

32 Meer grip op art. 6:101 BW in personenschadezaken

Over de billijkheid(scorrectie) en de ernst van het letsel

Prof. mr. dr. A. (Arvin) Kolder *

1. Inleiding

Eigen schuld is een kernleerstuk binnen het aansprakelijkheidsrecht, zo ook binnen het personenschaderecht. Niettemin gaat dit in art. 6:101 BW geregelde leerstuk gebukt onder een zogeheten grabbelton-effect en loterij-karakter: op voorhand is moeilijk in te schatten welke omstandigheden een rol spelen bij de beoordeling van eigen schuld en evenzo wat vervolgens de uitkomst van de – aan de hand van de eenmaal relevant geachte omstandigheden – te maken afweging zal zijn. Vrij kort na de invoering van art. 6:101 BW in 1992 werd al geklaagd dat deze bepaling in de personenschadepraktijk ‘moeizame’ afwegingen vergt, voor de jurist ‘nauwelijks houvast’ biedt omdat toetsingscriteria ‘ontbreken of op zijn minst uiterst diffuus’ zijn, ‘te veel voor het incasseringsvermogen’ betreft en zelfs ‘niet toepasbaar’ is.¹⁾ In de loop der tijd is het beeld niet veel veranderd.²⁾ Nog altijd is in min of meer vergelijkbare casus sprake van niet of maar moeilijk te verklaren verschillen in de toepassing van art. 6:101 BW. Dat is met het oog op de rechtsgelijkheid, voorspelbaarheid en aanvaardbaarheid van eigen-schuld-beslissingen onwenselijk. Zeker wanneer wordt bedacht dat juist in gevallen van personenschade veel op het spel kan staan; zowel voor het slachtoffer als de betalende partij vertegenwoordigt een ‘korting’ op de schadevergoeding vanwege eigen schuld al gauw ‘serieus’ geld. Ik meen dan ook dat het hoog tijd is voor een verbeterslag in de praktische hanteerbaarheid van art. 6:101 BW in personenschadezaken. Van de Hoge Raad zal de helpende hand hoogstwaarschijnlijk niet komen, aangezien oordelen over eigen schuld zich grotendeels aan de beoordeling in cassatie onttrekken.³⁾ Dit terwijl de wetgever – de wetgeschiedenis van art. 6:101 BW beslaat slechts drie pagina’s – het vooral aan de praktijk heeft overgelaten om invulling aan het leerstuk eigen schuld te geven.⁴⁾ In mijn oratie heb ik daarom ‘de personenschadebranche’ (belangenbehartigers, advocaten, verzekeraars, feitenrechters) opgeroepen als het ware te komen tot een ‘spoorboekje’, waarin dossieroverstijgende ‘spelregels’ worden neergelegd over hoe met eigen schuld om te gaan.⁵⁾ Met mijn oratie hoop ik een startschot te hebben gegeven, waarbij ikzelf al een aantal mogelijke ‘spelregels’ ter toepassing van art. 6:101 BW heb voorgesteld.⁶⁾ In deze bijdrage werk ik alvast één specifieke ‘spelregel’ schriftelijk uit, geïnspireerd op de zogeheten ‘letselpiramide’ die in het verleden in het welbekende Smartengeldboek van de ANWB heeft gestaan. Aan de hand daarvan is in mijn ogen meer grip te krijgen op de factor ‘de ernst van het letsel’ in het kader van de in art. 6:101 BW genoemde billijkheid.

* Advocaat bij Kolder Vorsselman Advocaten te Groningen en bijzonder hoogleraar Personenschade aan de Rijksuniversiteit Groningen (RUG). Veel dank gaat uit naar mr. Machteld Donkerlo, redactiesecretaris van het Smartengeldboek en het tijdschrift Verkeersrecht; zij was bereid ‘de archieven’ van het Smartengeldboek in te duiken en mij van waardevolle informatie te voorzien over de (achtergrond en totstandkoming van de) zogeheten ‘letselpiramide’ met bijbehorende letselcategorieën, die in deze bijdrage centraal staan.

1. Vgl. de kritische bijdragen van F.B. Falkena, J. Spier en H.A. Bouwman in de LSA-bundel: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad. De verdeelsleutel zoals neergelegd in art. 6:101 BW*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 1, 16 en 27. Zie ook J.M. Barendrecht, *Eigen schuld: consistentie en verdelingsmaatstaven*, in: W. H. van Boom e.a. (red.), *Tussen ‘Alles’ en ‘Niets’. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 153, die het toepassen van art. 6:101 BW in een concreet geval ‘buitengewoon moeilijk’ acht.

