het bestaan van rechtseenheid onvoldoende prikkelt tot zorgvuldig preprocesueel gedrag.⁴ Het gebrek aan rechtszekerheid lijkt tot gevolg te kunnen hebben dat de buitengerechtelijke schadeafwikkeling niet altijd efficiënt verloopt.⁵ De beslissingsruimte van de rechter ten aanzien van de vaststelling van smartengeld laat partijen (slachtoffers en daders, hun belangenbehartigers, hun verzekeraars) evenzoveel ruimte.⁶ Deze rechtsonzekerheid lijkt ruimte voor onderhandeling te creëren.⁷ Tijdens deze buitengerechtelijke onderhandelingen van personenschadeclaims kunnen 'coördinatieproblemen'⁸ ontstaan tussen de betrokkenen.⁹ Daaronder zijn alle problemen te verstaan die een voortvarende en soepele afstemming van de betrokken individuele belangen, doelen en informatie in verband met de schadeafwikkeling doorkruisen.

Als eerste – overkoepelend – probleem noemt Weterings het 'onderhandelingsproces' an sich dat vaak onnodig competitief lijkt te worden benaderd. Partijen lijken vaak een keuze te maken voor competitief onderhandelen en streven daarbij maximale winst voor zichzelf na, vooral omdat onduidelijk is wat de wederpartij zal doen, het recht onvoldoende heldere (scherpe)

4 Zie over de visie dat rechtsregels gezien kunnen worden als prikkels die menselijk gedrag kunnen beïnvloeden nader Faure en Van den Bergh (1989, nrs. 13 e.v.) en zie Visscher 2005 (p. 189-269) voor een rechtseconomische analyse van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding. Zie over de verhouding tussen rechtseconomie en recht onder meer Van Dam 1991, p. 209; Hartlief 1997, p. 21 en Nieuwenhuis 1997, p. 31 e.v.

5 De term efficiëntie doelt in de rechtseconomische theorie op de optimale verhouding tussen maatschappelijke baten en maatschappelijke lasten, waarbij deze baten en lasten in economische termen worden vertaald. Efficiëntie wordt dan gezien als het maatschappelijke doel en het recht als een instrument om dit doel te bereiken. Vgl. Hol 1991, p. 130.

6 Vgl. Weterings 2004, p. 34-38.

7 Weterings 2004, p. 25 e.v. Naar de mening van Lindenbergh valt het met dit 'onderhandelen' wel mee. De meest tijd- en geldroevende activiteit in de praktijk is zijns inziens het vaststellen van doorgaans feitelijke uitgangspunten. Lindenbergh 2005, p. 20. Weterings lijkt een ruime opvatting van onderhandelingsactiviteiten te hebben. Zo lijkt het komen tot aanvaardbare feitelijke uitgangspunten reeds de nodige 'coördinatieproblemen' te kunnen opleveren. Zie verder Weterings 2008, p. 143, alwaar Weterings de vaststelling van de hoogte van schadevergoeding als meest problematische aspect van de afwikkeling van letselschadegevalen noemt. Weterings vindt dit ook logisch. Het gaat om vijf tot tien punten en iedere post kan aanleiding geven tot discussie. De onderdelen zijn vaak omvangrijk en schroeven de totale schadeomvang aanzienlijk op, zodat zij door beide partijen kritisch worden bekeken.

8 Het begrip 'coördinatie' ziet hier op de afstemming van individuele doelen, belangen en informatie van de bij het buitengerechtelijke onderhandelingsproces betrokken personen of gremia. Zo bezien is het doel van coördinatie om tot overeenstemming aangaande de (eventuele) schadevergoeding te geraken, ondanks het (aanvankelijke) geschil omtrent aard en omvang van de aansprakelijkheid en de schade. Weterings 2004, p. 3 e.v.

9 Weterings ziet acht beren op de weg (Weterings 2004, p. 63-98), zie hierna.

normen geeft en partijen de nodige onderhandelingsvaardigheid ontberen. Een tweede coördinatieprobleem kan ontstaan doordat partijen positioneel onderhandelen. Dat wil zeggen dat zij extreme openingsposities innemen (waarmee zij, door het aanhouden van ruime marges, wisselgeld denken te creëren), pressiemiddelen gebruiken, nauwelijks bereid zijn tot concessies en minimale informatie verstrekken, die bovendien nog al eens gekleurd is. Doorgaans wordt bij deze wijze van onderhandelen een resultaat bereikt dat een compromis is tussen de tegenoverliggende standpunten ('de gulden middenweg'). Ten derde neigen partijen naar (enkel) distributief onderhandelen, tegenover (mede) integratief onderhandelen. In situaties waarin uitsluitend distributief wordt onderhandeld betekent de winst voor de een, verlies voor de ander. Dit terwijl partijen naast tegengestelde belangen wellicht ook gemeenschappelijke belangen kunnen hebben, bijvoorbeeld bij een spoedige afwikkeling. Als vierde coördinatieprobleem kan overmatig optimisme worden genoemd. Onderhandelingsgedrag wordt in belangrijke mate bepaald door de inschatting door partijen van de kans op succes en doorgaans schatten zij hun winstkansen (toren)hoog in. Dit verkleint echter de bereidwilligheid om te schikken. Als vijfde coördinatieprobleem kan de asymmetrische verdeling van informatie worden genoemd. Zo heeft het slachtoffer doorgaans meer informatie over zijn letsel en de daarmee verband houdende schade en beschikken de schadeveroorzaker en diens verzekeraar doorgaans over meer informatie aangaande de toedracht van het ongeval en de aansprakelijkheid. Een zesde coördinatieprobleem is de mogelijk moeizame communicatie tussen betrokkenen. Negatieve emoties of persoonlijke conflicten kunnen de onderhandelingen belemmeren. De doorgaans onevenwichtige machtsbalans is een zevende coördinatieprobleem. Zo is er geen neutrale derde, bijvoorbeeld een rechter of arbiter, aanwezig bij de schikkingsonderhandelingen. De verzekeraar en (de advocaat van) het slachtoffer hebben zelf de touwtjes in handen. De aansprakelijkheidsverzekeraar zal doorgaans meer macht hebben, ook omdat hij minder te verliezen heeft. Ook zal de verzekeraar als (vaak) enige 'repeat player' in de onderhandelingen meer deskundigheid en ervaring hebben. Een mogelijk eigen, afwijkend belang van de (eventuele) belangenbehartiger kan als achtste coördinatieprobleem worden genoemd. De belangenbehartiger kan zowel positieve als negatieve invloed op de letselschadeafwikkeling hebben. Hij kan bijvoorbeeld kiezen voor een verkeerde (competitieve) insteek ingegeven door zijn reputatie, eigen financiële belangen of andere motieven.

De verbetering van de buitengerechtelijke schadeafwikkeling is vanuit dit perspectief vanzelfsprekend gericht op het wegnemen van de hiervoor genoemde coördinatieproblemen.¹⁰ Het inkaderen van de onderhandelingsruimte

10 Naast de theorie van Weterings bestaan andere theorieën over het ontstaan van (transactie)kosten bij de afwikkeling van schade, zie hierover Barendrecht, Van Zeeland, Kamminga & Tzankova 2004, p. 16-28. De materiële normering van schadevergoeding wordt evenwel steeds genoemd als aantrekkelijke optie om de transactiekosten van het aansprakelijkheids-

voor partijen vormt een mogelijke oplossing. Het ontwerpen van meer of scherpere normen teneinde ter zake van een bepaald onderwerp meer duidelijkheid te scheppen kan hiertoe bijdragen. Een onderscheid kan hierbij worden gemaakt tussen materiële en procedurele normering.

De voornaamste redenen om te pleiten voor enige vorm van coördinatie of afstemming van smartengeldvaststellingen, of deze vaststellingen nu in rechte of buitengerechtelijk geschieden, zijn het ontbreken van voldoende waarborgen voor de rechtseenheid bij de huidige rechterlijke vaststelling van smartengeld, en een (mede) daardoor veroorzaakt gebrek aan efficiëntie in zowel het buitengerechtelijke als het rechterlijke traject. Een rechtersregeling op het terrein van de vaststelling van smartengeld, in de vorm van een materiële normering, zou het hoofd kunnen bieden aan de rechtsoneenheid en inefficiëntie.¹¹ De efficiëntie van de gerechtelijke afwikkeling van procedures staat ook al enige tijd in de belangstelling.¹² Efficiënter lijkt in dit kader vooral sneller (en wellicht daardoor goedkoper) te betekenen.¹³

4.1.2 Coördinatie wenselijk

De schade die smartengeld geacht wordt te vergoeden laat zich niet rechtstreeks in geld uitdrukken. In rechtseconomisch jargon: er bestaat geen markt voor dergelijke verliezen.¹⁴ Bij gebrek aan marktprijzen, anders gezegd: bij gebrek aan objectieve factoren om bij aan te knopen, ligt de conceptuele basis voor de bepaling van de hoogte van smartengeld door de rechter vooralsnog in gevalsvergelijking.¹⁵ De eis van rechtsgelijkheid brengt ook mee dat binnen een groep soortgelijke smartengeldgevallen, gelijke smartengeldbedragen dienen te worden toegekend, en het brengt tevens mee dat in voldoende mate moet worden gedifferentieerd in de hoogte van de bedragen indien daarvoor gronden kunnen worden aangewezen. Cane:

en schadevergoedingsrecht te verlagen (Barendrecht, Van Zeeland, Kamminga & Tzankova 2004, p. 132-142).

11 Lindenberg 1998, p. 272; Verhey 2002, p. 4-5; Snijders 2005, p. 1.

12 Dubbink 1980, p. 92 besteedt als een van de eerste aandacht aan dit fenomeen.

13 Zo kent de Wet herziening eerste aanleg als doelstellingen onder meer dat partijen daadwerkelijk voortvarend te werk gaan, dat geschillen in een vroeg stadium uit de verf komen en dat uitstellen worden beperkt. Wet tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg van 6 december 2001, Stb. 2001, 580, Kamerstukken I 2001/02, 26 855, I nr. 16, p. 7.

14 Cane 2006, p. 163.

15 HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw); HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714; VR 1992, 133 m. nt. vWvC (AMC/O). Overigens werd gevalsvergelijking in de lagere rechtspraak niet altijd als de juiste conceptuele basis ter bepaling van de hoogte van smartengeld gezien. Vgl. Rechtbank Amsterdam 7 maart 1972, VR 1973, 57; Hof Amsterdam 26 juni 1974, VR 1975, 83.

‘Even if we cannot, in any objective sense, say what a leg or an arm is worth, it should at least be the case that a leg today is worth the same (in real terms) as a leg tomorrow; that an arm must be worth more than a hand; a hand more than a finger; two legs more than one; and so forth.’¹⁶

Het vaststellen van wat gelijk is, stelt de rechter echter voor een probleem. Geen geval is gelijk, zo kan worden betoogd. Om gevallen toch te kunnen vergelijken, is het noodzakelijk om ze, in de woorden van Hondius, over een kam te scheren.¹⁷ De aanwijzing van de wetgever dat de rechter bij de vaststelling van de omvang van smartengeld rekening dient te houden met ‘alle omstandigheden van het geval’ kan nauwelijks als richtinggevend gelden.¹⁸ De 17.531 euro die een mesotheliomslachtoffer uit het Asbestfonds kan krijgen,¹⁹ of de 10.000 euro die is genoemd als affectieschadevergoeding,²⁰ vormen een duidelijker aanknopingspunt.²¹ Tegen de laatste benaderingen pleit dat zij geen ruimte voor differentiatie laten.²² Bovendien lijken smartengeldgevallen niet over een kam te kunnen worden geschoren. Immers, steeds wordt de schade waar het hier om gaat door gelaedeerden verschillend ervaren. Ronse:

‘Een sportieve man zal meer lijden door het bewustzijn van zijn fysieke onvermogen dan een man die zijn lichaamskrachten slechts gebruikt om naar zijn kantoor te gaan en er een zittend leven te lijden. De ontsiering van het gelaat of lichaam van een danseres groter dan bij een huisvrouw, de blindheid van een kunstschilder dan een goede amateur, het verlies van de stem groter nadeel bij een zanger dan een schilder.’²³

In dit licht wordt verdedigd dat er geen sprake kan zijn van het gebruik van een vaste maatstaf, noch bij de vaststelling van de schade, noch bij de waardering met het oog op de omvang van het smartengeld. Ook vaste tarieven voor gelijke schadebepalende factoren zijn in deze opvatting uitgesloten.²⁴ Enig ingrijpen ten behoeve van de rechtsgelijkheid, bijvoorbeeld door de wetgever, werd en wordt dan ook niet steeds even wenselijk geacht. Van Opstall:

‘Deze verschillen zijn m.i. een noodzakelijk gevolg van de aard van deze soort ‘vergoedingen’. Een wettelijk vastgesteld tarief dat bv. zou zijn gebaseerd op de aard en/of de ernst van het letsel, zou m.i. verwerpelijk zijn: het zou een voor alle

16 Cane 2006, p. 167.

17 Hondius 2002, p. 84.

18 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377 en MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 380.

19 Genoemd bedrag geldt voor 2009. Jaarlijks vindt een indexering plaats.

20 Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 5.

21 Hondius 2002, p. 84.

22 Vgl. Giesen, Barendrecht en Kamminga 2001, p. 149-150.

23 Ronse 1954, p. 431.

24 Ronse 1954, p. 431.

onder een bepaalde categorie van het tarief te rangschikken gevallen een gelijke slag in de lucht behelzen en daardoor de algemene willekeur van de wetgever in de plaats stellen van die van de rechter die ingevolge zodanig tarief niet meer met de bijzonderheden van elk onder een bepaalde categorie te rangschikken geval zou kunnen rekening houden.²⁵

Dit lijkt overtuigend, maar is het niet. Appels kunnen heel goed met peren vergeleken worden, bijvoorbeeld op vorm, smaak en prijs. De relevante vraag is, welke omstandigheden van het geval een juist beeld geven van de immateriële schade, en daarover kan wel weer discussie bestaan. De vrijetijdsbesteding of het beroep van de benadeelde kan bijvoorbeeld een uiterst belangrijke schadebepalende factor blijken. Lindenbergh concludeert dan ook:

‘Wil men werkelijk ernst maken met een (...) vergelijking, dan brengt dat mee dat een zekere consensus zal moeten worden bereikt ten aanzien van de relevantie van een beperkt aantal factoren dat bepalend is voor tenminste een groot gedeelte van het smartengeldbedrag.’²⁶

Hiermee verband houdt de vraag hoe precies het beeld van de geleden schade van de benadeelde dient te zijn. Smartengeld biedt uit zijn aard compensatie, maar ook genoegdoening, erkenning of rechtshandhaving (ex-post) op een tamelijk abstract niveau. Bovendien lijkt een benadeelde niet gebaat bij een exacte analyse van zijn situatie.²⁷ Voorkomen dient te worden dat de benadeelde ten tweede male op de pijnbank komt te liggen. Het gevaar van secundaire victimisatie ligt op de loer.²⁸ Een vaststelling van smartengeld aan de hand van objectieve factoren met daarin ruimte voor geobjectiverde subjectieve omstandigheden dient in letselschadegevallen mijns inziens dan ook voorop te staan, dit in lijn met hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest van 20 september 2002 heeft bepaald (zie hierover paragraaf 3.13.1).²⁹

25 Hofmann Van Opstall 1976, p. 180.

26 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 233.

27 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 222.

28 Zie over ‘secundaire victimisatie’ Huver, Van Wees, Akkermans & Elbers 2007, p. 30-37. Het lijkt overigens ook denkbaar dat juist de gelaedeerde zijn situatie zo exact mogelijk voor het voetlicht wil hebben, niet alleen met het oog op zijn uiteindelijke vergoeding, maar ook om de laedens (of zijn verzekeraar) ervan te doordringen in wat voor kommervolle positie hij is komen te verkeren. Deze benadeelde dient soms ook tegen zichzelf in bescherming te moeten worden genomen, vgl. A-G Spier in zijn conclusie (onder 4.55.2) voor HR 4 mei 2007, *RvdW* 2007, 496 (X./De Staat, de Gelderse Roos en de Gelderse Vallei e.a.).

29 Vgl. Vranken in zijn noot onder HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 (Erven Beentjes/Lokhorst); vgl. Tjittes 2003c, p. 151-152.

4.1.3 Literatuur

De heersende opvatting in de literatuur is dat de vaststelling van smartengeld in letselschadegevallen in aanmerking kan komen voor enigerlei vorm van coördinatie, waaronder kan worden verstaan iedere activiteit die erop is gericht gerechtelijke en/of buitengerechtelijke vaststellingen van smartengeld onderling met elkaar in overeenstemming te doen zijn.³⁰ Sterker, coördinatie wordt wenselijk geacht, en is volgens sommigen zelfs noodzakelijk (zie ook paragraaf 1.5). Salomons, Bloembergen, Eykman en Van Veen hebben reeds eerder voorstellen gedaan.³¹ Lindenbergh pleit er voor om, gelijk het Engelse systeem (zie hierna paragraaf 4.3.2), met behulp van een commissie van deskundigen te komen tot een min of meer globale waardering van de mate waarin verschillende soorten letsels moeten worden geacht nadeel mee te brengen voor het slachtoffer. Vervolgens zouden, mede aan de hand van bestaande jurisprudentie, per type letsel richtbedragen met zekere marges kunnen worden bepaald, waarbinnen naar gelang de aanwezigheid van meer bijzondere omstandigheden in concrete gevallen een nadere afstemming zou kunnen plaatsvinden.³² Giesen pleit voor een meer activistische rechter naar model van het Engelse Court of Appeal (paragraaf 4.3.2.3).³³ Snijders, Teuben en Verheij zetten in op enige vorm van rechterlijke samenwerking,³⁴ waaronder wordt verstaan 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. Hondius stelt eveneens dat de rechtvaardigheid en efficiëntie om normering vragen (hij gebruikt de term 'normalisatie'). Een voorkeur voor een bepaalde methode spreekt hij niet uit. Op termijn ziet Hondius overigens ook mogelijkheden om te komen tot één genormeerde Europese benadering van de vaststelling van schadevergoeding (hij spreekt in dit verband van een

30 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. Onderzoek onder slachtoffers en naasten naar het idee van normering van smartengeld levert voornamelijk een verdeeld beeld op. Er zijn zowel voorstanders ('Dan is het meer transparant voor mensen') als tegenstanders ('De ene z'n hoofdpijn is de ander z'n migraine niet'). Huver, Van Wees, Akkermans & Elbers 2007, p. 74-75. Ten aanzien van de vergoeding voor affectieschade lijken naasten en nabestaanden een voorkeur te hebben voor een variabel bedrag. Enige onderzoeksresultaten (die zich evenwel moeilijk laten generaliseren) uit België wijzen op een voorkeur voor genormeerde bedragen van naasten en nabestaanden aldaar. Akkermans e.a. 2008, p. 84 e.v.

31 Salomons, 1978, p. 129, Bloembergen 1978, p. 702, Eykman 1981, p. 461-465, Van Veen 1979, p. 122-124, 1982, p. 123-124, 1985, p. 125-163.

32 Lindenbergh 1998, p. 244.

33 Giesen 2001, p. 120.

34 Verheij 2002, p. 5; Snijders 2002, p. 120-121; Teuben 2004, p. 10.

‘normalisatie van de normalisatie’).³⁵ Kamminga en Weterings zijn eveneens voorstanders van normering. Zij zien een rol voor de Raad voor de Rechtspraak als ‘aanjager en actieve procesbegeleider’ bij het verzorgen van de totstandkoming van normbedragen met bandbreedtes voor smartengeld.³⁶ Vranken is eveneens een voorstander van normering.³⁷ Een behoefte aan coördinatie moge ook blijken uit de vele concrete voorstellen die in binnen- en buitenland zijn gedaan. De rechtsvergelijking vormt met de vele voorstellen tot coördinatie die in de Nederlandse literatuur zijn gedaan ook een peiling naar de behoefte aan enige vorm van coördinatie van de vaststelling van smartengeld.³⁸ De na te streven doelen zijn steeds gelijk: rechtseenheid en efficiëntie. De verwachte uitstralingseffecten 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.³⁹ In dit hoofdstuk worden de mogelijkheden tot verdere coördinatie van de vaststelling van smartengeld besproken.

4.2 PLAN VAN BEHANDELING

In paragraaf 4.3 volgt een rechtsvergelijking. Aan bod komen vormen van coördinatie die in België, Engeland, Frankrijk en Duitsland ingang hebben gevonden. Ook is er enige aandacht voor het debat over de vaststelling van *damages* voor *pain and suffering* in de Verenigde Staten. Duidelijk zal worden dat in de verschillende Europese jurisdicties steeds dezelfde problemen aan het licht komen ten aanzien van de inhoud en de wijze van totstandkoming van enige vorm van coördinatie, en bovendien zal duidelijk worden dat lichtvoetig met een aantal van deze problemen wordt omgesprongen. Het gaat daarbij om de positie van de rechterlijke macht ten opzichte van de wetgever en om de juridische binding aan de coördinatieoplossingen. In paragraaf 4.4 worden enige in de literatuur voorgestelde smartengeldformules besproken.

35 Hondius 2002, p. 84 en 89. In dit verband kan worden gewezen op de ‘Europese Schaal Ter Bepaling van de Graad van Lichamelijke en Geestelijke Invaliditeit’. Deze Europese schaal is sinds 1 januari 2006 de verplichte referentie bij de evaluatie van ongevallen en beroepsziekten van ambtenaren van de Europese Gemeenschap. De verwachting van de opstellers van de schaal is dat een aanzienlijk aantal schadedossiers beoordeeld zal worden aan de hand van deze schaal, en dat zij snel een referentie zal zijn voor ieder geschil over de waardering van letselschade. Het is volgens de opstellers dan ook wenselijk dat deze Europese schaal in de toekomst verder kan uitgroeien tot een nuttig ‘werkinstrument’ bij de behandeling en de medische beoordeling van lichamelijke schade in het algemeen. Zie verder Clauwaert 2007, p. 10-12; zie kritisch over deze schaal Price 2004, p. 102-104.

36 Kamminga & Weterings 2003, p. 119-120.

37 Vranken 2003, p. 33.

38 Vgl. Barendrecht 2005, p. 337.

39 Sniijders 2002, p. 120-121.

In paragraaf 4.5 komen enige rechtseconomische concepten ter vaststelling van immateriële schade aan bod. In de paragraaf 4.6 en opvolgende paragrafen wordt aan de hand van de bevindingen uit de eerdere paragrafen een aantal aspecten met betrekking tot de mogelijke verdere coördinatie van smartengeldvaststellingen nader beschouwd. Paragraaf 4.7 en 4.8 zien op de mogelijkheid tot rechterlijke samenwerking op het gebied van de vaststelling van smartengeld. In paragraaf 4.9 volgt de slotbeschouwing.

4.3 RECHTSVERGELIJKING

Het ontbreken van voldoende garanties voor een consistente wijze van vaststellen van smartengeld heeft in een aantal Europese landen geleid tot een coördinatie van rechterlijke smartengeldbeslissingen. Diverse oplossingen zijn voorgesteld die onder het begrip 'rechterlijke samenwerking' gevat kunnen worden, althans onder het begrip 'coördinatie van rechtspraak', althans onder het begrip 'coördinatie'. Zo kennen België en Engeland elk, in meer of mindere mate van de Nederlandse situatie afwijkende, gecoördineerde mechanismen ter vaststelling van smartengeld die naast hun stelsel van rechtsmiddelen, het beslissen in meervoudige kamers en het raadplegen van verzamelingen jurisprudentie bestaan. In deze twee landen zijn oplossingen geïmplementeerd door andere gremia dan de wetgever, binnen de bestaande wettelijke kaders. Deze oplossingen zijn geaccepteerd door de respectieve nationale rechtbanken. De mechanismen vergroten de onderlinge samenhang tussen uitspraken en daarmee de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, zonder de discretionaire bevoegdheid van de rechter aan te tasten, en zonder te tornen aan een acceptabel niveau van concrete begroting in individuele gevallen. In de hierna volgende paragrafen worden deze mechanismen op hun merites beoordeeld. Meer in het bijzonder wordt hun toepasbaarheid voor de Nederlandse situatie bezien. De inrichting van de rechterlijke organisaties verschilt aanzienlijk per land. Een analyse van deze verschillen komt minder zinvol voor. Wel wordt bezien of de inrichting van de rechterlijke organisatie in Nederland ruimte biedt om tot een vergelijkbare wijze van coördinatie te kunnen komen als die van de besproken landen.

Zowel Engeland als België kent enige vorm van (rechterlijke) coördinatie van (immateriële) schadevergoeding. Engeland kent de door de Judicial Studies Board vastgestelde 'Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases'⁴⁰ (hierna: de *JSB-richtlijn*). België kent de door het Nationaal Verbond van Magistraten en het Koninklijk Verbond van de Vrede- en Politie-rechters opgestelde 'Indicatieve tabel.'⁴¹ De wijze van vaststelling van smartengeld in België en de wijze van vaststelling in Engeland zijn voorbeelden van twee normaaltypen van coördinatie van (rechterlijke) smartengeldvaststel-

40 Judicial Studies Board 2008.

41 Indicatieve tabel 2008.

lingen. België kent voor wat betreft de vaststelling van smartengeld in essentie een invaliditeitsscoringsysteem met bijbehorende waardetabellen. Engeland kent een precedentenbenadering. Vormen van deze twee typen kunnen in meerdere Europese landen worden gevonden.⁴² Bovendien kent Engeland met het Court of Appeal een zeer activistische rechter. Dit hof heeft zichzelf een belangrijke taak toebedeeld ten aanzien van de coördinatie van de rechtspraak met betrekking tot de vaststelling van smartengeld. Zo beïnvloeden de uitspraken van het Court of Appeal direct de inhoud van de *JSB-richtlijn*.

Ook is er aandacht voor de coördinatie van rechtspraak in Frankrijk en Duitsland. Frankrijk kent de '*méthode calcul au point*', een door de rechterlijke macht ontwikkelde methode om smartengeld te kunnen waarderen. Ook dit is een invaliditeitsscoringsysteem. De vaststelling van de omvang van de immateriële schade geschiedt aan de hand van het '*barème indicatif des déficit fonctionnelles séquellaires en droit commun*'. De uiteindelijke hoogte van het smartengeld wordt vastgesteld aan de hand van bijbehorende waardetabellen (de rechterlijke '*calcul au point*'-tabellen). De vaststelling van schadevergoeding in Duitsland vertoont grote gelijkens met die in Nederland. Ook het Duitse systeem ten aanzien van de vaststelling van smartengeld is in essentie een precedentenbenadering. De Franse en Duitse situatie zijn interessant om te vergelijken omdat het Nederlandse schadevergoedingsrecht in belangrijke mate is gebaseerd op componenten van zowel het Franse als het Duitse systeem. In Frankrijk geldt evenwel ten aanzien van de vaststelling van smartengeld een systeem dat behoorlijk afwijkt van het Nederlandse systeem. Het Duitse systeem is in wezen gelijk aan het Nederlandse.

Het gaat hierna vooral om het in kaart brengen van de verschillende conceptuele benaderingen. In het onderhavige hoofdstuk wordt daarom voor een ruime (negatieve) definitie van immateriële schade gekozen. Een dergelijke werkdefinitie maakt het mogelijk om verschillende binnen- en buitenlandse voorstellen en oplossingen ten aanzien van de vaststelling van smartengeld te onderzoeken en te beoordelen op bruikbaarheid voor de Nederlandse situatie, zonder al te veel gehinderd te worden door de verschillende invullingen van het schadebegrip in het concrete geval.⁴³ Onder 'ander nadeel dan vermogensschade' wordt in het navolgende verstaan een vermindering of schade aan een persoon die niet zijn vermogen in economische zin raakt en voor welke schade het onmogelijk is een vergoeding vast te stellen op een objectieve manier tegen de achtergrond van een markt.⁴⁴ Wat resteert, is een

42 Vgl. Commandé 2006, p. 247; Rogers 2001 p. 246.

43 Vgl. Commandé 2006 p. 247.

44 Vgl. Rogers 2001, p. 246 Niet-vermogensschade is: 'loss which is not damage to a person's assets or wealth or income and which is therefore incapable of being quantified in any objective financial manner by reference to a market. What remains, however, is a very broad field. It covers, for example, not only physical bodily injury and injury to physical and mental health, except in so far as these matters produce loss of income or generate expenses (...) but also anxiety and mental distress.'

breed terrein van mogelijke immateriële schadeposten. Dit terrein beslaat bijvoorbeeld vanuit Nederlands perspectief niet alleen de immateriële schade als gevolg van lichamelijk of geestelijk letsel, maar ook de immateriële schade als gevolg van andere aantastingen in de persoon. In het navolgende zal evenwel de nadruk liggen op de coördinatie van de vaststelling van smartengeld in gevallen van lichamelijk en geestelijk letsel. De gevallen waarin niet het letsel het aanknopingspunt vormt voor de vaststelling van de schade, maar een andersoortige aantastingen in de persoon worden verder niet behandeld.

4.3.1 België

4.3.1.1 *Totstandkoming Indicatieve tabel*

In oudere Belgische literatuur wordt gewezen op de mogelijkheid tot ‘tarifiering’ van smartengeld.⁴⁵ Hieronder wordt ook begrepen de tarifiering door iedere rechter voor zich. Van enige daadwerkelijke coördinatie van rechtspraak, buiten het concrete geval om, lijkt eerst sprake met de verschijning van de Indicatieve tabel. De ontstaansgeschiedenis van de Indicatieve tabel gaat zo’n dertig jaar terug. Het Koninklijk Verbond van de Vrede- en Politierechters stelt in 1977 een eerste, ongepubliceerde tabel op. Deze tabel is gericht op de vergoeding voor gebruiksderiving van voertuigen. In de jaren daarop raken meer informele tabellen in zwang bij de verkeerskamers van de hoven van beroep en de rechtbanken in eerste aanleg. Eerst in 1991 volgt een actualisatie van de tabel uit 1977. Nieuw in de tabel is de vergoeding voor ‘morele schade bij tijdelijke arbeidsongeschiktheid’. De tabel geeft een richtbedrag dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan worden aangepast.⁴⁶ De tabel vermeldt niet welke omstandigheden aanpassing zouden kunnen wettigen. Sterker, elke vorm van toelichting of commentaar ontbreekt. De literatuur heeft vooral kritiek op de onderbrenging van de vergoeding van ‘morele schade’ bij de begroting van voertuigschade.⁴⁷ De onderbrenging wordt beschouwd als een devaluering van menselijk leed.

Een belangrijke stimulans voor het ontstaan van een nationale ‘Indicatieve tabel’ is de invoering van artikel 601bis Gerechtelijk Wetboek.⁴⁸ Sinds 1 januari 1995 zijn op grond van art. 601bis Gerechtelijk wetboek in verkeerszaken in eerste aanleg de politierechtbanken in plaats van de rechtbanken in eerste

45 Vgl. bijvoorbeeld Ronse 1954, p. 497, maar vergelijk ook zijn uiteenzetting op p. 498: ‘De rechtbanken hebben (...) niet eens en voorgoed het verlies van een lid, of een bepaalde invaliditeitsgraad, of het verlies van een familielid op forfaitaire wijze getarifeerd. Dit ware inderdaad een barbaarse afwijking van de regel van het concrete herstel.’

46 Zeshonderd Belgische francs (€14,87) per dag.

47 De Temmerman De Kezel 2002, p. 104.

48 601bis bepaalt: ‘De politierechtbank neemt kennis van alle vorderingen tot vergoeding van schade ontstaan uit een verkeersongeval, ongeacht het bedrag.’

aanleg bevoegd. De rechtbanken worden bevoegd in hoger beroep (de hoven van beroep waren dat voorheen).⁴⁹ De wetswijziging was noodzakelijk om achterstanden bij de hoven van beroep weg te werken. De toename van het aantal rechtsprekende instanties, in eerste aanleg een stijging van tien en in hoger beroep een stijging van 22, deed het belang van eenheid van rechtspraak extra gevoelen (er zijn in België 37 politierechtbanken, 27 rechtbanken in eerste aanleg en vijf hoven van beroep).⁵⁰

In 1994 wordt door het Nationaal Verbond van Magistraten van Eerste Aanleg en het Koninklijk Verbond van de Vrede- en Politierichters een werkgroep ingesteld die als opdracht mee kreeg de tarieven voor gebruiksderiving van voertuigen te actualiseren. Bovendien moest zij een indicatieve lijst opstellen met forfaitaire bedragen voor vaak voorkomende schadeposten. De voorzitters van de hoven en de rechtbanken werden door de werkgroep verzocht informele indicatieve lijsten aan de werkgroep toe te sturen. Aan de hand van deze lijsten, gepubliceerde rechtspraak en rechtspraakoverzichten werd door de werkgroep een aantal rubrieken opgesteld. Deze rubrieken werden voor commentaar aan de voorzitters voorgelegd. Ten slotte werden de definitieve lijsten met daarop forfaitaire schadevergoedingen en forfaitaire kosten voor gebruiksderiving bekrachtigd door beide organisaties. Deze gang van zaken heeft uiteindelijk geleid tot de eerste Indicatieve tabel. Deze tabel was feitelijk niet meer dan een samenvoeging van bestaande tabellen. Zij gaf een niet uitputtende opsomming van gebruikelijke materiële en immateriële schadeposten. Eens in de twee jaar zou de in 1995 gepubliceerde tabel worden herzien, maar dat blijkt niet geheel te lukken.

