

5 | Samenvatting en slotbeschouwing

5.1 VOORAF

Het wordt tijd de schade op te maken. Het object van het onderhavige onderzoek betrof de vaststelling van smartengeld. Aanleiding vormde een aantal problemen van zowel juridische als extra-juridische aard rond de vaststelling van smartengeld, in het bijzonder voor enkele gevallen die onder het bereik van artikel 6:106 lid 1 aanhef, en onder b, BW vallen. Het gaat dan om letsel (zowel lichamelijk als geestelijk) en andersoortige persoonsaantastingen (zoals schending eer en goede naam, schending van de persoonlijke levenssfeer of de aantasting in een (ander) fundamenteel recht, zoals het zelfbeschikkingsrecht). Een meer pragmatische aanleiding vormden de vele voorstellen in binnen- en buitenland tot coördinatie van de vaststelling van smartengeld in letselschadegevallen. Onder coördinatie wordt in dit verband verstaan: iedere activiteit die erop is gericht gerechtelijke en/of buitengerechtelijke vaststellingen van smartengeld onderling met elkaar in overeenstemming te doen zijn.

5.2 EEN SMARTENGELDRECHTERSREGELING VOOR LETSELSCHADEGEVALLEN

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

5.3 SAMENVATTING BEVINDINGEN

5.3.1 Vier onderzoeksvragen

Ik heb vier vragen onderzocht, te weten: wat is nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, wat behelst de rechterlijke vrijheid bij de vaststelling van smartengeld, welke factoren bepalen de omvang van smartengeld, althans dienen daartoe bepalend te zijn, en ten slotte, gegeven dat een verdergaande coördinatie van smartengeld wenselijk en noodzakelijk is, welke wijzen van coördinatie van smartengeldvaststellingen bij letsel verdienen de voorkeur? Hierbij verdient opmerking dat de vraag of een recht op smartengeld in algemene zin bestaansrecht heeft en de vraag in welke gevallen een recht op smartengeld dient te worden aangenomen niet ten gronde zijn onderzocht. De belangrijkste bevindingen worden hierna nader aangegeven.

5.3.2 Wat is nadeel dat niet in vermogensschade bestaat?

De zoektocht naar de inhoud van het begrip 'ander nadeel dan vermogensschade' behelst geen afdaling in de krochten van de menselijke ziel. Een dergelijke tocht zou alleen maar tot onzekerheid over het bestaansrecht van de smartengeldfiguur als zodanig leiden (kernvraag: geld maakt wel/niet gelukkig?). Gepleit wordt voor een functionele en objectieve interpretatie van het rechtsbegrip 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat'. Dat wil zeggen: geabstraheerd van de concrete beleving of ervaring van de benadeelde, en in het licht van de functies die smartengeld in het concrete geval vervult. Dat 'ander nadeel dan vermogensschade' zo opgevat ook normatief kan worden genoemd, zal op weinig weerstand hoeven stuiten, te meer omdat deze kwalificatie niet zo veel zegt. Het is immers niet zozeer de vraag of het begrip 'schade' normatief kan worden verrijkt, maar op welke gronden, en in hoeverre. Een objectieve interpretatie van het begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, sluit aan bij de in mijn ogen meest wenselijke praktijk van de vaststelling van smartengeld, te weten een vaststelling aan de hand van een smartengeldrechttersregeling. De vraag lijkt niet dus niet zozeer of het schadebegrip normatieve trekken vertoont, maar wanneer op grond van overwegingen van normatieve aard kan worden afgeweken van het feitelijke schadebegrip. Meer positief geformuleerd: wanneer het feitelijke begrip met normatieve overwegingen kan worden verrijkt. Het normatieve schadebegrip lijkt immers zo elastisch dat het iedere redelijke inhoud zou kunnen krijgen. Er moeten dan ook naar juridische inzichten goede gronden bestaan om van het feitelijke schadebegrip af te kunnen wijken. Kunnen deze gronden worden aangewezen, dan kan enigszins naar een wenselijk resultaat worden toegewerkt. De gronden voor afwijking dienen in de rechterlijke uitspraak inzichtelijk gemaakt te worden. Meer concreet betekent dit dat de rechter dient te

motiveren wat hij beoogt met de toekenning van smartengeld in het concrete geval. De 'functionele' accenten die hij legt, kunnen vervolgens ook hun weerslag hebben op de vaststelling van de omvang van het smartengeld.

