

95 Smartengeld en de rechter

Prof. mr. G. de Groot *

1. Inleiding

Deze bijdrage gaat over de vaststelling van het toewijsbare bedrag aan smartengeld in letselschadezaken door de rechter. Buiten beschouwing blijft de daaraan voorafgaande behandeling van letselschadezaken door de rechter, waaronder ook de beoordeling óf immateriële schade is geleden. Wel verdient vooraf opmerking dat de rechter smartengeld zelden als enige schadepost beoordeelt¹⁾ en dat de vaststelling van smartengeld meestal pas kan plaatsvinden nadat de uitgangspunten van de schadeberekening zijn vastgesteld.

Het thema smartengeld en de rechter zal ik vanuit twee invalshoeken belichten, te weten vanuit mijn voormalige praktijk als feitenrechter en vanuit de gedachte dat rechtspraak (ook) een vorm van conflictoplossing is.²⁾ In laatstgenoemde context zal ik enkele opmerkingen maken bij de vraag of smartengeld in Nederland structureel hoger of anders moet worden begroot, een vraag die al langer rondzoemt in Nederland en de nodige aandacht kreeg op het congres over de waarde van smartengeld dat tot deze special en de door de Rijksuniversiteit Groningen uitgegeven bundel heeft geleid.

2. De taak van de rechter in feitelijke instantie

De titel 'Smartengeld en de rechter' kan betrekking hebben op de taak van zowel de cassatierechter als de feitenrechter, en op de begroting van smartengeld zowel in de bodemprocedure, in kort geding als in de deelgeschilprocedure. Bij het onderscheid in deze twee procedures zal ik niet verder stilstaan. Over smartengeld en de cassatierechter is in de andere bijdragen het nodige te vinden. Ik zal ingaan op de vaststelling van smartengeld door de rechter in feitelijke instantie. Daarbij neem ik het geldende recht tot uitgangspunt, wat kort gezegd³⁾ neerkomt op het volgende. De rechter in feitelijke instantie heeft een discretionaire bevoegdheid bij de begroting van smartengeld. Hij begroot smartengeld naar billijkheid, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval (artikel 6:106 BW). Aan de motivering van dit oordeel worden geen hoge eisen gesteld. De rechter

heeft slechts een beperkte motiveringsplicht ten aanzien van de wijze waarop hij zijn vrijheid gebruikt om in het concrete geval tot een billijke vergoeding te komen. Uit het oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid dient de rechter tot uitdrukking te brengen dat hij acht slaat op bedragen die in vergelijkbare gevallen zijn toegekend.⁴⁾ Dat is nog niet zo eenvoudig, want de toepassing van de beperkte motiveringsplicht in eerdere zaken kan ook voor de rechter in feitelijke instantie het inzicht in de vergelijkbaarheid van gevallen bemoeilijken.

3. Eigen ervaringen

Zoals gezegd heb ik met het oog op deze bijdrage nagedacht over mijn ervaringen met de begroting van smartengeld als rechter in feitelijke instantie. Om te beginnen heb ik teruggedacht aan wat me binnen de rechterlijke macht is geleerd over de begroting van smartengeld.

* Raadsheer in de Hoge Raad. Bijzonder hoogleraar Rechtspraak en conflictoplossing aan de Vrije Universiteit Amsterdam.



De feitenrechter heeft een discretionaire bevoegdheid bij de begroting van smartengeld.



1. Vooral in de deelgeschilprocedure (art. 1019w Rv) kan zich dat echter wel voordoen.
2. G. de Groot, *Rechtspraak met hart voor de zaak* (oratie Amsterdam VU), Amsterdam: Vrije Universiteit 2012.
3. Zie nader o.a. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008; G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.
4. HR 17 november 2000, LJN AA8358, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen. Vgl. o.a. Lindenbergh 2008, p. 67.