Eind 1997 werd door het Nationaal Verbond van Magistraten van Eerste Aanleg samen met het Koninklijk Verbond van de Vrede- en Politierichters een aantal workshops ter evaluatie van de eerste Indicatieve tabel georganiseerd. Naast rechters waren ook academici, advocaten en schaderegelaars van verzekeringsmaatschappijen vertegenwoordigd. Het resultaat van de workshops werd door een groep rechters geëvalueerd en verwerkt in de tweede (in 1998 verschenen) Indicatieve tabel. Eind 2000 kwam een derde versie van de Indicatieve tabel in voorbereiding. Bij deze voorbereiding werden artsen en een actuaaris betrokken, evenals een aantal leden van de 'Werkgroep Evalua-

49 Art. 568 Gerechtelijk wetboek.

50 Zo was de inwerkingtreding van art. 601bis voor de Gentse rechters bij de (politie)rechtbanken aanleiding hun 'Referentiebarema voor vergoeding van lichamelijke schade' te publiceren. Eerder, voor de inwerkingtreding van art. 601bis, had het Hof van beroep Antwerpen zijn (informele) tabellen geopenbaard. Enkele maanden later werd zij gevolgd door de rechtbank van eerste aanleg aldaar. Zie De Temmerman & De Kezel 2002, p. 104.

tie Menselijke Schade'.⁵¹ In 2001 is de derde versie openbaar gemaakt. De vierde versie dateert van mei 2004. De vijfde versie is van oktober 2008.⁵²

4.3.1.2 Doel Indicatieve tabel

De Indicatieve tabel heeft als centrale doelstelling het bevorderen van eenvoudigheid van de rechtspraak. Daarbij is getracht de juridische benadering van het schadebegrip en de 'schadeculturen' in Vlaanderen en Wallonië te verenigen, er is ook gestreefd naar een zo groot mogelijke harmonisatie van de rechtspraak binnen de gerechtelijke arrondissementen van de hoven van beroep en binnen de kamers van de rechtbanken. In het verleden kwamen geregeld onverklaarbare verschillen naar voren in vergelijkbare gevallen. De Indicatieve tabel kent daarnaast een proceseconomische doelstelling. Zij tracht de efficiëntie van de afwikkeling van geschillen te verhogen. De Indicatieve tabel dient discussies tussen partijen (en hun verzekeraars) over mogelijk te vergoeden schadeposten en de omvang van de vergoeding te vermijden. De genoemde doelstellingen moeten worden verwezenlijkt door de normerende werking die van de tabel kan uitgaan.⁵³

4.3.1.3 Inhoud Indicatieve tabel

De Indicatieve tabel bevat een overzicht van de meest voorkomende schadeposten in geval van personenschade en van de hoogte van de vergoedingen. In essentie steunt de Indicatieve tabel op de kwantificering van lichamelijk letsel. Deze kwantificering wordt verricht door arts-deskundigen, aangesteld door de rechter of door de partijen. Deze arts-deskundigen bepalen de graad van tijdelijke en blijvende invaliditeit, de graad van arbeidsongeschiktheid, de graad van pijn en de graad van esthetische schade. Aan de hand van deze kwantificeringen kan de rechter de omvang van een aantal vergoedingen bepalen. Frankrijk kent op onderdelen een vergelijkbaar systeem (zie paragraaf 4.3.3).

In de Indicatieve tabel is een aantal, hierna te bespreken posten, genormeerd. Sommige schadeposten zijn opgenomen zonder nadere normering van

51 Een door de Katholieke Universiteit Leuven opgerichte werkgroep. Zij dicht zichzelf vier functies toe: motor voor een vernieuwing, scholings- en ontmoetingscentrum voor al de deskundigen die tot deze vernieuwing wensen bij te dragen, studiegroep voor alle onopgeloste vraagstukken en voor het bijhouden van de evolutie, in het algemeen een groep die zorgt voor het beschermen en informeren van de beschadigde mens, door evaluatie van de opgelopen schade, <<http://med.kuleuven.be/cpg/wems.htm>>.

52 De tabel kent overigens een Nederlandstalige en een Franstalige versie. De initiatiefnemers en deelnemers aan de workshop zijn overwegend Nederlandstalig, zo ook de geraadpleegde rechtsliteratuur. Hetgeen tot kritiek van Franstalige zijde heeft geleid. Zie De Temmerman & De Kezel 2002, p. 105; zie *NJW* 2004, nr. 72 voor de Indicatieve tabel 2004; zie *NJW* 2008, p. 710-721 voor de Indicatieve tabel 2008.

53 Vgl. De Kezel en De Temmerman 2002, p. 114.

de vergoeding. In de opname als zodanig schuilt echter ook een zekere normering. De opstellers hebben zich namelijk tot doel gesteld een volledig overzicht te geven van de te vergoeden schadeposten in geval van personenschade. De totale schade lijkt in beginsel dan ook beperkt of genormeerd te zijn tot de in de Indicatieve tabel opgenomen posten en bedragen.⁵⁴

De Indicatieve tabel 2008 kent naast een voorwoord zeven delen. De slotbeschouwing bevat een uiteenzetting over de begrippen 'schade en schade-loosstelling' en een enkel woord over een mogelijke indeling van soorten 'menselijke' schade. Het voorwoord van de tabel uit 2004 bevat een korte gebruiksaanwijzing van de Indicatieve tabel en noemt een aantal belangrijke beperkingen:

[1] Wanneer het slachtoffer het bestaan en de omvang van zijn schade met rechterlijke zekerheid kan aantonen en begroten, bevindt het zich buiten het toepassingsgebied van de Indicatieve tabel;⁵⁵

[2] Hierbij is aan te stippen dat het slachtoffer de kost van het herstel van de berokkende schade als schadeherstel kan vorderen. Ook in dat geval kan de Indicatieve tabel niet worden gehanteerd;⁵⁶

[3] Alleen wanneer het bestaan van schade rechterlijk zeker is, maar de omvang ervan niet *in concreto*, met rechterlijke zekerheid kan worden bepaald, is voorzichtig gebruik van de Indicatieve tabel gepast.'

De Indicatieve tabel is geen bindend voorschrift. Ze laat de 'soevereine beoordeling' van de feitenrechter ongemoeid. Inmiddels is er de Indicatieve tabel 2008. Aan de herziening van de Indicatieve tabel 2004 heeft een werkgroep twee jaar gewerkt. Haar leden waren afkomstig van de vereniging Ouders van verongelukte kinderen, de advocatuur, de verzekeringsmaatschappijen, de hoven van beroep, politierechtbanken en rechtbanken van eerste aanleg. De eindredactie bleef evenwel in handen van rechters als waarborg van onafhankelijkheid. Van Trimpont en Denoyelle (respectievelijk de voorzitter van Koninklijk verbond van vrede- en politierechter en de voorzitter Nationaal verbond magistraten in eerste aanleg) merken op dat de tabel geenszins het wondermiddel is bij schadebepalingen, maar slechts een middel om partijen bij hun onderhandelingen, en de magistraten bij hun beoordeling te helpen knopen door te hakken.⁵⁷

54 Vgl. De Kezel en De Temmerman 2002, p. 114.

55 Zie over stelplicht en bewijs in Nederland nader paragraaf 3.4.

56 Zie overigens in het bijzonder over de verhouding tussen redelijke kosten voor herstel en smartengeld in Nederland nader paragraaf 2.6.8.

57 Zie het voorwoord bij de Indicatieve tabel 2008, p. 710.

4.3.1.4 Immateriële schadeposten in de Indicatieve tabel

De zeven delen waaruit de Indicatieve tabel bestaat zijn: 'I Kosten en uitgaven', 'II Tijdelijke arbeidsongeschiktheid en invaliditeit', 'III Blijvende arbeidsongeschiktheid en invaliditeit', 'IV Overlijden', 'V Intrest en provisie'⁵⁸, 'VI Opdracht medische expertise' en 'VII Slotbeschouwingen'. In het navolgende zal er in het bijzonder aandacht zijn voor de delen II, III en IV, aangezien in die delen posten immateriële schadeposten zijn opgenomen. Zo bevat de post 'morele schade' in deel II naast 'pijn en smarten', onder meer alle 'courante' ongemakken met betrekking tot persoonlijke activiteiten in tuin, sport, hobby en het *pretium doloris*, tot de graad van 3 (lichte pijn) op een schaal van 7.⁵⁹ Noemenswaardig is ook de post 'meerinspanningen'. Deze schadepost wordt in deel II van de Indicatieve tabel omschreven als materiële schade. Deze schadepost lijkt evenwel ook een immateriële component te bevatten. Het gaat om de 'meerinspanningen' die niet concreet begrootbaar zijn, zo blijkt uit de toelichting.⁶⁰ Deze 'meerinspanningen' bij professionele werkzaamheden, die niet concreet zijn te begroten, dienen volgens de tabel te worden vergoed voor een bedrag van € 20,00 per dag naar rato van 100 % arbeidsongeschiktheid, te rekenen vanaf de datum van herintreding in het arbeidsproces.⁶¹ Ook de post 'verlies schooljaar' kent een immateriële component. Als vaststaat dat het slachtoffer als gevolg van de onrechtmatige daad een schooljaar heeft gemist, moet deze schade worden vergoed naast de materiële schade, waaronder een toekomstig financieel verlies (vertraging in de loopbaan). Voor de 'morele schade' als gevolg van het verlies van een schooljaar wordt voor de verschillende onderwijstypes steeds € 3.750,- toegekend.⁶²

Deel III van de Indicatieve tabel kent eveneens enkele immateriële schadeposten die bespreking verdienen. Bovendien kent zij een post 'materieel-moreel vermengd'. Zo worden de materiële en morele schade in geval van blijvende arbeidsongeschiktheid vergoed aan de hand van een tabel waarin de leeftijd

58 In het deel 'Intrest en provisie' geeft de Indicatieve tabel een globale toelichting over kapitalisatie en de toekenning van rente. Indicatieve tabel 2008, p. 717-718.

59 Een deskundig begroot het zogenaamde *quantum doloris* op een schaal van 1 tot 7 als volgt: 1/7 minieme pijn; 2/7 zeer lichte pijn; 3/7 lichte pijn; 4/7 middelmatige pijn; 5/7 ernstige pijn; 6/7 zeer ernstige pijn; 7/7 uitzonderlijk ernstige pijn. Tot graad 3 ontvangt de benadeelde 31 euro per dag hospitalisatie en 25 euro per dag zonder hospitalisatie bij 100% arbeidsongeschiktheid. Deze vergoeding bevat de voorzienbare fysieke smart verbonden met de fysieke integriteit waarvan de gevolgen vergelijkbaar zijn voor ieder individu. Wanneer het *pretium doloris* door een medische expert is vastgesteld en een graad van 4 of hoger kent, worden stapsgewijs hoger bedragen toegekend.

60 Indicatieve tabel 2008, p. 713.

61 De Indicatieve tabel spreekt van de datum vanaf het hernemen van de professionele activiteit.

62 Indicatieve tabel 2004, p. 5. Dit bedrag is in de Indicatieve tabel 2008 (p. 713) niet verhoogd.

van een slachtoffer is gekoppeld aan een bepaald bedrag.⁶³ De vergoeding voor blijvende arbeidsongeschiktheid en invaliditeit wordt dan bepaald aan de hand van het percentage 'ongeschiktheid' vastgesteld door de medisch deskundige. Rekening moet worden gehouden met de impact van het letsel op alle activiteiten van het slachtoffer. Deze bedragen worden gehalveerd als bij blijvende ongeschiktheid de materiële schade niet forfaitair wordt begroot, en de bedragen dus alleen zien op de immateriële schade. Ook in gevallen van blijvende invaliditeit, dit wil zeggen zonder 'meerinspanning' in het huishouden en het arbeidszame leven, wordt de morele schade begroot op de helft van de in de tabel genoemde bedragen.⁶⁴

Onder de post 'seksuele schade' (*pretium voluptatis*) valt schade die 'als zeer specifieke schade' afzonderlijk te vergoeden is. Een onderscheid wordt gemaakt tussen de schade door 'het verlies aan een seksueel leven', bijvoorbeeld door impotentie of verandering van het libido en de schade door 'de wetenschap van het verlies van zekerheid op nageslacht'. Richtbedragen zijn niet vastgesteld. Onder het kopje 'Seksuele schade' wordt ook vermeld dat de kosten van een keizersnede of kunstmatige inseminatie dienen te worden vergoed, mochten deze ingrepen als gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis noodzakelijk zijn. Expliciet wordt vermeld dat in een dergelijk geval naast de materiële schade ook de immateriële schade dient te worden vergoed die een dergelijke ingreep kan meebrengen. De partner die bij weerkaatsing schade heeft, kan om vergoeding verzoeken.⁶⁵

De post 'esthetische schade' heeft niets te maken met de economische schade die voortvloeit uit esthetische ontsiering, zo wordt opgemerkt in de Indicatieve tabel. Het gaat om de immateriële schade als gevolg van een 'ontsiering'. De 'esthetische schade' wordt door een deskundige doorgaans ingeschaald (gequoteerd) binnen een van de categorieën van de schaal van Julin (oplopend in zeven stappen van miniem tot afstotend). De rechter kan onder meer rekening houden met de plaats van de ontsiering, met het geslacht, de leeftijd en de bezigheden van het slachtoffer. Met dit laatste wordt niet zozeer het beroep of zijn professionele werkzaamheden bedoeld waarbij het uiterlijk invloed kan hebben, maar vooral sociale activiteiten, zoals de deelname aan een toneelvereniging, muziekgroep of andere sociaal culturele activiteit die mensen met elkaar in aanraking brengen. Aangezien uiteindelijk de rechter

63 Respectievelijk is de vergoeding per procentpunt: <15 jaar, €2.200,-; < 25 jaar, €2.062,-; < 30 jaar, €1.925,-; < 35 jaar, €1.925,-; < 40 jaar, €1.787,-; < 45 jaar, €1.650,-; < 50 jaar, €1.512,-; < 55 jaar, €1.375,-; < 60 jaar, €1.237,-; < 65 jaar, €962,-; < 70 jaar, €825,-; < 75 jaar, €687,-; < 80 jaar, €550,-; < 85 jaar, €412,-; 85 jaar en ouder, €275,-. Bij een arbeidsongeschiktheid gelijk aan of hoger dan 15 procent worden de genoemde forfaitaire bedragen voorgesteld, bij ongeschiktheid lager dan 15 procent kunnen de bedragen eveneens toepassing vinden, wel kan in die gevallen rekening worden gehouden met de ernst, de impact en de graad van het restletsel.

64 Indicatieve tabel 2008, p. 716.

65 Indicatieve tabel 2008, p. 715.

een waardering van de schade maakt, beveelt de Indicatieve tabel een zo gedetailleerd mogelijk deskundigenadvies aan. Het is volgens de tabel ten zeerste aan te bevelen dat de arts-deskundige, naast de gebruikelijke quotering van 1 tot 7, een gedetailleerde beschrijving geeft van de schade, indien mogelijk ondersteund door foto's, onverkort de mogelijkheid voor de rechter om de schade van het slachtoffer op de zitting de visu vast te stellen. De wijze van vergoeden geschiedt aan de hand van een tabel waarin een onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt.⁶⁶

Deel III kent ook de post 'genoegenschade'. Als deze post niet al in de post 'morele schade' uit deel III is opgenomen, kan onder deze post een vergoeding worden toegekend voor de gevallen waarin het verlies van de mogelijkheid om een sport of hobby uit te oefenen deel uitmaakt van de schade.

Deel IV kent naast twee materiële schadeposten ('begraveniskosten' en 'economische schade bij overlijden') de posten 'schade ex haerede' en 'morele schade bij overlijden van een nabestaande'. Onder de post 'schade ex haerede' wordt een vergoeding toegekend aan het slachtoffer dat zich bewust is of was van zijn naderende overlijden. Uiteindelijk vormt de 'schade ex haerede' een schadepost in de nalatenschap. De vergoeding wordt namens het slachtoffer door de erfgenamen gevorderd, vandaar de naamgeving.⁶⁷ Deze schade moet niet verward worden met de genegenheidschade of enig andere 'gereflecteerde' schade. Het is in beginsel een vergoeding aan het slachtoffer zelf. Is het slachtoffer bij bewustzijn, maar kan hij zich geen rekenschap geven van zijn naderende overlijden, dan heeft hij enkel recht op de morele schade. Is het slachtoffer in de periode na het ongeval en vóór het overlijden niet bij bewustzijn geweest, dan is er eveneens geen sprake van vergoedbare schade 'ex haerede'.⁶⁸

De post 'morele schade bij overlijden van een nabestaande' geeft richtbedragen voor vergoedingen voor affectieschade bij overlijden. Deze 'delicate menselijke schade' heeft betrekking op de morele band tussen de overledene en zijn familieleden, aldus de toelichting in de Indicatieve tabel. De voorgestelde bedragen mogen onderling niet vergeleken worden, mogen niet automatisch

66 De schaal van Julin: 1/7 miniem; 2/7 zeer licht; 3/7 licht; 4/7 middelmatig; 5/7 ernstig; 6/7 zeer ernstig; 7/7 afstotend. In de leeftijd van 0-10 gaat het dan om de respectievelijk de volgende bedragen: €540; €2.150; €4.850; €8.625; €10.000; €15.000; €25.000 (in de laatste drie schalen zijn enkel minimum bedragen vermeld). Voor de opvolgende leeftijds-categorieën worden de bedragen genoemd voor de eerste vier graden op de schaal van Julin. In de leeftijd 11-20 jaar: €520; €2.075; €4.700; €8.300. In de leeftijd 21-30: €490; €2.000; €4.400; €7.850. In de leeftijd 31-40: €450; €1.800; €4.100; €7.250. In de leeftijd 41-50: €400; €1.600; €3.600; €6.500. In de leeftijd 51-60: €350; €1.400; €3.100; €5.550. In de leeftijd 61-70: €275; €1.100; €2.600; €4.400. In de leeftijd 71-80: €200; €800; €1.750; €3.100. In de leeftijd 81 en ouder €115; €450; €1.050; €1.850. Zie Indicatieve tabel 2008, p. 715.

67 De vergoeding houdt een opslag in van een bedrag tussen de €625,- en €2.500,- boven op de vergoeding voor morele schade die het slachtoffer bij tijdelijke arbeidsongeschiktheid wordt toegekend.

68 Indicatieve tabel 2008, p. 716.

worden toegekend en kunnen worden verhoogd of verlaagd als de concrete omstandigheden van het geval daarom vragen.⁶⁹ In de Indicatieve tabel wordt overigens niet verder uitgewerkt waarom de bedragen niet onderling vergeleken mogen worden. De lijst van genoemde schadelijders is niet limitatief.⁷⁰ De direct nabestaanden ontvangen afhankelijk van hun 'genegenheidsband' en al dan niet samenwonen een gestandaardiseerd bedrag.⁷¹ De Indicatieve tabel vermeldt ook de vergoedingen in geval van overlijden van andere bloed- of aanverwanten.⁷²

4.3.1.5 Indicatieve tabel in de rechtspraak

In België is geen empirisch onderzoek gedaan of en in welke mate de praktijk zich richt naar de bedragen genoemd in de Indicatieve tabel.⁷³ Aangenomen wordt evenwel dat de praktijk meer en meer gebruik maakt van de Indicatieve tabel. Dit lijkt zeker het geval voor vergoedingen voor morele schade in geval van tijdelijke invaliditeit. De gepubliceerde rechtspraak voedt deze aanname overigens niet altijd, nu juist een afwijking van de Indicatieve tabel doorgaans reden vormt om een uitspraak te publiceren, aldus De Kezel en De Temmerman. Kritisch zijn De Kezel en De Temmerman over de gang van zaken rond de vaststelling van de post materiële en morele schade. De rechter maakt zich er met een jantje-van-leiden van af door te overwegen dat rekening werd gehouden met de aard en de omvang van de letsels, de leeftijd van het slachtoffer, de weerslag van de letsels op de beroepsactiviteiten, et cetera.⁷⁴

69 Indicatieve tabel 2008, p. 716-717.

70 Indicatieve tabel 2008, p. 717.

71 Het richtbedrag voor echtgenoten of samenwonende levenspartners (duurzame relatie met samenwoning vereist) bedraagt €12.500. In de Indicatieve tabel 2008 is ten opzichte van de Indicatieve tabel 2008 enkel dit bedrag en het bedrag als het slachtoffer een inwonend kind is (eveneens €12.500) verhoogd (eerst €10.000). De achterblijvende verloofde (de Indicatieve tabel 2001 sprak van een 'verloofde bij nakend huwelijk') ontvangt €5.000. De feitelijk gescheiden partner ontvangt €3.750. Het kind van wie een ouder overlijdt, ontvangt €7.500. Indien ouder en kind niet samenwoonden, is dit de helft (€3.750). De ouder van wie een kind overlijdt, ontvangt €12.500. Indien ouder en kind niet samenwoonden, is dit de helft (€5.000). In geval een 'ongeboren kind' overlijdt (een miskraam) ontvangen de ouders (elk) €2.500. Uit de Indicatieve tabel 2001 kon niet worden opgemaakt of de vader in geval van een miskraam ook recht had op de vergoeding van zijn affectieschade. Indicatieve tabel 2008, p. 717.

72 De vergoedingen zijn in geval van overlijden van broer of zus €2.500 (inwonend) of €1.500 (niet-inwonend); stiefvader of -moeder €5.000 (inwonend), €2.500 (niet-inwonend); grootouders €2.500 (inwonend), €1.250 (niet-inwonend); kleinkind €2.500 (inwonend), €1.250 (niet-inwonend); schoonouders €1.750 (inwonend), €1.150 (niet-inwonend); schoonkinderen €1.750 (inwonend), €1.150 (niet-inwonend). Indicatieve tabel 2008, p. 717.

73 Graulus (2004, p. 215) schat dat de Indicatieve tabel in 90% van alle letselschadedossiers kan worden gebruikt.

74 De Kezel en De Temmerman 2002, p. 112.

Afwijkingen worden karig gemotiveerd.⁷⁵ De rechter overweegt vaak niet meer dan dat rekening werd gehouden met de aard en de omvang van de letsels, de leeftijd van het slachtoffer, de weerslag van het letsel op de beroepsactiviteiten, et cetera. In gevallen van affectieschade door overlijden worden afwijkingen doorgaans wel indringender gemotiveerd, echter niet door alle rechters.⁷⁶ Zo noemt een enkeling weliswaar de concrete omstandigheden van het geval, maar stelt de vergoeding niettemin vast op het bedrag dat de Indicatieve tabel indiceert zonder daarnaar te verwijzen. Soms wordt enige discussie omtrent de hoogte van de vergoeding bij voorbaat in de kiem gesmoord. Ook komt het voor dat wordt afgeweken van de Indicatieve tabel, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval zonder dat naar de tabel wordt verwezen. Steeds vaker echter verantwoorden de rechters de schadevergoeding onder expliciete verwijzing naar de Indicatieve tabel.⁷⁷

4.3.1.6 Receptie Indicatieve tabel

De eerste Indicatieve tabel kreeg scherpe kritiek. Het streven naar eenvormigheid kon weliswaar op steun rekenen, maar de initiatiefnemers, de twee verenigingen van rechters, werd verweten dat zij zich in de plaats van de wetgever stelden. De rechter zou wanneer hij zich zonder motivering aansluit bij eerdere rechtspraak aan die rechtspraak de kracht geven van een 'algemene en als regel geldende beschikking'. Daarmee zou de rechter in strijd handelen met artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek.⁷⁸ Deze kritiek op de mogelijk bindende kracht van de Indicatieve tabel verklaart mogelijk de terughoudend-

75 De Kezel en De Temmerman 2002, p. 112.

76 De soms behoorlijk grote afwijkingen voeden de discussie over het niveau van de vergoeding voor affectieschade in geval van overlijden. Zie Hof van Beroep Gent 28 februari 2001, RGAR, nr. 13.515. De ouders van twee jonge kinderen omgekomen bij een verkeersongeval veroorzaakt door een dronken chauffeur werd in overeenstemming met de eis ieder ongeveer €25.000 toegekend, het drievoudige van het toentertijd gebruikelijke bedrag. Het Hof gaf aan dat terwijl steeds duidelijker wordt welke morele schade ouders lijden bij een gewelddadig overlijden van hun kind, dit inzicht niet doorklinkt in de hoogte van de vergoedingen. De vergoedingen zouden aan verstarring onderhevig zijn. Het Hof oordeelde dan ook dat de gangbare bedragen niet toereikend zijn. Een enkele keer is aangesloten bij deze uitspraak. Ook tegengeluiden zijn echter hoorbaar (zie De Kezel en De Temmerman 2002, p. 113). Het Hof van Beroep Gent heeft onder verwijzing naar de gevolgen van hoge vergoedingen voor het gehele vergoedingsstelsel overwogen dat de Indicatieve tabel steunt op maatschappelijke consensus en rechtzekerheid en stabiliteit biedt en afwijking alleen mogelijk is onder bijzondere omstandigheden.

77 Zie De Kezel en De Temmerman 2002, p. 112-113 met verdere verwijzingen.

78 Art. 6 Gerechtelijk wetboek bepaalt: 'De rechters mogen in de zaken die aan hun oordeel onderworpen zijn, geen uitspraak doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking.'

heid van de opstellers in de inleidingen van de opvolgende tabellen.⁷⁹ Deze terughoudendheid is echter eveneens niet van kritiek ontbloot. Zij wordt begrepen voor zover de rechters die bij de opstelling van de Indicatieve tabel zijn betrokken de kritiek willen weerleggen dat zij zich een taak van de wetgever toe-eigenen door op bindende wijze, buiten een concreet geval om, schadevergoedingsbedragen vast te stellen. De terughoudendheid ten aanzien van schadeposten die naar hun aard sowieso niet vatbaar zijn voor concrete begroting, en waarvoor de Indicatieve tabel eveneens richtbedragen voorstelt, wordt minder overtuigend geacht. Zonder richtbedragen is een zinvolle begroting, rekeninghoudend met de omstandigheden van het geval immers überhaupt niet mogelijk, zo wordt in de literatuur opgemerkt.⁸⁰

Vandeweerd merkt op dat het doel van de Indicatieve tabel waardevol is en niet lichtzinnig terzijde mag worden geschoven. Toch is hij kritisch:

‘Zijn al de gevallen die door de Tabel over dezelfde kam worden geschoren wel vergelijkbaar? Volstaat het dat twee schadelijders qua leeftijd en graad ‘invaliditeit’ met elkaar overeenstemmen om te beweren dat het over vergelijkbare schade gaat?’

Vandeweerd wijst erop dat dit toch magere indicatoren zijn voor een zo belangrijke aangelegenheid. De nagestreefde eenvormigheid kan ook een heilige koe worden, die zo vereerd wordt dat niemand er nog aan denkt andere sporen te bewandelen. Hij waarschuwt ervoor dat het tarief zelf het ijkpunt kan worden. Eenvormigheid wordt dan wel bereikt, maar verstarring dreigt in even grote mate.⁸¹ Ook wijst hij erop dat rechtszekerheid niet gelijkgesteld mag worden met voorspelbaarheid van de rechterlijke uitspraak. Rechtszekerheid impliceert ook dat de rechtszoekende erop mag vertrouwen dat de rechter de wet juist zal toepassen, aldus Vandeweert.⁸²

De wijze waarop de Indicatieve tabel tot stand is gekomen is eveneens gekritiseerd. De voornaamste kritiek richt zich op de inzichtelijkheid van de totstandkoming. Het wordt kwalijk gevonden dat de voorbereidingen op een nieuwe tabel achter gesloten deuren plaatsvindt. Daarnaast wordt het als problematisch ervaren dat de harmonisering geschiedt op gebieden waar voorheen vrij uiteenlopende methoden van vaststelling werden gehanteerd, en ook op gebieden is geschied waar vrij uiteenlopende schadebedragen werden uitgekeerd. Dit te meer nu de argumenten voor de uiteindelijke keuze van de vaststellingmethoden of bedragen niet openbaar zijn gemaakt. De inschatting is dat deze keuzes meer ter discussie zullen staan dan indien meer openheid was betracht. Ook wordt aangestipt dat het gebrek aan transparantie

79 Dit verklaart wellicht ook de traditionele terughoudendheid van rechters om hun schadebegroting te motiveren onder verwijzing naar eerdere rechtspraak. De Temmerman & De Kezel 2002, p. 112-113.

80 De Temmerman & De Kezel 2002, p. 112-113.

81 Vandeweerd 2004, p. 298.

82 Vandeweerd 2004, p. 298.

zich in het bijzonder ook wreekt ten aanzien van een aantal concrete schade-posten. Voor een post die in een opvolgende tabel is aangepast, is bijvoorbeeld niet te achterhalen of gecorrigeerd is voor inflatie of dat een verhoging uiting geeft aan een hogere waardering van het ondergane leed. Ook is de overgangs-rechtelijke vraag opgeworpen welke Indicatieve tabel moet worden gebruikt. De tabel die geldt op het tijdstip van het ongeval of de tabel die geldt op het tijdstip van de uitspraak?

Naast de eventuele gebondenheid van de rechterlijke macht, de terughou-denheid van de opstellers en de wijze van totstandkoming stuit ook de inhoud van de tabel op verzet. De geformuleerde regels zouden noch rijmen met de rechtspraak van het Hof van Cassatie noch met de buitengerechtelijke rechtspraktijk. Ook zouden de regels op (te) veel punten niet duidelijk zijn of leemten vertonen. Van Steenberghe wijst er in dit verband op dat veel van de bedragen genoemd in de Indicatieve tabel gebaseerd zijn op historisch gegroeide en bovendien niet-gemotiveerde forfaitaire schattingen.⁸³ Met de opname in de Indicatieve tabel komt naar zijn mening aan deze onwetenschap-lijke tarieven een groter gewicht toe dan zij ooit hadden. Ook de indicatieve bedragen voor de immateriële schade zijn niet van kritiek gevrijwaard geble-ven. Cousy merkt evenwel op dat de behoefte aan enige normering groot is, en in het licht van zowel het gelijkheidsbeginsel als proces-economische motieven verantwoord lijkt. Cousy:

‘Generositeit wil een volledige vergoeding van de concrete individueel geleden schade. Betaalbaarheidsbekkernissen en voorspelbaarheids- (en berekenbaarheidsvereisten) wijzen in de richting van forfaitaire bedragen.’⁸⁴

Simoens wijst erop dat de Indicatieve tabel ‘de gemakkelijkste oplossing’ van een vergoeding in de hand werkt als ook andere manieren van vaststelling en herstel denkbaar zijn. Hij geeft het voorbeeld van de immateriële schade van kinderen van wie de moeder is overleden. Aan hun leed zou ook (of: beter) kunnen worden tegemoetgekomen door de vader financiële en andere moge-lijkheden te bieden die er voor zorgen dat hij meer bij zijn kinderen kan zijn.⁸⁵

Naar de mening van De Temmerman en De Kezel wordt de facto niet de tabel gekritiseerd maar het geldende Belgische schadevergoedingsrecht. De beslissingen omtrent de schadebegroting zijn grotendeels aan toetsing in cassatie onttrokken. Het bevreedt in de ogen van De Temmerman en De Kezel niet dat in België veel vragen betreffende schadevergoeding niet of nauwelijks op toereikende wijze zijn beantwoord. Dat de Indicatieve tabel er op punten niet in slaagt leemten op te vullen of onduidelijkheden te verhel-

83 Van Steenberghe 2002, p. 11-18.

84 Cousy 2002, p. 156-159.

85 Simoens 2001, p. 105-106

deren, kan de opstellers dan ook nauwelijks worden aangerekend, aldus de twee.⁸⁶

Een andere inhoudelijke tekortkoming waarop wordt gewezen is dat de Indicatieve tabel geen helderheid creëert rond de vraag welke omstandigheden een correctie billijken op het door de richtlijn voorgestelde bedrag. Tegen dit commentaar wordt door De Temmerman en De Kezel aangevoerd dat de desinteresse van de rechtspraak voor een rationele verantwoording van de schadevergoeding een grotere boosdoener lijkt. Nu rechterlijke uitspraken steeds onvoldoende gemotiveerd (konden en) kunnen worden, zijn in de rechtspraak nooit criteria tot wasdom gekomen die steun konden bieden bij de gevalsvergelijking. Deze lacune in het schadevergoedingsrecht lijkt een zinvolle normering in de weg te staan, zo merken zij op. In de literatuur wordt daarom ook wel verdedigd dat het Belgische schadevergoedingsrecht nog niet toe is aan een (definitieve) normering. Sterker, in plaats van het sluitstuk van een volledig tot bloei gekomen schadevergoedingsrecht te zijn, kan de Indicatieve tabel de gewenste verfijning van het schadevergoedingsrecht in de weg staan en de erkenning van nieuwe posten verhinderen.⁸⁷

De derde versie van de Indicatieve tabel (uit 2001) stuit vooral op kritiek van verzekeraars.⁸⁸ Zij kanten zich tegen de verhoging van een aantal vergoedingen. Deze verhogingen zouden premiestijgingen tot gevolg kunnen hebben en uiteindelijk ertoe kunnen leiden dat autorijden onbetaalbaar wordt voor sommigen. Empirisch bewijs ter onderbouwing van deze bewering is evenwel niet geleverd. Gezegd kan worden dat verzekeraars in ieder geval enige baat kunnen hebben bij een Indicatieve tabel, nu deze toch enige zekerheid biedt. De zekerheid van een in hun ogen te hoge vergoeding lijkt echter niet wat zij wensen. De verzekeraars pleiten voor een wettelijke regeling. Het is de vraag of de verzekeraars hulp uit die hoek kunnen verwachten aangezien ook de Belgische wetgever zich op dit gebied kennelijk steeds afzijdig heeft gehouden.⁸⁹ Uiteindelijk geniet een systeem van herziening van de Indicatieve tabel de voorkeur. Eén van de mogelijke punten van kritiek op in een tabel opgenomen gestandaardiseerde bedragen is immers dat deze bedragen niet automatisch worden geïndexeerd. Wat hiervan zij, in 2004 (na tien jaar praktijkervaring) evalueert de verzekeringssector de intrede en toepassing van de indicatieve tabel als heel positief.⁹⁰

Opmerkelijk is dat ook auteurs die tot het kamp van de slachtoffers worden gerekend kritiek hebben geuit op de verhoging van de bedragen. Simoens is van mening dat de verhoging van de bedragen ter vergoeding van immateriële schade een verkeerd signaal is. Het symbolische karakter van deze 'bijzondere

86 De Temmerman & De Kezel 2002, p. 111.

87 Simoens 2001, p. 105-106.

88 Simoens 2001, p. 105-106.

89 De Temmerman & De Kezel 2002, p. 112.

90 Bogaert & Naveau 2004, p. 263.

herstelvorm' zou ertoe nopen dat de immateriële schadevergoeding met een zekere terughoudendheid moet worden vastgesteld. Het royale gebaar dat van de Indicatieve tabel uitgaat is de verkeerde weg, aldus Simoens.⁹¹

De Indicatieve tabel is inmiddels aan haar vierde leven toe. Ook dit gegeven zaait twijfel. Bevat de Indicatieve tabel wel een weloverwogen normering die kan rekenen op voldoende draagvlak? Mildere geluiden zijn evenwel ook te horen. Zo geven De Temmerman en De Kezel de opstellers, ondanks aanzienlijke kritiek, uiteindelijk een pluim voor zover zij normering en standaardisering hoog op de Belgische schadevergoedingsagenda hebben gezet. Voor zover het resultaat niet kan overtuigen, is dit in hun ogen slechts in beperkte mate de opstellers van de Indicatieve tabel toe te rekenen. Het Belgische schadevergoedingsrecht kent te veel weeffouten zodat het hen niet verbaast dat het normeringsjasje vooralsnog geen 'haute couture' is.⁹² Dat er inmiddels een vierde versie van de Indicatieve tabel *is* (een vijfde is in aantocht), kan ook positief worden geïnterpreteerd. De voor de hand liggende kritiek op standaardisering of normering van schadeposten in een tabel is het gevaar voor verstarring. Een vast regiem van herziening van gestandaardiseerde of genormeerde tabellen, kan deze kritiek weerleggen.