5.3.3 De (rechterlijke vrijheid bij de) vaststelling van smartengeld

In hoofdstuk 3 is zowel de discretionaire ruimte van de rechter bij de vaststelling van smartengeld, als de materiële vaststelling van smartengeld onderzocht. Deze twee onderwerpen tezamen vormen het kader waarbinnen de rechter smartengeld dient vast te stellen.

Als het bestaan van een van de persoonsaantastingen van art. 6:106 BW in rechte komt vast te staan, mag in beginsel, behoudens voldoende betwisting, naar feiten of omstandigheden van algemene bekendheid of naar ervaringsregels worden aangenomen dat in ieder geval feitelijk ook enig immaterieel nadeel is geleden. Doen zich feiten voor waaruit weliswaar in het algemeen kan worden afgeleid dat zij immateriële schade tot gevolg kunnen hebben, zoals een oorlog, oorlogsdreiging of een ernstige (andere) ramp, dan brengen dergelijke feiten van algemene bekendheid op zichzelf nog niet mee dat een benadeelde als individu het in art. 6:106 BW bedoelde nadeel daadwerkelijk heeft geleden. De benadeelde dient een concretisering van de hem betreffende omstandigheden te geven.

In paragraaf 3.4.2.2 heeft de stelplicht en het bewijs ten aanzien van de persoonsaantasting in de vorm van geestelijk letsel bijzondere aandacht gekregen. Waar de grens tussen enkel psychisch onbehagen en geestelijk letsel ligt is niet scherp aan te geven. Het slachtoffer lijkt er in dit licht verstandig aan te doen de aanwezigheid van geestelijk letsel steeds te onderbouwen met een psychiatrische rapportage, althans een deskundigenoordeel. De feiten (in de rapportage) moeten bij voorkeur inzichtelijk kunnen maken voor welke psychische klachten het slachtoffer onder behandeling is geweest, welke diagnose is gesteld, waaruit de behandeling heeft bestaan en waarin de behandeling heeft geresulteerd. Negeert de feitenrechter een dergelijke onderbouwing, dan valt hem wellicht te verwijten dat zijn motivering onbegrijpelijk is.

Pas als die feiten vaststaan waaruit kan worden afgeleid dat – vergoedbare – immateriële schade is geleden, kan de rechter de schadeomvang schatten. De gelaedeerde is niet gehouden aan te geven hoeveel schade hij geleden heeft, daargelaten dat dit wel verstandig is met het oog op de bepaling van de omvang van het smartengeld. Ook hoeft hij geen concreet bedrag aan immateriële schade te vorderen. Wel lijkt het zo dat wanneer een bedrag is gevorderd de rechter geen hogere vergoeding zal mogen toewijzen (paragraaf 3.4.3).

De vage norm 'naar billijkheid' behoedt het recht voor willekeur en maakt een functionele vaststelling van smartengeld mogelijk (paragraaf 3.10). Bij de begroting van smartengeld mag de rechter rekening houden met alle omstan-

digheden van het geval en heeft hij de vrijheid om, indien hij daartoe gronden aanwezig ziet, geen schadevergoeding toe te kennen. Hij heeft een discretionaire bevoegdheid. Het gebruik van de term 'discretionaire bevoegdheid' door de Hoge Raad lijkt niet te sporen met hetgeen hierover in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt. De Hoge Raad lijkt de feitenrechter een grotere vrijheid toe te kennen dan de wetgever. De enkele vaststelling dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft, zegt echter weinig. De mate van rechterlijke discretie verschaft meer inzicht in de beslissingsruimte die de rechter heeft. Art. 6:106 BW geeft geen aanwijzingen onder welke omstandigheden de rechter de bevoegdheid heeft geen smartengeld toe te kennen. De norm 'naar billijkheid' brengt mijns inziens mee dat de rechter niet te snel mag concluderen geen smartengeld toe te kennen. De rechter dient alleen van zijn negatieve discretionaire bevoegdheid gebruik te maken als hij een geldelijke vergoeding niet gepast acht omdat reeds op andere wijze in de compensatie van de schade is voorzien, bijvoorbeeld door het rechterlijk oordeel als zodanig; een dergelijk vonnis verdient een stevige motivering (paragraaf 3.5.6).