“
**Een rondje over
de gang.**

Twee herinneringen springen dan in het oog. Ten eerste werd me duidelijk gemaakt dat een rechter smartengeld niet solo begroot, maar na overleg met collega's. Als de zaak niet meervoudig wordt behandeld, wordt er 'een rondje over de gang' gedaan. Nadat de betrokken rechter zich mede met behulp van het Smartengeldboek een beeld heeft gevormd van de bandbreedte van een toewijsbaar bedrag, beschrijft hij aan een of meer collega's de relevante omstandigheden van het geval en soms ook het gevorderde smartengeldbedrag. Zoals ook in de bijdrage van Van Dijk in deze special aan de orde komt, ligt het in de rede dat informatie over de omvang van de vordering van invloed is op de oordeelsvorming over smartengeld. Vervolgens wordt de vraag gesteld wat de ander een geschikt bedrag vindt en welke omstandigheden van de casus daarin zwaar en minder zwaar wegen voor de ander. Ook wordt de vergelijking met andere zaken in het gesprek betrokken. Terugdenkend aan deze gebruiken viel mij op dat het kennelijk gemeengoed is in de rechtspraak dat de begroting van smartengeld zo veel te maken heeft met billijkheid, schatten en intuïtie dat het eigen oordeel bij voorkeur wordt getoetst bij collega's in een poging het toch enigszins te objectiveren.

Dan het tweede wat ik over de begroting van smartengeld leerde: elke uitspraak waarin smartengeld wordt begroot, dient ten behoeve van het Smartengeldboek aan de redactie van *Verkeersrecht* te worden gestuurd. Dat was vóór het bestaan van rechtspraak.nl, maar voor zover mij bekend is het nog altijd vrij gebruikelijk. Het wordt binnen de rechtspraak kennelijk als een vanzelfsprekendheid gezien dat informatie over de begroting van smartengeld ten behoeve van volgende zaken beschikbaar moet worden gesteld om waar mogelijk tot meer uniforme rechtstoepassing te komen.

Ook bij het opdoen van ervaring met de begroting van smartengeld is het Smartengeldboek behulpzaam, bijvoorbeeld doordat die een indeling in categorieën letsel bevat. De kans om ervaring op te doen wordt beperkt doordat er relatief weinig letselschadezaken bij de gerechten aanhangig worden gemaakt⁵ en smartengeldbegroting bovendien niet in al die zaken voorkomt. In de benodigde kennis kan onder meer worden voorzien doordat de vaststelling van smartengeld een vast onderdeel is van SSR-cursussen over personenschade. In de praktijk blijkt de behandeling van letselschadezaken om gespecialiseerde rechters te vragen, enerzijds door de complexiteit van het rechtsgebied, anderzijds door de beperkte hoeveelheid zaken en de beperkte mogelijkheden om voldoende ervaring op te doen met de behandeling van die zaken. De organisatie van de rechtspraak onderkent dat en heeft in het Kenniscentrum Milieu en Gezondheid en de Expertgroep letselschade voortrekkers bijeen gebracht, onder meer om kennis en ervaring te bundelen en ook voor anderen binnen de rechtspraak beter toegankelijk te maken.

4. De motivering van het smartengeld

Het opschrijven van de omstandigheden die de hoogte van het smartengeld bepalen was naar mijn ervaring meestal eenvoudiger dan het bepalen van die hoogte zelf. Opschrijven welke omstandigheden meewegen in een rechterlijk oordeel behoort tot het dagelijkse werk van een rechter in feitelijke instantie: dat komt ook in allerlei andere zaken dan letselschadezaken voor. De benodigde informatie wordt ontleend aan het dossier van de zaak. Teruglezen wat er is opgeschreven over de voor het smartengeld relevante feiten en omstandigheden kan behulpzaam zijn om nog eens te reflecteren op het gekozen bedrag en de vergelijking met andere gevallen. Ook een werkwijze in omgekeerde volgorde kan nuttig zijn: eerst eens een ruwe tekst maken van de mee te wegen feiten en omstandigheden en pas dan de zoektocht naar het bedrag aangaan. Juist neutrale bewoordingen kunnen behulpzaam zijn in de oordeelsvorming over het toe te wijzen bedrag aan smartengeld. Het gaat erom dat er een gedegen afwijging plaatsvindt aan de hand van het gevorderde bedrag, de onderbouwing daarvan, het gevoerde verweer en bekende vergelijkbare gevallen.