4.3.2 Engeland

4.3.2.1 Coördinatie van rechtspraak door het Court of Appeal

De coördinatie van de vaststelling van schadevergoeding voor 'non-pecuniary loss' krijgt in Engeland een impuls vanaf het moment dat het Court of Appeal het aan zich trekt om, tegen de achtergrond van aangevochten vergoedingen toegekend door de 'trial courts', het niveau van de tot dan toe toegekende smartengeldbedragen te beoordelen. Daarbij ontwikkelt het Court of Appeal standaarden in de vorm van bandbreedtes.⁹³ Het streven naar meer rechtsgelijkheid geldt hierbij als een belangrijke drijfveer.⁹⁴ De rol van het Court of Appeal bij de ontwikkeling van een coherent systeem van vaststelling komt aan bod in de zaak *Wright v. British Railways Board*.⁹⁵ Het Court of Appeal overweegt daarin onder meer:

91 Simoens 2001, p. 105-106.

92 De Temmerman & De Kezel 2002, p. 114.

93 Vgl. Commandé 2006, p. 281; *Ward v. James*, [1966] 1 Q.B. 273, 299-300.

94 Vgl. Lord Diplock: 'the figure must be basically a conventional figure derived from experience and from awards in comparable cases.' Zie *Wright v. British Railways Board*, [1983] 2 A.C. 773, 777.

95 *Wright v. British Railways Board*, [1983] 2 A.C. 773, 784-785.

'[I]t is an important function of the Court of Appeal to lay down guidelines both as to the quantum of damages appropriate to compensate for various types of commonly occurring injuries and as to the rates of 'interest'.'

Het Court of Appeal kent zichzelf een functie toe bij het opstellen van richtlijnen ten aanzien van de vaststelling van smartengeld. De rechtseenvoud en de hanteerbaarheid spelen een belangrijke rol. Ten aanzien van de aard van de coördinatie van rechtspraak (in de vorm van een richtlijn) overweegt het:

'(...) [S]uch guidelines (...) should be simple and easy to apply though broad enough to permit allowances to be made for special features of individual cases which make the deprivation caused to the particular plaintiff by the non-economic loss greater or less than in the general run of cases involving injuries of the same kind.'

De richtlijnen zijn in eerste instantie bedoeld voor de rechterlijke macht. De eis van rechtszekerheid brengt mee dat de rechterlijke beslissingen voorspelbaar dienen te zijn in het licht van de *JSB-richtlijn*. Deze voorspelbaarheid brengt mee dat ook gunstige effecten mogen worden verwacht in het buitengerechtelijke traject.

'Guidelines laid down by an appellate court are addressed directly to judges who try personal injuries actions; but confidence that trial judges will apply them means that all those who are engaged in settling out of court the many thousands of claims that never reach the stage of litigation at all or, if they do, do not proceed as far as trial will know very broadly speaking what the claim is likely to be worth.'

De bindende kracht van een eventuele richtlijn komt ook aan bod:

'(...) A guideline as to quantum of conventional damages or conventional interest thereon is not a rule of law nor is it a rule of practice. It sets no binding precedent; it can be varied as circumstances change.'

In beginsel is afwijking van een richtlijn steeds mogelijk als de concrete omstandigheden daar om vragen, echter de rechtszekerheid kan onder druk komen te staan als te vaak van de richtlijn wordt afgeweken.

'(. .) But though guidelines should be altered if circumstances relevant to the particular guideline change, too frequent alteration deprives them of their usefulness in providing a reasonable degree of predictability in the litigious process and so facilitating settlement of claims without going to trial.'

Het Court of Appeal stelt zijn richtlijn op tegen de achtergrond van preceden-ten.

‘(. . .) As regards assessment of damages for non-economic loss in personal injury cases, the Court of Appeals creates the guidelines as to the appropriate conventional figure by increasing or reducing awards of damages made by judges for various common kind of injuries.’

Tegen de achtergrond van precedents worden vervolgens bandbreedtes ontwikkeld met betrekking tot bepaalde typen letsel. Deze bandbreedtes kunnen worden aangepast. In ieder geval kunnen zij worden aangepast aan de inflatie, maar ook ontwikkelingen op medisch gebied kunnen leiden tot aanpassing.

‘Thus so called ‘brackets’ are established, broad enough to make allowance for circumstances which make the deprivation suffered by the individual (. . .) greater or less than in the general run of cases, yet clear enough to reduce unpredictability of what is likely to be the most important factor in settlement of claims. ‘Brackets’ may call for alteration not only to take account of inflation, for which they ought automatically to be raised, but also, it may be to take account of advances in medical science which may make particular kinds of injuries less disabling or advances in medical knowledge which may disclose hitherto unsuspected long term effects.’

Het Court of Appeal stelt zichzelf als taak richtlijnen te ontwikkelen voor de vaststelling van smartengeld. Het ontwikkelt tegen de achtergrond van precedents een eenvoudig niet-bindend systeem van bandbreedtes voor verschillende typen letsel. De inflatie of een verandering in de (maatschappelijke) waardering van bepaald letsel kunnen tot aanpassing leiden. Steeds mag worden afgeweken als de concrete omstandigheden van het geval daar om vragen. De eis van rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van het recht brengen echter mee dat, in het licht van de te verwachten uitstralingseffecten naar het buitengerechtigde traject, terughoudend met deze bevoegdheid wordt omgesprongen.

4.3.2.2 *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*

Tot 1992 gebruikten rechters verzamelingen van rechtspraak, enigszins vergelijkbaar met de rechtspraakoverzichten van het tijdschrift *Verkeersrecht* om de vergoeding voor ‘pain and suffering’ in een concreet geval te kunnen vaststellen. Inmiddels is er een belangrijk hulpmiddel bijgekomen ook in aanvulling op de coördinatieve activiteiten van het Court of Appeal (zie hiervoor paragraaf 4.3.2.1). In 1992 verschijnen de eerste ‘Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases’ opgesteld onder auspiciën van de Judicial Studies Board (hierna: de *JSB-richtlijn*). De directe aanleiding vormt een uitbreiding van de absolute bevoegdheid van de ‘district judges’ met betrekking tot letselschadezaken. Zij namen een grote hoeveelheid

werk over met betrekking tot schadevaststelling dat voorheen door ‘circuit judges’ werd gedaan.

Tot de introductie van de richtlijn bleek het niet eenvoudig om een te beslissen casus in overeenstemming te brengen met vergelijkbare gevallen. Niet alleen lagen de mogelijk gelijke uitspraken verspreid over verschillende publicaties, zij leken bovendien niet alle onderling te verenigen. Tegen deze achtergrond heeft de Judicial Studies Board een commissie ingesteld om richtlijnen aangaande de vaststelling van smartengeld in geval van letselschade op te stellen.⁹⁶

De *JSB-richtlijn* bevat een weergave van het huidige niveau van door de rechter toegekend smartengeld. De *JSB-richtlijn* kent naast twee voorwaarden, een introductie en een trefwoordenregister een indeling in de volgende tien letselcategorieën: (I) letsel met verlamningsverschijnselen, (II) hoofdletsel, (III) psychische schade, (IV) letsel aan de zintuigen, (V) letsel aan de interne organen, (VI) orthopedisch letsel, (VII) letsel aan het gezicht (litttekens en schedelkwetsuren), (VIII) litttekens aan andere lichaamsdelen, (IX) schade aan hoofdhaar en (X) huidkwetsuren. Binnen deze categorieën zijn weer nadere onderscheidingen gemaakt.⁹⁷

Ten aanzien van de vergoeding voor een bepaald type letsel geeft de richtlijn een bandbreedte waarbinnen het uit te keren bedrag kan vallen. Soms geeft de richtlijn slechts een richtbedrag en soms (alleen) een maximum bedrag. Wanneer de richtlijn een bandbreedte geeft, wordt daarnaast een aantal gezichtspunten (‘considerations’) vermeld aan de hand waarvan de hoogte van de vergoeding binnen de bandbreedte kan worden bepaald.

Een andere benadering van de vaststelling van smartengeld rechtens is blijkens de toelichting niet beoogd. De *JSB-richtlijn* heeft dan ook niet tot doel het gemiddelde smartengeldniveau in algemene zin of in concrete gevallen te verhogen of te verlagen. Zij is ook niet bedoeld als een soort ‘wiskundige’ tabel (een ‘ready reckoner’). Bovendien wordt het individuele oordeel van de rechter met de richtlijn niet vastgeketend. De rechter houdt de ruimte om met alle omstandigheden van het geval rekening te houden. Wat ‘doet’ de *JSB-richtlijn* wel? Lord Donaldson benadrukt het volgende:

‘What it is intended to do, and what it does quite admirably, is to distil the conventional wisdom contained in the reported cases, to supplement it from the collective experience of the working party and to present the result in a convenient, logical and coherent form.’⁹⁸

96 Lord Donaldson of Lynton 1999 (2008), p. ix.

97 Bij psychische schade bijvoorbeeld: psychische schade algemeen, posttraumatische stressstoornis en chronische pijn.

98 Lord Donaldson of Lynton 1999 (2008), p. ix-x.

In eerste instantie is de *JSB-richtlijn* lauw ontvangen door de praktijk. Lord Staughton overweegt in *Arafa v. Potter*:

‘We have been referred to the guidelines of the Judicial Studies Board. They are not in themselves law; they form a slim and handy volume which anyone can slip into their briefcase on the way to the county court or travelling on circuit. But the law is to be found elsewhere in rather greater bulk. In this Court we ought to look to the sources rather than the summary produced by the Judicial Studies Board.’⁹⁹

De betrouwbaarheid van de *JSB-richtlijn* stond ter discussie.¹⁰⁰ De waardering voor de richtlijnen groeide evenwel door goede ervaringen in de praktijk. Lord Woolf overweegt in *Heil v. Rankin* (zie hierna ook paragraaf 4.3.2.3) met betrekking tot de vaststelling van smartengeld:¹⁰¹

‘The assessment requires the judge to make a value judgment. That value judgment had been increasingly constrained by the desire to achieve consistency between the decisions of different judges. Consistency is important, because it assists in achieving justice between one claimant and another and one defendant and another. It also assists to achieve justice by facilitating settlements. The courts have become increasingly aware that this is in the interests of the litigants and society as a whole, particularly in the personal injury field. Delay in resolving claims can be a source of great injustice as well as the cause of expense to the parties and the justice systems. It is for this reason that the introduction of the guidelines by the Judicial Studies Board (JSB) in 1992 was such a welcome development.’

De *JSB-richtlijn* is (nog steeds) een welkome ontwikkeling in het licht van de eis van rechtseenheid en het streven naar efficiëntie in het rechterlijke en buitengerechtelijke traject. Vrijwel geen enkele schadevergoeding voor immateriële schade in geval van ‘personal injury’ wordt meer vastgesteld zonder raadpleging van de *JSB-richtlijn*, en gevalsvergelijking vindt vrijwel steeds plaats tegen de achtergrond van de richtlijn.¹⁰²

4.3.2.3 *Heil v. Rankin*

Het Court of Appeal kan buitensporige schadevergoedingen in het concrete geval aanpassen. Het geeft daarmee richting voor toekomstige gevallen.¹⁰³ Het Engelse precedentenstelsel brengt immers mee dat eerdere uitspraken

99 *Arafa v. Potter* Court of Appeal [1994] P.I.Q.R. Q73, Q79.

100 Zo waren de vergoedingen voor ‘vibration white finger’ (vaatverkramping in de vingers) te laag, zie Barrie 1999, p. 302.

101 *Heil v Rankin* [2000] 3 All ER 138, 149. Zie hierover ook Lewis 2001, p. 100 e.v.; Havers 2000, p. 123-128.

102 Barrie 1999, p. 302; zie ook Allen, Bowley & Davies 2008, p. 7. Vgl. ook Owen J: ‘in fact, it is now only in rare cases that courts make awards outside the margins reproduced in the Guidelines.’, voorwoord JSB-richtlijn 2006.

103 McGregor 2003, nr. 2112 e.v.

bindend (kunnen) zijn voor latere.¹⁰⁴ In de zaak *Heil v. Rankin* heeft het Court of Appeal dit gegeven maximaal uitgebuit voor schadevergoeding ter compensatie van 'pain and suffering'.¹⁰⁵ *Heil v. Rankin* is één van acht letselschadezaken die gezamenlijk zijn behandeld door het Court of Appeal. Hierna wordt kortweg gesproken van *Heil v. Rankin*. De directe aanleiding voor deze gezamenlijke behandeling lag overigens in een aanbeveling van de 'Law Commission'.¹⁰⁶

De 'Law Commission' adviseert in een van haar rapporten tot een verhoging van het smartengeldniveau van 50 tot 100 procent voor gevallen waarin meer dan 3.000 pond smartengeld wordt uitgekeerd. Daarnaast adviseert zij tot een reeks van verhogingen van minder dan 50 procent voor gevallen waarin tussen de 2.001 en 3.000 pond wordt uitgekeerd.¹⁰⁷ De behandeling van de zaken door het Court of Appeal diende met een zekere voortvarendheid te geschieden omdat verschillende rechters reeds hun eigen interpretatie gaven aan de aanbevelingen van de 'Law Commission'.¹⁰⁸

Twee vragen worden door het Court of Appeal onderscheiden: moet de rechter en meer in het bijzonder het Court of Appeal degene zijn die beslist of het niveau van smartengeld gecorrigeerd moet worden en, zo ja, is het billijk het vergoedingsniveau voor immateriële schade ('pain and suffering') in geval van lichamelijk letsel daadwerkelijk aan te passen? Het Court of Appeal acht zichzelf uiteindelijk bevoegd te beoordelen of de vergoedingen voor immateriële schade nog immer 'fair, reasonable and just'¹⁰⁹ zijn. Het besluit uiteindelijk in een aantal gevallen tot verhoging van de eerder toegekende vergoedingen. Zijn beslissing heeft uiteindelijk geleid tot een aanpassing van de smartengeldbedragen in de *JSB-richtlijn*. De argumenten ter bevestigende beantwoording van de eerste vraag zijn het meest interessant voor de Nederlandse situatie. Deze argumenten krijgen hierna de meeste aandacht.

Dat een Engelse (hogere) rechter de hoogte van een vergoeding voor immateriële schade in een concreet letselschadegeval kan beoordelen staat vast.

104 Zie voor een Nederlands bespreking van het Engelse precedentenstelsel Kottenhagen (van precedent tot precedent), Snijders (retrocipatie), De problematiek rond de terugwerkende kracht van precedenten laat ik hier rusten.

105 Zie voor een bespreking ook Giesen 2001, p. 120-123.

106 De 'Law Commission' is een in 1965 in het leven geroepen onafhankelijk publiek orgaan. Het doel van de Law Commission is: 'to take and keep under review all the law with which they are respectively concerned with a view to its systematic development and reform, including in particular the codification of such law, the elimination of anomalies, the repeal of obsolete and unnecessary enactments, the reduction of the number of separate enactments and generally the simplification and modernisation of the law (...)' Zie Law Commission Act 1965.

107 Law Commission 257, par. 3.22.

108 *Heil v. Rankin* [2000] 3 All ER 138, p. 144.

109 'Fair compensation for the injured person. The level must also not result in injustice to the defendant, and it must not be out of accord with what society as a whole would perceive as being reasonable.' *Heil v. Rankin* [2000] 3 All ER 138, 149.

Of de rechter en meer in het bijzonder het Court of Appeal ook een oordeel zou kunnen geven over het algemene niveau van smartengeld is daarmee niet gegeven. Natuurlijk kunnen eerdere rechterlijke beslissingen altijd enige richting geven aan latere. Een beslissing over het algemeen niveau van smartengeld is echter iets dat ook de Engelse wetgever aan zich zou kunnen trekken. De 'Law Commission' adviseerde dat nieuwe wetgeving bij voorkeur vermeden moest worden.¹¹⁰ Zij deed overigens wel enige suggesties dienaangaande, mocht wetgeving uiteindelijk toch wenselijk worden geacht. De 'Law Commission' drukte echter vooral de hoop uit dat het Court of Appeal en het 'House of Lords', tegen de achtergrond van een of meerdere zaken, hun bestaande bevoegdheden zouden gebruiken om richtlijnen te ontwikkelen die de smartengeldbedragen zouden verhogen in lijn met de aanbevelingen.¹¹¹

De aanbeveling van de 'Law Commission' is zowel aan het Court of Appeal als het 'House of Lords' gericht. Het Court of Appeal acht zichzelf het meest geschikte orgaan om in laatste instantie te beslissen over het algemeen niveau van 'general damages' in 'personal injury'-gevallen.¹¹²

'The Court of Appeal, with its considerable case-load of appeals in personal injury actions and the relatively recent experience of many of its members in trying such cases themselves, is, generally speaking, the tribunal best qualified to set the guidelines for judges currently trying such actions, particularly as respects non-economic loss; and this House should hesitate before deciding to depart from them, particularly if the departure will make the guideline less general in its applicability or less simple to apply.'

Voor meer principiële zaken aangaande letselschade zou het 'House of Lords' de meest geschikte hoogste instantie zijn, aldus het Court of Appeal.¹¹³

Het Court of Appeal vraagt zich af of aan zijn voorgenomen beslissing niet zoveel maatschappelijke en economische aspecten kleven dat de wetgever deze na publiek debat zou moeten nemen en niet een rechter. Het Court of Appeal ziet hiertoe uiteindelijk geen aanleiding. Het onderkent dat een stijging van het algemene smartengeldniveau waarschijnlijk gevolgen zal hebben voor de verzekeringswereld en de 'National Health Service' (de publiek gefinancierde gezondheidszorg)¹¹⁴ en het acht aannemelijk dat verzekeringspremies zullen stijgen en er dus minder middelen beschikbaar zullen zijn voor de publiek gefinancierde gezondheidszorg. Echter, het Court of Appeal houdt zich, naar eigen zeggen, in een concreet geval niet bezig met de vraag of de eiser 'a pauper or a millionaire' is of wat de draagkracht van de gedaagde is.

110 Law Commission 257, par. 3.157 en 3.165.

111 Law Commission 257, par. 3.157 en 3.165.

112 Lord Diplock in *Wright v British Railways Board* [1983] 2 All ER 698, 705.

113 *Heil v Rankin* [2000] 3 All ER 138, 144.

114 Zie National Health Service Act 1946.

‘There is no room here for considering the consequences of a high award upon the wrongdoer or those who finance him. And, if there were room for any such consideration, upon what principle, or by what criterion, is the judge to determine the extent to which he is to diminish upon this ground the compensation payable?’¹¹⁵

Dat de draagkracht van de laedens irrelevant is bij de vaststelling van schadevergoeding brengt niet mee dat economische of sociale gevolgen in het geheel niet van belang zijn bij de uiteindelijke beslissing van het Court of Appeal. Een beslissing aangaande het smartengeldniveau wordt gemaakt tegen de achtergrond van de samenleving waarin het Court of Appeal functioneert. De stijging van de vergoedingen moet proportioneel zijn en rekening houden met de gevolgen die een stijging kan hebben voor de gedaagden als groep en de samenleving als geheel. De economische en sociale gevolgen zullen de beslissing evenwel niet dicteren maar informeren, aldus het Court of Appeal.¹¹⁶ Hierin ziet het Court of Appeal een verschil met materiële schadegevallen. Economische (en sociale) gevolgen zouden in een dergelijk geval in het geheel niet ter zake doen.

Een publiek debat zou in de ogen van het Court of Appeal weliswaar vruchtbaar zijn, maar slechts van beperkte waarde voor de beslissing waarvoor het zich geplaast ziet. Het Court of Appeal acht zich met het rapport van de ‘Law Commission’ en de informatie van partijen dan ook voldoende geëquipeerd om een beslissing te kunnen nemen.¹¹⁷

Het Court of Appeal beperkt uiteindelijk zijn taak, die het in zijn ogen door zijn ‘accumulated experience’ zeer wel in staat is om uit te voeren,¹¹⁸ tot het bepalen van nieuwe richtlijnen aan de hand van algemeen geaccepteerde uitgangspunten, waarvan het beginsel van volledige vergoeding (‘full compensation’) er ook voor immateriële schade een is. Het Court of Appeal beoordeelt uiteindelijk alleen de doelmatigheid van het huidige smartengeldniveau in het licht van bestaande uitgangspunten. Voor zover de vergoedingen inadequaat zijn, past het deze aan het huidige tijdgewricht aan. De herwaardering kan in de ogen van het Court of Appeal het beste plaatsvinden tegen de achtergrond van een aantal zaken. Een ‘holistic approach’ verdient de voorkeur boven een ‘peacemeal’ benadering. Een stapsgewijze benadering kan in de ogen van het Court of Appeal onzekerheid en inconsistentie in de hand werken voor de periode dat de herwaarderingen plaatsvinden. De meer ‘beleidmatige’ aspecten die kleven aan de bepaling van de hoogte van het algemene smartengeldniveau op de door het Court of Appeal voorgestane wijze zijn in zijn ogen al met al niet van dien aard dat het daar niet mee kan omgaan. Het Court

115 Lord Scarman in *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority* [1979] 2 All ER 910 instemmend geciteerd door Lord Lloyd of Berwick.

116 *Heil v Rankin* [2000] 3 All ER 138, 152.

117 *Heil v Rankin* [2000] 3 All ER 138, 153.

118 *Heil v Rankin* [2000] 3 All ER 138, 155.

of Appeal hoeft, naar eigen zeggen, de beslissing dus niet te laten aan de wetgever. Bovendien kan het parlement altijd nog ingrijpen, aldus het Court of Appeal. Het merkt op dat dit wel een nieuwe taak zou zijn voor het Engelse parlement.¹¹⁹

4.3.3 Frankrijk

4.3.3.1 Vaststelling en waardering enkele immateriële schadeposten

De vergoeding van immateriële schade ('dommage moral') is in Frankrijk mogelijk door een ruime uitleg (door de Cour de Cassation)¹²⁰ van het begrip 'dommage' in art. 1382 Cc.¹²¹ Om voor vergoeding in aanmerking te komen dient de immateriële schade voldoende zeker ('certain') en 'persoonlijk' ('personnel') te zijn, daarnaast dient de benadeelde in een legitiem belang ('intérêt légitime') te zijn geraakt, aangenomen dat er aansprakelijkheid bestaat.¹²² De moeilijkheden die de waardering van immateriële schade omgeven staan haar vergoeding niet in de weg.

'attendu que la difficulté d'apprécier un dommage ne rend pas non recevable l'action en réparation ce dommage.'¹²³

In het navolgende gaat het om de wijze van vaststellen en waarderen van de vergoeding voor verschillende immateriële verliezen (schadeposten) als gevolg van letsel. Ook in Frankrijk bestaat er geen markt voor dergelijke verliezen. Lambert-Faivre:

'Les préjudices non économique, physiologiques et moreaux sont absolument étrangers a toute mercuriale.'¹²⁴

Het doel van iedere schadevergoeding is 'replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit'. Een

119 Een voordeel is bovendien het feit dat een wet geen terugwerkende kracht zou hebben, en een uitspraak van het hof nu juist wel.

120 Cass., Chambre réunie 15.06.1833, [1833] Sirey (S.), 1, 458.

121 Art. 1382 Cc bepaalt: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Vgl. ook art. 1147 Cc (wanprestatie) dat bepaalt: Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

122 Overigens wordt opgemerkt dat in het hiernavolgende er enkel aandacht is voor schadevergoeding met betrekking tot onrechtmatige daad.

123 Cass., Chambre réunie 15.06.1833, [1833] Sirey (S.), 1, 458.

124 Lambert-Faivre 2000, p. 117.

'réparation intégrale' van de schade geldt als vertrekpunt.¹²⁵ In het algemeen kan de uiteindelijke schadevergoeding ('réparation') zowel in de vorm van compensatie ('en équivalent') als op andere wijze ('en nature') plaatsvinden. Het uitgangspunt is echter om de schade zoveel als mogelijk met geld te vergoeden. De rechter houdt evenwel de bevoegdheid een andere wijze van herstel te kiezen.¹²⁶

In het navolgende is er aandacht voor de vaststelling van smartengeld als gevolg van lichamelijk letsel, de 'préjudice extrapatrimonial subi par le blessé'. De vaststelling van schade geleden door derden (bijvoorbeeld affectieschade) komt niet aan bod.¹²⁷ De Franse benadering kan evenals de Belgische benadering als contrast dienen met de hiervoor behandelde Engelse en de hierna te behandelen Duitse precedentenbenaderingen, en dus ook met het in hoofdstuk 3 behandelde Nederlandse recht ten aanzien van de vaststelling van smartengeld.

In de praktijk komt in het Franse letselschaderecht veel gewicht toe aan de evaluatie van het letsel door een medisch-deskundige.¹²⁸ Lambert-Faivre:

'L'évaluation du dommage corporel suppose l'intervention successive de deux disciplines: de sont d'abord des médecins qui apprécient et qualifient l'importance des atteints à l'intégrité physique; ce sont ensuite des juristes qui chiffrent et traduisent dans la domaine du droit les préjudices subis.'¹²⁹

De rechter heeft echter een ruime discretionaire bevoegdheid bij de begroting van de schade, het staat hem ook vrij geen deskundige te benoemen.¹³⁰ Daar-

125 Vgl. Le Roy 2004, p. 3-4.

126 Viney en Jourdain 2001, p. 270 e.v. Opmerking verdient dat het Franse recht het goedmaken van schade en het voorkomen van dreigend onrecht als zodanig niet onderscheidt. Het Franse recht maakt wel onderscheid tussen 'réparation en équivalent' (compensatie) en 'réparation en nature' (herstel). Het rechterlijk verbod en bevel vallen onder de 'réparation en nature'. Een vordering tot 'réparation en nature' kan alleen op grond van art. 1382 CC worden ingesteld. In beginsel dienen dan alle eisen voor een recht op schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad te zijn vervuld. Hierop wordt evenwel een uitzondering gemaakt. Het bestaan van schade wordt verondersteld, als aannemelijk is dat in de toekomst schade zal worden geleden.

127 De schadevergoeding is niet tot een bepaalde schadecategorie of tot een bepaalde categorie van gevallen beperkt. Als bijvoorbeeld derden immateriële schade lijden als gevolg van verwonding of overlijden van een naaste, wordt gesproken van 'dommage par ricochet' ('weerkaatste' of 'afgeketste' schade). Ook deze schade kan in beginsel voor vergoeding in aanmerking komen. De kring van gerechtigden tot vergoeding van weerkaatste schade is daarbij niet vastomlijnd en wordt ruim getrokken. Viney V, nr. 10.

128 Het begrip letselschade ziet overigens op zowel geestelijk als lichamelijk letsel en kan zowel materiële als immateriële schade omvatten.

129 Lambert-Faivre 2000, p. 127.

130 Le Roy 2004, p. 5-8. Vgl. art. 263 Nouveau Code de procédure civile. 'L'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge.'

naast spelen barema's een belangrijke rol. Voor wie dit weinig aantrekkelijk vindt:

'Un barème d'évaluation est une échelle de mesure dont la rigidité arithmétique semble très réductrice de la complexité du corps humain qui détermine toute la richesse spirituelle, intellectuelle, sensorielle, affective, professionnelle, ou simplement matérielle et ludique de la vie du individu.' [mijn cursivering]¹³¹

Een individu laat zich slecht in cijfers vangen, dat is waar, maar, zo merkt Lambert-Faivre op:

'C'est tellement vrai que de nombreux pays, notamment la Grande-Bretagne ignorent tout système de barème et semblent ne pas s'en porter plus mal que la common law et la consultation des recueils de jurisprudence favorisent tous les flous artistiques.'

Dit is wellicht wat sterk uitgedrukt, daargelaten dat Engeland niet geheel vreemd lijkt met het gebruik van gestandaardiseerde aanwijzingen ter bepaling van de omvang van de vergoeding voor immateriële schade (zie paragraaf 4.3.2.2). Wat hier van zij, geconcludeerd mag worden dat de Franse benadering wezenlijk lijkt te verschillen van die in Nederland. Van een Franse slag lijkt allang geen sprake meer.¹³² Daarvoor in de plaats zijn andere eigenaardigheden gekomen.

Het 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat' wordt in Frankrijk doorgaans onderscheiden in (vele) verschillende immateriële schadeposten, doorgaans wordt evenwel één vergoeding voor de 'dommage moral' uitgekeerd.¹³³ De verschillende immateriële schadeposten zien op twee te onderscheiden periodes na de schadeveroorzakende gebeurtenis. De periode tot en de periode na consolidatie van het lichamelijke letsel en de daarmee samenhangende invaliditeit. Onder consolidatie wordt verstaan: 'le moment où les lésions se fixent et prennent un caractère permanent (...) tel qu'il est possible d'apprécier un certain degré d'incapacité permanente réalisant un préjudice définitif.'¹³⁴ In dit licht wordt een onderscheid gemaakt tussen de tijdelijke invaliditeit ('Incapacité Temporaire (Partielle ou Totale), de I.T.T, en de blijvende invaliditeit ('Incapacité Permanente Partielle (ou Totale)', de I.P.P.¹³⁵ Zowel de I.T.T, als de I.P.P. wordt door een medisch-deskundige vastgesteld en worden uitgedrukt in een bepaald percentage. Ter bepaling van de percentages maakt

131 Lambert-Faivre 2000, p. 130.

132 Vgl. Bloembergen 1965, p. 5, voetnoot 1.

133 Galand-Carval 2001, p. 89.

134 Lambert-Faivre 2000, p. 211

135 Hiervan wordt door Lambert-Faivre het geval van HIV-besmetting onderscheiden ('les victimes post-transfusionnelles du sida'), van een geconsolideerde toestand lijkt dan nooit sprake, aldus Lambert-Faivre t.a.p.

de medisch-deskundige gebruik van het 'Barème indicatif des déficit fonctionnelles en droit commun.'¹³⁶ Dit barema geeft de medisch deskundige handvatten ter bepaling van de mate van invaliditeit. Het barema is in rechte niet bindend. Wel heeft de Cour de Cassation overwogen dat het barema een bruikbaar hulpmiddel is ter coördinatie van beslissingen. De bindende kracht van de tabel is echter hoofdzakelijk gebaseerd op de brede erkenning die zij geniet in het wetenschappelijk discours. Opgemerkt kan worden dat verzekeringsmaatschappijen (niet geheel onverwacht) het belang van een barema onderkennen en dat het barema ook de steun van het Ministerie van Justitie geniet.¹³⁷

4.3.3.2 'Incapacité Temporaire Total'

De I.T.T. ('Incapacité Temporaire Totale') wordt gebruikt als aanknopingspunt voor de bepaling van zowel de tijdelijke materiële als de tijdelijke immateriële gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis. De I.T.T. ziet op schade die geleden wordt in het tijdvak tot de consolidatie van het letsel. De I.T.T. kan worden onderscheiden in enerzijds de I.T.T., in de betekenis van 'Incapacité Temporaire de Travail' (arbeidsvermogensschade) en het I.T.T., in de betekenis van 'Incapacité Traumatique Temporaire' (tijdelijke immateriële schade). Als een gelaedeerde ondanks zijn tijdelijke invaliditeit geen inkomensverlies lijdt, wordt aangenomen dat het slachtoffer een vergoeding voor zijn 'troubles physiologiques' kan ontvangen onder de paraplu van de I.T.T. De gedachte hierachter is dat ook een 'préjudice corporel de caractère objectif' voor vergoeding in aanmerking dient te komen die geen arbeidsvermogensschade tot gevolg heeft gehad.¹³⁸ Onder de post 'Incapacité Temporaire Total' wordt dan enkel immateriële schade vergoed.¹³⁹

4.3.3.3 'Les souffrances endurées' (pretium doloris)

De tweede post die ziet op tijdelijke immateriële schade is 'le préjudice de souffrance' (pretium doloris). Deze post is niet gerelateerd aan de I.T.T. of de I.P.P. van het slachtoffer. Het gaat bij 'les souffrance endureés' in de eerste plaats om fysieke pijn ('expérience sensorielle désagréable ou épouvantable') als gevolg van letsel geleden in de periode tot consolidatie, maar ook 'souffrances morales' kunnen onder deze post worden gebracht, gedacht kan dan worden aan angst, posttraumatische neuroses of depressiviteit.¹⁴⁰ De ernst

136 Eens in de zoveel tijd wordt het barema herzien en zo nodig aangepast. Het barema stamt uit 1981 en is in 1991, 1993 en 2001 herzien. Zie Concours Médical 2001.

137 Vgl. Galand-Carval 2001, p. 90.

138 Cass. 2^e civ. 30 sept 1998, R.C.A. 1998, 373 en 379.

139 Vgl. Lambert-Faivre 2000, p. 211-213; Galand-Carval 2001, p. 89.

140 Vgl. Lambert-Faivre 2000, p. 214, Galand-Carval 2001, p. 89.

en de duur van het letsel vormen de belangrijkste aanknopingspunten. Als objectief vaststelbare aanknopingspunten kunnen verder worden genoemd het aantal en de aard van eventuele chirurgische ingrepen, het aantal dagen ziekenhuisopname, de aard van de medische onderzoeken en de aard en duur van het revalidatieproces, alsook de vraag of de gelaedeerde wel of niet in het gips heeft gezeten, en hoe vaak dit is verwisseld, alsook het aantal dagen dat de gelaedeerde 'gestrekt' heeft gelegen.¹⁴¹

De ernst van het letsel wordt in beginsel uitgedrukt op een schaal van 1 tot 7 (*très léger – léger – modérées – moyennes – assez important – important – très important*). Dit wordt evenwel niet altijd voldoende geacht. In de praktijk wordt gebruik gemaakt van een meer uitgewerkte tabel, de '*Barème Thierry*'.¹⁴² In de '*Barème Thierry*' zijn verschillende typen letsel gerangschikt en telkens is voor een bepaald type letsel aangegeven in welke bandbreedte van de hierboven aangehaalde 7-puntsschaal dit letsel zou kunnen vallen. In totaal worden zeven categorieën letsel onderscheiden (hersensletsel, gezichtsletsel, rugletsel, letsel aan de wervelkolom, buikletsel, letsel aan ledematen en brandwonden) waarbinnen een nadere onderverdeling van aandoeningen is gemaakt. Zo krijgt een hersenschudding (in de categorie hersenenletsel) een bandbreedte 1 – 2 (*très léger – léger*) mee en vallen ernstige motorische stoornissen als gevolg van hersensletsel in de bandbreedte 5 – 7 (*assez important – très important*). De 7-puntsschaal is vervolgens gekoppeld aan zeven bandbreedtes van geldbedragen die zijn erkend door 'le ministre de la Justice'.¹⁴³ Is de bandbreedte in een concreet geval bepaald, dan kan de rechter vervolgens de concrete vergoeding bepalen.