De toegewezen smartengeldbedragen liggen al enige jaren op een vrij constant niveau. Dit geldt niet alleen voor de hoogste bedragen maar over de gehele linie van smartengeldgevallen. Een mogelijke verklaring lijkt hierin gelegen dat de rechter zich toch vooral richt op de bedragen die eerder in vergelijkbare gevallen zijn toegekend. Daarbij geeft hij zich onvoldoende rekenschap van bijvoorbeeld de ontwikkeling in het buitenland, of de maatschappelijke ontwikkelingen in de waardering van letsel 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. Gezegd kan worden dat de huidige wijze van gevalsvergelijking verstarren in de hand lijkt te werken. Deze verstarrende werking biedt een argument om andere wijzen van vaststellen van smartengeld in overweging te nemen (paragraaf 3.7.4).

Het 'juiste' niveau van smartengeld is niet alleen afhankelijk van de geldontwaarding, ook andere maatschappelijke veranderingen dan de verandering van het consumentenprijsindexcijfer zouden een rol moeten kunnen spelen bij de bepaling van een rechtens juist niveau van smartengeld in het concrete geval. Het is wenselijk dat, evenals in Engeland en België het geval is, rechters op daartoe geëigende momenten, en met een zekere regelmaat, beoordelen of het smartengeld in zijn totaliteit nog een aanvaardbaar niveau heeft. Belangrijk lijkt in dit verband dat het de uitdrukkelijke keus van de wetgever is geweest de rechter veel vrijheid te laten om de hoogte van schadevergoeding te kunnen vaststellen. Dit maakt het verdedigbaar dat de rechter zich, bij voorkeur tegen de achtergrond van een aantal gelijktijdig te behandelen en te beslissen zaken, zou kunnen uitspreken over het algemeen niveau van smartengeld in Nederland, maar ook een smartengeldrechtersregeling zou op dit punt een belangrijke functie kunnen hebben (paragraaf 3.7.5).

Een ander punt is welke rechter een dergelijke beoordeling aan zich zou kunnen trekken. Gezegd kan worden in dit verband dat ook het hoger beroep

de functies heeft die aan cassatie toekomen, te weten bewaking van rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming. In het licht van, en gelet op deze functies, en gegeven het feit dat het Hof de hoogste feitelijke instantie is, lijkt het niet ondenkbaar dat een Hof zich zou uitspreken over het algemeen niveau van smartengeld in Nederland (paragraaf 3.7.5).

De Hoge Raad kiest in letselgevallen waarin op grond van art. 6:106 BW een recht op smartengeld bestaat voor een objectieve benadering van de vaststelling van smartengeld met daarin ruimte voor subjectieve, zij het objectieveerbare factoren. De basis wordt gevormd door een waardering van de aard en ernst van het letsel. Gegeven het feit dat eenzelfde type letsel voor verschillende benadeelden ongeveer dezelfde nadelige gevolgen meebrengt, kan een objectief beeld van de omvang van de schade worden gevormd. Eerst daarna is er ruimte voor de weging van de subjectieve gevolgen voor de benadeelde in het concrete geval, die evenwel uit min of meer objectieve omstandigheden moeten blijken. Dit lijkt de beste benadering. Een te grote objectivering creëert een te grote afstand tussen de benadeelde en (de ervaring van) zijn schade. Een louter concrete of subjectieve schadevaststelling werkt contraproductief. Het slachtoffer zal niet zijn gebaat bij een exacte analyse van zijn situatie.

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. Wanneer de objectieve en subjectieve factoren in de motivering van een rechterlijke uitspraak worden gescheiden vereenvoudigt dit de gevalsvergelijking. Anderzijds wordt gevalsvergelijking hiermee een goede methode om de uiteindelijk arbitraire hoogte van het smartengeld te kunnen bepalen. In dit verband kan worden opgemerkt dat het de voorkeur verdient meer dan thans rekening te houden met de leeftijd van het slachtoffer, in die zin dat de duur van blijvend nadelige gevolgen (van bijvoorbeeld het letsel) in de hoogte van het smartengeld zouden kunnen worden verdisconteerd (paragraaf 3.13.1.1).

