

Vaststelling van smartengeld

Vaststelling van smartengeld

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 26 maart 2009
klokke 13.45 uur

door

Gijsbertus Johannes Maria Verburg

geboren te Avenhorn in 1974

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. H.J. Snijders
Overige leden: prof. mr. J.M. Barendrecht (Universiteit van Tilburg)
prof. mr. A.G. Castermans
prof. mr. Jac. Hijma
prof. mr. N.J.H. Huls (Erasmus Universiteit Rotterdam)
prof. mr. S.D. Lindenbergh (Erasmus Universiteit Rotterdam)
prof. mr. J.H. Nieuwenhuis

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2009 G.J.M. Verburg

Kluwer, Deventer

ISBN 978-90-13-06530-5

NUR 822-206

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Inhoudsopgave

1	INLEIDING	1
1.1	Vooraf	1
1.2	Immateriële schade/functies smartengeld	2
1.3	Conceptuele basis vaststelling smartengeld: gevalsvergelijking	4
1.3.1	Grote rechterlijke vrijheid bij vaststelling smartengeld	5
1.3.2	Onvoldoende waarborgen rechtseenheid	6
1.3.3	Aanwijzingen rechtsoneenheid	7
1.4	Buitengerechtelijke praktijk	9
1.4.1	Buitengerechtelijke praktijk problematisch?	10
1.4.2	Buitengerechtelijke praktijk (rechts)onzeker	11
1.5	Roep om coördinatie	12
1.6	Probleemstelling	12
1.7	Onderzoeksobject: vaststelling van smartengeld	12
1.8	Onderzoeksonderwerpen	13
1.8.1	Inhoud begrip immateriële schade	13
1.8.2	Rechterlijke vrijheid	14
1.8.3	Omvangbepalende factoren	14
1.8.4	Coördinatie van smartengeldvaststellingen bij letsel	14
1.8.5	Onderzoeksvragen in het kort	15
1.9	Enige terreinverkenning en -afbakening	15
1.9.1	Wenselijkheid smartengeldfiguur	16
1.9.2	Gevallen waarin recht op smartengeld bestaat	17
1.9.2.1	Oogmerk op toebrengen van 'ander nadeel dan vermogensschade'	18
1.9.2.2	Schending eer en goede naam, aantasting nagedachtenis	19
1.9.2.3	Persoonsaantasting in de vorm van letsel	19
1.9.2.4	Andere aantastingen in de persoon: schendingen van fundamentele rechten	20
1.9.2.5	Onderscheid letsel en andersoortige aantastingen in de persoon	21
1.9.3	Onderzoeksomgeving en positionering onderzoek	22
1.10	Onderzoeksmethode	24
2	NADEEL DAT NIET IN VERMOGENSSCHADE BESTAAT	27
2.1	Inleiding	27
2.2	Plan van behandeling	28
2.3	Begripsvorming schade en ander nadeel dan vermogensschade	30