4.3.3.4 '*Le préjudice physiologique*'

Een belangrijke niet-vermogensschade post is '*le préjudice physiologique*'. Deze post ziet op schade in het tijdvak na consolidatie. De '*troubles physiologique*' zien in dit geval op het objectief vaststelbare blijvende lichamelijke letsel en de daarmee samenhangende invaliditeit. De eerste stap is om deze blijvende schade objectief vast te stellen. Deze vaststelling wordt gedaan door een medisch-deskundige. Hij dient het letsel niet alleen te beschrijven maar ook uit te drukken in een percentage, het zogenaamde D.F.P. ('*le taux Déficit Fonctionnel Permanente*').¹⁴⁴ Bij de vaststelling kan de medisch-deskundige gebruik maken van het '*Barème indicatif des déficit fonctionnelles en droit*

141 Zie Le Roy 2004, p. 57-59.

142 Genoemd naar zijn oorspronkelijke opsteller Dr. Jean-Michel Thierry, voormalig 'chef de clinique' van de medische faculteit in Parijs. Deze barema wordt regelmatig herzien. (zie Le Roy 2004, p. 56).

143 Zie Le Roy 2004, p. 57-59.

144 Vgl. Le Roy 2004, p. 52-54.

commun.’ Als deze stap is gezet, is het aan de rechter om de schade te waarderen.

Overigens, het belang van deze schadepost wordt onderstreept door het debat over de precieze inhoud van dit begrip. Probleem is de al dan niet zelfstandige positie van de samenhangende post ‘*préjudice d’agrément*’ (gederfde levensvreugde).¹⁴⁵ Onder dit begrip kan worden verstaan:

‘[la] diminution des plaisirs de la vie, causée notamment par l’impossibilité ou la difficulté de se livrer à certain activités normales d’agrément’¹⁴⁶

Het gaat om verlies van kwaliteit van leven,¹⁴⁷ waaronder ook de onmogelijkheid hobby’s te beoefenen of te sporten valt, maar vooral om het verlies van het genoegen een normaal leven te kunnen leiden.¹⁴⁸ Lambert-Faivre wil beide posten verenigen in het begrip ‘*le préjudice fonctionnel d’agrément*’ waarbinnen zij de meer ‘kwantitatieve’ component (‘*le préjudice physiologique*’) en de meer ‘kwalitatieve’ component (‘*le préjudice d’agrément*’) onderscheidt.¹⁴⁹ Le Roy spreekt simpelweg van ‘*le préjudice physiologique et d’agrément*’. Hij merkt daarbij op dat het ‘*préjudice physiologique*’ vaak niets anders is dan de gederfde levensvreugde.¹⁵⁰ Kortom, de begrippen lijken te onderscheiden, te scheiden zijn zij evenwel moeilijk.¹⁵¹ de Cour de Cassation lijkt beide schadeposten als afzonderlijk waardbaar te zien.¹⁵² De discussie over de inhoud van het begrip ‘*le préjudice fonctionnel*’ maakt wel duidelijk dat een zekere spanning kan bestaan tussen het (tot op zekere hoogte) academische debat over de precieze inhoud van de te onderscheiden schadeposten en de praktische behoefte aan hanteerbaar ‘gereedschap’ om dergelijke schade te kunnen vaststellen en waarderen.

4.3.3.5 ‘*le calcul au point*’

De zogenaamde ‘*calcul au point*’-methode is de tweede stap die moet worden gezet om te geraken tot de vaststelling van de omvang van het smartengeld voor ‘*le préjudice physiologique*’. Nadat de medisch deskundige het percentage invaliditeit (het DFP of het IPP) heeft bepaald, is het aan de rechter het smartengeld vast te stellen. De omvang van het smartengeld voor een bepaald percentage IPP wordt afgeleid uit een tabel. Deze tabel heeft op de x-as een

145 Zie hierover Le Roy 2004, p. 49-52.

146 CA Paris, 2 december 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 1, 36.

147 Cass. 2^e civ, 19 maart 1997, *Dalloz*, 1998, J, 59.

148 Cass. Crim. 26 mei 1992, *J.C.P.* 1992, I.3625.

149 Vgl. Lambert-Faivre 2000, p. 215. Zij stelt voor deze componenten gescheiden te houden.

150 Le Roy 2004, p. 49-52.

151 Le Roy refereert aan het ‘loss of amenity’, te vertalen met gederfde levensvreugde. Le Roy 2004, p. 94.

152 Cass. 2^e civ. 19 december 2003, *D.* 2004, no. 2, 161.

schaalverdeling van 1% tot 100% invaliditeit (IPP). Op de y-as staat de zogenaamde 'valeur du point' (van 750-4000 Euro).¹⁵³ In de tabel zijn vier 'leeftijdslijnen' getrokken, respectievelijk een '20 jaar'-lijn en een '40 jaar'-, '50 jaar'- en '65 jaar'-lijn. De '20 jaar'-lijn ligt het hoogste. De tabel kent aan iedere mogelijke combinatie leeftijd en percentage invaliditeit een bepaalde monetaire waarde ('valeur du point') toe. Bij de kruising van de leeftijd van de benadeelde (afgezet tegen de leeftijdslijnen) en het percentage invaliditeit van de benadeelde (op de x-as) vindt de rechtbank op de y-as een monetaire waarde ('la valeur du point'). Deze waarde kan de rechtbank vervolgens vermenigvuldigen met het in concreto door de medisch-deskundige vastgestelde percentage invaliditeit. Zo wordt het mogelijk om voor een gelaedeerde met een leeftijd van bijvoorbeeld 20 jaar en een percentage IPP van 25% een bepaalde 'valeur du point' af te lezen. Stel dat deze 'valeur du point' € 1.750 is, dan heeft de gelaedeerde recht op € 43.750 smartengeld voor zijn 'préjudice physiologique' (25 maal 1.750). De rechter houdt echter steeds de (discretionaire) bevoegdheid om in een concreet geval van een hogere of lagere monetaire waarde uit te gaan.

4.3.3.6 *Loi Badinter*

Vermeldenswaardig is een bijzonder aspect van de 'Loi Badinter'.¹⁵⁴ De in 1986 in werking getreden 'Loi Badinter'¹⁵⁵ roept een risico-aansprakelijkheidsregiem in het leven voor alle bestuurders en 'gardiens' (houders) van motorvoertuigen. Alle slachtoffers, behalve bestuurders, van een verkeersongeval kunnen onder deze wet worden gecompenseerd. Een verplichte motorvoertuigenverzekering financiert het systeem.¹⁵⁶ Mocht de laedens niet verzekerd zijn, dan keert een bij wet in het leven geroepen garantiefonds uit.¹⁵⁷ De 'Loi Badinter' streeft twee in elkaars verlengde liggende doelen na. Naast de verbetering van de positie van verkeersslachtoffers, beoogt zij een minder langdurig en kostbaar proces van de afwikkeling van schadegevallen.

De 'Loi Badinter' kent geen bepalingen aangaande de wijze van vaststelling van smartengeld. Vermeldenswaardig is evenwel artikel 26.¹⁵⁸ Op grond van deze bepaling bestaat een plicht tot publicatie van schikkingen en vonnissen. Dit lijkt een interessant idee. In de praktijk blijkt evenwel dat de bepaling

153 Waardes van 2003.

154 Zie Tzankova & Weterings 2003, p. 37-53.

155 De 'Loi Badinter' is van 25 juli 1985. Voluit: 'Loi no 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à accélération des procédures d'indemnisation'.

156 Artikel 211 lid 2 Codes des assurances.

157 Fonds de garanties automobile.

158 Art. 26 van de Loi Badinter bepaalt: 'Sous le contrôle de l'autorité publique, une publication périodique rend compte des indemnités fixées par les jugements et les transactions'.

onvoldoende effect sorteert.¹⁵⁹ De gegevens die gepubliceerd worden geven nauwelijks inzicht in de aard en ernst van het letsel van de ‘gepubliceerde’ schikkingen en vonnissen en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer in casu. De ondoorzichtigheid van de gegevens en de schadevergoedingsstatistieken geven het slachtoffer (en dan in het bijzonder het slachtoffer dat zich niet laat bijstaan) dan ook nauwelijks een objectieve en betrouwbare maatstaf waaraan hij zijn situatie kan toetsen. Er is ook kritiek geuit op het feit dat de verzameling van de gegevens is toevertrouwd aan een aan de verzekeringsbranche gelieerde organisatie, de AGIRA (l’Association pour la Gestion des Informations sur le Risque Automobile’).¹⁶⁰ Ook wordt er in de literatuur op gewezen dat aangeboden schikkingen die wel zijn te achterhalen herhaaldelijk lager uitvalen dan de bedragen die de rechter in een vergelijkbaar geval waarschijnlijk zou toekennen.¹⁶¹

4.3.4 Duitsland

Het Duitse schadevergoedingsrecht kent twee manieren om schade te vergoeden: de ‘Wiederherstellung in Natur’ en de ‘Kompensation in Geld.’ In § 249 BGB wordt herstel (te onderscheiden zijn restitutie en reparatie) vooropgesteld. Als herstel niet mogelijk is, of voor de gelaedeerde niet toereikend is, wordt teruggevallen op een geldelijke vergoeding (§ 251 BGB).¹⁶² Immateriële schade kan in beginsel zowel worden hersteld als worden gecompenseerd.¹⁶³ ‘Naturalrestitution’ is bijvoorbeeld denkbaar bij een ‘Ehrverletzung’. Het herstel zou bijvoorbeeld de vorm kunnen hebben van een ‘angemessenen’¹⁶⁴ verontschuldiging. In de meeste gevallen kan de immateriële schade echter niet door ‘Naturalrestitution’ vergoed worden. Bij pijn, leed, vrijheidsbeneming of opzettelijk toegebracht immaterieel nadeel is een ‘natuurlijk’ herstel nauwelijks toereikend. Aangenomen wordt dan ook dat de vergoeding van niet-vermogensschade in de kern genomen een compensatie in geld is in de zin van § 251 I BGB.¹⁶⁵

159 Vgl. Tzankova en Weterings 2003, p. 51.

160 Vgl. Lambert-Faivre 2000, p. 216.

161 Le Roy 2004, p. 54.

162 Deutsch 1996, p. 853-855.

163 Staudinger/Schiemann 2004, § 253, Rn 9; Lange & Schieman 2003, par. 7 onder 2; Ady 2004, p. 83.

164 Een onderscheid tussen een ‘billige’ of een ‘angemessene’ vergoeding is in het Duitse recht overigens niet beoogd. Ady 2004, p. 83.

165 Zie Ady 2004, p. 83 met verdere verwijzingen.

In Duitsland komt immateriële schade slechts voor vergoeding in aanmerking voor zover de wet daartoe mogelijkheden biedt.¹⁶⁶ De belangrijkste wettelijke grondslag, lid 2 van § 253 BGB, bepaalt het volgende.

‘Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.’

Maatstaf voor de bepaling van de hoogte van smartengeld op grond van lid 2 van § 253 BGB is de billijkheid. Voor de omvang van de immateriële schadevergoeding zijn de omvang en de ernst van de schade bepalend, en in geval van lichamelijk letsel in het bijzonder de intensiteit en de duur van het lichamelijke letsel, de zorgen van het slachtoffer aangaande het genezingsproces en de inbreuk op zijn levensgeluk door eventuele blijvende beperkingen.¹⁶⁷ Wanneer de rechter alle relevante gezichtspunten in zijn vaststelling heeft betrokken, dan volgt een vaststelling naar ‘freier Überzeugung’ in de zin van § 287 ZPO.¹⁶⁸

De rechter is niet geheel vrij in de vorming van zijn overtuiging.¹⁶⁹ Tot de relevante feiten behoren ook beslissingen in vergelijkbare gevallen. De tot dan toe in vergelijkbare casus uitgekeerde bedragen vormen een belangrijk richtpunt. Eerdere uitspraken zijn opgenomen in ‘Schmerzensgeldtabellen’.¹⁷⁰ De tabellen worden door vrijwel de gehele praktijk als waardevolle ‘Orientierungshilfe’ gezien.¹⁷¹ De in de tabellen opgenomen te vergelijken bedragen blijven voor de meeste gevallen ook sinds de inwerkingtreding van het ‘Schadensersatzrechtsänderungsgesetz’ bruikbare richtpunten.¹⁷² De in de tabellen opgenomen bedragen mogen enerzijds niet zonder meer overgenomen worden, maar anderzijds kan de rechter zonder bijzondere grond niet afwijken. Een afwijking dient te worden gemotiveerd.¹⁷³ Doorgaans kan de mededeling volstaan dat het om een bijzonder geval gaat. De rechter moet wel steeds

166 253 (1) BGB bepaalt: Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

167 Lange & Schiemann 2003, p. 440-447.

168 De eerste zin van lid 1 van § 287 ZPO bepaalt: ‚Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung.’

169 Zie ook BGH 17 oktober 2001, *NJW-RR* 2002, 166.

170 In het bijzonder is te noemen Hacks/Ring/Böhm 2007.

171 Lange & Schiemann 2003, p. 440; vgl. BGH *VersR* 1970, 281, 282; OLG Frankfurt *NJW-RR* 1990, 990; OLG München *VersR* 1992, 588 en voor een enquête onder de rechterlijke macht Musielak *VersR* 1982, 613, 616.

172 Schiemann 2005, p. 287.

173 BGH *VersR* 1976, 967; OLG Düsseldorf *NJW-RR* 1993, 156, 158; zie voor een voorbeeld waarbij de rechter expliciet aanhaakt bij eerdere gevallen OLG Brandenburg, *VersR* 2005, p. 953-954.

beoordelen of in vergelijking met het oudere te vergelijken geval sprake is geweest van inflatie en ook moet de rechter steeds beoordelen of het smartengeldniveau in zijn geheel gestegen is, verder moet de rechter in gedachte houden dat de 'Präzedenzentscheidung' kan berusten op een te lage eis.¹⁷⁴ Veel rechtbanken zijn echter de mening toegedaan dat slechts binnen zeer beperkte kaders van eerdere beslissingen kan worden afgeweken,¹⁷⁵ ondanks het feit dat het Bundesgerichtshof heeft beslist dat het opnemen van een minimum- of maximumbedrag in de eis geen grens voor de hoogte van de vergoeding vastlegt.¹⁷⁶

4.3.5 Verenigde Staten

4.3.5.1 *Damages for pain and suffering*

Voorop kan staan dat *het* Amerikaanse schadevergoedingsrecht niet bestaat. De bevoegdheid tot regelgeving op het gebied van schadevergoeding ligt bij de wetgevers van de staten (jurisdicties), en iedere staat kent zijn eigen precedents met betrekking tot smartengeld, met een lappendeken van meningen als resultaat.¹⁷⁷ In het hiernavolgende worden evenwel enkele bijzonderheden besproken ten aanzien van de vaststelling van smartengeld voor letsel ('damages for pain and suffering') die in de VS tot debat hebben geleid.¹⁷⁸

In de Verenigde Staten wordt de waardering van immateriële schade als gevolg van lichamelijk letsel als een feitelijke kwestie gezien. Dit brengt mee dat iedere benadeelde recht heeft op een individuele behandeling, waarbij in het bijzonder de invloed van *zijn* schade op *zijn* persoon centraal staat. De jury is in deze visie bij uitstek het geschikte gremium om de bijzondere omstandigheden van de benadeelde juist te waarderen. Het uitgangspunt bij deze waardering lijkt in de basis anders te zijn dan in Nederland. Als vertrekpunt geldt niet zozeer de gelijke behandeling van gelijke gevallen, in die zin dat benadeelden in vergelijkbare gevallen, vergelijkbare bedragen voor de vergoeding voor 'pain and suffering' dienen te ontvangen, maar de gedachte dat de unieke omstandigheden van het geval en de unieke gevolgen voor *deze* benadeelde tot uitdrukking moeten worden gebracht. Dit brengt mee dat de jury in beginsel vrij is om ieder in haar ogen redelijk bedrag toe te kennen. Zowel de 'trial judge' als de appelrechter kan onjuist geachte juryuitspraken echter aantasten door een nieuwe zaak te verordonneren, de uitspraak met

174 Vgl. OLG Köln *VersR* 1995, 550; LG Flensburg *NJW* 1999, 1640.

175 OLG Köln *VersR* 1992, 1013 en 1995, 550; LG Heilbronn *VersR* 1994, 443; LG Flensburg *NJW* 1999, 1640.

176 BGHZ 1996, 132, 341.

177 Zie hierover uitgebreid Schirmeister 1996.

178 Roselle e.a. 1997, p. 181.

toestemming van de gedaagde te verhogen (additur) of te verlagen (remittitur), of een eigen 'judgement notwithstanding the verdict' te geven. De rechter zal echter niet snel ingrijpen.¹⁷⁹

Een fundamenteel verschil is dat waar Nederlandse rechters rekening dienen te houden met vergelijkbare gevallen, jury's vaak niet of nauwelijks sturing wordt gegeven.¹⁸⁰ De juryinstructies die gegeven worden, zijn vaak summier en weinig richtinggevend.¹⁸¹ De vaststelling van smartengeld wordt om deze reden 'procedurally simple but analytically impenetrable' genoemd.¹⁸²

De 'open-ended quality'¹⁸³ van de taak van jury heeft tot kritiek geleid. Het huidige regiem werkt ongerechtvaardigde verschillen in de hand, en is daardoor onvoorspelbaar. Daarnaast laat het systeem de jury toe om oneigenlijke criteria te gebruiken bij de vaststelling van smartengeld. Ook wordt het publieke vertrouwen in het rechtssysteem ondermijnd door de arbitraire aard van het vaststellingsproces. Bovendien tasten ongerechtvaardigde verschillen in uitkomsten niet alleen de rechtsgelijkheid en het vertrouwen in het rechtssysteem aan, er zijn ook meer praktische effecten. Het wordt moeilijker zaken te schikken, waardoor onnodig kosten worden gemaakt, de betaling aan behoeftige eisers kan bijvoorbeeld lang op zich laten wachten. Daarnaast leidt de onvoorspelbaarheid tot inefficiëntie door over- of onderpreventie door potentiële schadeveroorzakers en verzekeraars, zo wordt betoogd.¹⁸⁴

179 Zie voor een voorstel voor een 'comparative additur/remittitur review' Baldus MacQueen en Wothword 1995, p. 1109 e.v.

180 Zie over de rol van de jury, Schirmeister 1996, p. 93-107

181 Illustratief zijn de in de staat New York gebruikte 'Pattern Jury Instructions' (PJI 2:280): 'If you decide that defendant is liable, plaintiff is entitled to recover a sum of money which will justly and fairly compensate (him, her) for any injury and conscious pain and suffering to date caused by defendant.(...) Conscious pain and suffering means pain and suffering of which there was some level of awareness by plaintiff (decedent).' De toelichting bepaalt het volgende (PJI 2:280.1). 'In determining the amount, if any, to be awarded plaintiff for pain and suffering, you may take into consideration the effect that plaintiff's (decedent's) injuries have had on plaintiff's ability to enjoy life (have had on decedent's ability to enjoy life up to the time of death). Loss of enjoyment of life involves the loss of the ability to perform daily tasks, to participate in the activities which were a part of the person's life before the injury, and to experience the pleasures of life. However, a person suffers the loss of enjoyment of life only if the person is aware, at some level, of the loss that (he, she) has suffered. If you find that plaintiff (decedent), as a result of (his, her) injuries, suffered some loss of the ability to enjoy life and that plaintiff (decedent) was aware, at some level, of a loss, you may take that loss into consideration in determining the amount to be awarded to plaintiff for pain and suffering to date.'

182 Leebron 1989, p. 265.

183 Chase, 1995 p. 768.

184 Chase, 1995 p. 768.

4.3.5.2 *Empirische gegevens*

De vrees voor ongerechtvaardigde verschillen bij de vaststelling van smartengeld lijkt gegrond. Empirisch onderzoek lijkt hiervoor steun te bieden.¹⁸⁵ Weliswaar is gebleken dat vergoedingen variëren naar gelang de ernst van het letsel, maar deze factor verklaart slechts een deel van de totale variatie.¹⁸⁶ De verschillen binnen categorieën van vergelijkbaar letsel vormen het grootste probleem.

Illustratief is een onderzoek in 256 'wrongful death'¹⁸⁷ zaken. Een (wellicht wat wrang) 'voordeel' van dit onderzoek was de mogelijkheid tot uitsluiting van veel feitelijke omstandigheden die wellicht het verschil in vergoeding ook zouden kunnen verklaren. Nog pregnantere verschillen in vergoedingen kwamen naar voren in een onderzoek naar het vergoedingsniveau voor slachtoffers van een vliegramp. De uitgekeerde vergoedingen varieerden van nul tot 1,4 miljoen dollar. Aangezien alle slachtoffers omkwamen onder vrijwel dezelfde omstandigheden, lijken de verschillen alleen te kunnen worden verklaard door niet ter zake doende omstandigheden. Ras en geslacht lijken bijvoorbeeld een aanzienlijke invloed op de uitkomst te kunnen hebben. Ook lijken 'deep pockets' meer te moeten betalen dan minder draagkrachtige personen in vergelijkbare gevallen. Ook de eenzijdige media-aandacht voor de uitschieters lijkt zijn effect te hebben. Juryleden kunnen geneigd zijn tot overcompensatie omdat zij een irreëel idee hebben van toelaatbare vergoedingen, anderzijds kunnen juryleden ondercompenseren vanwege hun afkeer van de al te zonnige aspecten ('windfall aspects') van zeer grote vergoedingen.¹⁸⁸

4.3.5.3 *Per diem argument*

Amerikaanse advocaten maken dankbaar gebruik van de ruimte die de jury gelaten wordt bij de vaststelling van smartengeld. Zij maken met enige regelmatig gebruik van het zogenaamde 'per diem'-argument (ook wel het 'formule'-, 'time-segment'-, 'unit of time'- of 'blackboard'-argument genoemd). Dit argument komt erop neer dat de (advocaat van de) eisende partij voorstelt per tijdseenheid, een dag, maar bijvoorbeeld ook een minuut of een uur, een bepaald bedrag voor eisers 'pain and suffering' te vergoeden, bijvoorbeeld een dollar per minuut. Dit bedrag wordt daarna vermenigvuldigd met het aantal tijdseenheden dat het nadeel is geleden, of geleden zal worden. Ook kan de advocaat een bepaald eindbedrag suggereren, en dit terugrekenen naar

185 Bovbjerg, Sloan & Blumstein 1989, p. 919-924.

186 Bovbjerg, Sloan & Blumstein 1989, p. 919-924.

187 Leebron 1989, p. 297-298 en 324-325; Chase 1995, p. 768-769.

188 Chase 1995, p. 770-774.

een bepaald bedrag per tijdseenheid.¹⁸⁹ Het 'per diem'-argument heeft terecht slechte papieren voor zover het wordt gebruikt als retorische truc.

'While not perfect, a virtue of the lump-sum method is transparently imprecise while the per diem argument speciously translates this imprecision into a mathematically certain figure.'¹⁹⁰

Het 'per diem'-argument moet aanschouwelijk maken wat een slachtoffer ter compensatie ontvangt over de periode waarover hij immaterieel nadeel ondervindt. Het is natuurlijk vooral een psychologische truc om zo de jury over de streep te trekken de voorgestelde som toe te kennen. Het 'per diem'-argument wordt gezien als een factor die heeft bijgedragen aan de forse stijging van de vergoedingen voor 'pain and suffering'. De toelaatbaarheid van het 'per diem'-argument is daarom voortdurend in debat.¹⁹¹ De (on)toelaatbaarheid van het 'per diem'-argument hangt in ieder geval deels samen met de eigenaardigheden die kleven aan juryrechtspraak als zodanig. Een reden om het 'per diem'-argument wel toe te laten, is dat het geen bindende kracht heeft. Ook wordt wel aangevoerd dat de jury er waarschijnlijk niet erg door beïnvloed zal worden, mede omdat de jury op het juiste spoor gezet kan worden door jury-instructies. Hiertegen wordt aangevoerd dat 'het beste er van hopen' geen erg sterk argument is. Ook zou volgens de voorstanders van het 'per diem'-argument een zekere terughoudendheid bij de eisende partij bestaan om het 'per diem'-bedrag niet al te erg op te blazen om niet van hebberigheid te worden beticht. Dit argument wordt gepareerd met de vraag hoe gemeten kan worden of de eisende partij te ver is gegaan, en met de vraag hoeveel eigenlijk te verwachten valt van deze terughoudendheid.¹⁹²

4.3.6 Nadere beschouwing rechtsvergelijkende gegevens

De bestudering van de situatie in België en Engeland leert het volgende. In zowel België als Engeland gaf een (voorgenomen) wijziging in de rechterlijke organisatie een impuls aan de ontwikkeling van respectievelijk de Indicatieve tabel en de *JSB-richtlijn*. Niet zozeer de bestaande rechtsoneenheid, maar de vrees voor mogelijke rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid in de toekomst deden de noodzaak tot coördinatie van rechtspraak gevoelen. In beide jurisdicties wordt er overigens wel op gewezen dat onverklaarbare verschillen voorkwamen (zie de paragrafen 4.3.1.4 en 4.3.2.2).

189 Als een slachtoffer bijvoorbeeld 100.000 dollar vergoeding voor 'pain and suffering' ontvangt, en het slachtoffer heeft een levensverwachting van tweeëndertig jaar, dan ontvangt hij ongeveer 8,50 dollar per dag (kapitalisatie-elementen daargelaten).

190 Totaro 2006, p. 324.

191 King 2003, p. 1-50.

192 Totaro 2006, p. 324.

Een initiatief tot coördinatie van smartengeldrechtspraak in de vorm van een (indicatieve) (rechters)regeling ingegeven door een rechterlijke reorganisatie is in Nederland niet direct te verwachten. Echter, de aandacht voor de kwaliteit van de buitengerechtelijke en gerechtelijke afwikkeling van letselschades,¹⁹³ alsmede de bij herhaling geuite wens in de literatuur om te komen tot enige vorm van normering of standaardisatie van smartengeld zijn mijns inziens voldoende redenen voor de gremia binnen of rond de rechterlijke macht, die in staat en bevoegd zijn tot coördinatie van rechtspraak buiten het concrete geval, om in ieder geval de mogelijkheden tot coördinatie te onderzoeken.¹⁹⁴ Te meer nu aannemelijk is dat ook in Nederland onverklaarbare verschillen voorkomen, hetgeen incidenteel ook uit de rechtspraak naar voren komt, en te meer nu gebleken is dat het huidige kader waarbinnen smartengeld wordt vastgesteld, verstarrend werkt. Daarnaast bieden de geslaagde voorbeelden uit België en Engeland steun aan de gedachte dat coördinatie zinvol kan zijn.

De doelstelling van de Belgische Indicatieve tabel en de Engelse benadering, met de *JSB-richtlijn* en de activistische rol van het 'Court of Appeal, vertonen gelijkenis. De Indicatieve tabel heeft als centrale doelstelling het bevorderen van eenvormigheid van de rechtspraak (zie de paragrafen 4.3.1.2 en ook het Court of Appeal en de 'Judicial Studies Board' zien het stimuleren van eenvormigheid als hun taak (zie paragraaf 4.3.2.1 en 4.3.2.2). De eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid liggen ten grondslag aan dit doel. Ook zijn proces-economische doelstellingen aan te wijzen. De doelen van rechtseenheid en efficiëntie dienen te worden bereikt door de houvast die de Indicatieve tabel, de *JSB-richtlijn* en de uitspraken van het Court of Appeal kunnen geven. De mate van binding die van de richtlijnen en aanwijzingen kan uitgaan, speelt hierbij een belangrijke rol.

De vorm en inhoud van de Indicatieve tabel en de *JSB-richtlijn* zijn eveneens interessant voor de Nederlandse situatie. In essentie steunt de Indicatieve tabel op kwantificeringen van lichamelijk letsel, hoewel de rol van precedenten niet onderschat moet worden. De kwantificeringen worden uitgevoerd door arts-deskundigen, aangesteld door de rechter of door partijen. De *JSB-richtlijn* en de aanwijzingen van het Court of Appeal bouwen primair voort op precedenten. Beide benaderingen lijken wezenlijk te verschillen. De rol van de arts deskundige komt in het Belgische systeem nadrukkelijk naar voren. In het Engelse systeem is die rol echter ook aanzienlijk, alleen is zij in de richtlijn minder zichtbaar. In het Engelse systeem zal immers ook vaak een medisch deskundige zich uitspreken over de aard en ernst van het letsel. Bovendien is het uiteindelijk in beide systemen de rechter die beslist.

De inhoud van de Indicatieve tabel is niet van kritiek ontbloot geweest. Zij zou op (te) veel punten niet duidelijk zijn of leemten vertonen. Bovendien wordt terecht opgemerkt dat rechtseenheid geen doel op zichzelf mag zijn.

193 Te denken valt bijvoorbeeld aan de deelgeschillenregeling.

194 Zie uitgebreider paragraaf 4.4.

Verzekeraars kantten zich tegen de verhoging van een aantal vergoedingen. Opmerkelijk is dat ook ‘van slachtofferzijde’ vraagtekens zijn gezet bij de in de Indiatieve tabel doorgevoerde verhogingen voor de vergoeding van immateriële schade. Ook is de wijze van totstandkoming van de Indiatieve tabel stevig gekritiseerd. De voornaamste kritiek richt zich op de inzichtelijkheid van de totstandkoming (zie paragraaf 4.3.1.1). Vergelijkbare kritiek is er ook in Engeland (zie paragraaf 4.3.2.2).

De staatsrechtelijke positie van de rechterlijke macht ten opzichte van de wetgever is, voor wat betreft de mogelijkheid tot het opstellen van richtlijnen, in zowel in België als in Engeland aan de orde gekomen. De onafhankelijkheid van rechters ten opzichte van elkaar daarentegen niet. In België kon het *streven* naar eenvormigheid dat uit de tabel spreekt op steun rekenen. De initiatiefnemers, de twee verenigingen van rechters, werd echter verweten dat zij zich in de plaats van de wetgever stelden. Het Court of Appeal heeft aandacht besteed aan zijn positie ten opzichte van de wetgever (zie de paragrafen 4.3.2.1 en 4.3.2.3). De ‘Judicial Studies Board’ hoeft dat niet te doen. Zij behoort niet tot de rechterlijke macht of een orgaan daarvan. Het Court of Appeal zag geen problemen omdat de wetgever steeds kan ingrijpen. Overigens kan worden opgemerkt dat het Court of Appeal zijn taak tot het bepalen van nieuwe richtlijnen uitoefent binnen algemeen geaccepteerde uitgangspunten waaronder het beginsel van volledige vergoeding. Voor zover de vergoedingen inadequaat zijn, past het Court of Appeal ze evenwel aan het huidige tijdgewricht aan. Het gaat hiermee overigens verder dan de opstellers van beide richtlijnen.

De vraag naar de bindende kracht van de Indiatieve tabel raakt aan de kwestie van de staatsrechtelijke positie van de rechterlijke macht. Enige vorm van juridische binding wordt door de opstellers niet beoogd. In België gaan evenwel ook stemmen op voor meer binding. Voor de bindende kracht van een eventuele rechtersregeling en de Nederlands situatie zal aandacht zijn in paragraaf 4.8.7. De bindende kracht van de *JSB-richtlijn* lijkt van een andere orde. De richtlijn is voor een belangrijk deel gebaseerd op precedenten. De vraag kan hier worden opgeworpen of, en zo ja, in hoeverre met een richtlijn die niet door de wetgevende of rechterlijke macht is opgesteld wel enige juridische binding kan worden bereikt. De bindende kracht van enige vorm van zelfregulering zal in het navolgende aan de orde komen (zie paragraaf 4.6.4).

In België is evenals in Engeland geen empirisch onderzoek gedaan of en in welke mate de praktijk zich richt naar de bedragen genoemd in de tabel. In beide landen wordt evenwel aangenomen dat de praktijk meer en meer gebruik maakt van de tabellen. Afwijkingen van de Indiatieve tabel worden karig gemotiveerd. Steeds vaker verantwoordt de rechters de schadevergoeding onder verwijzing naar de Indiatieve tabel. Ook voor de *JSB-richtlijn* is de waardering inmiddels gegroeid (zie paragraaf 4.3.2.2). Geconcludeerd mag worden dat het werken met een richtlijn een kwestie van gewenning lijkt te zijn.

Het Duitse stelsel brengt geen bruikbare inzichten mee voor een mogelijke verdere coördinatie van smartengeldrechtspraak. De Duitse literatuur lijkt terughoudend te staan tegenover normering. Het Franse stelsel wordt evenals het Belgische stelsel vergaand beheerst door de medisch-deskundige. De rechter houdt evenwel een ruime discretionaire bevoegdheid. Kritiek is er op de praktijk die is gegroeid onder de Loi Badinter (zie paragraaf 4.3.3.6).

4.4 SMARTENGELDFORMULES

Resulteert de wens tot coördinatie of normering van de vaststelling van smartengeld in een concreet voorstel tot verbetering, dan heeft dit voorstel vaak de vorm van een formule of een vuistregel. Hoewel geen van de hierna te bespreken formules ooit ingang heeft gevonden in de rechtspraak, althans nauwelijks, verdienen zij een korte bespreking.

Van der Veen heeft gepleit voor enige normering in de vorm van een formule in gevallen van gering letsel.¹⁹⁵ Hij koppelt het aantal weken ziekenhuisopname, bedlegerigheid of arbeidsongeschiktheid aan een percentage van het minimumloon.