De gevalsvergelijking als wijze van vaststelling van smartengeld heeft zoals daar thans invulling aan wordt gegeven, mijns inziens maar een beperkte waarde. De Smartengeldgids, die in essentie een weergave van deze rechtspraktijk is, heeft daarmee ook maar een beperkte waarde. Een reële gevalsvergelijking lijkt op dit moment immers niet mogelijk, daarvoor zijn de objectieve en subjectieve omstandigheden in de huidige rechtspraak niet goed genoeg te onderscheiden. Dit lijkt geen probleem zolang de objectieve en subjectieve omstandigheden in twee te vergelijken gevallen vrijwel hetzelfde zijn, maar deze gevallen zijn schaars. Jurisprudentieoverzichten hebben dan ook maar beperkte waarde bij de begroting van smartengeld. Hiermee wil ik overigens niet zeggen dat de gevalsvergelijking als methode van rechtsvinding als

zodanig maar beperkte waarde heeft. Daadwerkelijk te vergelijken gevallen ontbreken, mede door de beperkt bruikbare motivering. En hoewel de motivering in het concrete geval overtuigend kan zijn, hoeft zij voor de gevalsvergelijking nog niet bruikbaar te zijn.

Waar moet het naar toe met de rechterlijke begroting van smartengeld? Om deze vraag te kunnen beantwoorden heb ik in paragraaf een beeld geschetst van de huidige praktijk. Als insteek is gekozen de vrijheid van de rechter bij deze begroting. De vrijheid van de rechter is natuurlijk niet onbeperkt, en hoewel de grenzen niet exact kunnen worden aangegeven, zou een overschrijding van deze grenzen in een concreet geval aan het licht komen en gecorrigeerd kunnen worden. De vrijheid van de rechter als zodanig is dan ook niet als onwenselijk te kwalificeren. Het antwoord op de zojuist gestelde vraag 'waar het naar toe moet' leidt dan ook niet tot diskwalificatie van het huidige systeem, maar tot een suggestie ter vervolmaking van het huidige systeem. De weg van standaardisering voor letselschadegevallen spreekt mij in dit kader aan. Het getuigt van realiteitszin te onderkennen dat de begroting van smartengeld in die gevallen uiteindelijk neerkomt op de waardering van een verloren been of arm op geld, met slechts een geringe correctie wegens (objectiveerbare) omstandigheden die de benadeelde in concreto treffen. Een inzichtelijker waardering van de aard en de ernst van het letsel dan thans geniet mijns inziens de voorkeur. In hoofdstuk 4 zijn ter verdere vorming van de gedachten omtrent standaardisering een aantal normeringsoplossingen nader bekeken.

5.3.4 Coördinatie van smartengeldvaststellingen

5.3.4.1 Vooraf

Is een beter raamwerk denkbaar voor de vaststelling van smartengeld? Deze vraag stond in hoofdstuk 4 centraal. 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. In paragraaf 4.5.3 heb ik enige aandacht besteed aan de rechtseconomische vingerwijzingen 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.

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 vormde het belangrijkste aanknopingspunt. Aangezien rechtseenheid indien noodzakelijk moet kunnen worden afgedwongen, vormde een tweede uitgangspunt dat met de besproken voorstellen in ieder geval enige – juridische – binding moet zijn beoogd.

5.3.4.2 *Rechtseenheid en efficiëntie*

Het doel van de coördinatie van de (rechterlijke) vaststelling van smartengeld is de vergroting van de rechtseenheid, en daarnaast de vergroting van de efficiëntie. 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. 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. Eenheid als eigenschap van een rechtssysteem heeft evenwel geen intrinsieke waarde, eenheid is nooit een doel op zich, achterliggende beginselen geven de rechtseenheidsgedachte inhoud en betekenis. De grond van het streven naar rechtseenheid is gelegen in het waarborgen of verwezenlijken van rechtsgelijkheid, rechtseenvoud (waaronder de overzichtelijkheid en toegankelijkheid) en rechtszekerheid. In het concrete geval doet de rechter immers pas werkelijk recht 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.¹ 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.

1 Art. 1 GW.

5.3.4.3 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.² Rechterlijke samenwerking lijkt een aangewezen methode om de vaststelling van smartengeld verder te coördineren. Rechterlijke samenwerking is een paraplueterm. Rechterlijke samenwerking ziet op vormen van (in enige mate) geïnstitutionaliseerd overleg tussen rechters 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. 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. De behoefte aan rechttersregelingen bestaat met name als niet eenvoudig door middel van rechtspraak in coördinatie van uitspraken kan worden voorzien.

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.

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 rechters uiteindelijk een zekere mate van afstemming in de vorm van een gemeenschappelijk (meerderheids)oordeel zullen bereiken, kan als vorm van coördinatie worden gezien. Van een meer informele vorm van coördinatie is sprake wanneer een rechter in een concrete zaak 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.

2 Paragraaf 4.1.1 en 4.1.2.

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 gevalsvergelijking 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 letsel 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. 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.