2.3.1	Wet(gever) en Hoge Raad over schade en immateriële schade	30
2.3.2	Enige overkoepelende definities van schade en immateriële schade	31
2.3.3	Enige overkoepelende definities van 'ander nadeel dan vermogensschade'	34
2.3.4	Nadere beschouwing: 'vermindering van welzijn'	35
2.3.5	Voer voor psychologen?	36
2.3.6	Negatief en open begrip heeft de voorkeur	37
2.4	De structuur van het begrip schade	38
2.4.1	De schadevergoedingsaanspraak komt een rechtssubject (persoon) toe	39
2.4.2	Causaal, vergelijkings-, hypothetisch element	40
2.4.3	Waarderingselement	41
2.5	Aard begrip schade	43
2.6	Onderzoek naar aanspraakelement	45
2.6.1	Van Goudoever: schade is juridieke schade	45
2.6.2	Polak: slechts juridische schade is relevant	47
2.6.3	Hoekema: rechtens niet te dulden aantasting van belangen	50
2.6.4	Spier: schade rechtens veronderstelt aanspraak	51
2.6.5	Nadere beschouwing aanspraak- of onrechtmatigheidselement	51
2.7	Een kwestie van rechtsvinding	54
2.7.1	Barendrecht: schade is feitelijk, schadevergoeding normatief	55
2.7.2	Feitelijk nadeel vormt vertrekpunt	56
2.7.3	Vertaalslag van feit naar recht en van recht naar feit	57
2.7.4	Aan de hand van rechtsnormen	58
2.7.5	Schade in haar normatieve context	59
2.7.6	Centrale begrip van afdeling 6.1.10 BW	60
2.8	Afwijking alleen op goede gronden	61
2.8.1	Waardeoordelen kunnen een rol spelen	62
2.8.2	Beleidsargumenten mogen een rol spelen	65
2.8.3	Normatieve elementen bij vormgeving schadevergoeding	67
2.9	Schade en 'ander nadeel' in cassatie	69
2.10	Grond en doel van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht	71
2.10.1	Grond aansprakelijkheidsrecht: (van handhaving status-quo naar) handhaving aanspraken	72
2.10.2	Afgeleid doel vanuit een 'ex-ante'-perspectief: preventie	73
2.10.3	Afgeleid doel vanuit een 'ex-post'-perspectief: schadevergoeding	75
2.11	Aard en inhoud immateriële schade in het licht van de functies van smartengeld	75
2.11.1	Vooraf	75
2.11.2	Personenschade	77
2.11.3	Afbakening met vermogensschade	79
2.11.4	Ter compensatie vooral in letselschadegevallen van met name 'pijn', 'verdriet' en 'gederfde levensvreugde'	81
2.11.5	smart als f(r)ictie	84

2.11.6	Ter genoegdoening van een 'geschokt rechtsgevoel'	86
2.11.7	Ter erkenning van 'verdriet'	89
2.11.8	Smartengeld ter handhaving/sanctionering	90
2.11.8.1	Geen reactie geen recht	90
2.11.8.2	Schending is schade	92
2.12	Slotbeschouwing	92
3	DE (RECHTERLIJKE VRIJHEID BIJ DE) VASTSTELLING VAN SMARTENGELD	95
3.1	Inleiding	95
3.2	Plan van behandeling	96
3.3	Korte schets discretionaire ruimte	96
3.4	Stelplicht en bewijs	99
3.4.1	Stelplicht en bewijs bestaan immateriële schade	99
3.4.2	Stelplicht en bewijslast persoonsaantastingen	101
3.4.2.1	Stelplicht en bewijs ten aanzien van geestelijk letsel	102
3.4.2.2	Kwalificatie geestelijk letsel: in de psychiatrie erkend ziektebeeld	103
3.4.2.3	Stelplicht geestelijk letsel: een psychische beschadiging naar objectieve maatstaven	105
3.4.3	Stelplicht en bewijslast omvang immateriële schade	106
3.5	Discretionaire vaststellingsbevoegdheid	107
3.5.1	Discretionaire vaststellingsbevoegdheid bij letsel	110
3.5.2	Positieve en negatieve beslissingsvrijheid, beoordelingsvrijheid	111
3.5.3	Terug naar het Ontwerp Meijers?	113
3.5.4	Aard en mate rechterlijke discretie	115
3.5.5	Negatieve discretie op voet van art. 6:106 BW	116
3.5.6	Omstandigheden die aan toekenning smartengeld in de weg kunnen staan	118
3.6	Toetsing in cassatie	120
3.6.1	Vooraf	120
3.6.2	Gezichtspunten	121
3.6.3	Gevalsvergelijking	122
3.6.4	Motivering	123
3.7	Smartengeldniveau	125
3.7.1	Geldontwaarding	125
3.7.2	Hoogte bedragen domein feitenrechter	126
3.7.3	Vergelijkbare buitenlandse gevallen	127
3.7.4	Weinig ontwikkeling	128
3.7.5	Meer richting aangaande smartengeldniveau	129
3.8	Mechanisme tot coördinatie van rechtspraak: de Smartengeldgids	131
3.8.1	Totstandkoming en inhoud Smartengeldgids	131
3.8.2	Receptie Smartengeldgids	133
3.9	Smartengeldbepalende factoren	135
3.10	Naar billijkheid	135
3.11	Functionele vaststelling van smartengeld	139