Het 'Rapport smartegeld', een initiatief van het Verbond van Verzekeraars, bevat eveneens een formule voor smartengeld in geval van lichamelijk letsel.¹⁹⁶ Deze smartengeldformule (hierna: de verbondsformule) koppelt een percentage functionele invaliditeit aan een geldbedrag.¹⁹⁷ Ook vandaag de

195 Van der Veen 1976, p. 2. Van der Veen heeft gepleit voor coördinatie in de vorm van een formule voor gevallen waarin sprake is van gering letsel. Voor elk slachtoffer met zulk letsel zou hij voor elke week ziekenhuisopname of bedlegerigheid een bedrag willen toekennen gelijk aan 50% van het minimumloon (in 1976 kwam dit neer op circa 330 gulden per week (€149,75)). Voor elke week arbeidsongeschiktheid, zonder bedrust zou dit 25% van het minimumloon moeten zijn. Deze vuistregels zouden toepassing moeten vinden voor gevallen waarbij sprake is van een arbeidsongeschiktheid van maximaal 13 weken.

196 Opgesteld door zijn Commissie Schaderegelingsbeleid. Deze verbondscommissie had tot doel het schadeverzekeringsbedrijf een uniforme wijze van schaderegeling te laten hanteren. Zij stelde hiertoe gedragsregels op, bevorderde het gebruik daarvan en trachtte, indien noodzakelijk, draagvlak voor deze regels te verwerven buiten het schadeverzekeringsbedrijf. In het kader van deze driedelige taakstelling zag het Rapport smartegeld het licht (in 1984). Rapport smartegeld 1984, p. 6

197 De verbondsformule koppelt een door medisch deskundigen te bepalen percentage functionele invaliditeit aan een geldbedrag. Een onderscheid wordt gemaakt tussen tijdelijke en blijvende functionele invaliditeit. De invaliditeit wordt als tijdelijk aangemerkt voor de periode waarin nog geen sprake is van genezing of consolidatie van het letsel. Alleen gevallen waarin tussen de drie en de dertig procent blijvende invaliditeit resteert, vallen onder de formule. Het uit te keren bedrag wordt als volgt bepaald. In de eerste fase na het ongeval krijgt het slachtoffer 15 gulden (€6,80) per opnamedag in een ziekenhuis of 10 gulden (€4,54) per dag wanneer hij thuis herstelt tot aan de dag van genezing of consolidatie van het letsel. Wanneer blijvende functionele invaliditeit resteert, krijgt het slachtoffer 400 gulden (€181,51) per procentpunt functionele invaliditeit en 10 gulden (€4,54) per procentpunt functionele invaliditeit vermenigvuldigd met het aantal statistisch te

dag wordt het percentage functionele invaliditeit in de praktijk nogal eens gebruikt als grove richtlijn ter vaststelling van smartengeld, waarbij dan een billijk bedrag van 1.000 euro per procent functionele invaliditeit wordt aangenomen.¹⁹⁸

Stolker en Poletiek hebben een voorstel gedaan tot verbetering van de verbondsformule gebaseerd op de 'willingness to pay'-methode (zie over deze methode ook paragraaf 4.5.2).¹⁹⁹ Het grote verschil met de verbondsformule is dat Stolker en Poletiek ter bepaling van een billijke vergoeding uiteindelijk niet aanknopen bij precedënten, maar zich baseren op de zogenaamde 'Willingness to Pay'-methode. Deze 'bereidheid tot betalen'-methode is in essentie gebaseerd op de vraag hoeveel een potentiële slachtoffer zou willen betalen voor een behandeling die resulteert in volledig herstel. De aanname is dat het antwoord als een maat kan dienen voor de omvang van de immateriële schade van het slachtoffer. Het potentiële slachtoffer geeft aan wat hem het waard is – uitgedrukt in geld – om in de oude toestand hersteld te worden, terwijl dit herstel feitelijk niet mogelijk is. Met andere woorden, hij waardeert zijn immateriële nadeel op geld.²⁰⁰

verwachten resterende levensjaren. De genoemde bedragen zouden periodiek aangepast kunnen worden, voor een indexering voelde de verbondscommissie echter niets (Rapport smartegeld 1984, p. 6). De formule bestrijkt de meeste letselschadegevallen, aldus de commissie. Wel noemt het voorstel het platgetreden voorbeeld van de pianist met pinkletsel. Daarnaast noemt het rapport littekens als bijzondere omstandigheid (Rapport smartegeld 1984, p. 12). Naar hun aard uitzonderlijke gevallen en gevallen die voor het slachtoffer in casu zwaarder wegen dan normaal vallen niet onder de formule. In deze gevallen, die in het rapport niet zijn gedefinieerd, acht de verbondscommissie maatwerk meer op zijn plaats. De drieprocenteis vormt een drempel. In gevallen van minder dan drie procent functionele invaliditeit kan nauwelijks meer van (blijvende) immateriële schade worden gesproken. In die gevallen kan smartengeld worden uitgekeerd op grond van tijdelijke functionele invaliditeit (Rapport smartegeld 1984, p. 12-13).

198 Weterings 2008, p. 146.

199 Stolker & Poletiek 1998, p. 71-86.

200 Stolker & Poletiek hebben 25 personen ondervraagd die vergelijkbaar letsel hadden. De ondervraagde personen dienden bij de beantwoording van de vragen te veronderstellen dat zij geen geld uit verzekering of uit andere bron incasseren. Niet verrassend lopen de genoemde bedragen nogal uiteen. Bovendien liggen de genoemde bedragen fors hoger dan bedragen die in de rechtspraak worden toegekend. Omdat het antwoord in ieder geval ook afhankelijk lijkt van iemands vermogenspositie, miljonairs geven gemakkelijker (ook fictief) geld uit dan minima, wordt ervoor gekozen de genoemde bedragen te corrigeren. Als aanknopingspunt voor de correctie wordt gekozen voor het jaarinkomen van de ondervraagde persoon. De omvang van de immateriële schade als gevolg van diverse letsels kan zo worden uitgedrukt in een percentage van het inkomen van het (potentiële) slachtoffer. Voor de bepaling van een billijk smartengeld, dat wel met de omvang van de immateriële schade, maar niet met de diepte van de zakken van het individu rekening houdt, zou volgens Stolker en Poletiek kunnen worden aangeknoopt bij het gemiddelde inkomen van de Nederlandse bevolking. Stolker & Poletiek 1998, p. 85-86. Als voor de verschillende denkbare letsels percentages zijn bepaald, kan een billijke indicatie van het smartengeld worden bepaald door het percentage in een concreet geval te vermenigvuldigen met dit gemiddelde inkomen.

Ruers heeft een genormeerde aanpak voorgesteld voor de vaststelling van immateriële schade voor een beperkte categorie slachtoffers, namelijk slachtoffers met een mesothelioom.²⁰¹

Giesen, Kamminga en Barendrecht hebben een formule ontwikkeld eveneens met een wat beperkter bereik dan de drie eerstgenoemde. In het bijzonder smartengeld als gevolg van arbeidsongevallen en beroepsziekten kan volgens hen voor normering in de vorm van een formule in aanmerking komen.²⁰² De formule van Giesen c.s. relateert de omvang van de immateriële schadevergoeding aan de leeftijd van het slachtoffer en zijn percentage arbeidsongeschiktheid. Hun formule relateert de omvang van de immateriële schadevergoeding aan de leeftijd van het slachtoffer dat een arbeidsongeval is overkomen of een beroepsziekte heeft opgelopen. Waarbij zij er vanuit gaan dat aansprakelijkheid bestaat voor de schade en er een recht bestaat op smartengeld. De op x in mindering te brengen bedragen kunnen ook per levensjaar (a wordt dan 2.000 gulden (€ 907,65)) of vijf levensjaren afgetrokken worden (a wordt dan 10.000 gulden (€ 4.537,80)). Mocht de gewenste mate van differentiatie niet worden bereikt dan kan nog worden gedacht aan minimum- en maximumbedragen per leeftijdscategorie. Vanaf de tienerjaren tot het 20e levensjaar ontvangen slachtoffers bedrag x ; tot en met het dertigste levensjaar ontvangt een slachtoffer x min a en tot en met het veertigste levensjaar x min $2a$, et cetera. Het bedrag x wordt gesteld op 200.000 gulden (€ 90.756,00) en a op 20.000 gulden (€ 9075,60). De keuze valt op de factor leeftijd omdat deze factor eenvoudig objectief vaststelbaar is. Als uitgangspunt geldt de blijvende volledige arbeidsongeschiktheid. De extra besommingen die de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid met zich meebrengt zouden kunnen worden ondervangen door het traject daar naar toe te normeren, daargelaten dat de bepaling van dit percentage in de regel toch nodig zal zijn ter afwikkeling van de schaderegeling.²⁰³

201 Ruers 1998, p. 141-144. Een mesothelioom is een zeldzame tumorvorm van het long- of buikvlies die het gevolg is van de blootstelling aan asbest. Ruers stelt voorop dat de grote meerderheid van deze slachtoffers in de leeftijdscategorie 55-75 jaar valt. Hij onderscheidt daarbinnen drie groepen, respectievelijk een groep van 65 jaar en ouder, een groep van 55 tot 65 jaar en een groep jonger dan 55 jaar. Bij de te onderscheiden groepen horen richtbedragen (naar 1998) van 100.000, 125.000 en 150.000 gulden (€45.378 €56.723 en €68.067). Op grond van subjectieve factoren kan in opwaartse of neerwaartse richting worden afgeweken van de richtbedragen. Onder subjectieve factoren verstaat Ruers de mate waarin het slachtoffer zich bewust is van de aard en de ernst van het letsel en de wijze waarop het slachtoffer het letsel en de gevolgen daarvan heeft verwekt. Deze aspecten worden overigens naar de mening van Ruers vaak onderschat (Ruers 1998, p. 142). Ruers zoekt aansluiting bij Barendrecht en Storm 1995, p. 274.

202 Giesen, Kamminga Barendrecht 2001, p. 153 e.v.

203 De smartengeldformule voor arbeidsongevallen van Giesen, Kamminga & Barendrecht is geïnspireerd op de vuistregels van Ruers (Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 155). Is er sprake van een gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid, dan komt slechts deze gedeeltelijke ongeschiktheid voor vergoeding in aanmerking. Als minimum uitkering wordt 5000 gulden (€2268,90) gekozen, ook als het ongeval niet tot blijvende arbeidsongeschiktheid

In het navolgende is er aandacht voor de (beoogde) wijze van totstandkoming, doelstellingen en de receptie van de verschillende formules voor zover daarover gegevens bekend zijn.

4.4.1 Totstandkoming en doelen van de formules en vuistregels

Van der Veen heeft de wijze van totstandkoming van zijn formule niet nader toegelicht. De opsteller van de verbondsformule, een door het Verbond van Verzekeraars ingestelde commissie heeft dit wel gedaan. Zij heeft in de ontwerpfasen van de formule gekeken naar in ander verband verricht empirisch onderzoek met betrekking tot de afwikkeling van letselschade. Verder heeft de commissie de smartengeldgids bestudeerd, geluiden van buiten het verzekeringbedrijf meegenomen in haar onderzoek en een rechtsvergelijkende studie verricht naar vergoedingssystemen.²⁰⁴ Zij concludeert dat er nauwelijks een systeem is te ontdekken in de vaststelling van smartengeld. Bovendien geschiedt het proces volgens haar weinig inzichtelijk en levert het nogal eens onverklaarbare verschillen op.²⁰⁵ De verbondscommissie merkt daarnaast op dat door te hoge eisen tijdens de onderhandelingen tussen de verzekeraar van de laedens en (de belangenbehartiger van) het slachtoffer, al dan niet als reactie op een te laag aanbod van de eerstgenoemde, het smartengeld onder opwaartse druk staat. De eisende partij (het slachtoffer) zou door overvraging een slecht onderhandelingsklimaat creëren.²⁰⁶ Op grond van deze bevindingen pleit de commissie voor de invoering van de verbondsformule.

Het ambitieniveau van de opstellers van de verbondsformule is bescheiden. De verbondscommissie heeft zichzelf niet tot doel gesteld een waterdicht systeem te creëren. Wel heeft zij getracht de vaststelling van smartengeld te objectiveren, om zo de rechtsgelijkheid te bevorderen. De vergroting van de

heeft geleid. Dit minimumbedrag geldt ook voor tijdelijke arbeidsongeschiktheid (Giesen, Kamminga, Barendrecht 2001, p. 153-155). Opgemerkt kan ten slotte worden dat de hoogte van de genoemde bedragen van ondergeschikt belang is, het systeem is voornamelijk belangrijker (Giesen, Barendrecht, Kamminga 2001, p. 154, voetnoot 97). Mocht de gewenste mate van differentiatie niet worden bereikt dan kan nog worden gedacht aan minimum- en maximumbedragen per leeftijdscategorie. Nabestaanden van een werknemer die als gevolg van het ongeval of de ziekte komt te overlijden kunnen overigens op grond van het voorstel aanspraak maken op vergoeding van affectieschade. 25.000 gulden (€11344,50) (Giesen, Kamminga, Barendrecht 2001, p. 156).

204 Uit de resultaten van de enquête bleek dat er nauwelijks systeem is te ontdekken in de toekenning van smartengeld. Ook konden de factoren die bij de bepaling van de omvang van smartengeld een rol spelen niet inzichtelijk worden gemaakt. Daarnaast bleek dat in veel gevallen drie jaar na het ongeval nog geen smartengeld was uitgekeerd. Tevens wordt melding gemaakt van objectief niet te verklaren verschillen in de toekenning van smartengeld en van te lage uitkeringen, in België, Frankrijk, Duitsland en Zweden. Rapport Smartengeld 1984, p. 7-9.

205 Rapport Smartengeld 1984, p. 7-11.

206 Rapport Smartengeld 1984, p. 12.

inzichtelijkheid van de smartengeldvaststellingen door de formule zou ook de rechtszekerheid ten goede moeten komen. Bovendien zou naar verwachting van de commissie het gebruik van de formule leiden tot een betere beheersbaarheid van het aantal smartengeldclaims en zou de formule opstuwende effecten in de hand houden. Een mogelijk snellere schadeafhandeling als gevolg van het gebruik van de formule zou naar verwachting van de commissie kostenbesparend zijn. Met andere woorden, naast de rechtseenheid wordt de efficiëntie van de schadeafwikkeling bevorderd.²⁰⁷

Stolker en Poletiek wijzen erop dat de huidige wijze van vaststelling van smartengeld leidt tot de situatie waarin het slachtoffer de rechter of de verzekeraar van gedaagde bestookt met omstandigheden en factoren die de aard en intensiteit van zijn leed moeten verduidelijken en aannemelijk maken. Zij wijzen op de vele mogelijke schadebepalende factoren die zijn te vinden in de rechtspraak en literatuur.²⁰⁸ Wie kan deze factoren wegen, zo vragen zij zich af. Bovendien, zo merken zij op, gaat het om factoren die in verschillende richting kunnen wijzen, onzorgvuldig handelen van de dader wijst bijvoorbeeld in de richting van een hogere vergoeding, terwijl de mentale gesteldheid van het slachtoffer wijst op een lagere. De vele schadebepalende factoren kunnen leiden tot 'een battle of factors'. Het doel van Stolker en Poletiek is een eenvoudiger weg.²⁰⁹

Ruers vraagt zich af of gezien het omvangrijke aantal mesotheliomslachtoffers (700 gevallen per jaar in 2018) en de sombere prognose (circa 85% overlijdt binnen een jaar nadat de diagnose is gesteld) het niet wenselijk en mogelijk zou moeten zijn om door normering van smartengeld de te verwachten stroom van vorderingen en eventuele rechtszaken te voorkomen dan wel te beperken. Zijns inziens leidt dit in ieder geval tot een bekorting van de 'juridische lijdensweg' van mesotheliomslachtoffers.²¹⁰ Ruers heeft een aantal mesotheliomzaken geanalyseerd en komt op basis daarvan tot een voorstel tot normering, juist ook omdat de rechtspraak te weinig houvast biedt en de voorspelbaarheid van de hoogte van smartengeld in een concreet geval gering is. Hij merkt daarbij op dat het aan de rechterlijke macht is om de handschoen op te pakken. Inmiddels voorziet de regeling van het Instituut asbestslachtoffers in een behoefte.

Smartengeld is volgens Giesen, Kamminga en Barendrecht een schadepost die voor normering in aanmerking komt op het gebied van arbeidsongevallen en beroepsziekten, een gebied waarbij de aansprakelijkheid (van de werkgever) vrij snel een gegeven zal zijn. Als doelen (voordelen) van normering noemen

207 Rapport Smartegeld 1984, p. 14.

208 Stolker & Poletiek 1998, p. 74-75. Enerzijds zijn er factoren die iets zeggen over de situatie waarin het slachtoffer zich bevindt en anderzijds zijn er factoren die iets zeggen over de gedraging van de dader.

209 Stolker & Poletiek 1998, p. 77.

210 Ruers baseert zich op onderzoek van Burdorf, Barendregt, Swuste & Heederik 1997.

zij meer rechtsgelijkheid, meer rechtszekerheid en meer efficiëntie.²¹¹ Zij hebben een aantal voorstellen tot normering geanalyseerd en zijn geporteerd voor het hiervoor besproken idee van Ruers. Dit voorstel heeft voor hen het optimale niveau van differentiatie.²¹²

4.4.2 Nadere beschouwing smartengeldformules

Van de verbondsformule lijkt op rechterlijk niveau slechts sporadisch gebruik te zijn gemaakt, althans in de motiveringen van gepubliceerde uitspraken is slechts een enkele keer terug te vinden dat rekening is gehouden met de verbondsformule.²¹³ Een enkele keer is het gebruik van de formule expliciet afgewezen.²¹⁴ De advocatuur lijkt de formule links te hebben laten liggen.²¹⁵ De zo gewenste uitstralingseffecten zijn nooit bereikt.²¹⁶ De formule van Ruers is overgenomen door de Kantonrechter te Middelburg.²¹⁷ De andere formules zijn voor zover dit uit de gepubliceerde rechtspraak naar voren kan komen nimmer gebruikt. Kritiek op de formules is er des te meer geweest. Met name op de verbondsformule, in de eerste plaats van verzekeraars zelf. Belangrijkste juridisch inhoudelijke kritiek lijkt te zijn dat niet (langer) met alle omstandigheden van het individuele slachtoffer rekening kan worden gehouden. De mogelijkheid tot differentiatie ontbreekt. De gekozen schematisering zou bovendien geen recht doen aan de hoogst persoonlijke beleving van het letsel door het slachtoffer. Daarnaast wordt erop gewezen dat discussie kan blijven bestaan over het percentage functionele invaliditeit als gevolg van verschil van inzicht tussen de ingeschakelde medisch deskundigen met betrekking tot bepaling van dit percentage.²¹⁸ Dit zou dan de transactiekosten doen stijgen. Gevreesd werd met name voor een stijging van de kosten aan de kant

211 Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 143-144.

212 Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 153.

213 Rechtbank Roermond 26 januari 1989, VR 1991, 76 (Bongers/C. e.a.): 'Weliswaar is de smartegeldformule slechts een formule en is nergens een verplichting opgenomen deze formule toe te passen, doch als berekeningsmethode is zij alleszins acceptabel.'

214 Rechtbank Utrecht 18 mei 1988, VR 1991, 82 (Obelink/UT-Delfia); Rechtbank Utrecht 12 juli 1989 VR 1990, 164 (Boerefijn/Brunt).

215 Vgl. Beer en Collignon 2004, p. 6-11. Bindend advies 9 januari 1990, VR 1991, 11 (k./t Hooge Huys); Bindend advies 30 augustus 1989, VR 1990, 46 (Turien en Co/Echtpaar R.).

216 Vgl. Ktr. Nijmegen 7 juli 1988, VR 1991, 101 (Van den Wijgerd/Van den Hurk); Rechtbank Breda 2 september 1986, VR 1987, 50 (Glacieries de Saint-Roch/Cigiltepe).

217 Ktr. Middelburg 24 augustus 1998, TMA 1998, 166. De kantonrechter heeft echter wel de bedragen naar beneden bijgesteld, en wel naar respectievelijk 125.000, 100.000 en 75.000 gulden.

218 Ook zou in samenwerking met de Nederlandse Vereniging van Geneeskundig Adviseurs (tegenwoordig Nederlandse Vereniging van Geneeskundig Adviseurs in particuliere Verzekeringzaken) bij Verzekeringsmaatschappijen naar buitenlandse systemen – voornamelijk barémasystemen of tabellensystemen – gekeken kunnen worden. Rapport smartegeld 1984, p. 15.

van de verzekeraars.²¹⁹ Het ontbreken van een breed draagvlak, een knullige presentatie en de te lage bedragen²²⁰ die op voet van de verbondsformule zouden kunnen worden uitgekeerd, breken de verbondsformule uiteindelijk op.²²¹ De verbondsformule was toentertijd ook een stap voorwaarts. Voor haar introductie keerden sommige verzekeringsmaatschappijen überhaupt geen smartengeld uit.²²²

Giesen, Kamminga en Barendrecht nemen zelf een voorschot op mogelijke kritiek op hun formule. Zij merken op dat de argumenten voor en tegen normering van schadevergoeding bij arbeidsongevallen en beroepsziekten niet wezenlijk verschillen van die op andere aansprakelijkheidsgebieden.²²³ Daarbij merken zij op dat in zijn algemeenheid de coördinatie van de vaststelling van smartengeld eerder in overweging zal worden genomen aangezien de hoogte van deze schadevergoeding uiteindelijk arbitrair is. De coördinatie lijkt in dat opzicht geen al te grote stap.²²⁴ Giesen, Kamminga en Barendrecht zijn verder van mening dat de arbeidsongeschiktheid in combinatie met de leeftijd van een slachtoffer van een arbeidsongeval of beroepsziekte een aanvaardbaar beeld geeft van de omvang van zijn immateriële nadeel.²²⁵ Dat het individu teveel op de achtergrond blijft door de te grove categorisering en dat de individuele gerechtigheid in dit systeem te weinig zou worden betrokken nu er nauwelijks ruimte is om subjectieve factoren mee te wegen, betwisten zij. Integendeel, zo merken zij op, het individu is juist in aanzienlijke mate in beeld, aangezien de twee factoren bij de begroting van smartengeld – de leeftijd en de mate van arbeidsongeschiktheid – per individu verschillen. De vraag kan worden opgeworpen waarom alleen het smartengeld in geval

219 De, in de ogen van de verbondscommissie, somberste raming zou een gemiddelde stijging van het smartengeld van dertig procent betekenen als gevolg van gebruik van de formule. Gegeven dat smartengeld dertig procent van de letselschadelast uitmaakt en letselschades vierentwintig procent van de totale schadelast zou dit leiden tot een verhoging van de totale schadelast voor de verzekeraars van twee procent. Rapport Smartegeld 1984, p. 14.

220 Stolker en Poletiek pleiten bijvoorbeeld voor een opslag van 20 procent in gevallen waarin het letsel opzettelijk of met aan opzet grenzende roekeloosheid is toegebracht, als voorbeelden noemen zij seksuele delicten, dronken rijden en mishandeling. Zij tekenen aan dat het slachtoffer in de genoemde gevallen vaak een dader met weinig financiële draagkracht zal treffen, mede omdat verzekeraars in zulke gevallen veelal weigeren uit te keren.

221 Zie Knol 1984, p. 77-78; Van Dam 1991, p. 92 e.v.; Van der Veen 1993, p. 201; Barendrecht & Storm 1995, p. 267 e.v.; Van Leeuwen 1996, p. 101-102; Stolker & Poletiek 1998, p. 77. Ten aanzien van de vermeende karigheid van de formule is de volgende uitspraak het vermelden waard: Rechtbank Amsterdam 25 september 1985, VR 1988, 5 (F./La Bouteille) m.nt. HAB. In de noot wordt opgemerkt dat de rechterlijke uitspraak het smartengeld nogal wat lager waardeert dan het Verbond van Verzekeraars met zijn formule zou doen. Zij blijkt evenwel redelijk aan te sluiten bij de toentertijd gepubliceerde rechtspraak inzake mishandelingen, aldus de annotator.

222 Stolker & Poletiek 1998, p. 78.

223 Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 159.

224 Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 153-159.

225 Giesen, Kamminga, Barendrecht 2001, p. 153-154.

van arbeidsongevallen en beroepsziekten is genormeerd? Het argument dat op dit gebied sneller overeenstemming kan worden bereikt, overtuigt niet direct. Het argument dat beter op één terrein genormeerd kan worden dan helemaal niet, overtuigt evenmin. Immers, de noodzaak tot coördinatie van de vaststelling van smartengeld geldt voor het gehele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Weliswaar kan de oorzaak van de immateriële schade relevant zijn voor de omvang van de immateriële schade, maar dit lijkt niet de belangrijkste indicator voor de omvang van het nadeel in een concreet geval. Gelijke schadelijke gevolgen verdienen een gelijke behandeling.

Alle hiervoor besproken formules betekenen een flinke breuk met de huidige wijze van begroten. Niet langer zijn alle, maar slechts enkele omstandigheden relevant, zoals de blijvende functionele invaliditeit van het slachtoffer of zijn arbeidsongeschiktheidspercentage en zijn leeftijd of enkel zijn 'willingness to pay'. Daarmee wordt de keuze voor een of enkele schadebepalende factoren in een formule van bijzonder belang.²²⁶ Toegegeven kan worden dat de factoren die doorgaans de toon zetten bij de bepaling van de het smartengeld – de aard en de ernst van het letsel – in zekere mate zijn verdisconteerd in de mate van functionele invaliditeit van het slachtoffer of in zijn mate van arbeidsongeschiktheid. Het is echter de vraag of de blijvende functionele invaliditeit en arbeidsongeschiktheid wel onder alle omstandigheden de factoren zijn die voldoende indicatief zijn om een beeld te vormen van de omvang van de immateriële schade. Zo drukt het arbeidsongeschiktheidspercentage uiteindelijk maar één ding uit: de mate waarin iemand al dan niet in staat is om met arbeid inkomen te verwerven.²²⁷ Arbeidsongeschiktheid is daarmee slecht één van de nadelige (ook immateriële) gevolgen van lichamelijke letsel. Dit probleem zou nog kunnen worden ondervangen. Het lijkt aannemelijk dat de nadelige gevolgen van lichamelijke letsel (als gevolg van een arbeidsongeval of beroepsziekte) zich ook op (andere) immateriële terreinen manifesteren. Dit gegeven lijkt te kunnen worden verdisconteerd in de hoogte van het bedrag. Dit neemt niet weg dat het arbeidsongeschiktheidspercentage niet altijd voldoende tot uitdrukking brengt wat de immateriële gevolgen zijn van het arbeidsongeval. Een persoon met een 'zittend beroep' die verlamd raakt aan beide benen, zal wellicht zijn beroep kunnen blijven uitoefenen. Zijn arbeidsongeschiktheid is echter geen maat voor de aanzienlijke immateriële schade die hij lijdt; en wat te denken van de pianist die zijn pink verliest. Dat in individuele gevallen steeds kan worden afgeweken van de formule, vormt een onvoldoende weerlegging van deze kritiek.

226 Vgl. Barendrecht & Storm 1995, p. 274- 304; Vgl. Lindenbergh 1998, p. 223.

227 Art. 4 lid 1 WIA bepaalt: Volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is hij die als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte, gebrek, zwangerschap of bevalling duurzaam slechts in staat is om met arbeid ten hoogste 20% te verdienen van het maatmaninkomen per uur. Het maatmaninkomen wordt in art. 1 WIA gedefinieerd als: hetgeen gezonde personen met soortgelijke opleiding en ervaring, ter plaatse waar hij arbeid verricht of het laatst heeft verricht, of in de omgeving daarvan met arbeid gewoonlijk verdienen.

Soortgelijke kritiek valt te leveren op de schadebepalende factor uit de verbondsformule, de 'blijvende functionele invaliditeit', waaronder kan worden verstaan het objectiveerbaar blijvend geheel of gedeeltelijk verlies of blijvend geheel of gedeeltelijk functieverlies van enig direct door lichamelijk letsel getroffen deel of orgaan van het lichaam van het slachtoffer. Doorgaans geschiedt de vaststelling daarvan volgens de maatstaven, vastgelegd in de (meest recente) uitgave van de 'Guides to the Evaluation of Permanent Impairment' van de American Medical Association (A.M.A.), al dan niet aangevuld met de richtlijnen van de Nederlandse specialistenverenigingen. Ook de functionele invaliditeit kan niet altijd als schadebepalende factor dienen in het concrete geval.²²⁸ De opstellers van de verbondsformule lijken dit ook te onderkennen voor wat betreft 'esthetische schade' (littekens, verminking). Deze post valt buiten het bereik van de formule.²²⁹

De mate van arbeidsongeschiktheid en de mate van functionele invaliditeit zijn door een deskundige min of meer objectief meetbaar. Nadelig lijkt dat de afwikkelingskosten waarschijnlijk zullen stijgen doordat een deskundigenbericht steeds noodzakelijk zal zijn. De snelheid van de (buitengerechtelijke) afdoening zal hierdoor waarschijnlijk dalen. Hier kan echter tegen worden aangevoerd dat het percentage arbeids(on)geschiktheid en het percentage functionele invaliditeit sowieso dienen te worden vastgesteld in het kader van de verdere schadeafhandeling. Een eventuele procedurele normering ten aanzien van de bepaling van dit percentage, zal de vertraging naar verwachting verder marginaliseren. De kostenstijging lijkt zo gezien ook mee te vallen.²³⁰

De hierboven besproken formules komen alle tegemoet aan de roep om objectivering. De verbondsformule vormt geen uitzondering. Vooral haar afkomst en uitkomsten hebben de formule parten gespeeld. Een normeringsvoorstel van een verzekeraar is verdacht: alsof gedetineerden straftoemetinglijstjes opstellen. Toen bleek dat de formule slachtoffers kariger toebedeelde dan de rechter waarschijnlijk zou doen, stierf de formule een zachte dood. De inhoud van de uitkomsten kan weliswaar niet bekoren, wel bruikbaar lijkt de methode van onderzoek van de verbondsformule. Rechtsvergelijking, gebruik van (empirische) gegevens uit de letselschadepraktijk en raadpleging van experts lijken voorwaarden voor ieder gefundeerd normeringsvoorstel. Ook spreekt de eenvoud van de smartengeldformules aan, en rechtseenvoud is toch een beginsel dat is afgeleid van het beginsel van rechtszekerheid dat op zijn beurt weer ten grondslag ligt aan het streven naar rechtseenheid. Bovendien lijkt de abstrahering van een groot aantal subjectieve omstandigheden van het geval de voorspelbaarheid en hanteerbaarheid van het recht en daarmee de rechtszekerheid ten goede te komen.

228 Zie Van Wassenaer 2008, p. 95-96.

229 Rapport smartengeld 1984, p. 12.

230 Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 155.

Met het idee smartengeld te bepalen door middel van een formule is als zodanig weinig mis. Echter, de keuze voor een schadebepalende factor die steeds voldoende inzicht geeft in de aard en de omvang van het immateriële schade is niet eenvoudig. Een combinatie van een aantal schadebepalende factoren in een formule zou dit probleem kunnen ondervangen. Een formule brengt echter onvoldoende tot uiting dat het uiteindelijk de rechter is die smartengeld bepaalt en daartoe de omvang van de immateriële schade waardeert. Hij dient zich daartoe ook steeds een beeld te vormen van de aard en de omvang van het letsel en de gevolgen daarvan voor de concrete betrokkene. Deze typisch rechterlijke taak lijkt naar de achtergrond te verdwijnen met de introductie van een smartengeldformule. De taak van de rechter lijkt te worden overgenomen door de medisch deskundige. Echter, bij zo een belangrijk onderdeel van het schadevergoedingsrecht als het smartengeld dient duidelijk naar voren te komen welke keuzes de rechter maakt. In de motivering van zijn beslissing dient naar voren te komen hoe hij tot zijn beslissing is gekomen, alsmede welke objectieve en subjectieve omstandigheden hij heeft meegewogen. Een beroep op een formule lijkt daartoe onvoldoende. Een formule die deze afweging wel inzichtelijk maakt, lijkt evenwel denkbaar. Een nadeel is dat deze formule een tamelijk complex karakter zal moeten hebben. Daarmee worden de voordelen van een smartengeldformule voor het grootste gedeelte weer teniet gedaan.

In zowel de verbondsformule als de formules van Ruers en Giesen, Kamminga en Barendrecht wordt de factor leeftijd meer op de voorgrond geplaatst dan in de huidige wijze van vaststelling. Als de leeftijd, als indicator van de duur van het letsel, in een formule duidelijker naar voren komt, verdient een bandbreedtemodel de voorkeur boven een lineaire aanpak waarbij de leeftijd direct gekoppeld wordt aan een vast bedrag. Een bandbreedtemodel kan de rechter binnen de bandbreedte speelruimte geven. Zowel leeftijds categorieën, als een bandbreedte van bedragen gekoppeld aan een bepaalde leeftijd, of een combinatie van beide lijkt overigens denkbaar. Zijn er bijvoorbeeld aanwijzingen dat de duur van het nadeel beperkt zal zijn, dan kan dat wellicht reden zijn om binnen de bandbreedte minder smartengeld uit te keren. Een lineair model pakt te rechtlijnig uit, hoewel een afwijking in een concreet geval ook in een lineair model denkbaar blijft. Wel levert een bandbreedtemodel meer onderhandelingsruimte op. Daarmee zouden de voordelen van normering (ten dele) tenietgedaan worden. De grootte van de bandbreedten en de mate van binding zullen bepalen of een onaanvaardbare onderhandelingsruimte ontstaat.²³¹ Hierbij kan worden opgemerkt dat een hardnekkig streven naar individuele gerechtigheid bij de begroting van smartengeld tot gevolg kan hebben dat een ander rechtvaardigheidspostulaat, namelijk dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, het onderspit delft.²³²

231 Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 158.