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

Voorstellen moeten passen binnen het raamwerk van het geldende schadevergoedingsrecht.³ Dit raamwerk is, voor zover het de vaststelling van de hoogte van smartengeld betreft, in hoofdstuk 3 aan de orde gekomen. In het aansprakelijkheid- en schadevergoedingsrecht staat het beginsel van volledige vergoeding centraal. De vrijheid die de rechter nodig heeft bij de vaststelling

3 In Engeland 'within the current framework of the tort law system' zie paragraaf 4.2.2.3.

van smartengeld ter verwezenlijking van het beginsel van volledige vergoeding alsmede zijn beoordelings- en beslissingruimte om met de vele uitzonderingen op dit beginsel rekening te kunnen houden is 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 zogeheten procedurele rechtvaardigheid kan in dit verband worden genoemd.

5.3.4.4 Inhoud smartengeldrechtelijke regeling

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 'precedentensysteem'. Dit systeem kan worden onderscheiden van invaliditeitsscoringsystemen met bijbehorende waardetabellen. België en Frankrijk kennen een dergelijk systeem.

De huidige wijze van smartengeldvaststellingen zou kunnen worden vervolmaakt. Als wordt gekozen voor een rechtelijke regeling, 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 rechtelijke regeling zou overgaan tot een wijze van vaststellen die is geënt op een invaliditeitsscoringsysteem 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 bindende kracht. Deze bindende kracht zal een stuk minder zijn, terwijl het nu juist de voorkeur verdient dat een coördinatiemechanisme enige juridische binding creëert; alleen dan kan rechtseenheid worden 'afgedwongen'.

Een praktische uitwerking is een precedentensysteem naar Engels model (de *JSB-richtlijn*). Verschillende typen letsels 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.

5.4 HOE ZOU EEN CONCRETE RECHTERSREGELING ERUIT KUNNEN ZIEN?

Het boek ving aan met een op het oog eenvoudige vraag: wat is een been waard? Zo gesteld kan deze vraag niet worden beantwoord. Het onderzoek heeft zich onder meer gericht op het vinden van een juridische, in de praktijk hanteerbare fundering waarop het antwoord op onder meer de hiervoor opgeworpen vraag kan worden gebouwd. De centrale maatstaf bij de vaststelling van smartengeld vormt het objectieve, functionele en normatieve begrip 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat'. Mijn voorkeur heeft het, dat een rechter die in de praktijk geconfronteerd wordt met de vraag naar de omvang van de concrete immateriële schade in letselschadegevallen zich richt op smartengeldbedragen die zijn opgenomen in een smartengeldrechtersregeling. De buitengerechtelijke praktijk kan zich eveneens richten op deze bedragen. De rechter kan als onafhankelijke derde duidelijker en meer uitgesproken dan thans via zijn verzamelde rechtspraak, die vanwege het feit dat deze steeds wordt toegesneden op het concrete geval, beperkt bruikbaar is, een rol als 'moderator' vervullen in het debat tussen partijen die buitengerechtelijk tot een oplossing trachten te geraken op een terrein waar de belangentegenstellingen vaak groot zijn. Te meer nu uit empirisch onderzoek blijkt dat het slachtoffer steeds sterk hecht aan een onafhankelijk oordeel.

De rechter die zich geconfronteerd ziet met de taak smartengeld vast te stellen kan zich op de hierna volgende aanknopingspunten richten. Opgemerkt dient te worden dat deze aanpak – geënt op het Engelse systeem, besproken in paragraaf 4.3.2 – dient ter illustratie. De bedragen zijn gebaseerd op de bedragen die de Judicial Studies Board heeft afgeleid uit de Engelse rechtspraak. Uitgangspunt vormt een bandbreedte van bedragen gekoppeld aan de steeds vooropstaande factoren aard en ernst van het letsel. Binnen de bandbreedte kan een passend antwoord worden gevonden naar gelang de concrete edoch objectief te kennen omstandigheden een hogere of lagere vergoeding binnen de bandbreedte impliceren. De JSB-richtlijn kent overigens ook beschrijvingen van knieletsel, letsel aan de enkels, letsel aan de achillespezen, voetletsel en teenletsel.

5.5 WAT IS EEN BEEN WAARD?

a) Amputatie

- i) *Verlies van beide benen* € 154.000 tot € 180.000

Dit is de bandbreedte voor gevallen waarin beide benen boven de knie zijn geamputeerd, in het bijzonder als geen beenprothese kan worden gebruikt.