3.11.1	Compensatie en smartengeld	140
3.11.1.1	Volledige vergoeding?	140
3.11.1.2	Wijze van besteding niet van belang	142
3.11.2	Genoegdoening en smartengeld	144
3.11.3	Sanctionering/handhaving en smartengeld	145
3.12	Aansprakelijkheid en verwijt	146
3.13	Persoonsaantasting in de vorm van letsel	147
3.13.1	Lichamelijk letsel	147
3.13.1.1	Leeftijd	150
3.13.1.2	Jonge slachtoffers met blijvend ernstig letsel	151
3.13.1.3	De bewusteloze	154
3.13.2	Geestelijk letsel	158
3.13.3	Shockschade	159
3.14	Persoonsaantasting in vorm van schending eer en goede naam	161
3.15	Persoonsaantasting in vorm van schending fundamenteel recht	161
3.16	Oogmerk	163
3.17	Aantasting nagedachtenis	164
3.18	Vaststelling smartengeld wegens affectieschade	164
3.18.1	Commentaar: verkeerde focus, te rigide, simpeler kan	166
3.18.2	Normering bedrag affectieschadevergoeding, empirische gegevens	169
3.19	Slotbeschouwing	170
4	COÖRDINATIE BIJ SMARTENGELDVASTSTELLINGEN	175
4.1	Vooraf	175
4.1.1	Doel coördinatie: rechtseenheid en efficiëntie	176
4.1.2	Coördinatie wenselijk	178
4.1.3	Literatuur	181
4.2	Plan van behandeling	182
4.3	Rechtsvergelijking	183
4.3.1	België	185
4.3.1.1	Totstandkoming Indicatieve tabel	185
4.3.1.2	Doel Indicatieve tabel	187
4.3.1.3	Inhoud Indicatieve tabel	187
4.3.1.4	Immateriële schadeposten in de Indicatieve tabel	189
4.3.1.5	Indicatieve tabel in de rechtspraak	192
4.3.1.6	Receptie Indicatieve tabel	193
4.3.2	Engeland	197
4.3.2.1	Coördinatie van rechtspraak door het Court of Appeal	197
4.3.2.2	Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases	199
4.3.2.3	Heil v. Rankin	201
4.3.3	Frankrijk	205
4.3.3.1	Vaststelling en waardering enkele immateriële schadeposten	205
4.3.3.2	'Incapacité Temporaire Total'	208

4.3.3.3	'Les souffrances endurées' (pretium doloris)	208
4.3.3.4	'Le préjudice physiologique'	209
4.3.3.5	'le calcul au point'	210
4.3.3.6	Loi Badinter	211
4.3.4	Duitsland	212
4.3.5	Verenigde Staten	214
4.3.5.1	Damages for pain and suffering	214
4.3.5.2	Empirische gegevens	216
4.3.5.3	Per diem argument	216
4.3.6	Nadere beschouwing rechtsvergelijkende gegevens	217
4.4	Smartengeldformules	220
4.4.1	Totstandkoming en doelen van de formules en vuistregels	223
4.4.2	Nadere beschouwing smartengeldformules	225
4.5	Rechtseconomische concepten ter vaststelling smartengeld	230
4.5.1	Vooraf	230
4.5.2	Willingness to pay	231
4.5.3	Value of a statistical life, waarde statistisch levensjaar en QALY's	232
4.6	Coördinatie van de vaststelling van smartengeld nader beschouwd	235
4.6.1	Vooraf	235
4.6.2	Verbetering kennisbronnen rond vaststelling van smartengeld	236
4.6.3	Samenhang rechtseenheid en efficiëntie	236
4.6.3.1	Preprocessuele beslissingskosten	237
4.6.3.2	Preprocessuele foutkosten	238
4.6.3.3	Kwaliteit schaderegelingsproces	238
4.6.3.4	Nauwe band	238
4.6.3.5	Hierna enkel aandacht voor rechtseenheid	239
4.6.4	Verdere coördinatie door de letselschadebranche?	240
4.7	Coördinatie van de vaststelling van smartengeld door rechterlijke samenwerking	243
4.7.1	Botsing beginselen en praktische noodzaak tot normering	243
4.7.2	Verhouding volledige vergoeding/rechtsgelijkheid en rechtszekerheid	244
4.7.3	Volledige compensatie versus normering	246
4.7.4	Typen ongelijkheid	247
4.7.5	Volledige compensatie tegen de achtergrond rechtseenheidstreven	248
4.8	Is een smartengeldrechttersregeling rechtens inpasbaar?	250
4.8.1	Functionele onafhankelijkheid rechter	250
4.8.2	De verhouding tot de wetgever	252
4.8.3	Los van concreet geschil	253
4.8.4	Los van concreet smartengeldgeschil	255
4.8.5	Los van processuele kader vaststelling smartengeld	256
4.8.6	Aanvaardbaarheid smartengeldrechttersregeling	257
4.8.7	Juridische binding aan, en toetsing van smartengeldrechttersregeling	258
4.9	Slotbeschouwing	259