232 Vgl. Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 158 e.v.

4.5 RECHTSECONOMISCHE CONCEPTEN TER VASTSTELLING SMARTENGELD

4.5.1 Vooraf

De klassieke rechtseconomie gaat uit van de ‘gedragspresumptie’²³³ dat personen streven naar nutsmaximalisatie en in dat licht keuzes maken die het meeste nut genereren. Gesproken wordt van de Homo Economicus:

‘The person from a standard economics textbook. Someone who, when facing a decision, thinks about every available option, and always makes a great choice. Homo economicus has the brainpower of Albert Einstein, the storage memory of IBM’s Big Blue, and the self-control of Mahatma Gandhi.’²³⁴

Deze homo economicus staat vrij ver af van de homo sapiens. Ook een rechtseconoom zal de rationaliteitsveronderstelling die aan zijn modellen ten grondslag ligt dan ook behoedzaam tegemoet treden. Iets anders is of het verklaaringsmodel dat op deze veronderstelling wordt gebaseerd *dus* niet kan deugen, wat civilisten nog weleens beweren.²³⁵ Van Velthoven wijst er terecht op dat dergelijke kritiek de aard en potentiële betekenis van de theorievorming miskent. Theorievorming kan niet zonder abstractie. Daarbij is er in de tegenwoordige rechtseconomie meer aandacht en ruimte voor de rol van onvolledige informatie (waaronder ook wordt verstaan de beperkte rationaliteit van individuen) en transactiekosten. Ik zal de voortdurende discussie over het rationele-keuzemodel, het efficiëntie criterium en het punt van de gebrekkige empirie laten voor wat zij zijn, en enkele rechtseconomische wijzen van vaststellen van de omvang van smartengeld bespreken.²³⁶

De ‘willingness to pay’, de ‘value of a statistical life’ en de ‘quality adjusted life years’ zijn concepten uit de rechtseconomie en gezondheidseconomie. Zij zijn bedoeld om kosten/baten-analyses te maken op allerlei gebied (verkeersveiligheid, veiligheidsniveau op de werkplek, beslissingen tot (kostbare) medische behandelingen). Deze zuiver op preventie gerichte concepten lijken op het eerste gezicht weinig van doen te hebben met het in beginsel compensatoire karakter van smartengeld. Deze inzichten zijn toch interessant. Radin:

‘Even if the reason the tortfeasor must pay is to achieve deterrence rather than to ‘compensate’ the victim for the loss, in this model there is an equation between the value of harm and the value of damages.’²³⁷

233 Vgl. Van Boom, Giesen & Verheij 2008.

234 Thaler & Sunstein zie <http://www.nudges.org/glossary.cfm>.

235 Vgl. Van Velthoven 2008, p. 32.

236 Van Velthoven 2008, p. 35.

237 Radin 1993, p. 59.

Letsel (gezondheidsschade) en mensenlevens worden in de genoemde concepten gezien als kosten, net als het geld dat wordt uitgegeven voor de veiligheidsmaatregelen waartegen de mogelijke gezondheidsschade en het verlies van (een statistisch) mensenleven(s) worden afgewogen. Om lichamelijk letsel en een statistisch mensenleven in dergelijke markttermen te vangen, is een vorm van reductionisme waar waarschijnlijk niet iedereen even goed mee uit de voeten kan. Radin geeft daarvoor een treffende verklaring:

'It 'reduces' to the language of market value something that is appropriately conceptualized in some other language of value.'²³⁸

Een eerste oplossing die in de rechtseconomie naar voren wordt geschoven, ligt overigens in de smartengeldjurisprudentie. De bedragen die uit de jurisprudentie zijn af te leiden, vormen kennelijk de waarde die de gemeenschap aan immateriële schade wenst te geven, zo is de gedachte.²³⁹

4.5.2 Willingness to pay

Stolker en Poletiek hebben zich in de keuze voor de 'willingness to pay' als schadebepalende factor laten inspireren door de medische besliskunde en zich niet laten afschrikken door de in de vorige paragraaf aangestipte (sentimental) 'value'-discussie. Hun methode komt erop neer dat aan een aantal personen wordt gevraagd om ten aanzien van een bepaald type letsel (Stolker en Poletiek noemen het voorbeeld van een ernstige gebitsbeschadiging) aan te geven hoeveel geld zij over zouden hebben voor een volledige herstellende behandeling. Zo'n behandeling zou het slachtoffer in de (hypothetische) toestand brengen zonder het schadeveroorzakende feit. De slachtoffers dienen hierbij te veronderstellen dat zij niet verzekerd zijn of uit andere bron worden gecompenseerd. De gedachte is dat het antwoord van het slachtoffer een maat is voor de omvang van de immateriële schade.²⁴⁰ De methode breekt met de huidige op precedenten gebaseerde wijze van vaststelling. De methode brengt een (fictieve) bereidheid tot besteding van het slachtoffer in beeld. Overigens is de besteding in concreto op dit moment niet bepalend voor de toekenning van smartengeld, en zij dient dit ook niet te zijn mede gelet op de belangen van het slachtoffer.²⁴¹ Wel zou het een goede zaak zijn als de besteding in abstracto meer onder de aandacht wordt gebracht, aangezien deze bestedingsmogelijkheid mede een beeld geeft van de waardering van de ernst en omvang van de immateriële schade. Zo opgevat lijkt de 'willingness to pay'-methode

238 Radin 1993, p. 59.

239 Cane 2006, p. 164-165.

240 Stolker & Poletiek 1998, p. 84-85.

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

een aangewezen methode om de besteding in abstracto te kunnen vaststellen. Als de methode echter als primaire doelstelling heeft om te achterhalen wat een billijk bedrag ter compensatie van het slachtoffer zou zijn, kleeft er een bezwaar aan deze methode. Als het slachtoffer gevraagd wordt naar zijn bereidheid tot het betalen voor een behandeling die daadwerkelijk voorhanden is, wordt hem in wezen gevraagd zijn eigen materiële schade in te schatten. Schade die hij binnen de grenzen van de redelijkheid vergoed kan krijgen. De toegevoegde waarde van een methode die onderzoekt hoeveel een slachtoffer bereid zou zijn te betalen voor een niet-bestaande behandeling om zijn niet-wegneembare schade te herstellen, lijkt niet groot. Waarom wordt het slachtoffer dan niet direct gevraagd tegen welk bedrag hij verschoond had willen blijven van zijn letsel. In wezen wordt gevraagd naar zijn bereidheid bepaalde schade te accepteren in ruil voor geldelijke vergoeding (dit is de zogenaamde 'willingness to accept'-methode). De uitkomsten laten zich met name voor de meest ernstige gevallen raden, en lijken derhalve van weinig praktische waarde. Exorbitante bedragen lijken in het verschieft te liggen.²⁴²

4.5.3 Value of a statistical life, waarde statistisch levensjaar en QALY's

Een methode is het koppelen van de waarde van een mensenleven of van een bepaald type letsel aan de kosten van de maatregelen om een mensenleven te sparen of letsel te vermijden. Dit is in essentie de zogenaamde '*value of a statistical life*'-methode, de waarde van een statistisch leven.

Deze econometrische methode verdient enige toelichting. In essentie gaat het om de keuze tussen geld en risico. Een '*value of a statistical life*' kan worden afgeleid uit de vele soorten (impliciete) besluiten die door individuen worden genomen die hun gezondheid en veiligheid beïnvloeden, bijvoorbeeld het kopen van een gevaarlijk product, of het kiezen voor gevaarlijke werk. Dergelijke keuzes bevatten een (impliciete) ruil tussen geld en risico. Als iemand zijn oude auto inruilt voor een nieuwe met airbag, omdat een airbag het risico op een dodelijk ongeval vermindert, schat deze persoon kennelijk de daling van de kans op een dodelijk ongeval hoger in dan de prijs van de airbag. Deze afweging geeft een klein beetje informatie over de waarde die de persoon aan zijn leven verbindt. Als veel van deze afwegingen worden geanalyseerd, kan een '*value of a statistical life*' worden bepaald. Meestal vinden '*value of statistical life*'-onderzoeken plaats in een bepaalde context. Resultaten gevonden in de context van bijvoorbeeld verkeersveiligheid kunnen niet zonder meer gebruikt worden in de context van (de keuze voor bepaald) gevaarlijk werk. Mensen die kiezen voor gevaarlijk werk, hebben immers andere preferenties dan het totaal van mensen dat zich in het verkeer begeeft.

242 Vgl. Cane 2006, p. 163-165.

Een bepaalde *value of statistical life*, namelijk € 2 miljoen euro, wordt gebruikt in het kader van rechtseconomische analyses van bepaalde beleidsproblemen op het terrein van verkeersveiligheid. De afweging komt kort gezegd hierop neer. Voorzieningen ter vergroting van de verkeersveiligheid sparen mensenlevens (verkeersslachtoffers) en kosten geld. Een 'reëel' mensenleven is onbetaalbaar. Het totaal aan voorzieningen dat het aantal verkeersslachtoffers reduceert tot nul is in geldelijke zin onbetaalbaar. Ook voor één weg kunnen de kosten ter vergroting van de verkeersveiligheid economisch inefficiënt zijn. Met de waarde van een 'statistisch' mensenleven op het netvlies, zou de ongemakkelijke afweging tussen een (statistisch) verkeersslachtoffer of een verkeerstunnel in economische zin te maken zijn.²⁴³

De '*value of a statistical life*'-benadering is volgens sommige rechtseconomen ook bruikbaar voor de bepaling van de hoogte van smartengeld, bijvoorbeeld in gevallen van affectieschade.²⁴⁴ Een 'statistisch' mensenleven wordt in de context van verkeersveiligheid bijvoorbeeld geschat op € 2 miljoen.²⁴⁵ Dit bedrag is opgebouwd uit twee componenten, het consumptieverlies van de gelaedeerde, en het immateriële verlies van de nabestaanden. Het gaat dus zowel om vermogensschade als om immateriële schade. Als aangenomen wordt dat het consumptieverlies van de gelaedeerde niet snel het miljoen zal overstijgen, kan voor de tweede component, de affectieschade voor overlijden, een ondergrens worden aangehouden van ten minste € 1 miljoen. Als nu vanuit het oogpunt van zuivere preventie wordt geredeneerd, kan worden geconcludeerd dat bijvoorbeeld de 10.000 euro die in het huidige wetsvoorstel affectieschade aan nabestaanden zal worden uitgekeerd veel te laag is. Hetzelfde lijkt te gelden voor de vergoeding voor affectieschade in geval van verwonding.²⁴⁶

De '*value of a statistical life*'-methode biedt geen goede aanknopingspunten voor de immateriële schade als gevolg van letsel dat van tijdelijke aard is, aldus Visscher, omdat het smartengeld in die gevallen mede gebaseerd moet worden op de tijdsduur van het letsel. Visscher pleit ervoor in gevallen van tijdelijk letsel de 'waarde van een statistisch levensjaar', de WSLJ, te hanteren, wat een vergelijkbaar concept is. Het verschil is dat de waarde van een statistisch (gewonnen) *levensjaar* in een bepaald bedrag wordt uitgedrukt. De WSLJ voor wat betreft (het verschoond blijven van) immateriële schade is naar schatting 31.500 tot 110.000 euro.²⁴⁷

De geldelijke waarden die naar voren komen uit de '*value of a statistical life*'-methode en de WSLJ-variant hebben betrekking op dodelijke ongevallen. Aangenomen wordt dat in gevallen van zeer ernstige letselschade, waarbij

243 Zie hierover Blaeij 2002, p. 181-182.

244 Suurmond en Van Velthoven 2005, p. 12; Visscher 2008, p. 251.

245 Blaeij 2002, p. 187. In Amerikaanse literatuur worden bedragen van omgerekend ongeveer 4.5 miljoen euro genoemd. Vgl. Visscher 2008, p. 251.

246 Suurmond en Van Velthoven 2005, p. 12.

247 Visscher 2008, p. 251.

uit onderzoek naar voren komt dat de grote meerderheid van de ondervraagden de gevolgen erger zou vinden dan de dood, het smartengeld in dezelfde orde van grootte liggen als de 'value of a statistical life'-waarde of de WSLJ-waarde. De rechtseconomische literatuur geeft geen eensluidend antwoord op de vraag hoe minder ernstig letsel op geld kan worden gewaardeerd aan de hand van beide methoden. Er bestaat een aantal moeilijkheden bij het vertalen van de 'value of a statistical life' en de WSLJ naar smartengeld. Zo lopen de schattingen van de waarden nogal uiteen, hoewel door het hanteren van een gemiddelde waarde er toch mee gerekend lijkt te kunnen worden. Voorts ontbreekt consensus over de juiste methode om de relatieve waarden van de verschillende typen letsel te bepalen.²⁴⁸

Ook het concept van de zogenaamde QALY's (Quality Adjusted Life Years) is aangedragen als maatstaf ter berekening van smartengeld.²⁴⁹ Het QALY-concept wordt gebruikt in de gezondheidseconomie. De maatstaf drukt de waarde van één jaar leven in een bepaalde gezondheidstoestand uit. Het cijfer één (1) betekent volledig gezond, het cijfer nul (0) betekent dood. Om QALY's te kunnen berekenen, dienen de meest uiteenlopende gezondheidstoestanden van een 'QALY'-gewicht te worden voorzien. De uitkomsten van diverse 'QALY'-onderzoeken verschillen nogal.²⁵⁰ De onmiddellijke bruikbaarheid voor wat betreft de vaststelling van smartengeld kan vooralsnog in twijfel worden getrokken. Rechtseconomen zien het evenwel als een veelbelovend concept.²⁵¹ De QALY-methode lijkt een aantrekkelijke methode om nader te onderzoeken, omdat daarin een belangrijke schadebepalende factor voor immateriële schade – de gezondheidstoestand van de benadeelde – direct wordt gekoppeld aan een geldbedrag. Dit verband is bij de 'value of a statistical life'-methode en de WSLJ-variant minder direct.

De bedragen die worden uitgekeerd onder de huidige methode van gevalsvergelijking zijn lager dan de bedragen die uit de 'willingness to pay', de 'value of statistical life'-methode, de 'waarde van een statistisch levensjaar'-methode, of de QALY-methode naar voren komen (met de hiervoor vermelde

248 Visscher 2008, p. 251. Visscher noemt ook nog de omstandigheid dat de schade van de gelaedeerde steeds exact moet worden bepaald om zo het 'relatieve gewicht' van de schade te kunnen bepalen, en het feit dat het 'inschalen' van de gelaedeerde afhankelijk is van hoe de gelaedeerde zelf zijn situatie beschrijft, wat tot strategisch gedrag zou kunnen leiden. Deze twee problemen zijn evenwel niet uniek voor de vaststelling van smartengeld aan de hand van de twee genoemde concepten.

249 Faure & Visscher 2008, p. 225-226.

250 Een methode om een QALY-gewicht te bepalen is die waarin mensen wordt gevraagd te kiezen tussen leven in een bepaalde gezondheidstoestand enerzijds, en het ondergaan van een ingreep waarvan de uitkomst (met wisselende kansen) ofwel perfecte gezondheid is ofwel dood anderzijds. De kleinste kans op leven in gezondheid die de ondervraagden nog hoog genoeg vinden om de ingreep te ondergaan, bepaalt vervolgens het QALY-gewicht van de aandoening. Zie verder Visscher 2008, p. 252.

251 Faure & Visscher 2008, p. 226 ; Visscher 2008, p. 251-254.

beperkingen van de diverse methoden in het achterhoofd).²⁵² Dit kan deels worden verklaard door het verschil in doelstelling dat aan de respectieve methoden ten grondslag ligt. Juristen streven in beginsel naar de (volledige) compensatie van het individuele slachtoffer. Economen kiezen een ander uitgangspunt. Centrale vraag in de rechtseconomie is immers of rechtsregels inefficiënties creëren, en zo ja, wat daaraan te doen? Rechtseconomen willen kunnen bepalen hoeveel een lid uit een bepaalde groep van personen geconfronteerd met een bepaald risico bereid is te accepteren als alternatief voor de eliminatie van dat risico. Een interesse die is geënt op ongevalpreventie voor de maatschappij in zijn geheel.²⁵³ Dit maakt ook meteen de beperking van deze methodes duidelijk. Kan wel worden volgehouden dat dergelijke methodes tot uitdrukking brengen wat de billijke vergoeding ter compensatie van immateriële schade in het concrete geval moet zijn? De methoden maken evenwel wel duidelijk dat ook vanuit rechts- en gezondheidseconomische optiek de thans toegekende smartengeldbedragen waarschijnlijk te laag zijn.²⁵⁴

4.6 COÖRDINATIE VAN DE VASTSTELLING VAN SMARTENGELD NADER BESCHOUWD

4.6.1 Vooraf

De mogelijkheden van en de grenzen aan de huidige wijze van rechterlijke vaststelling van smartengeld, inclusief de mogelijkheden van, en de grenzen aan de huidige coördinatiemechanismen ter vaststelling van smartengeld, zijn in hoofdstuk 3 aan de orde gekomen. Daar is onder meer de conclusie getrokken dat enige vorm van rechterlijke samenwerking en/of zelfregulering in overweging zou kunnen worden genomen. De buitengerechtelijke afdoening lijkt te kunnen profiteren van eventuele verbeteringen op rechterlijk niveau. Het is immers alleszins aannemelijk dat de betrokkenen bij de buitengerechtelijke schadeafwikkeling zich richten naar hetgeen de rechter in voorkomend geval zou kunnen beslissen. De rechter zou zich op zijn beurt kunnen laten leiden door hetgeen waarover in 'de letselschadepraktijk' consensus lijkt te bestaan. Zij het dat deze consensus in het door hem te beslissen casus kennelijk ontbreekt.²⁵⁵

Opgemerkt kan worden dat de wetgever ook steeds lijkt te kunnen ingrijpen ter ondervanging van het gebrek aan rechtseenheid en efficiëntie bij de vaststelling van smartengeld. Een mogelijke wetgevingsoplossing krijgt in het navolgende geen zelfstandige aandacht. Giesen vreest mijns inziens terecht

252 Zie Visscher 2008, p. 253-254.

253 Vgl. Hartlief 1997, p. 19.

254 Vgl. Visscher 2008, p. 254.

255 Vgl. Akkermans 2002, p. 101-102.

dat de zo gewenste flexibiliteit verdwijnt. De ruimte voor partijdebat en compromissen zou kleiner worden. Dit roept nieuwe procedures in het leven. Een weg die niet bewandeld zou moeten worden, aldus terecht Giesen.²⁵⁶ Bovendien ziet de wetgever op dit terrein voor zichzelf geen taak.²⁵⁷

4.6.2 Verbetering kennisbronnen rond vaststelling van smartengeld

Als het er niet om gaat een fijner vertakt normatief net te spannen, maar om kenbronnen van het recht ten aanzien van de vaststelling van smartengeld beter toegankelijk te maken, lijken overigens oneindig veel oplossingen denkbaar. De mogelijkheden tot vrijblijvende consultatie van collega's zouden kunnen worden verbeterd. Er zouden WIKI-pagina's, helpdesks of databases met smartengelduitspraken kunnen worden ingericht, en ook zou er tijdens de rechterlijke opleiding of permanente educatie meer aandacht kunnen zijn voor de vaststelling van smartengeld. Ook zou de 'toegankelijkheid' van de rechterlijke motiveringen sterk kunnen worden verbeterd. Uit de motiveringen valt immers nauwelijks op te maken welke omstandigheid, welke invloed heeft gehad op de omvang van het toegekende bedrag. Door de essentialia te expliciteren, en bij voorkeur meer direct te koppelen aan een geldbedrag geeft de rechter een beter inzicht in hoe hij tot zijn waardering is gekomen, wat behulpzaam kan zijn bij latere gevalsvergelijkingen.

4.6.3 Samenhang rechtseenheid en efficiëntie

Ongevallen kosten geld. Niet alleen de veroorzaakte schade 'kost' geld, maar ook de preventie van ongevallen, hun risicospreiding en hun afhandeling brengen kosten met zich mee. Binnen de rechtseconomie worden in dit kader primaire, secundaire en tertiaire ongevalskosten onderscheiden.²⁵⁸ Onder de primaire ongevalskosten kunnen de omvang van de verwachte schade en de kosten voor de preventie van het ongeval worden verstaan. De secundaire kosten zien op de kosten van risicospreiding.²⁵⁹ De tertiaire kosten omvatten de kosten die voortvloeien uit de maatregelen om de primaire en secundaire

256 Giesen 2002, p. 128.

257 Kamerstukken II 1998/99, 26 630, nr. 2, p. 14.

258 Vgl. Barendrecht 2002, p. 605 e.v .

259 Het streven naar een vermindering van secundaire kosten verklaart (mede) de vraag naar verzekeringen en het ontstaan (of de (wens tot) ontwikkeling) van andere risicospreidingsystemen dan het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en bovendien verklaart het de wens de 'vervuiler' te laten betalen voor de gevolgen van de door hem in het leven geroepen risico.

ongevalskosten terug te dringen.²⁶⁰ Het doel van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zou dan moeten zijn om de som van deze drie kostenposten zo laag mogelijk te laten uitvallen.²⁶¹ Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht werken in dat geval het meest efficiënt. Een van bovenstaande idee afgeleide efficiëntiedoelstelling klinkt door in onderzoek naar de mogelijkheden tot verbetering van de kwaliteit van de buitengerechtelijke afwikkeling van vorderingen tot vergoeding van personenschade.²⁶² De hierboven omschreven tertiaire kosten worden in het kader van dergelijk onderzoek beslissingskosten genoemd.²⁶³

4.6.3.1 *Preprocessuele beslissingskosten*

De beslissingskosten zijn de kosten die ontstaan na een ongeval bij de beslissing over het al dan niet verstrekken van schadevergoeding en de beslissing die daarop eventueel volgt over de omvang van de schadevergoeding, onverschillig of deze beslissingen in of buiten rechte worden genomen. Onder de beslissingskosten worden ook (immateriële) kostenposten als ergernis, frustratie en tijdsverloop verstaan. De beslissingskosten zijn kortom alle kosten (materieel en immaterieel) verbonden aan de beslissing over de aard, de ernst en de omvang van de aansprakelijkheid en de schade.²⁶⁴

Beslissingskosten zijn in zekere zin onvermijdelijk. Recht halen kost geld.²⁶⁵ Of de beslissingskosten ten aanzien van de afwikkeling van personenschadeongevallen daadwerkelijk te hoog zijn valt op voorhand, zonder nader

260 Anders gezegd, op de kosten voor de toepassing van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

261 Vgl. Barendrecht 2002, p. 605 e.v.

262 Van den Bergh 2000, p. 74.

263 Weterings 2004, p. 3. De term 'transactiekosten' wordt ook wel gebruikt maar deze term werkt verwarrend omdat daaronder in de rechtseconomie iets anders wordt verstaan. Zie van den Bergh 2000, p. 72. Zie voor een repliek Weterings 2004, p. 3 voetnoot 7.

264 Beslissingskosten kunnen worden onderscheiden in kosten van rechtshulp en rechterlijke macht, kosten van ingeschakelde derden (waaronder getuigen en deskundigen), kosten van de door partijen bestede tijd aan de claimafhandeling, kosten van 'onzekerheid' (tijdens de claimafwikkeling kunnen partijen geen, of minder goed, beslissingen nemen over de besteding van 'betrokken' vermogensbestanddelen), emotionele lasten en kosten van systeem- en uitvoeringsbewaking (dit zijn kosten van wetgeving en kosten van toezicht en controle op betrokken rechtshulpverleners en verzekeringsmaatschappijen) Barendrecht, Van Zeeland, Kamminga & Tzankova 2004, p. 13-14.

265 Weterings 1999, p. 113 e.v. Tot procedures komt het overigens niet snel. Slechts in 5 tot 10 procent van de gevallen wordt de gang naar de rechter gemaakt. De meeste gevallen worden in der minne afgedaan. De totale kosten voor 'recht halen' in het kader van de afwikkeling van letselschade werden in 1999 geschat op 200 tot 600 miljoen euro. Het grootste gedeelte van dit bedrag komt op het conto van het buitengerechtelijke traject. Weterings heeft berekend dat het schadebepalingstraject 40 tot 200 miljoen euro kost, het aansprakelijkheidstraject 100 tot 200 miljoen euro en het medisch traject 45 tot 175 miljoen euro. Weterings 1999, p. 113. De bedragen in euro's zijn overgenomen van Weterings 2004, p. 3.

rechtseconomisch onderzoek, niet te zeggen. Bovendien kan de vraag of de beslissingskosten in rechtseconomische zin te hoog zijn eigenlijk alleen worden beantwoord als ook de primaire en secundaire ongevalskosten in ogenschouw worden genomen.²⁶⁶ Immers, dan alleen kan worden beoordeeld of het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht het meest efficiënt – tegen de laagste totale maatschappelijke kosten – werkt. Aangenomen wordt evenwel dat de (buiten)gerechtelijke afhandeling van personenschadegevallen op zichzelf niet per se efficiënt geschiedt.²⁶⁷ De beslissingskosten als zodanig lijken te hoog. Bovendien wordt aangenomen dat het schaderegelingsproces niet altijd tot rechtvaardige uitkomsten leidt. Dit wordt tot uitdrukking gebracht door te stellen dat de foutkosten van het schaderegelingsproces te hoog zijn.

4.6.3.2 *Preprocessuele foutkosten*

Onder het begrip ‘foutkosten’ wordt verstaan de maatschappelijke schade van onrechtvaardige rechterlijke beslissingen of schikkingresultaten. Foutkosten ontstaan wanneer beslissingen afwijken van het geldende aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.²⁶⁸ Ook het herstel van foute beslissingen, bijvoorbeeld door het alsnog entameren van een proces na spaak gelopen schikkingsonderhandelingen, of door het instellen van hoger beroep na een ‘foute’ beslissing, kan onder het begrip ‘foutkosten’ vallen.

4.6.3.3 *Kwaliteit schaderegelingsproces*

Hoge beslissingskosten en hoge foutkosten gaan uiteindelijk ten koste van de kwaliteit van het schaderegelingsproces. Onder de term ‘kwaliteit’ wordt verstaan een inrichting van het schaderegelingsproces waarbinnen het materiële aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zo foutloos mogelijk functioneert (binnen een aanvaardbaar tijdsbestek) tegen aanvaardbare beslissingskosten (met zo min mogelijk negatieve emoties voor het slachtoffer of andere betrokkenen). Het kwaliteitsniveau van de preprocesuele afwikkeling van letselschadeclaims kan worden bepaald aan de hand van de som van de beslissingskosten en foutkosten: hoe lager deze som, hoe hoger de kwaliteit.²⁶⁹

4.6.3.4 *Nauwe band*

Tussen de eis van rechtseenheid en het streven naar efficiëntie bestaat een nauwe band. Ieder streven naar rechtsgelijke en billijke smartengeldbeslissin-

266 Visscher 2005, p. 318-325.

267 Visscher 2005, p. 318-325.

268 Weterings 2004, p. 13.

269 Weterings 2004, p. 2.

gen, ieder streven naar rechtseenheid, gaat gepaard met en is daarmee afhankelijk van de samenhangende kosten, beslissingskosten en, in geval van 'rechtsoneenheid' of een onbillijke beslissing, foutkosten. In de woorden van Van Dam: rechtvaardigheid heeft niet alleen haar waarde, maar ook haar prijs.²⁷⁰ De maatschappelijke kosten van een in meerdere opzichten waardeloze beslissing, een tegen de rechtseenheid en billijkheid indruisende, beslissing of de maatschappelijke kosten van een in beginsel waardevolle, een weliswaar rechtsgelijke en billijke, maar 'dure', in de zin van met hoge beslissingskosten gepaard gaande beslissing zijn immers verdisconteerd in de 'prijs', de totale kosten van het schaderegelingsproces.

Hierna wordt niet getreden in de discussie aangaande de praktische behoefte aan of de praktische noodzaak tot enige vorm van coördinatie van de vaststelling van smartengeld. Aandacht is er enkel voor de juridische mogelijkheden tot en de juridische grenzen aan enige vorm van coördinatie van de vaststelling van smartengeld, waaronder in het bijzonder de coördinatie door rechterlijke samenwerking. Tot op zekere hoogte is de afbakening tussen 'het juridische' en het (quasi)rechtseconomische of, breder, 'het praktische' kader gekunsteld. Het waarborgen van de eis van rechtseenheid, kan onmiskenbaar als een juridisch vereiste worden gezien. Het kent evenwel ook een meer praktische invalshoek. Een organisatie van de rechtspraak met daarin een aantal ingebouwde voorzieningen ter bevordering van de eenheid van rechtspraak moet immers effectief en efficiënt zijn. De rechtseenheid dient vanzelfsprekend ook in meer praktische zin gewaarborgd te worden en dit dient tegen aanvaardbare kosten te geschieden. In zoverre is er sprake van een zekere wisselwerking tussen de juridische waarborgen van de rechtelijke en rechterlijke organisatie en de praktische implicaties daarvan.

4.6.3.5 *Hierna enkel aandacht voor rechtseenheid*

Rechtseenheid en efficiëntie zijn verweven. Uiteindelijk geeft de mate waarin zij beide verwezenlijkt worden een beeld van de kwaliteit van het schaderegelingsproces. Hiermee is niet gezegd dat bij de afweging om een rechtersregeling op te stellen het doorslaggevende argument de (vergroting van de) kwaliteit van de totale letselschaderegeling, inclusief de eventuele gerechtelijke beslechting dient te zijn. De hiervoor omschreven kwaliteitsmaatstaf is er een van een (quasi)-rechtseconomische signatuur. De rechtseenheid wordt daarbij teruggebracht tot een factor, die de kwaliteit van de schaderegeling als zodanig mede tot uitdrukking kan brengen. Er bestaat evenwel nog steeds ruimte om de eis van rechtseenheid te toetsen als juridisch argument en af te wegen tegen andere juridische argumenten. Daarnaast kan de wijze waarop rechtseenheid kan worden nagestreefd, bijvoorbeeld middels een rechtersregeling, op juridische bezwaren stuiten en ook de inhoud van de rechtersregeling kan op

270 Van Dam 1989, p. 209.

juridische bezwaren stuiten, en het zijn deze argumenten en bezwaren waarvoor in het navolgende aandacht is. Een preliminaire vraag die aandacht verdient, is of de letselschadebranche niet tot een verdergaande coördinatie van de vaststelling van smartengeld zou kunnen komen.

4.6.4 Verdere coördinatie door de letselschadebranche?

De letselschadebranche heeft succesvol diverse normen ontwikkeld die kunnen worden geduid als alternatieve regelgeving of zelfregulering.²⁷¹ Het gaat om normen die zien op zowel procedurele, als materiële aspecten van de afwikkeling van letselschade. De Letselschade Raad speelt daarin een belangrijke rol.²⁷²

Procedurele normering ziet op het proces van schadeafwikkeling.²⁷³ Deelaspecten daarvan zouden kunnen worden genormeerd in algemene procesvoorwaarden,²⁷⁴ belangrijkste voorbeeld is de Gedragscode Behandeling Letselschade.²⁷⁵ Vooral verzekeraars hebben zich gecommitteerd aan deze code, zij het dat de code niet strikt wordt nageleefd. Verzekeraars geven aan in de geest van de code te handelen, en zij zijn voornemens de gedragscode te implementeren in hun werkprocessen.²⁷⁶ Dit zou kunnen leiden tot een vermindering van de fout- en transactiekosten inherent aan ieder proces van onderhandeling.²⁷⁷

Materiële normering ziet op het formuleren van nadere normen op het gebied van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Ook deze normen dienen ertoe om de onderhandelingsruimte van partijen te kanaliseren.²⁷⁸ In het bijzonder ook de normering van een aantal schadeposten, waaronder smartengeld, wordt gezien als een mogelijkheid ter verkleining van de inefficiëntie en daarmee mogelijke onrechtvaardigheid van de preprocesuele

271 Zie over deze begrippen Giesen 2007, p. 7 e.v.

272 <www.deletselschaderaad.nl>.

273 De ontwikkeling van alternatieve vormen van geschiloplossing wordt ook als mogelijke oplossing gezien. Overigens lijkt alternatieve geschiloplossing vooral te kunnen floreren door wat zij is, namelijk een alternatief voor rechterlijke geschilbeslechting. De rechterlijke geschillenbeslechting, vooral op letselschadegebied waar de machtsverschillen tussen partijen aanzienlijk zijn, vormt vooralsnog de primaire waarborg voor de daadwerkelijke handhaving van rechten en belangen van letselschadeslachtoffers, daders en hun verzekeraars, vgl. Nieuwenhuis 2005, p. 7 en vgl. Lindenbergh 2005, p.20.

274 Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001, p. 133.

275 Zie over dit project <<https://normering.rechten.uvt.nl/>>.

276 Weterings 2008, p. 146-147.

277 Weterings 2004, p. 127-128.

278 Weterings 2004, p. 119. Zo zijn bijvoorbeeld buitengerechtelijke kosten, reiskosten en verschillende andere posten in het verleden tamelijk succesvol zijn genormeerd.

schadeafwikkeling.²⁷⁹ Materiële normeringen ten aanzien van bepaalde vermogensschadeposten bestaan overigens al. Genoemd kunnen worden de richtlijnen inzake de kilometervergoeding, ziekenhuisdaggeldvergoeding, de aanbeveling huishoudelijke hulp en de (concept-)aanbeveling studievertraging van de Letselschade Raad (voorheen het Nationaal Platform Personenschade).²⁸⁰ Als procedurele normen zijn verder te noemen (van de zelfde organisatie): de richtlijnen medisch traject, de richtlijnen licht letsel en de richtlijn termijnen expertiserend geneeskundig onderzoek.²⁸¹

In dit verband kan overigens ook worden gewezen op de praktijk van de vaststelling van smartengeld waarbij een eventueel ingeschakelde specialist een oordeel geeft over de invaliditeit buiten beroep aan de hand van de tabellen van de American Medical Association. Deze tabellen geven van verschillende soorten letsels gedetailleerde, in een percentage uitgedrukte waarderingen. Soms wordt in dit verband, en tegen de achtergrond van de rechtspraak verzameld in de Smartengeldgids, ter vaststelling van het smartengeld als grove richtlijn een bedrag van 1.000 euro per procent functionele invaliditeit genomen.²⁸² Ook kan worden genoemd dat sommige specialistenverenigingen eigen richtlijnen op hun gebied hebben ontwikkeld. Daarnaast heeft de Werkgroep Medisch Specialistische Rapportage (WMSR) in samenwerking met de KNMG (Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunst) een algemene richtlijn ontwikkeld voor medisch experts die bij het opstellen van een medisch deskundigenrapport tot leidraad zou kunnen dienen.²⁸³

Zou verdere coördinatie door de letselschadebranche geen voor de hand liggende optie zijn? Voorop kan staan dat zelfregulering op het gebied van de vaststelling van smartengeld op dit moment geen prioriteit lijkt te genieten van de letselschadebranche (zie paragraaf 1.4.1). Bovendien lijkt zelfregulering alleen realiseerbaar als er niet te veel verschillende of zelf tegengestelde belangen in het geding zijn.²⁸⁴ Giesen merkt op dat dit aspect wellicht een

279 Weterings 1999, p. 170-179. Barendrecht, Van Zeeland, Kamminga & Tzankova 2004; Rapport Stichting de ombudsman 2003, Weterings 1999; Tzankova & Weterings 2003; Weterings 2004, p. 169-170 en p. 244.