Het filteren van de relevante feiten en omstandigheden uit het dossier staat niet op zichzelf. Tegenwoordig ontlenen rechters hun indrukken van een zaak niet alleen aan het dossier van de zaak, maar – sinds het gebruikelijk werd om in letselschadezaken te compareren – ook aan hun waarnemingen ter zitting van verklaringen en gedragingen van partijen. De omstandigheden die plegen mee te wegen bij de begroting van smartengeld, zijn deels bij uitstek omstandigheden die ter zitting in de interactie tussen partijen, advocaten en rechter kleur kunnen krijgen. En dat kan een andere kleur zijn dan uit de processtukken naar voren komt, te meer als het gaat om de persoonlijke beleving van ondergaan leed. Het verhaal van de benadeelde en de reactie van de wederpartij zullen ongetwijfeld invloed hebben op de rechter,⁶ of hij zijn rol nu ziet – in de woorden van Freek Bruinsma⁷ – als een kadi, een sfinx, een actieve rechter of een combinatie daarvan.

De discussie ter zitting over de hoogte van het smartengeld kan precair zijn. Van de rechter wordt aan de ene kant verlangd dat hij als vertegenwoordiger van de rechtspraak aan de benadeelde doet blijken dat de samenleving erkent dat hem narigheid is overkomen. Aan de andere kant zal de rechter zijn onpartijdigheid moeten bewaken. Hij zal dus tegelijk moeten uitdrukken dat hij zich ervan bewust is dat partijen van mening verschillen over vragen van aansprakelijkheid, schade en causaal verband of onderdelen daarvan. Dat kan complex zijn. Het gaat deels om tegenstrijdige grootheden. Zowel empathie naar de benadeelde als onpartijdigheid naar beide partijen moeten in het alge-

5. De meeste letselschadezaken worden zonder rechterlijke uitspraak afgedaan. Vgl. W.C.T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 20.
6. Vgl. Maria IJzermans, *De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel: een theoretisch onderzoek* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011. Zie voor een bespreking: A.M.P. Gaakeer, 'Boekbeschuwingen', *RM Themis* 2012/4, p. 203-207.
7. Freek Bruinsma, *Kadi-rechtspraak in postmodern Nederland* (oratie Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

meen authentiek overkomen om effectief te kunnen zijn. Voor de professionele oordeelsvorming van de rechter is eveneens van belang dat empathie en onpartijdigheid op de juiste wijze worden gecombineerd. De rechter moet in staat blijven om neutraal en objectief te kijken naar de omstandigheden die het bedrag van het smartengeld bepalen. Ook hier zijn opleiding en ervaring belangrijk, maar bijvoorbeeld wijsheid en bedachtzaamheid evenzeer.

Nadat de rechter zich uit het dossier en eventueel ter zitting een oordeel heeft gevormd over het toe te wijzen smartengeldbedrag en de feiten en omstandigheden die daarin een rol spelen, legt hij dat oordeel neer in een schriftelijke uitspraak. Het is zijn taak dat helder, controleerbaar en aanvaardbaar te doen. In menig geval geeft de rechter ondanks zijn beperkte motiveringsplicht een uitvoerig gemotiveerd oordeel over het toe te wijzen smartengeld. Hij betreft de stellingen van partijen daarin, geeft de maatstaf weer, beschrijft de relevante feiten en omstandigheden, geeft rekenschap van de vergelijking met andere gevallen en noemt het bedrag dat zal worden toegewezen.⁸⁾

5. Een sprongetje

Waarom het dat bedrag is en niet een ander bedrag, kan ten gronde niet nader worden gemotiveerd. Dat is eigen aan het schatten van schade naar billijkheid. Er komt een sprongetje aan te pas om van de maatstaf in combinatie met de redengevende feiten en omstandigheden tot het toewijsbare bedrag te komen. Dat is een intuïtief sprongetje.⁹⁾ Gerelateerd aan kennis en ervaring betreft het normale, professionele intuïtie die onmisbaar is om tot een beslissing te komen. De beperktheid van de motiveringsplicht betreft volgens rechtspraak in cassatie niet zozeer de opsomming van de relevante feiten en omstandigheden en het onderzoek naar vergelijkbare gevallen, maar vooral dit intuïtieve sprongetje. In die beschrijving van de relevante feiten en omstandigheden en de vergelijking met andere gevallen mag de motivering van het sprongetje liggen. Een verdergaande motivering is niet mogelijk waar de vaststelling van smartengeld een discretionaire bevoegdheid van de feitenrechter is, het om een schatting gaat en normering vrijwel ontbreekt. Kritiek als zou de vaststelling van smartengeld ondoorzichtig zijn,¹⁰⁾ betreft naar mijn indruk niet zozeer het bestaan van dit intuïtieve sprongetje, maar de gevallen waarin het sprongetje naar het bedrag in de visie van de criticus onvoldoende logisch aansluit op de overwegingen met de redengevende feiten en omstandigheden.