4.9.1	Vooraf	259
4.9.2	Rechtseenheid en efficiëntie	260
4.9.3	Een smartengeldrechttersregeling	261
4.9.4	Inhoud smartengeldrechttersregeling	263
5	SAMENVATTING EN SLOTBESCHOUWING	265
5.1	Vooraf	265
5.2	Een smartengeldrechttersregeling voor letselschadegevallen	265
5.3	Samenvatting bevindingen	266
5.3.1	Vier onderzoeksvragen	266
5.3.2	Wat is nadeel dat niet in vermogensschade bestaat?	266
5.3.3	De (rechterlijke vrijheid bij de) vaststelling van smartengeld	267
5.3.4	Coördinatie van smartengeldvaststellingen	270
5.3.4.1	Vooraf	270
5.3.4.2	Rechtseenheid en efficiëntie	271
5.3.4.3	Een smartengeldrechttersregeling	272
5.3.4.4	Inhoud smartengeldrechttersregeling	274
5.4	hoe zou een concrete rechttersregeling eruit kunnen zien?	275
5.5	Wat is een been waard?	276
	SUMMARY	279
	LITERATUURLIJST	285
	JURISPRUDENTIEREGISTER	311
	CURRICULUM VITAE	317

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AC	Law Reports Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Adv. Blad	Advocatenblad
A-G	Advocaat-Generaal
All ER	All England Law Reports
AMA	American Medical Association
art.	artikel(en)
A&V	Aansprakelijkheid en Verzekering
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
Cass.	Cour de Cassation
Cc	Code civil
DCFR	Draft Common Frame of Reference
diss.	dissertatie
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
e.v.	en volgende
EV	Eindverslag
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Gaz. Palais	Gazette du Palais
GG	Grundgesetz
GO	Gewijzigd Ontwerp van wet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Inv.	Invoeringswet
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
jo.	juncto
JZ	Juristenzeitung
L&S	Letsel & Schade
LG	Landgericht
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
m.nt.	met noot van

MO	Mondeling overleg van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer met de minister van Justitie (tevens eindverslag)
Mon.	Monografie
MvA II	Memorie van antwoord aan de Tweede Kamer
MvT	Memorie van toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWb	Nieuw Juridisch Weekblad
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport Zivilrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
nr.	nummer
NvV	Nota van Verbetering
NvW	Nota van Wijzigingen
OLG	Oberlandesgericht
OM	Ontwerp Meijers
p.	pagina
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PETL	Principles of European Tort Law
QB	Law Reports Queen's Bench
red.	redactie
R.G.A.R.	Revue générale des Assurances et des Responsabilités
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RW	Rechtskundig Weekblad
S.	Recueil Sirey
Stb.	Staatsblad
TM	Toelichting Meijers
TMA	Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht
TCR	Tijdschrift voor de Civiele Rechtspleging
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
Trema	Tijdschrift voor de rechterlijke macht
VC	vergadering Vaste Commissie voor Justitie
vgl.	vergelijk
VR	Verkeersrecht
Vorbem	Vorbemerkung
VV II	Voorlopig verslag van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer
W	Weekblad van het Recht
WLR	Weekly Law Reports
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
ZPO	Zivilprozessordnung