280 De kilometervergoeding is €0,24 per kilometer, de ziekenhuisdaggeldvergoeding is €25 per dag. De normbedragen huishoudelijke hulp per week (de maximale periode waarvoor deze aanbeveling geldt is zes weken) zijn de volgende. Zonder inwonend(e) kind(eren) ontvangt het slachtoffer €118 per week wanneer hij niet in staat is tot enige vorm van huishoudelijk werk en €84 per week in overige gevallen. Met inwonend(e) kind(eren) is dit €176 respectievelijk €101 per week (situatie 01-01-2009). Een gemist school- of studiejaar levert afhankelijk van de soort opleiding het volgende op: basisschool €5.299,- VMBO/LBO €12.189,- HAVO/MBO/ VWO €14.838,- en HBO/WO €18.018,-.

281 <<http://www.deletselschaderaad.nl/index.cfm?page=Richtlijnen>>. Zie ook Elzas 2000, p. 70-73.

282 Weterings 2008, p. 146.

283 Van Wassenaer 2008, p. 96.

284 Vgl. Giesen 2007, p. 42.

rol heeft gespeeld bij de (ontvangst van de) Gedragscode Behandeling Letselschade. In de eerste fase van het proces van totstandkoming bestonden wellicht te veel verschillen tussen de deelnemers aan het overleg. Eerst nadat de advocatuur was 'uitgestapt' (vertegenwoordigd via de LSA en de WAA) bestonden er minder verschillen van inzicht en bleek overeenstemming wel mogelijk. De gedragscode heeft daardoor wel minder draagvlak gekregen.²⁸⁵ Het lijkt niet goed mogelijk om van de kant van (potentiële) slachtoffers een vertegenwoordigingorgaan aan te wijzen, of te creëren, dat bindende afspraken kan maken op het gebied van de vaststelling van smartengeld.²⁸⁶ Gezegd mag worden dat een zo breed mogelijk gedragen overeenstemming over zo veel mogelijk indicatieve normen het maximaal haalbare lijkt.²⁸⁷ De overtuigingskracht van een breed gedragen, (slechts) indicatieve norm zal de rechter ongetwijfeld meewegen. Als voorbeeld kan de indicatieve norm voor de rekenrente dienen (3%). 'Een knappe jongen die de rechter weet over te halen om daarvan af te wijken', zo stelt Akkermans.²⁸⁸ Overigens wordt zo een grotere binding gecreëerd dan op voorhand met de indicatieve norm voor de rekenrente ooit zal zijn beoogd. Immers, de precedentwerking die van een rechterlijke uitspraak waarin de rekenrente wordt toegepast, is groot te achten. Wat hiervan zij, het is de vraag of een breed gedragen product van verdere coördinatie ten aanzien van de vaststelling van smartengeld vanuit de letselschadebranche valt te verwachten. Weliswaar werkt de Letselschade Raad aan een aanbeveling 'Smartengeld bij licht letsel', maar deze is enkel bedoeld voor slachtoffers zonder belangenbehartigers.²⁸⁹ Ook valt nog te bezien of een belangenbehartiger geconfronteerd met een dergelijke richtlijn zich daaraan iets gelegen zal laten liggen. De zo gewenste rechtseenheid op dit terrein lijkt mij dan ook niet, althans nauwelijks te bereiken door zelfregulering vanuit de branche. Als wordt aangenomen dat rechtseenheid indien noodzakelijk moet kunnen worden afgedwongen, is het nog maar de vraag of de letsel-

285 Vgl. Giesen 2007, p. 42.

286 Vgl. Lindenberg 2005b, p. 18-21.

287 Akkermans 2002, p. 102.

288 Akkermans 2002, p. 102. Overigens, natuurlijk is een jurist geïnteresseerd in duidelijkheid en overtuigingskracht. Meer nog is een jurist geïnteresseerd in wat rechtens geldt. In geval een jurist vraagt naar de gelding van een norm, doelt hij doorgaans niet op de kwestie of de norm in kwestie in de meeste gevallen gevolgd wordt, bijvoorbeeld omdat de norm zo overtuigend is. Dat is meer een onderwerp voor een (rechts)socioloog. Hij doelt er daarentegen op of de in een norm gegoten 'geldingsaanspraak' – een norm die naar de regelen der normeringskunst tot stand is gekomen en (ge)rechtvaardig(d) is – kan worden afgedwongen. Hij vraagt zich af: 'bindt de norm ook?' Vgl. Larenz 1991, p. 196. Minder relevant lijkt de wetenschap dat de niet-naleving van bepaalde gedragsmaatstaven bepaalde sociale, economische of psychologische gevolgen kan hebben, met als uitersten de excommunicatie van de letselschaderegelaar of verzekeraar, inefficiëntie of secundaire victimisatie. Vgl. Franken 2002, p. 305.

289 Er ligt een concept waarover men het nog niet eens is, zie: <<http://www.npp.nl/library/repository/080515%20NPP%20Wg%20Normering.pdf>> (laatst geraadpleegd 15 januari 2009).

schadebranche in dit licht een juridisch afdwingbare coördinatie van de vaststelling van smartengeld kan of wil creëren.²⁹⁰

4.7 COÖRDINATIE VAN DE VASTSTELLING VAN SMARTENGELD DOOR RECHTERLIJKE SAMENWERKING

4.7.1 Botsing beginselen en praktische noodzaak tot normering

Wie zich een oordeel probeert te vormen over de juridische (on)mogelijkheden tot en de grenzen aan enige vorm van coördinatie van de vaststellingen van smartengeld door middel van rechterlijke samenwerking²⁹¹ wordt heen en weer geslingerd tussen de beginselen die zich er tegen verzetten en het praktische nut dat er dringend om vraagt, althans lijkt te vragen.²⁹² Bovendien wordt hij heen en weer geslingerd tussen de beginselen die dringend om enige vorm van coördinatie van smartengeld vragen, en de beginselen die zich daartegen op het eerste gezicht lijken te verzetten. Al te vaak worden dergelijke beginselen niet nader omljnd en fungeren zij slechts als associatieve connotaties met iets dat kennelijk dermate bijzonder is dat het geen uitleg meer behoeft.²⁹³ Bijvoorbeeld, in de discussie omtrent de mogelijkheden tot en grenzen van normering van schadeposten wordt vaak getamboereerd op het nauwelijks uitgewerkte beginsel van ‘volledige vergoeding’ om zo iedere discussie omtrent normering in de kiem te smoren.²⁹⁴

Deze principes of (rechts)beginselen zijn echter niet meer dan argumenten die voor of tegen een bepaalde beslissing pleiten.²⁹⁵ Op beginselen kunnen immers uitzonderingen worden gemaakt. Zij kunnen worden weerlegd, bijvoorbeeld door argumenten ontleend aan andere beginselen,²⁹⁶ of door noden uit de praktijk.²⁹⁷ Het lijkt goed enige beginselen, inclusief enige ‘tegenbeginselen’²⁹⁸ die de (discussie rondom) materiële normering van de vaststelling van smartengeld door rechterlijke samenwerking of door zelfregulering kunnen beheersen nader in te vullen, en mogelijke botsingen te onderzoeken. Alleen dan kan hun argumentatieve kracht beoordeeld worden. Onderzocht wordt in het navolgende of en in welke mate een aantal (rechts)beginselen de moge-

290 Zie Giesen 2007, p. 58. Zie over de nadelen van juridische binding Giesen 2007, p. 75-76.

291 Vgl. ten aanzien van de mogelijkheden tot en de grenzen aan rechterlijke samenwerking in het algemeen Asser, Groen & Vranken, m.m.v. Tzankova, 2003, voetnoot 580.

292 Aangetekend wordt dat de praktische noodzaak tot een efficiëntere en effectievere afwikkeling van personenschadegevallen, waaronder een (mogelijke) gerechtelijke beslechting van het geschil, in het hiernavolgende als een gegeven wordt beschouwd.

293 Asser-Vranken 1995, nr. 136.

294 Zie Den Hollander 2005, p. 132; vgl. Tromp 2005, p. 129; vgl. Akkermans 2002, p. 101.

295 Asser-Vranken 1995, nr. 136.

296 Zie paragraaf 4.4.4.

297 Vgl. Asser-Vranken 1995, nr. 185

298 Leijten 1991, p. 723-729.

lijkheden tot en de grenzen van de vaststelling van rechtersregelingen, in het bijzonder in het kader van de normering van de vaststelling van smartengeld, beïnvloeden. Blokkeren deze beginselen de mogelijkheid tot een rechtersregeling, of stellen zij daaraan voorwaarden of grenzen, en zo ja, welke?

4.7.2 Verhouding volledige vergoeding/rechtsgelijkheid en rechtszekerheid

Verschillende beginselen die de rechterlijke vaststelling van smartengeld beheersen, lijken a prima vista op gespannen voet te verkeren met enige vorm van coördinatie van rechtspraak, in het bijzonder in de vorm van een materiële normering. Hoe verschillende rechtsbeginselen tegen elkaar moeten worden afgewogen als zij in een concreet geval botsen is natuurlijk niet eenvoudig te zeggen, althans niet in abstracto. Beslissingen zullen immers sterk met de feiten verweven zijn, en welke waarden dienen te prevaleren hangt eveneens af van weinig inzichtelijke factoren. De vraag is dus in feite op welke manier het mogelijk is greep te krijgen op de discretionaire bevoegdheid van de interpreterende en waarderende rechter.²⁹⁹

Volledige vergoeding is een van de beginselen van ons schadevergoedingsrecht.³⁰⁰ Het beheerst mede elk materieel geschil omtrent de vaststelling van smartengeld. Het brengt mee dat de – doorgaans in geld uitgedrukte – schadevergoeding even groot is, of dient te zijn, als de – doorgaans in geld uitgedrukte – schade.³⁰¹ Het beginsel van volledige vergoeding wordt wel opgevoerd als belangrijk argument tegen iedere vorm van materiële normering van schadevergoeding.³⁰² Omdat immateriële schade naar haar aard niet rechtstreeks in geld kan worden uitgedrukt en zich bovendien nauwelijks met geld laat herstellen, wordt het beginsel van volledige vergoeding voor wat betreft de vergoeding van immateriële schade als weliswaar nobel, maar fictief, ter zijde geschoven, althans als weinig richtinggevend uitgangspunt beschouwd.³⁰³ Het *streven* naar volledige compensatie van ander nadeel dan vermogensschade lijkt evenwel als uitgangspunt van iedere vaststelling van smartengeld te kunnen worden aanvaard. Dit streven kan als een beginsel, in de zin van richtinggevend uitgangspunt, worden opgevat.³⁰⁴

Naast het beginsel van volledige compensatie kunnen twee algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging worden genoemd die een rol spelen in het kader van coördinatie van smartengeld:³⁰⁵ de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid. Aangenomen kan worden dat het handelen van de rechter

299 Vgl. Smith 2007, p. 6.

300 Bloembergen/Lindenbergh 2001, p. 17.

301 Bloembergen 1965, p. 117.

302 Den Hollander 2005, p. 132; vgl. Tromp 2005, p. 129; vgl. Akkermans 2002, p. 101.

303 Tjittes & Giesen 2004, p. 87.

304 Zie hoofdstuk 2 paragraaf pm. Zie nader paragraaf 3.3.1.

305 Zie Brenninkmeijer 2001, p. 51-57

is onderworpen aan deze twee 'kernbegrippen van de rechterlijke oordeelsvorming'.³⁰⁶ Het gelijkheidsbeginsel kan worden gekenschetst als 'de fundamentele norm voor het rechtspreken', en het niet dienovereenkomstig handelen als 'willekeur'.

'De geheele gedachte van recht onderstelt dat elke regel is regel voor ieder, die tot de gemeenschap behoort. Niets doet zoo zeer als onrecht aan, dan dat gelijken ongelijk worden behandeld. Het beginsel der gelijkheid is fundament van iedere rechtspraak. Er is verbittering indien het beginsel in individuele gevallen wordt veronachtzaamd, een verbittering die een leven kan verwoesten. Er dreigt revolutie indien een onbillijkheid in rechten niet meer als gebaseerd op werkelijke verschillen maar als willekeur wordt gevoeld. Een rechter die eenmaal iets heeft uitgemaakt tusschen A en B voelt, dat hij onrecht zou doen, als hij anders zou oordelen indien C en D hem dezelfde vraag voorleggen. Zijn oordeel heeft de noodzakelijke tendens tot regel te worden.'³⁰⁷

Het gelijkheidsbeginsel is evenals het rechtszekerheidsbeginsel meer dan een kernbegrip van de rechterlijke oordeelsvorming. Het kan worden geduid als een fundamenteel zedelijkheidspostulaat.³⁰⁸ Als 'bruggenhoofden van recht en ethiek' vormen het rechtsgelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel vertrekpunten van zowel zedelijk als juridisch handelen.³⁰⁹ Het zijn twee van de voor het gehele burgerlijk (vermogens)recht geldende principes. Naast gelijkheid en rechtszekerheid gaat het hierbij om noties als het waarborgen van de menselijke vrijheid, respect voor de ander, evenredigheid, bescherming van het opgewekte vertrouwen, en doelmatigheid.³¹⁰

De rechtszekerheid maakt duidelijk dat van groot belang is dat rechterlijke uitspraken voorspelbaar zijn.³¹¹ Burgers moeten hun gedrag kunnen afstemmen op de waarschijnlijke beslissingen in toekomstige rechterlijke uitspraken. Meer in het bijzonder zouden het slachtoffer, of de advocaat van het slachtoffer, en (de verzekeraar van) de dader hun onderhandelingsgedrag moeten kunnen afstemmen op de waarschijnlijke uitspraak van de rechter. Juist de beslissingsruimte die de rechter ten aanzien van de vaststelling van smartengeld op dit moment geniet, laat, als in het minnelijke traject wordt onderhandeld, partijen (slachtoffers, daders, hun belangenbehartigers en hun verzekeraars) in onzekerheid omtrent hun positie.

Dat de rechter ervoor moet waken dat de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid niet met voeten worden getreden is te zwak uitgedrukt.³¹² Hij moet

306 Scheltema in zijn noot onder HR 28 maart 1990, *NJ* 1991, 118.

307 Scholten 1949, p. 23.

308 Asser/Vranken 1995, nr. 132.

309 Asser/Vranken 1995, nr. 136.

310 Asser/Vranken 1995, nr. 132.

311 Drion 1981, p. 3; Pels Rijcken 1979, p. 312-313.

312 Asser-Vranken 1995, nr. 185.

zich niet alleen laten leiden door deze beginselen, maar gezegd kan worden dat de rechter mede tot taak heeft in zijn rechtspraak de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid actief na te streven, in het bijzonder als hij, een grote mate van beslissingsruimte heeft.³¹³ Iets dat het geval is bij de vaststelling van smartengeld.³¹⁴ Deze beginselen van behoorlijke rechtspleging brengen met zich mee dat de rechter zich gebonden behoort te achten aan uitspraken van zichzelf en andere, in het bijzonder, hogere rechters.³¹⁵ De besproken algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging vormen mede het normatief kader waarbinnen de rechter tot een beslissing dient te komen. De bevoegdheid tot het opstellen van rechtersregelingen kan worden gefundeerd op deze twee beginselen van behoorlijke rechtspleging.

4.7.3 Volledige compensatie versus normering

Het beginsel van volledige compensatie (de benadeelde heeft recht op vergoeding van zijn schade: niet minder, niet meer) lijkt op gespannen voet te kunnen staan met normering. De gedachte is dat in een situatie van een 'genormeerde' vaststelling van smartengeld niet aan alle omstandigheden van het individuele geval recht kan worden gedaan, hetgeen zou kunnen leiden tot onder- of overcompensatie, met andere woorden tot een onvolledige of te hoge vergoeding. Daarnaast kan gezegd worden dat als er niet langer ruimte zou zijn om met voorheen relevante geachte omstandigheden rekening te houden, voorheen ongelijke gevallen in een 'genormeerde' situatie gelijk worden behandeld, wat toch ook gezien kan worden als een vorm van ongelijke behandeling. Wordt, met andere woorden, door normering (het gevaar van) de ene rechtsongelijkheid – 'gelijke gevallen ongelijk behandelen' – niet ingewisseld voor (het gevaar van) een andere rechtsongelijkheid – 'ongelijke gevallen gelijk behandelen'?

Een normering kan dermate verfijnd zijn dat, althans in theorie, nog steeds recht zou kunnen worden gedaan aan alle relevante omstandigheden van een concreet geval. Echter, een dergelijke verfijnde normering streeft haar doelen van rechtseenvoud en de hanteerbaarheid van het recht voorbij. Daargelaten de wijze van normering, is normering nooit een doel op zichzelf. Tot normering kan worden overgegaan omwille van de rechtseenheid. In zoverre is de vraag aan de orde of de (mogelijkheid tot) volledige compensatie kan worden ge-

313 Teuben 2004, p. 92; Martens 1997 p. 14; Van der Meulen 1997, p. 299; Snijders 1997, p. 1797, Brenninkmeijer 2001 p. 54-55.

314 Zie hieromtrent hoofdstuk 3

315 Teuben 2004, p. 92.

slachtofferd ten faveure van de rechtseenheid en de rechtszekerheid. Deze vraag komt in de volgende paragraaf aan bod.³¹⁶

4.7.4 Typen ongelijkheid

Wordt door over te gaan tot normering de ene ongelijkheid – ‘gelijke gevallen, ongelijk behandelen’ – niet ingewisseld voor de andere – ‘ongelijke gevallen, gelijk behandelen’? Deze kwestie lijkt niet te kunnen worden beslecht. Wel kan zij worden gerelativeerd. Bepalend lijkt in de eerste plaats de mate waarin binnen een genormeerde wijze van smartengeldvaststelling (bijvoorbeeld in de vorm van een rechtersregeling) rekening wordt gehouden met de meest relevante schadebepalende factoren. In de tweede plaats lijkt van belang de mogelijkheid om binnen een genormeerde wijze van vaststelling toch recht te kunnen doen aan de bijzondere omstandigheden van het geval. Dit kan bereikt worden door afwijkingen van de in beginsel bindende genormeerde wijze van vaststelling van smartengeld steeds mogelijk te laten zijn. Dit zou moeten kunnen op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, of door binnen de genormeerde wijze van vaststelling reeds recht te kunnen doen aan de bijzondere omstandigheden van het geval. In dit laatste geval kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de C-factor in de kantonrechtersformule. Al blijft dit in zekere zin een compromis, aangezien met een dergelijke factor de kans op rechtsongelijkheid weer toeneemt. Als een normering voldoende recht doet aan de belangrijkste schadebepalende factoren, lijkt de kans verwaarloosbaar dat al te rigoureuze omstandigheden buiten beschouwing worden gelaten die wel degelijk bepalend kunnen zijn voor de omvang van de schade, en daarmee voor de hoogte van het smartengeld. Met andere woorden, hoe beter de normen, hoe kleiner de kans op rechtsongelijkheid, en hoe minder de behoefte zal zijn aan een ‘open’ correctiefactor. Deze kans wordt nog kleiner als naast de ‘genormeerde’ schadebepalende factoren, met bijbehorende ‘genormeerde’ vergoedingen, steeds mogelijkheid bestaat om rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van het concrete geval. Te meer geldt dit nu een materiële normering de kans op rechtseenheid vergroot en de kans op rechtsongelijkheid van het type ‘gelijke gevallen, ongelijke behandeling’ verkleint.

316 advocaten wijzen nogal eens op (dit streven naar) volledige vergoeding, echter niet zozeer vanuit een dogmatische overtuiging. Een advocaat dient te streven naar een maximaal rendement voor zijn cliënt, en volledige vergoeding lijkt (vooralsnog) het hoogst haalbare. Verzekeraars spreken liever van een ‘redelijke’ vergoeding en benadrukken het belang van rechtszekerheid en rechtseenheid, eveneens niet uit juridische overtuiging, maar om actuariële motieven, zo lijkt het althans. Hoe beter de risico's zijn in te schatten des te rustiger zal een verzekeraar zijn bedrijfsvoering ervaren.

4.7.5 Volledige compensatie tegen de achtergrond rechtseenheidstreven

Coördinatie van smartengeldrechtspraak in de vorm van een materiële normering is geen doel op zich. Coördinatie kan een oplossing zijn voor een gebrek aan rechtseenheid, hetgeen niet wil zeggen dat het steeds 'werkt'. Het streven naar rechtseenheid vormt geen doel op zich. De vraag kan worden opgeworpen of, en in hoeverre, de achterliggende doelen van iedere coördinatie van smartengeldrechtspraak – de rechtseenheid, af te leiden uit de eisen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenvoud – (het streven naar) volledige compensatie opzij zouden mogen zetten.

De hier gesuggereerde spanning is enigszins gekunsteld. Een rechter zal immers steeds als hij smartengeld vaststelt, trachten een beslissing te geven die zoveel als mogelijk strekt tot volledige compensatie en daarbij zal hij ook trachten de rechtseenheid zoveel als mogelijk te bewaren. Bovendien, als de rechter steeds zou slagen in de vaststelling van de 'juiste' volledige vergoeding, zouden de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid niet in het geding zijn. Hoe dan ook, de praktische uitwerking van het beginsel lijkt op gespannen voet te kunnen staan met de eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. De spanning kent een feitelijke oorzaak, samenhangend met de vrijheid die de rechter heeft bij de vaststelling van smartengeld. Deze vrijheid is hem immers toebedeeld onder meer om te kunnen streven naar volledige compensatie. Aangezien aannemelijk is dat er onverklaarbare verschillen bestaan tussen uitspraken bij de huidige (rechterlijke vrijheid bij de) wijze van vaststellen van smartengeld, en aangezien een meer genormeerde (de rechterlijke vrijheid inperkende) vaststelling van smartengeld kan leiden tot een meer rechtsgelijke vaststelling van smartengeld, kan gesproken worden van een spanning tussen volledige compensatie en rechtseenheid.

Kunnen de beginselen eigenlijk wel botsen? Gezegd kan worden dat het beginsel van volledige vergoeding of compensatie en de beginselen van een behoorlijke rechtspleging (waaronder de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid) zien op verschillende sferen. Het beginsel van volledige vergoeding is een inrichtingseis van een rechtvaardig schadevergoedingsrecht, althans het vormt een startpunt van redeneren in het kader van de vaststelling van schadevergoeding en het vormt, in de woorden van Vranken, een meer 'profaan' rechtsbeginsel.³¹⁷ De rechtsgelijkheid en rechtszekerheid zijn beginselen van een behoorlijke rechtspleging en dienen bij iedere rechterlijke beslissing in acht genomen te worden. Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn echter niet alleen beginselen van behoorlijke rechtspleging. Het zijn zedelijkheidspostulaten.³¹⁸ De kwestie 'volledige vergoeding' of 'rechtseenheid' lijkt een kwestie van hiërarchie. Rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn simpelweg belangrijker dan volledige vergoeding. Hiermee is evenwel nog niet gezegd dat het beginsel

317 Asser-Vranken** (1995), nr. 132.

318 Asser-Vranken** (1995), nr. 132.

van volledige vergoeding moet worden geslachtofferd ten faveure van de twee meer verheven beginselen. Het streven naar volledige vergoeding kent echter wel zijn grenzen. Daar waar de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid onaanvaardbaar onder druk komen te staan, lijkt het streven naar volledige vergoeding in het concrete geval een pas op de plaats te moeten maken. Immers, wat blijft er over als je iedere keer 'recht' lijkt te hebben gedaan in het concrete geval, maar geen recht hebt gedaan aan de rechtseenheid?³¹⁹

Wanneer, en onder welke omstandigheden van een onaanvaardbare druk kan worden gesproken valt evenwel niet eenvoudig aan te geven. Gezegd zou kunnen worden dat er sprake is van een groter onrecht als A verkerend in een gelijke situatie als B meer smartengeld krijgt, dan wanneer A en B verkerend in een gelijke situatie beiden weliswaar niet volledig worden vergoed, maar wel hetzelfde krijgen. De volledige vergoeding van A en B lijkt via hun (rechts)gelijke vergoeding tot uitdrukking te kunnen komen. Het vorenstaande geldt te meer nu de verwezenlijking van het beginsel van volledige vergoeding zal neerkomen op een streven naar volledige compensatie, aangezien de waarderingseenheid – geld – zo slecht past op de geleden schade. Bovendien ligt de conceptuele basis van de omvang van smartengeld uiteindelijk in gevalsvergelijking. Het lijkt dan ook weinig zinvol al te veel nadruk te leggen op het streven naar volledige vergoeding. De rechtsgelijkheid heeft wat dat betreft betere papieren. Dit alles maakt dat gezegd kan worden dat het streven naar volledige vergoeding zich weliswaar binnen een ander normenkader afspeelt dan het streven naar rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, te scheiden zijn zij evenwel niet. De beginselen gaan hand in hand. In die zin dat een rechter in een concreet geval streeft naar volledige vergoeding tegen de achtergrond van de beginselen van een behoorlijke rechtspleging waaronder de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid. Zij kunnen echter ook tegen elkaar worden afgewogen. In het bijzonder nu het beginsel van volledige vergoeding in geval van ander nadeel dan vermogensschade geen resultaatgarantie kan zijn. Het lijkt verdedigbaar te zeggen dat de rechtspleging, inclusief de rechtzoekende binnen die rechtspleging, meer baat heeft bij een meer rechtszeker systeem, met meer waarborgen voor de rechtsgelijkheid, dan een systeem dat, althans in theorie, volledige vergoeding van immateriële schade mogelijk lijkt te kunnen maken.

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat compensatie niet steeds de dragende functie van een recht op smartengeld is. Het streven naar volledige vergoeding wordt daarmee van minder groot belang. Dit beginsel brengt immers mee dat, uitzonderingen daargelaten, de – doorgaans in geld uitgedrukte – schadevergoeding even groot is, of dient te zijn, als de – doorgaans in geld uitgedrukte – schade en, voor alle duidelijkheid, ook niet meer dan dat. Als de omvang van de schade niet of niet uitsluitend de maat is voor de omvang voor de vergoeding, of er allerlei normatieve elementen in het schadebegrip

319 Snijders 2005, p. 22.

zijn verweven, lijkt het streven naar rechtseenheid te moeten (kunnen) prevaleren. Duidelijk naar voren komt dit bij de vaststelling van affectieschade. Een keur aan functies is haar vergoeding toebedeeld met genoegdoening en erkenning als belangrijkste.³²⁰ De omvang van de schade in feitelijke zin is daardoor nauwelijks maatgevend voor de omvang van de vergoeding. Overigens blijft de compensatiegedachte een rol spelen. De graad van de affectieve relatie brengt immers indirect de ernst van de schade in beeld. Aangenomen lijkt (bij voorbeeld) te mogen worden dat een moeder meer immateriële schade lijdt door het verlies van een kind dan door het verlies van een oom of tante. Omgekeerd zou je kunnen zeggen dat wanneer de omvang van de schade niet enkel de maat is voor de schadevergoeding, het juist moeilijker is om te komen tot normering van schadevergoeding. Immers, waarbij moet worden aangeknoopt? Het 'normatieve' gehalte van het begrip immateriële schade lijkt mee te brengen dat niet in alle gevallen waarin smartengeld wordt toegerekend overgegaan kan worden tot normering. Gevallen waarin geen sprake is van lichamelijk en geestelijk letsel en waarin toch smartengeld wordt toegerekend, laten zich niet eenvoudig normeren. Zij bieden onvoldoende objectieve omstandigheden waarbij kan worden aangeknoopt. Het gaat evenwel om een in vergelijking beperktere groep gevallen zodat de winst van normering vanuit het oogpunt van efficiëntie ook niet al te groot is.

4.8 IS EEN SMARTENGELDRECHTERSREGELING RECHTENS INPASBAAR?

4.8.1 Functionele onafhankelijkheid rechter

Betogd zou kunnen worden dat het schadevergoedingsrecht een gebied is dat voorbehouden is en moet blijven aan de soevereine beoordelingsmacht van de *individuele* feitenrechter, en dat de moeilijkheden eerder of juist zullen ontstaan waar rechtbanken en/of gerechtshoven hun beoordelingsmacht aan banden leggen door meer of minder strakke precedentregels te vestigen, al dan niet in de vorm van een product van rechterlijke samenwerking (een (collectieve) rechtersregeling), dan wanneer de vrije beoordelingsplicht de keerzijde is van de vrije beoordelingsmacht.³²¹

De onafhankelijkheid van de rechter komt op verschillende wijzen tot uitdrukking. Het gaat binnen het kader van het onderwerp van het onderhavige hoofdstuk om de zogenaamde functionele onafhankelijkheid van de rechter. De rechter is functioneel onafhankelijk. Dit betekent dat hij zijn taak onafhankelijk van de wetgevende en uitvoerende macht uitvoert en dient te kunnen uitvoeren.³²² Beïnvloeding, door concrete aanwijzingen of anderszins, door

320 Kamerstukken II 2002/03, 28781, nr. 3 (MvT).

321 Ronse 1954, p. 376.

322 Teuben 2004, p. 28. De eis van onafhankelijkheid is onder meer neergelegd in art. 6 EVRM.

de wetgevende of uitvoerende macht is onbestaanbaar.³²³ Aangenomen wordt dat rechters ook in zekere mate onafhankelijk zijn ten opzicht van elkaar.³²⁴ Het is deze onafhankelijkheid die in het geding lijkt bij de vaststelling van een rechtersregeling. Te meer lijkt dit het geval, als bedacht wordt dat rechtersregelingen een zekere gebondenheid beogen, en rechters middels een rechtersregeling uiteindelijk aan andere rechters kunnen voorschrijven hoe te beslissen.³²⁵ Dat de rechter een zekere onafhankelijkheid heeft ten opzichte van andere rechters, in die zin dat hij ook geen concrete aanwijzingen van andere rechters hoeft te dulden in de te beslissen casus, is aan weinig twijfel onderhevig.³²⁶ De vraag die hier wordt beantwoord is of zijn onafhankelijkheid van dien aard is dat, naast beïnvloeding in het concrete geval, beïnvloeding middels een rechtersregeling uit den boze is.³²⁷

Voorop staat dat rechterlijke onafhankelijkheid geen doel op zich is. Het is een middel dat een eerlijke rechtspleging (een 'fair trial', vergelijk art. 6 EVRM) kan waarborgen. Dat de rechter zich onafhankelijk kan opstellen, en ook dient op te stellen, voorkomt ongeoorloofde beïnvloeding, althans dient dit te voorkomen, en garandeert een eerlijk proces, althans dient dit te garanderen. De vraag of een rechtersregeling tegen de eis van onafhankelijkheid van de rechter indruist, lijkt dan ook geen zelfstandige waarde te hebben. Zolang een eerlijk proces kan worden gewaarborgd, lijkt niets aan de opstelling van een rechtersregeling in de weg te staan. Ook als een beroep op de functionele rechterlijke onafhankelijkheid als een opzichzelfstaand argument wordt beschouwd, blijkt dat het de mogelijkheid tot de vaststelling van een rechtersregeling niet in de weg staat.

De onafhankelijkheid van de rechter wordt natuurlijk steeds begrensd door de gebondenheid van de rechter aan het recht, waarvan rechterlijke beslissingen een belangrijk deel uitmaken.³²⁸ Ook, of in het bijzonder,³²⁹ de beginselen van behoorlijke rechtspleging – de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en de daaruit af te leiden rechtseenheid – stellen in dit kader grenzen. De rechterlijke onafhankelijkheid geldt immers voor alle rechters. Ieder van hen kan weliswaar een eigen visie hebben op het recht, maar hun onafhankelijkheid mag nimmer uitmonden in subjectiviteit.³³⁰

De juridische noodzaak van eenheid van recht, en in het bijzonder de noodzaak van eenheid van rechtspraak dwingt individuele rechters steeds deel te nemen aan de ontwikkeling van een gemeenschappelijke, coherente,

323 Bovend'Eert 1999, p. 10-11.

324 Teuben 2004, p. 29.

325 Zijn functionele onafhankelijkheid ten opzichte van de wetgever en bestuurlijke macht is niet in het geding. Zie hieromtrent Kortmann 2001, p. 351. Teuben p. 27.