6. Smartengeld en conflictoplossing

Als de rechter in de motivering van het toe te wijzen bedrag afdoende ingaat op de stellingen van partijen, de maatstaf opneemt, de relevante feiten en omstandigheden beschrijft en een vergelijking met andere gevallen maakt, is dat in juridisch-technisch opzicht op zichzelf een deugdelijke motivering, gezien vanuit de gedachte dat rechtspraak strekt tot recht- en titelverschaffing (rechtsbescherming) met oog voor rechts-eenheid en rechtsontwikkeling.

Rechtspraak is echter ook een vorm van conflictoplossing.¹¹⁾ Zo bezien kan rechtspraak een middel zijn om met behulp van overheidsgezag conflicten op te lossen, een goede rechtsbedeling te genereren en welzijn en eerlijke kansen van een ieder te bevorderen. Volgens de 'Visie op de rechtspraak in 2020' van de Raad voor de rechtspraak en de gerechten behoort rechtspraak aan te sluiten bij behoeften van betrokken burgers en problemen in de samenleving.¹²⁾ Wat weten we eigenlijk van de behoeften van rechtzoekenden in het kader van smartengeld? Hebben rechtzoekenden behoefte aan een juridisch-technisch deugdelijke motivering? Of zijn ze misschien meer geïnteresseerd in de vraag of het bedrag past bij de verwachtingen vooraf? Bepaalt vooral de uitkomst – het bedrag – of het smartengeld door een partij als rechtvaardig wordt gezien, of is ook bepalend hoe de vaststelling verloopt en in welke mate de rechtzoekende zich daarin betrokken voelt? Uit wetenschappelijk onderzoek is daarover weinig bekend. Wel is uit onderzoek naar affectieschade van Akkermans en anderen duidelijk dat het benadeelden niet alleen om financiële genoegdoening gaat, maar ook om immateriële behoeften, zoals erkenning.¹³⁾ Over de rechtvaardigheidsbeleving van aansprakelijke en betalende partijen is al helemaal weinig bekend.

7. Soorten rechtvaardigheid

In de perceptie of iemand zich rechtvaardig behandeld voelt, wordt in de sociale en organisatiepsychologie wel onderscheid gemaakt tussen drie soorten rechtvaardigheid: distributieve, procedurele en interactionele rechtvaardigheid.¹⁴⁾ Bij distributieve rechtvaardigheid gaat het om de rechtvaardigheid van de uitkomst – het resultaat – voor het individu. Het betreft zowel de rechtvaardigheid in absolute zin (voor het individu zelf) als in relatieve zin (voor het individu bezien in vergelijking met de uitkomsten van anderen). Juristen zijn in het kader van het begrip distributieve rechtvaardigheid geneigd na te gaan hoe de individuele rechtvaardigheidsbeleving zich verhoudt tot de materieelrechtelijk correcte uitkomst. Dat is bij schattingen nu juist lastig. Met procedurele rechtvaardigheid wordt bedoeld op de manier waarop mensen worden behandeld. Interactio-

“ Een intuïtief sprongetje. ”