- ii) *Amputatie beide benen onder de knie* € 128.500 tot € 172.500

Een hoog bedrag binnen deze bandbreedte is aangewezen als beide benen zijn geamputeerd net onder de knie. Amputaties van het onderbeen lager dan net onder de knie, resulteren in een lagere vergoeding.

- iii) *Amputatie been boven de knie* € 61.500 tot € 90.000

De vergoeding binnen de bandbreedte zal afhangen van omstandigheden zoals de hoogte van de amputatie en de ernst van fantoompijnen. Eventuele problemen met de prothese en bijkomende omstandigheden zoals depressies of lichamelijke klachten zoals rugpijn indiceren een hoger bedrag.

- iv) *Amputatie been onder de knie* € 58.500 tot € 83.500

Een geval van onderbeenamputatie zonder complicaties rechtvaardigt een laag bedrag binnen deze bandbreedte. Een hoog bedrag binnen de bandbreedte is voorbehouden aan traumatische ongelukken leidend tot verlies van het been waarbij het slachtoffer bij bewustzijn is, alsmede voor gevallen waarin na een aantal uiteindelijk onsuccesvolle operaties een amputatie alsnog noodzakelijk is.

b) *Ernstig beenletsel*

- i) *Meest ernstige vormen van beenletsel na amputatie* € 61.500 tot € 86.500

Beenletsel dat niet resulteert in een amputatie kan zo ernstig zijn dat schadevergoeding kan worden toegekend op een vergelijkbaar niveau. Hierbij valt te denken valt aan zeer ernstige weefselschade, slecht geheelde fracturen of een verbrijzeling van het been.

- ii) *Zeer ernstig* € 35.000 tot € 54.000

Letsel leidend tot blijvende immobiliteit, noodzakelijkheid van krukken, letsel waar meervoudige fracturen jaren van herstel kosten, ernstige misvormingen en beperking in het bewegingsapparaat, artritis in een been zodat chirurgische behandeling waarschijnlijk noodzakelijk zal zijn.

- iii) *Ernstig* € 25.000 tot € 35.000

Ernstig letsel aan gewrichten of gewrichtsbanden resulteren in instabiliteit; langdurige behandeling; een lange periode van niet-belasting; onvermijdelijkheid van artritis; zodanig letsel aan de heup dat een kunstheup noodzakelijk is; zeer ernstige littekens. Om een bedrag binnen deze bandbreedte

te kunnen toekennen zal in beginsel een combinatie van genoemde factoren noodzakelijk zijn.

iv) *Matig* € 17.750 tot € 25.000

Deze bandbreedte omvat ernstige gecompliceerde fracturen. De hoogte binnen de bandbreedte hangt af van periode arbeidsongeschiktheid, het bestaande risico op degeneratie of spierdystrofie; beperkte gewrichtsbeweging; instabiliteit van de knie; ernstige littekens of een permanent verhoogde vatbaarheid voor verder letsel.

c) Minder ernstig beenletsel

i) *Fracturen zonder volledig herstel* € 11.500 tot € 17.750

De benadeelde houdt een implantaat en/of loopt mank, trekt met zijn been; aangetaste mobiliteit; verlies van gevoel in het been; ongemak van/of een verergering van een reeds bestaande handicap

ii) *Eenvoudige dijbeenfractuur zonder gewrichtsschade* € 5.750 tot € 9.000

iii) *Eenvoudige fracturen en weefselbeschadigingen* tot € 5.750

Hogere bedragen zijn gereserveerd voor eenvoudige fracturen van het scheenbeen of het kuitbeen waarvan volledig wordt hersteld. Onder dit niveau valt een breed spectrum aan weefselbeschadigingen; gescheurde knie- of enkelbanden; snijwonden; kneuzingen waarvan volledig wordt hersteld of waarvan het resterende letsel slechts van cosmetische of ondergeschikte aard is.

Tot slot, bij het afsluiten van dit onderzoek was het eerste arrest waarin een recht op smartengeld voor lichamelijk letsel werd erkend zo'n 65 jaar oud.⁴ Smartengeld heeft sinds die tijd een vaste plek veroverd binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De pensioengerechtigde leeftijd heeft de smartengeldfiguur nog lang niet bereikt. Maar zij blijft 'widely perceived as one of the tort beast's uglier heads.'⁵ Een smartengeldrechtelijke regeling zal haar aantrekkelijker maken.

4 HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455 (Van Kreuningen/Bessem).

5 Croley & Hanson, 1995, p. 1789.