326 Teuben 2004, p. 29 met verdere verwijzingen.

327 Zie Teuben, 2004, p. 29, De Werd 1997, p. 37, Buijs & Stroink 1997, p. 33-34.

328 Snijders 2001b, p. 24.

329 Of de beginselen van behoorlijke rechtspleging recht zijn kan hier in het midden blijven.

330 Brenninkmeijer 2001, p. 59

en uiteindelijk voorspelbare visie op bepaalde onderwerpen van recht(spraak). Een rechter kan zich aan het ontwikkelen van een gemeenschappelijke visie of een gemeenschappelijke rechtsopvatting niet onttrekken met een beroep op zijn onafhankelijkheid. Lijkt bovendien eenmaal sprake van een uitontwikkelde gemeenschappelijke visie, dan dient de rechter hier omwille van de rechtseenheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid bij aan te sluiten. Dit laat natuurlijk onverlet dat de rechter in concrete gevallen steeds gemotiveerd mag afwijken van de gemeenschappelijke visie, mits daarvoor voldoende gronden aanwezig zijn.³³¹ De onafhankelijkheid van de rechter ligt zo gezien mede hierin dat de rechter invloed kan uitoefenen op de te ontwikkelen gemeenschappelijke visies of rechtsopvattingen.³³² De rechter is in dit kader in zijn oordeelsvorming niet ondergeschikt aan andere rechters, en kan in dit opzicht onafhankelijk worden genoemd.³³³ Of een gemeenschappelijke rechtsopvatting in de jurisprudentie tot ontwikkeling is gekomen of in een rechtersregeling is neergelegd, lijkt van minder belang. De individuele onafhankelijkheid van de rechter vormt in ieder geval geen beletsel. De rechter kan gebonden worden aan een rechtersregeling waarin een gemeenschappelijke visie of rechtsopvatting is neergelegd. Wel kan de rechterlijke onafhankelijkheid meebrengen dat de vaststelling van een rechtersregeling met bepaalde waarborgen is omgeven.³³⁴

4.8.2 De verhouding tot de wetgever

Naar algemeen wordt aanvaard, heeft de rechter een rechtsvormende taak. De staatsrechtelijke verhouding tussen de rechterlijke macht en de wetgever staat dit niet in de weg. De rechterlijke bevoegdheid tot rechtsvorming kent evenwel grenzen daar waar het keuzes van rechtspolitieke aard betreft.³³⁵ Het processuele raamwerk waarbinnen een geschil wordt beslecht, brengt ook enige grenzen met zich mee.³³⁶

De rechter kan in een uitspraak in een concreet geval algemene rechtsregels formuleren. De vraag die relevant is in verband met het onderhavige onderzoek naar de mogelijkheden tot coördinatie van smartengeldrechtspraak buiten het 'normale' processuele kader van geschilbeslechting op tegenspraak, is of de rechter ook buiten een concreet geschil tot rechtsvorming kan komen. Dit roept de vraag op of de aanwezigheid van een concreet geschil een noodzakelijke voorwaarde is om tot rechtsvorming te kunnen komen. Teuben onderscheidt

331 Vgl. Asser-Vranken 1995, nr. 105.

332 Teuben 2004, p. 30

333 Vgl. Brenninkmeijer 2001, p. 59.

334 Vgl. Teuben 2004, p. 53.

335 Stolker 1993, p. 53-83.

336 Zie hierover Teuben 2004, p. 44.

twee deelvragen: ten eerste of het mogelijk is dat de rechter los van een concreet geschil tot rechtsvorming komt, en ten tweede of dit ook aanvaardbaar is.³³⁷ Een vraag die met de laatste vraag verband houdt is wat de aard is van de rechtsvormende taak van de rechter in een concreet geval. In dit verband wordt in herinnering geroepen dat de rechter ten aanzien van de vaststelling van smartengeld een zekere mate van beslissings- of beleidsvrijheid heeft, te onderscheiden van de beoordelings- of interpretatievrijheid die hem als geschillenbeslechter in ieder geschil kan toekomen. De begrippen 'oogmerk', 'aantasting in de persoon' en 'ander nadeel dan vermogensschade' uit art. 6:106 BW zijn bijvoorbeeld voor interpretatie vatbaar en de rechter geniet op dit terrein dan ook een zekere interpretatievrijheid. De begroting van smartengeld is evenwel een terrein waarop de rechter een zeker beleid kan voeren. De rechter geniet dan ook een zekere beleidsvrijheid. Hij beslist uiteindelijk ten aanzien van de hoogte van het smartengeld in een concreet geval en in die zin is zijn taak mede rechtsvormend. Deze rechtsvormende taak is echter van een andere aard dan wanneer de rechter bij de gebruikmaking van zijn beoordelingsvrijheid recht vormt als hij een wettelijke term nader interpreteert.

4.8.3 Los van concreet geschil

In zijn algemeenheid is de vraag of het mogelijk is dat de rechter los van een concreet geschil tot rechtsvorming kan komen niet positief of negatief te beantwoorden. De rechter beantwoordt nu eenmaal rechtsvragen van zeer uiteenlopende aard. Deze zijn dan weer meer, dan weer minder van de omstandigheden van het geval afhankelijk. Een voorbeeld van een uitspraak waarin een rechtsregel wordt geformuleerd die wel erg op de omstandigheden van het geval is geënt is het natronloog-arrest.³³⁸ Daarin formuleerde de Hoge Raad de volgende regel:

'Het is in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer wordt vereist met het oog op de veiligheid van al degenen die tussen het moment van het buiten klaarzetten van vuilniszakken en dat van de afvoering ervan door de vuilnisophaaldienst met de inhoud van de zakken in aanraking zouden kunnen komen, om een emmertje met onbekende vloeistof in een kartonnen doos met daaromheen niet anders dan een dichtgebonden plastic vuilniszak voor afvoering door een vuilnisophaaldienst neer te zetten, tenzij men ofwel weet of gegronde redenen heeft om aan te nemen dat het om een vloeistof gaat die bij aanraking met de mens geen gevaar oplevert (...).'

³³⁷ Teuben 2004, p. 39.

³³⁸ HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 m.nt. CJHB (De Rijk/Dorpshuis Kamerik).

Niet in alle gevallen echter speelt het concrete geval een zodanige, onmisbare, rol. Te denken valt bijvoorbeeld aan situaties waarin de rechter, de Hoge Raad, zijn rechtsregels vormt bij wijze van een obiter dictum. Een voorbeeld in het kader van schadevergoeding vormt het wrongful birth-arrest.³³⁹

'3.11. Met betrekking tot de hoogte van de ter zake van de kosten van verzorging en opvoeding vast te stellen schadevergoeding verdient nog het volgende opmerking. De Rechtbank heeft de wijze van berekening in het expertiserapport, welke aansluit bij het door de Rechtbank binnen het familierecht gehanteerde systeem van vaststelling van bijdragen in de kosten van verzorging en opvoeding voor minderjarigen, redelijk geacht. Blijkens het zich bij de gedingstukken bevindende expertiserapport zijn deze kosten begroot aan de hand van de gegevens van het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (NIBUD). De vrouw, die voormeld rapport in het geding heeft gebracht, heeft tegen dit oordeel geen grief aangevoerd.'

In cassatie is derhalve niet aan de orde de vraag of in een geval als het onderhavige aanspraak kan worden gemaakt op een vergoeding die uitgaat boven de kosten begroot aan de hand van de gegevens van het NIBUD. Met betrekking tot deze in dit geding door partijen niet in hun debat betrokken vraag volstaat de Hoge Raad daarom vooralsnog met het volgende. Zoals hiervoor in 3.7 reeds aangegeven, komt uitsluitend voor vergoeding in aanmerking schade die aan de arts naar de maatstaf van art. 6:98 als een gevolg van zijn fout kan worden toegerekend. Deze maatstaf sluit de mogelijkheid niet uit kosten die de gemiddelde kosten van verzorging en opvoeding van een kind te boven gaan, niet toe te rekenen aan de arts, maar aan de ouders zelf, die in de hen persoonlijk betreffende omstandigheden aanleiding hebben gezien tot het besluit tot het maken van deze kosten. Onder het vanaf 1 januari 1992 geldende recht geeft art. 6:109 bovendien de rechter de mogelijkheid de verplichting tot schadevergoeding te matigen voor zover de arts zijn aansprakelijkheid niet door verzekering heeft gedekt. Voor de berekening van de gemiddelde kosten van verzorging en opvoeding kan, zoals ook in de onderhavige zaak door de vrouw is geschied, aansluiting worden gezocht bij de gegevens van het NIBUD.'

Nu zal het met het aantal 'wrongful life'-gevallen in Nederland wel meevallen, maar waarschijnlijk geldt de NIBUD-norm ook in die zaken. Ook komt het voor dat de rechter in een obiter dictum een rechtsregel formuleert die in de voorliggende casuspositie überhaupt niet van toepassing is, maar alleen voor toekomstige gevallen. Een voorbeeld vormt de zogenaamde 50%-regel ter invulling van de 'eigen schuld' van voetgangers en fietsers op voet van art. 6:101 BW in gevallen waarin een automobilist aansprakelijk is voor de schade.³⁴⁰

339 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.nt. CJHB (Wrongful birth).

340 HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 m.nt. CJHB (IZA/Vrerink).

Iets soortgelijks geldt met betrekking tot de rechtsvragen waarop reeds bestaande rechtersregelingen betrekking hebben. Hoe meer algemeen de rechtsvraag is, hoe minder bij de beantwoording daarvan de aanwezigheid van een concrete casus werkelijk behoefte zal bestaan. In bepaalde gevallen lijkt het mogelijk dat de rechter overgaat tot rechtsvorming buiten het concrete geval. De vraag is of de rechter een concreet smartengeldgeschil nodig heeft om een aantal (rechts)vragen te beantwoorden aangaande de hoogte van smartengeld.

4.8.4 Los van concreet smartengeldgeschil

De vraag die dus voorligt in het kader van de mogelijkheden tot coördinatie van smartengeldrechtspraak in de vorm van een rechtersregeling is of de rechter ook kan overgaan tot de invulling van de vage norm 'naar billijkheid' ter bepaling van de omvang van het smartengeld buiten het concrete geval, waarbij kan worden aangetekend dat de rechter, als hij beslist aan de hand van een concreet geval, bovendien rekening dient te houden met alle omstandigheden van dat geval. Niet alle omstandigheden zijn natuurlijk even relevant, maar het lijkt een schier onmogelijke opdracht om reeds van te voren in een rechtersregeling met alle mogelijk relevante omstandigheden rekening te houden. Kan in dit licht de norm 'naar billijkheid' eigenlijk wel adequaat worden ingevuld zonder de aanwezigheid van een concreet geval?³⁴¹

Het antwoord hangt af van de inhoud van de smartengeldrechtersregeling. Een mogelijkheid lijkt het bijvoorbeeld om een rechtersregeling ten aanzien van smartengeld vast te stellen, die mede is gebaseerd op de gevallen die nu reeds beslist zijn. Objectieve schadebepalende factoren – denk aan de aard en omvang van het letsel – laten zich heel wel buiten het concrete geval waarderen. Het is immers vrij eenvoudig om een lijst met mogelijke vormen van letsel op te stellen en daaraan billijke bedragen of bandbreedten van bedragen te koppelen, vergelijk hiertoe de *JSB-richtlijn* (zie paragraaf 4.3.2.2). Als enige ruimte overblijft om rekening te houden met de subjectieve omstandigheden van het geval – denk aan de gevolgen voor deze betrokkene (te kennen uit objectieve omstandigheden) – lijkt de rechter ook buiten het concrete geval billijke smartengeldbedragen te kunnen bepalen, althans ten aanzien van de objectieve schadebepalende factoren. De billijke bedragen die zijn bepaald in een rechtersregeling bepalen vervolgens de agenda van het debat over de hoogte van het smartengeld.

341 Van der Meulen 1997, p. 295.

4.8.5 Los van processuele kader vaststelling smartengeld

Een vereiste voor rechtsvorming door de rechter is het bestaan van een procesueel kader. Dit kader is enerzijds gelegen in een aantal processuele waarborgen en anderzijds in het debat dat tussen partijen in een procedure kan plaatsvinden, zo wordt wel betoogd.³⁴² De vraag is of de rechter buiten dit processuele kader kan overgaan tot het vaststellen van een aantal billijke smartengeldbedragen of een billijke wijze van vaststellen in de vorm van een rechtersregeling. Dit procedurele kader ontbreekt immers in de procedure tot vaststelling van een smartengeldrechtersregeling.

Aan de procedure tot vaststelling van een rechtersregeling kunnen natuurlijk ook 'eigen' procedurele voorwaarden worden verbonden ter ondervanging van het verlies van het specifieke processuele kader in het concrete geval. Op de procedurele waarborgen in het concrete geval valt daarnaast nog wel wat af te dingen. Zij kunnen immers ook een beperking zijn. Zo mag de rechter niet zelf de feiten aanvullen. Ook mag de rechter niet treden buiten de rechtsstrijd van partijen. Als voordelen van een rechtersregeling kunnen in dit verband nog worden genoemd dat de rechter niet hoeft te wachten totdat hem een bepaalde (rechts)vraag wordt voorgelegd en hij meer mogelijkheden lijkt te hebben om informatie te vergaren en om te overleggen met een bredere kring van belanghebbenden. Dat de rechter dit laatste bij voorkeur ook zou moeten doen in het kader van een rechtersregeling ten aanzien van smartengeld, is betoogd door Lindenbergh. Ook in de buitenlandse voorstellen is gebruik gemaakt van de ruimere mogelijkheden tot consultatie van belanghebbenden (zie bijvoorbeeld de totstandkoming van de indicatieve tabel 4.3.1.1).

Het belang van het partijdebat kan worden gerelativeerd voor wat betreft de vaststelling van een billijk bedrag aan smartengeld. Het partijdebat ten aanzien van de hoogte van smartengeld zal zich toespitsen op de omstandigheden die een beeld moeten geven van de omvang van de immateriële schade van de benadeelde: de objectieve en subjectieve schadebepalende factoren. Dit is primair een feitelijk debat. De rechter is, als de schadebepalende factoren vaststaan, ambtshalve gehouden het recht toe te passen en zal door middel van gevalsvergelijking de uiteindelijke hoogte bepalen. De rechter heeft, nu hij ambtshalve gehouden is het recht toe te passen (art. 25 Rv), in het concrete geval, reeds een zelfstandige taak in de wijze van begroten, en zijn keuze voor de wijze van begroten. Hij is in deze niet afhankelijk van het partijdebat, waarbij wel nog kan worden opgemerkt dat de partijen zelf waarschijnlijk ook te vergelijken gevallen zullen aandragen. Het feitelijke partijdebat kan in zekere zin gemist worden, mits de inhoud van de rechtersregeling geen breuk betekent met de huidige wijze van vaststelling van smartengeld. Dit is het geval als met de rechtersregeling niet meer wordt beoogd dan een aantal

342 Vgl. Nieuwenhuis 1997, p. 99; Köhne 2000, p. 108-110.

bedragen, of een bepaalde rechtens geaccepteerde wijze van begroten te stroomlijnen, binnen de daarvoor bestaande kaders en het geen breuk met het bestaande recht inhoudt. De rechtersregeling moet in essentie dan gebaseerd zijn op een precedentenbenadering.

4.8.6 Aanvaardbaarheid smartengeldrechtersregeling

Voorop staat dat de rechter zich inhoudelijk niet snel op het terrein van de wetgever zal begeven, als hij zou overgaan tot het opstellen van een rechtersregeling ten aanzien van de vaststelling van smartengeld, mits de rechter binnen de ruime grenzen die de wetgever heeft aangegeven blijft. De vaststelling van schadevergoeding is bovendien een taak die de wetgever bewust aan de rechter heeft toegekend, en enig politiek gewicht lijkt er aan een dergelijke vaststellingen niet te kleven.

Hiervoor is vastgesteld dat voor zover er rechtvormende aspecten kleven aan de vaststellingen van smartengeld, de aanwezigheid van een concreet geschil geen noodzakelijke voorwaarde is, mits geen breuk met het geldende recht, in het bijzonder de wijze van vaststelling van smartengeld, wordt beoogd. Ook het belang van een processueel kader kan worden gerelativeerd, waarbij overigens kan worden opgemerkt dat het voor wat betreft de vaststelling van smartengeld zelden tot een procedure zal komen. Daarnaast speelt er nog een ander kwestie dan de verhouding rechter/wetgever, namelijk die van de keuze tussen zelfregulering of een rechtersregeling (zie hieromtrent paragraaf 4.6.4). De vaststelling van smartengeld kan dus zeer wel via een rechtersregeling worden genormeerd, een hieruit voortvloeiende vraag is of dit ook mag. Verlaat de rechter immers niet het 'meer algemene' terrein van de rechtspraak als hij overgaat tot het opstellen van een rechtersregeling ten aanzien van smartengeld en komt hij daarmee niet op het terrein van de wetgever?

Wat rechtspraak is, valt niet eenvoudig aan te geven. Een eensluidende definitie van rechtspraak is niet te geven. Wel is een aantal elementen aan te wijzen die rechtspraak karakteriseren. Het gaat volgens Teuben bij rechtspraak om (i) de beslechting van een geschil, (ii) resulterend in een voor partijen bindende beslissing, (iii) gegeven door een van partijen onafhankelijke derde, (iv) in een met waarborgen omklede procedure, (v) onder toepassing van rechtsregels (die de rechter zo nodig zelf nader dient te ontwikkelen).³⁴³ Niet al deze elementen behoren tot de essentialia van rechtspraak. Gezegd kan worden dat de rechter kan optreden als rechtsvormer, zelfs buiten het concrete processuele kader (zie de paragrafen 4.7 en 4.7.1). Hij lijkt dit echter steeds te mogen doen vanuit zijn primaire taak als geschilbeslechter.³⁴⁴ En het is

343 Vgl. Teuben 2004, p. 50.

344 Vgl. Kottenhagen 1988, p. 389; Van der Heijden 1984, p. 2; Teuben 2004, p. 50.

juist die rol die hij vaarwel zegt als hij over gaat tot het vaststellen van een rechtersregeling waarin hij ook recht vormt.

Aangetoond is dat de rechter buiten een concreet geval tot rechtsvorming kan overgaan. De vraag is, mocht de rechter dit in de vorm van een rechtersregeling doen, is er dan nog wel sprake van rechtspraak, althans van een taak die valt binnen het takenpakket van de rechter.³⁴⁵ Als de rechtersregeling de vorm heeft van een niet bindende regeling, lijkt er uiteindelijk weinig aan de hand. Ook als een rechtersregeling wel kan binden, hoeft dit overigens geen belemmering te vormen.

In hoofdstuk 3 is vastgesteld dat de rechter hem toebedeelde beslissings- of beleidsruimte invult, te onderscheiden van beoordelings- of interpretatieruimte, als hij de omvang van smartengeld bepaalt. De rechter is hier niet rechtsvormend bezig in die zin dat hij door zijn interpretatie een bepaalde rechtsregel formuleert. De rechter maakt slechts een keuze uit meerdere 'juiste' alternatieven nadat hij zijn oordeel over het objectieve recht heeft gegeven. Als door een of meer rechters een dergelijke keuze buiten een concreet geval wordt gemaakt, vormen zij in wezen beleid, en doet zich niet zo'n sterke spanning voor ten aanzien van de aard van de rechtspraak als wanneer zij het objectieve recht op een bepaalde manier interpreteren. De vraag is dus of de rechter als hij de hoogte van smartengeld vaststelt wel werkelijk rechtspreekt in vorenbedoelde zin en daarmee aan de grenzen zou komen van zijn rechterlijke taak. Gezegd kan worden dat de rechter die een smartengeldrechtersregeling vaststelt in die zin slechts een beleidskeuze maakt buiten het concrete geval ('in abstracto'). Hij begeeft zich daarmee niet buiten zijn rechtspreekende taak.³⁴⁶ Bovendien kan de wetgever hem altijd overrulen: de wetgever houdt het primaat.

4.8.7 Juridische binding aan, en toetsing van smartengeldrechtersregeling

De binding aan een rechtersregeling laat zich in essentie op twee manieren construeren. Enerzijds lijkt een vorm van precedentenbinding ten aanzien van rechtersregelingen denkbaar, anderzijds kunnen rechtersregelingen onder omstandigheden aangemerkt worden als recht in de zin van 79 RO. De binding aan rechtersregelingen verdient enige nadere aandacht met name ook in met het oog op de niet-bindende kracht van zelfreguleringsafspraken op het terrein van letselschade.³⁴⁷

Voor rechtersregelingen geldt in het algemeen dat de Hoge Raad zowel de rechtersregeling zelf, als de beslissing van de lagere rechter aan de hand van een rechtersregeling, zal kunnen toetsen. Als evenwel een bepaalde rech-

345 Teuben 2004, p. 51-51

346 Asser-Scholten 1974; p. 130-131, De Waard 1987, p. 17; Hijma 1989, p. 4; Teuben 2004, p. 122.

347 Zie uitgebreid Teuben 2004, p. 179 e.v.; zie ook Giesen 2007, p. 58.

tersregeling betrekking heeft op de invulling van beslissingsruimte ('beleidsruimte', of discretionaire ruimte), zoals het geval is bij de vaststelling van smartengeld, dan zal de rechtersregeling als zodanig ('het product') slechts in beperkte mate inhoudelijk worden getoetst door de Hoge Raad (zie over de begrippen 'beslissingsruimte' en 'beleidsruimte' paragraaf 3.5.2). De Hoge Raad zal wel volledig toetsen of een rechtersregeling de grenzen van de geboden beslissingsruimte ('beleidsruimte') niet overschrijdt. Binnen dat (in het algemeen ruime) kader zal echter geen verdere controle op de inhoud plaatsvinden. De Hoge Raad zal immers ook hier niet (willen) treden in de door de lagere rechter gemaakte 'beleidskeuzen'.³⁴⁸

4.9 SLOTBESCHOUWING

4.9.1 Vooraf

Is een beter raamwerk denkbaar voor de vaststelling van smartengeld? Deze vraag heeft in het onderhavige hoofdstuk centraal gestaan. Ter beantwoording van deze vraag is een aantal buitenlandse alternatieven voor de huidige wijze van vaststelling van smartengeld aan bod gekomen. Daarnaast is een aantal in de Nederlandse literatuur gesuggereerde oplossingen de revue gepasseerd. Er is ook enige aandacht geweest voor de richting die de rechtseconomie wijst ter oplossing van het waarderingsprobleem rond immateriële schade, althans voor de waarderingsmaatstaven die in de rechts- en gezondheidseconomie worden gebruikt om immateriële schade, in de vorm van gezondheidsschade, op geld te kunnen waarderen. De rechtseconomische inzichten lijken vooralsnog onvoldoende bruikbaar (zie paragraaf 4.5.3).

Doel van het onderhavige hoofdstuk is geweest om een aantal in meer of mindere mate gecoördineerde mechanismen ter vaststelling van immateriële schade op hun materieelinhoudelijke merites te beoordelen, alsmede om hun toepasbaarheid voor de Nederlandse situatie te bezien. Hun toepassing dient de rechtseenheid en de efficiëntie te vergroten. Dit gegeven vormt enerzijds een aanname, en anderzijds een uitgangspunt. Vanuit juridisch oogpunt valt evenwel weinig over efficiëntie te zeggen. De (mogelijkheid tot vergroting van de) rechtseenheid is voor het verdere betoog het belangrijkste uitgangspunt geweest. Aangezien rechtseenheid indien noodzakelijk moet kunnen worden afgedwongen, is het tweede uitgangspunt geweest dat met de besproken voorstellen in ieder geval enige – juridische – binding moet zijn beoogd.

³⁴⁸ Vgl. Teuben 2004, p. 85.

4.9.2 Rechtseenheid en efficiëntie

Het doel van de coördinatie van de (rechterlijke) vaststelling van smartengeld is de rechtseenheid, en daarnaast efficiëntie.³⁴⁹ Er is wat voor te zeggen om gedurende een zekere periode 'vele bloemen te laten bloeien'. Verscheidenheid kan immers eveneens de kwaliteit bevorderen, nieuwe inzichten bieden en de rechtsontwikkeling stimuleren. Na verloop van tijd kan het recht echter zover doorontwikkeld zijn dat de behoefte aan rechtseenheid gaat overheersen.³⁵⁰ Dit lijkt het geval ten aanzien van de vaststelling van smartengeld in letselschadegevallen. Eenheid ziet in dit verband op eenheid van rechtspraak, en dan in het bijzonder op territoriale eenheid.³⁵¹ Eenheid als eigenschap van een rechtssysteem heeft evenwel geen intrinsieke waarde, eenheid is nooit een doel op zich, achterliggende beginselen geven de rechtseenheids-gedachte inhoud en betekenis.³⁵² De grond van het streven naar rechtseenheid is gelegen in het waarborgen of verwezenlijken van rechtsgelijkheid, rechtseen-voud (waaronder de overzichtelijkheid en toegankelijkheid) en rechtszekerheid.³⁵³ Werkelijk recht in het concrete geval doet de rechter immers pas indien zijn beslissing voldoende samenhang vertoont met beslissingen in vergelijkbare, soortgelijke gevallen. Deze eis die aan iedere rechterlijke uitspraak gesteld kan worden is primair af te leiden uit het gelijkheidsbeginsel.³⁵⁴ Gelijke gevallen bestaan evenwel niet. Dat gevallen nooit of nauwelijks in alle opzichten gelijk (kunnen) zijn, maakt het streven naar rechtseenheid echter geen zinloze exercitie. Het gaat in het recht immers nooit om volledige gelijkheid, maar om gelijkheid in bepaalde opzichten of om gelijkheid naar bepaalde kenmerken. Het streven naar gelijke behandeling is eerst zinvol wanneer is uitgemaakt welke aspecten of kenmerken in een bepaalde juridische context relevant zijn, en in verband daarmee welke overeenkomsten en welke verschillen relevant zijn. De door de Hoge Raad geprefereerde gevalsvergelijking als wijze van vaststelling van de hoogte van smartengeld maakt het wenselijk om bij de begroting van smartengeld één of enkele objectief vaststelbare factoren centraal te stellen die een waardering mogelijk maken van de mate waarin een benadeelde door het nadeel in meer objectieve zin wordt geraakt. Correcties op deze waardering kunnen worden toegepast indien de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven.

349 Vgl. Bloembergen 1992, p. 547. (Bloembergens werk)

350 Martens 1997, p. 10.

351 Bloembergen 1992, p. 557-569; Köhne 2000; Teuben 2004, p. 1.

352 Bloembergen 1992, p. 319-320.

353 Bloembergen 1992, p. 319-320.

354 Art. 1 GW.

4.9.3 Een smartengeldrechttersregeling

De wetgever heeft – bewust – nagelaten nadere regels te formuleren ten aanzien van de vaststelling van smartengeld, terwijl nadere regelgeving wel mogelijk is, doorgaans ook wenselijk wordt geacht en zelfs noodzakelijk lijkt te zijn.³⁵⁵ Rechterlijke samenwerking lijkt een aangewezen methode om de vaststelling van smartengeld verder te coördineren. Rechterlijke samenwerking is een parapluterm. Rechterlijke samenwerking ziet op vormen van (in enige mate) geïnstitutionaliseerd overleg tussen rechtters waarin wordt getracht met een gemeenschappelijk standpunt naar buiten te komen over de wijze waarop in toekomstige gevallen gehandeld of beslist zal worden. Het doel van deze afspraken is de verbetering van de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Producten van rechterlijke samenwerking – kortweg, rechttersregelingen – zijn afspraken binnen of tussen rechterlijke colleges over de manier waarop voor toekomstige gevallen van rechterlijke beslissingsruimte gebruik zal worden gemaakt.³⁵⁶ Zo omschreven is een grote verscheidenheid aan rechttersregelingen denkbaar. Rechttersregelingen kunnen verschillen ten aanzien van het rechtsgebied waarin afspraken worden gemaakt, het soort beslissingsruimte dat wordt ingevuld, de gremia die de rechttersregelingen formuleren en de mate van binding die uit de afspraken kan voortvloeien.³⁵⁷ De behoefte aan rechttersregelingen bestaat met name als niet eenvoudig door middel van rechtspraak in coördinatie van uitspraken kan worden voorzien.³⁵⁸

De rechterlijke beslissingsruimte die wordt ingevuld ten aanzien van de hoogte van de vergoeding van ‘ander nadeel dan vermogensschade’ ziet op de discretionaire bevoegdheid van de rechter aangaande de beslissing om een geldelijke vergoeding toe te kennen, de beoordelingsruimte van de rechter ten aanzien van de relevantie van de omstandigheden die zijns inziens bepalend zijn voor de omvang van het nadeel, en de rechterlijke discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de omvang van de vergoeding.³⁵⁹

De wijze waarop de vaststelling van smartengeld op dit moment wordt gecoördineerd is in hoofdstuk 3 aan bod gekomen. Het middel om coördinatie te bevorderen ten aanzien van de vaststelling van smartengeld is hoger beroep en uiteindelijk (eventueel) cassatie. Ook het gegeven dat sommige smartengeldbeslissingen in een meervoudige kamer tot stand zullen komen waarbij rechtters uiteindelijk een zekere mate van afstemming in de vorm van een gemeenschappelijk (meerderheids)oordeel zullen bereiken, kan als vorm van coördinatie

355 Paragraaf 4.1.1 en 4.1.2.

356 Vgl. Köhne 2000, p. 131.

357 Vgl. Köhne 2000, p. 131.

358 Vgl. Köhne 2000, p. 131.

359 In zijn algemeenheid kan de discretionaire ruimte gelegen zijn in de hantering van aan der rechter toekomende processuele bevoegdheden, in de beoordeling van de feiten of in de interpretatie van rechtsnormen, zowel in het concrete geval of in abstracto. Vgl. Martens 1997, p. 7-25, Köhne 2000 p. 131.

worden gezien. Van een meer informele vorm van coördinatie is sprake wanneer een rechter die in een zaak dient te beslissen een databank met jurisprudentie raadpleegt. De Smartengeldgids voorziet op dit punt in een behoefte. Deze vorm van coördinatie lijkt ten aanzien van smartengeld een meer prominente rol toe te komen, nu de feitenrechter met beslissingen in vergelijkbare gevallen rekening dient te houden.³⁶⁰

Ondanks deze waarborgen voor de rechtseenheid is rechterlijke samenwerking een vorm van coördinatie van rechtspraak die zijn nut kan bewijzen. Niet in de laatste plaats omdat de toegewezen smartengeldbedragen al enige jaren op een vrij constant niveau liggen. Iets dat niet alleen lijkt te gelden voor de hoogste bedragen, maar ook voor de bedragen in minder ernstige gevallen. Gezegd kan worden dat de huidige wijze van gevalvergelijking verstarring in de hand werkt. Een mogelijke verklaring lijkt hierin gelegen dat de rechter zich toch vooral richt op de bedragen die eerder in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, en zich onvoldoende rekenschap geeft van bijvoorbeeld de ontwikkeling in het buitenland, of de maatschappelijke ontwikkelingen in de waardering van letsels in het algemeen. En hoewel de rechter rekening dient te houden met de geldontwaarding, lijkt dit in het concrete geval ook niet altijd te gebeuren. Een product van rechterlijke samenwerking zou deze ontwikkelingen veel gemakkelijker kunnen verwerken, aangezien een dergelijk product eenvoudig integraal kan worden herzien (vergelijk hiertoe de ervaringen in België (paragraaf 4.3.1 e.v.). Harmonisering van de vaststelling van smartengeld door middel van (een product van) rechterlijke samenwerking is dan ook een zinvolle optie ter vergroting van de coherentie van smartengeldvergoedingen in en buiten rechte.³⁶¹ Naar verwachting zal het product van een dergelijke samenwerking de hanteerbaarheid en doorgrondelijkheid van de rechtspraak doen toenemen. De systematisering van de rechtspraak wordt daarnaast naar verwachting eveneens gemakkelijker en het product van de systematisering, al dan niet in de vorm van elektronische rechtspraakoverzichten, wordt toegankelijker en instructiever.³⁶²

Het schadevergoedingsrecht is rechtersrecht. Op grond van art. 6:97 jo 6:106 BW is het aan de rechter om de vergoeding voor immateriële schade te bepalen. De wetgever heeft zich bewust terughoudend opgesteld. Wanneer de rechter binnen het zeer ruime kader dat de wetgever hem heeft geboden een aantal piketpaaltjes slaat om te waarborgen dat hij de hem toebedeelde taak naar behoren kan vervullen, lijkt de rechter zijn bevoegdheden die hij vanuit staatsrechtelijk oogpunt heeft, niet te overschrijden. Rechterlijke samenwerking lijkt, wanneer de rechter binnen zijn staatsrechtelijke bevoegdheden blijft, ook een kwestie van gewoon doen (vergelijk de ervaringen in België met de Indicatieve tabel). Voorwaarde lijkt wel dat het product van rechterlijke samenwerking

360 Vgl. Teuben 2004, p. 1.

361 Snijders 2001, p. 121-122.

362 Vergelijk Snijders 2001, p. 120.

voldoende transparant tot stand komt en geen afwegingen van rechtspolitieke aard bevat (vergelijk de overwegingen van het Court of Appeal in Heil v. Rankin paragraaf 4.3.2.3).

Voorstellen moeten passen binnen het raamwerk van het geldende schadevergoedingsrecht.³⁶³ Dit raamwerk is, voor zover het de vaststelling van de hoogte van smartengeld betreft, in hoofdstuk 3 aan de orde gekomen. Voorop staat dat in het traditionele aansprakelijkheid- en schadevergoedingsrecht het beginsel van volledige vergoeding centraal staat. De vrijheid die de rechter nodig heeft bij de vaststelling van smartengeld ter verwezenlijking van het beginsel van volledige vergoeding alsmede zijn beoordelings- en beslissingsruimte om met de vele uitzonderingen op dit beginsel rekening te kunnen houden is eveneens een gegeven waarmee rekening moet worden gehouden in het kader van een onderzoek naar coördinatie van de vaststelling van smartengeld. Rechterlijke autonomie of discretie staan immers in het schadevergoedingsrecht (mede) centraal. Het aansprakelijkheidsrecht moet maatwerk mogelijk maken en de rechter moet de mogelijkheid hebben om dit maatwerk te bieden. De betaalbaarheid van de verwezenlijking van de doelen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht lijkt tot slot ook een belangrijk extra-juridisch gezichtspunt. Ook de procedurele rechtvaardigheid kan in dit verband worden genoemd.

4.9.4 Inhoud smartengeldrechtregeling

De vaststelling van smartengeld is primair geënt op gevalsvergelijking. In de rechterlijke en buitengerechtelijke rechtspraak wordt ter vaststelling van de omvang van het smartengeld in een concreet geval aangeknoopt bij (vergelijkbare) uitspraken die zijn verzameld in het, eens in de drie jaar te verschijnen, bijzonder nummer van het tijdschrift *Verkeersrecht* (de smartengeldgids). Naast Nederland kent Duitsland en ook Engeland in essentie een dergelijk 'precedentsysteem'. Dit systeem kan worden onderscheiden van invaliditeits-scoringssystemen met bijbehorende waardetabellen. België en Frankrijk kennen een dergelijk systeem.

De huidige wijze van smartengeldvaststelling zou kunnen worden vervolmaakt. Als wordt gekozen voor een rechtregeling, wat mijn voorkeur heeft, dient deze gebaseerd te zijn op de huidige wijze van vaststellen van smartengeld, immers alleen dan kan de vereiste mate van juridische binding worden bereikt. Als de rechter in een rechtregeling zou overgaan op een wijze van vaststellen die is geënt op een invaliditeits-scoringssysteem zoals het Belgische en Franse recht dat kennen, kan dit op gespannen voet komen met de taak die de rechter heeft als geschillenbeslechter. Dit heeft gevolgen voor de binden-

³⁶³ In Engeland 'within the current framework of the tort law system' vgl. Heil/Rankin zie paragraaf 4.2.2.3.

de kracht. Deze bindende kracht zal een stuk minder zijn, terwijl het nu juist de voorkeur verdient dat een coördinatiemechanisme maximale binding creëert. In het bijzonder ook omdat de machtsverschillen in het buitengerechtelijke traject aanzienlijk zijn. Een praktische uitwerking is een precedentensysteem naar Engels model (de *JSB-richtlijn*). Verschillende typen letsel worden gecategoriseerd en gekoppeld aan een maximumbedrag, een richtbedrag of een bandbreedte van bedragen. Afwijkingen zijn mogelijk aan de hand van te formuleren gezichtspunten bij de respectieve letsels. Deze gezichtspunten dienen mijns inziens te zien op objectief te kennen omstandigheden.