8. Soms wordt ook een percentage functionele invaliditeit (f.i.) genoemd. Wanneer partijen daarover van mening verschillen en de rechter zich in staat acht tot vaststelling van het smartengeld zonder gebruik van een f.i.-percentage, kan hij het echter ook weglaten uit de opsomming van de relevante feiten en omstandigheden waarmee hij rekening houdt. De beperkte motiveringsplicht verplicht de rechter in het algemeen niet om uit te leggen op welke feiten en omstandigheden hij geen acht slaat bij de vaststelling van smartengeld.
9. Paul Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel (1)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 130. Vgl. S.D. Lindenbergh 2008, p. 65-66.
10. Zie bijv. T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstand water', in: M. Donkerlo & M.L.A. van Werkhoven (red.), *Smartengeld: uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2012; P.C.J.A. Janssen, 'Reactie op artikel van Coen Tijbout', *VR 2012/3*, p. 96-97; K.W.A. Kharag, 'Smartengeldpraktijk Nederland vs. Engeland', *VR 2012*, p. 177; J. Sap, 'Bespreking van G.J.M. Verburg, Vaststelling van smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009', *VR 2010*, p. 4; Verburg 2009, p. 5-6; J.L.A. de Waard, 'Smartengelddiscussie', *VR 2012/12*, p. 61.
11. Vgl. W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 263; De Groot 2012.
12. www.rechtspraak.nl > Organisatie > Raad voor de rechtspraak > Visie op de rechtspraak.
13. R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I Terreinverkenning*, Den Haag: WODC, 2007; A.J. Akkermans e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel II: affectieschade*, Den Haag: WODC 2008. Zie voor een samenvatting: K.A.P.C. van Wees e.a., 'Meer dan geld alleen: resultaten van een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht', *Ars Aequi* 2007, p. 852-861.
14. Zie bijv. K. van den Bos, 'Procedurele rechtvaardigheid: beleving en implicaties', in: A.F.M. Brenninkmeijer, M. van Dam & Y. van der Vlugt (red.), *Werken aan behoorlijkheid: De Nationale ombudsman in zijn context*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 183-198.

nele rechtvaardigheid heeft betrekking op de kwaliteit van de interactie tussen personen. Juristen nemen de begrippen procedurele en interactionele rechtvaardigheid vaak samen onder de noemer van de procedure.

Onderzoek dat het belang van procedurele rechtvaardigheid aantoont, is vaak uitsluitend onderzoek naar het belang van procedurele rechtvaardigheid. Inmiddels is daaruit wel bekend dat aspecten van procedurele rechtvaardigheid zonder meer betekenisvol zijn voor de mate waarin een partij zich rechtvaardig behandeld voelt.¹⁵⁾ Denk bijvoorbeeld aan het krijgen van voldoende informatie en voldoende gelegenheid om de eigen visie in te brengen. Minder vaak betreft het onderzoek waarin het belang van distributieve rechtvaardigheid wordt afgezet tegen het belang van procedurele rechtvaardigheid. Anders gezegd, vindt een benadeelde een bepaald bedrag aan smartengeld meer of minder rechtvaardig naarmate de procedure waarin het smartengeld wordt bepaald meer of minder rechtvaardig wordt gevonden? Dat lijkt me een interessante vraag in het kader van de discussie of er in Nederland aanleiding is voor een structurele verhoging van smartengeld. Onderzoek naar distributieve rechtvaardigheid bij smartengeld kan een belangrijke impuls geven om verder te komen in die discussie. Voor zover mij bekend is er echter weinig gaande op dit vlak. De Geschilbeslechtingsdelta 2009¹⁶⁾, een WODC-onderzoek over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers, gaat niet specifiek in op smartengeld. Uit de Geschilbeslechtingsdelta 2009 blijkt dat over een periode van vijf jaar (2004-2009) 60 procent van de burgers met een of meer (potentieel) juridische problemen te maken heeft gehad. De meeste problemen (82,4 procent) zijn civielrechtelijk van aard. In slechts 4,9 procent van de gevallen is de rechter ingeschakeld en in 7,8 procent een buitengerechtelijke procedure gevolgd. Slechts 2,2 procent, een fractie van het totaal aantal (potentieel) juridische problemen, had betrekking op gezondheid. Onbekend is of het in die 2,2 procent van de gevallen is gekomen tot de begroting van smartengeld. Opvallend is overigens dat 40,5 procent van het totaal aantal probleemgevallen niet is opgelost.¹⁷⁾

De Geschilbeslechtingsdelta 2009 laat zien dat het peil van waargenomen distributieve rechtvaardigheid in het algemeen niet hoog ligt als de uitkomst in een rechterlijke beslissing is vervat. Ruim 83 procent van de ondervraagden vindt de uitkomst rechtvaardig die is gebaseerd op overeenstemming tussen partijen en ruim 58 procent vindt de uitkomst van een rechterlijke beslissing rechtvaardig.¹⁸⁾ Onderzoek van Eshuis wijst uit dat dit verschil mogelijk doorwerkt in de mate waarin de uitkomst door partijen wordt nageleefd.¹⁹⁾ Drie jaar na een schikking of een uitspraak waren in een steekproef van 500 doorhalingen²⁰⁾ en 500 uitspraken 74 procent van de vonnissen nageleefd, tegen 85 procent van de schikkingen. Voor smartengeld zegt dat nog niet

zo veel, want dat zal vaak door professionele partijen zoals verzekeraars worden betaald. Het is denkbaar dat zij vonnissen en schikkingen sneller en beter plegen na te leven dan in dit onderzoek naar voren kwam. Niettemin is het goed om te bedenken dat het voor de naleving verschil kan maken of partijen het smartengeld zelf door onderhandelingen vaststellen, of de rechter het begroot.

In menig geval waarin begroting door de rechter plaatsvindt, hebben partijen op enig moment voordien over de schade onderhandeld. In afzonderlijke onderhandelingen over smartengeld die niet tot resultaat hebben geleid, zijn misschien over en weer 'nummers' uit het Smartengeldboek uitgewisseld. Misschien waren partijen het zelfs niet eens over de categorie letsel waarbinnen in het Smartengeldboek moest worden gezocht. Als vervolgens de rechter aan zet is, zal de beslissing meer dan de onderhandelingen van partijen onderworpen zijn aan het toepasselijke recht. Ook dan echter wordt datzelfde Smartengeldboek gebruikt, in het licht van alle omstandigheden van het geval. De vaststelling van smartengeld door de rechter komt zo bezien vooral neer op het doorhakken van een knoop.

8. Begroting van smartengeld en rechtvaardigheid na '9/11'

Dat het doorhakken van knopen met oog voor aspecten van procedurele en distributieve rechtvaardigheid bij letselschade de nodige complicaties kent, is treffend te zien in de resultaten van een onderzoek van Bornstein & Poser naar de afwikkeling van personenschade als gevolg van de aanslag op de Twin Towers in New York op 11 september 2001, ook wel aangeduid als '9/11'.²¹⁾

De Verenigde Staten van Amerika hebben nog in 2001 bij wet een fonds ingesteld om de schade van overlevende slachtoffers en nabestaanden van omgekomen slachtoffers te vergoeden. De uitkeringen kwamen ten laste van de federale begroting. De vaststelling van de schade was in handen van een regeringsvertegenwoordiger met een discretionaire bevoegdheid. Een voorwaarde voor het krijgen van een uitkering uit het fonds was dat afstand werd gedaan van eventuele andere claims.

In totaal is USD 7 miljard uitgekeerd. De vaststelling van schade wegens verlies van verdienvermogen vond plaats aan de hand van individuele omstandigheden en kon dus per persoon verschillen. Het bedrag aan immateriële schade was gefixeerd op USD 250.000 per overlevend slachtoffer en USD 100.000 per nabestaande partner of kind. In totaal kregen 2880 personen een uitkering uit het fonds.

Het onderzoek van Bornstein & Poser vond plaats onder zowel overlevenden als nabestaanden. De onderzoekers hebben 292 personen benaderd van de 2880 personen die een uitke-

Doorhakken van een knoop.

15. Zie in het juridische domein o.a. D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil ... De bestuursrechter als geschilbeslechter* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011; J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010.
16. Geschilbeslechtingsdelta 2009: www.wodc.nl.
17. Geschilbeslechtingsdelta 2009, tabel 6, p. 55.
18. Geschilbeslechtingsdelta 2009, tabel 67, p. 175.
19. R.J.J. Eshuis, *De daad bij het woord. Het naleven van rechterlijke uitspraken en schikkingsafspraken* (Research Memoranda 2009/5), Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2009.
20. Doorhaling van een zaak op de rol is geregeld in de artikelen 246 en 247 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
21. Brian H. Bornstein & Susan Poser, 'Perceptions of Procedural and Distributive Justice in the September 11th Victim Compensation Fund', *Cornell Journal Law Public Policy* 2007.

ring uit het fonds hadden ontvangen. Van die 292 personen hebben 71 personen deelgenomen aan het onderzoek, een respons van ongeveer 25 procent van de steekproef.

Borstein & Poser hebben in het onderzoek voornamelijk vragen gesteld naar de ervaren procedurele en distributieve rechtvaardigheid ten aanzien van de vermogensschade. De resultaten geven weinig aanwijzingen over de mate waarin het gefixeerde smartengeld als rechtvaardig werd ervaren. Wel vermelden de onderzoekers dat één van de kritiepunten op het fonds was dat het smartengeld was gefixeerd. Volgens critici was dat oneerlijk, waarbij als argumenten werden genoemd dat sommige omgekomen personen kort voor het overlijden meer hadden geleden dan anderen, of dat de emotionele behoeften van nabestaanden aan smartengeld uiteen kunnen lopen.

De resultaten van het onderzoek laten zien dat de mate waarin de uitkomst als rechtvaardig werd ervaren relatief gering was, zeker gerelateerd aan de verwachtingen vooraf. In onderstaande tabel is te zien dat een derde de uitkomst in absolute zin eerlijk vond, terwijl een zesde de uitkomst eerlijk vond in relatie tot wat anderen kregen.

9. Smartengeld in Nederland

Dergelijke informatie lijkt mij relevant voor de vraag die op het congres over de waarde van smartengeld de nodige aandacht kreeg, namelijk of smartengeld in Nederland structureel hoger of anders (door normering) moet worden begroot. Wie de literatuur over het schadefonds van 9/11 erop naslaat, ziet dat ruimschoots aandacht is besteed aan een zorgvuldige, voortvarende en grootmoedige schadeafwikkeling ten laste van de staatskas. Als die uitkeringen op het vlak van procedurele en distributieve rechtvaardigheid door rechtzoekenden zo weinig positief worden beoordeeld, is het natuurlijk van belang om na te gaan waar dat aan ligt. Daarover komt in het onderzoek van Bornstein & Poser het nodige naar voren. Het werd bijvoorbeeld onrechtvaardig gevonden dat particuliere verzekeringsuitkeringen in mindering strekten op de schade-uitkering wegens verlies van verdienvermogen.

Abstracter bezien maakt het onderzoek duidelijk dat het in Nederland wel eens van belang kan zijn om informatie te verzamelen over de vraag of een structurele verhoging van smartengeld tot gevolg zal hebben dat rechtzoekenden de

Perceptions of Distributive Justice			
Item	Agree (%)	Neutral (%)	Disagree (%)
Before filing, I expected the Fund would provide fair compensation.	63,5	19,0	17,4
The compensation provided by the Fund was fair.	31,9	23,2	44,9
My compensation was fair compared to what other families received.	15,6	40,6	43,8
The rule that certain money be deducted from the amount of compensation was fair.	11,5	10,0	78,5
The fact that I received a different amount from other claimants shows they place different values on lives.	64,3	14,3	21,5

Note: Numbers may not equal 100% exactly due to rounding. "Agree" percentages combine "strongly agree" and "agree" responses, and "disagree" percentages combine "strongly disagree" and "disagree" responses.
Bron: Bornstein & Poser (noot 21)

Met de ervaren procedurele rechtvaardigheid was het niet veel beter. Blijkens onderstaande tabel vond slechts 23 procent de procedure waarin de schade werd vastgesteld eerlijk.

Perceptions of Procedural Justice			
Item	Agree (%)	Neutral (%)	Disagree (%)
Before filing, I expected the process to be fair.	62,0	19,7	18,3
Fund representatives treated me with respect and dignity.	85,5	11,6	2,8
I participated to the extend that I desired.	76,8	11,6	11,5
The procedures by which compensation was determined were fair.	23,2	27,5	49,2
People who determined compensation were impartial.	43,3	28,4	28,4
I understand how the amount of compensation was determined.	59,1	14,1	26,7

Note: Numbers may not equal 100% exactly due to rounding. "Agree" percentages combine "strongly agree" and "agree" responses, and "disagree" percentages combine "strongly disagree" and "disagree" responses.
Bron: Bornstein & Poser (noot 21)

Procedurale en distributieve rechtvaardigheid.

rechtvaardigheid van de afdoening van hun zaak positiever zullen beoordelen dan in de huidige situatie het geval is. In Nederland zijn zoals gezegd niet of nauwelijks onderzoeksresultaten beschikbaar over de behoeften van procespartijen bij de begroting van smartengeld. Dat betekent dat ook in de praktijk van de rechter in feitelijke instantie weinig bekend is over de behoeften van rechtzoekenden bij de begroting van smartengeld. Dat is niet praktisch, want de rechter wordt wel geacht daarmee rekening te houden. Wel is het nodige bekend over functies van smartengeld, ook onder rechters in feitelijke instantie. Dat is ook een vast onderwerp op SSR-cursussen over personenschade. Over functies van smartengeld is onder meer in de bijdrage van Verheij elders in deze special het nodige te vinden.²²⁾

Ten aanzien van de benadeelde plegen drie functies van smartengeld te worden onderscheiden, namelijk compensatie van vermindering van welzijn, genoegdoening van vooral het geschokte rechtsgevoel en erkenning. Compensatie lijkt vooral een aspect van distributieve rechtvaardigheid. Genoegdoening en erkenning lijken voornamelijk, maar niet uitsluitend, aspecten van procedurele en interactionele rechtvaardigheid. Wie inzet op een structurele verhoging van smartengeld, focust wellicht op verbetering van distributieve rechtvaardigheid. Of die verbetering zich vervolgens daadwerkelijk zal voordoen, valt vrijwel niet na te gaan wanneer een nulmeting ontbreekt. De discussie of een structurele verhoging van smartengeld wenselijk is, zal in mijn visie zijn gebaat met concrete informatie, bijvoorbeeld als resultaat van te verrichten onderzoek, over de vraag in hoeverre huidige uitkomsten door partijen rechtvaardig worden gevonden. Indien het tot een structurele verhoging komt, zullen bovendien ijkpunten nodig zijn om later te evalueren of de door rechtzoekenden ervaren rechtvaardigheid door verhoging daadwerkelijk beter is geworden. Bij een structurele verhoging van smartengeld of bij normering van smartengeld zal verder rekening moeten worden gehouden met de omstandigheid dat ook aspecten van procedurele en interactionele rechtvaardigheid van invloed blijven op de mate waarin de uitkomst rechtvaardig wordt gevonden. Wanneer in het denken over structurele wijzigingen in de begroting van smartengeld voldoende oog is voor dit soort aspecten, kan dat wellicht bevorderen dat eventuele wijzigingen ook effectief zijn op het punt van de door partijen ervaren distributieve en procedurele rechtvaardigheid.

10. Afronding

Er zijn naar mijn indruk enkele voor de hand liggende vragen te formuleren om de afweging te maken of een structurele verhoging van smartengeld op zijn plaats is, en zo ja, of redelijkerwijs is te verwachten dat een verhoging daadwerkelijk tot een hoger peil van ervaren distri-

butieve rechtvaardigheid kan leiden. Ik noem daarvan vier voorbeelden. Allereerst valt te denken aan de vraag of de bedragen financieel gezien te laag zijn. Staan de individueel haalbare bestedingsdoelen in een wanverhouding tot het letsel? Dat is vooral een aspect van distributieve rechtvaardigheid. Dan is er de vraag of de bedragen maatschappelijk gezien te laag zijn. Dat is een vraag op systeemniveau. Hoe wil Nederland omgaan met compensatie voor de immateriële kant van letsel waarvoor een ander aansprakelijk is? Een volgende mogelijke vraag is of bedragen aanvaardbaar zijn voor rechtzoekenden in verband met de inzichtelijkheid van de berekening ervan. Dat is een aspect van procedurele rechtvaardigheid. Tot slot kan worden gedacht aan de vraag of de bedragen aanvaardbaar zijn voor rechtzoekenden in verband met de bejegening door de wederpartij, diens advocaat of schadebehandelaar, of de rechter. Dat is een aspect van interactionele rechtvaardigheid. Kort gezegd verdient in de discussie over structurele wijzigingen in de begroting van smartengeld naar mijn idee mede aandacht welke kwesties door zo'n wijziging al dan niet worden opgelost, en zo mogelijk ook of eventueel nieuwe dilemma's zijn te verwachten.

④
**Drie functies
van smartengeld:
compensatie van
vermindering van
welzijn, genoeg-
doening van het
geschokte rechtsge-
voel en erkenning.**

. ②

22. Zie ook: Lindenbergh 1998; Lindenbergh 2008; Verburg 2009; Verheij 2002.