2. Art. 6:101 BW: de billijkheid

In geval van eigen schuld – er is sprake van aan de benadeelde ‘toe te rekenen omstandigheden’ waarvan de schade mede het gevolg is – schrijft art. 6:101 BW een tweeledige verdelingsmaatstaf voor: er moet een afweging van de wederzijdse causaliteit gemaakt worden én er moet aan de billijkheid worden getoetst.⁷⁾ Bij de causale verdelingsmaatstaf gaat het om het wegen van het wederzijdse aandeel van de aansprakelijke en benadeelde partij in de schade; de mate van gevaarzetting over en weer.⁸⁾ Toetsing aan de billijkheid kan ertoe leiden dat een andere verdeling van de schade plaatsvindt dan conform de causaliteitsafweging. Voor de aan te leggen billijkheidstoets noemt art. 6:101 BW zelf als relevant ‘de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval’. Inmiddels is uit de recht-

spraak gebleken dat als relevante wegingsfactoren onder andere ook hebben te gelden de mate van verwijtbaarheid, de aard van de aansprakelijkheid, de aard en ernst van de schade, de rechtsverhouding tussen partijen en hun draagkracht c.q. verzekeringsposities.⁹⁾ In deze bijdrage zoom ik in op ‘de ernst van het letsel’ als specifieke factor die in het kader van de in art. 6:101 BW genoemde billijkheid relevant wordt geacht.¹⁰⁾ Heersende lijn in de rechtspraak is dat naarmate een slachtoffer van personenschade ernstiger wordt getroffen, minder gewicht wordt toegekend aan de hemzelf op basis van art. 6:101 BW toe te rekenen omstandigheden. Met andere woorden, in gevallen van ernstige personenschade laat de jurisprudentie veelvuldig zien dat toetsing aan de in art. 6:101 BW opgenomen billijkheid ten gunste van het slachtoffer strekt. Ter illustratie valt te wijzen op HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1953 (Vrij-

williger valt uit boom), waarin het slachtoffer zonder beschermende maatregelen in een boom klom maar de aansprakelijke partij had nagelaten voorzorgsmaatregelen te treffen. Door het ongeval liep het slachtoffer een dwarslaesie op, welke omstandigheid na een causale verdeling van 50/50% via toetsing aan de billijkheid leidde tot een verdeling van 25/75% in het voordeel van het slachtoffer.

Minder duidelijkheid bestaat echter over de vraag *wanneer* het letsel ernstig genoeg is om in het kader van de billijkheid gewicht in de schaal te leggen. Over een dwarslaesie valt in dit verband normaliter niet of nauwelijks te twisten. Maar is een verrekte knieband al voldoende ernstig¹¹⁾, of moet op zijn minst sprake zijn van een beenbreuk, of erger nog een amputatie? Regelmatig wordt in gerechtelijke uitspraken, zonder verwijzing naar of beschrijving van het concrete letsel, volstaan met een algemene pennestreek inhoudende dat 'de gevolgen van het ongeval voor de betrokkene (zeer) ernstig zijn', dat 'als omstandigheid meeweegt dat de betrokkene ernstig letsel heeft opgelopen' dan wel dat 'gelet op de persoonlijke omstandigheden' van het slachtoffer billijkheidshalve van de causale verdelingsmaatstaf wordt afgeweken.¹²⁾ En wat te denken van de casus in Rb. Den Haag 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12549 (Elektrische fietser), waarin een bestuurder van een elektrische fiets – die zelf een voorrangsfout maakte – letsel opliep en zich jegens de aansprakelijke automobilist wegens de ernst van het letsel vergeefs op de 'billijkheidscorrectie' van art. 6:101 BW beriep:

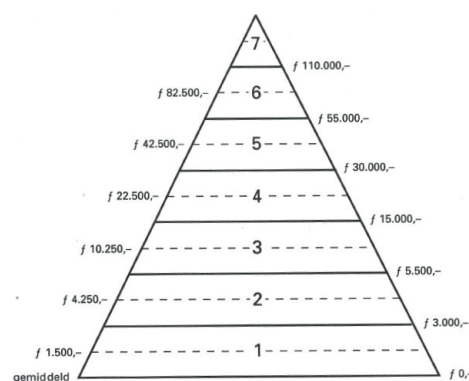
'De rechtbank stelt vast dat [verzoeker] door het ongeval nare verwondingen heeft opgelopen, dat hij nog altijd last ondervindt van een en ander en dat het verlies van zijn (volledige) zelfredzaamheid een groot gemis is. De rechtbank heeft hier oog voor, maar oordeelt dat de schade niet zodanig ernstig dat dit in het kader van de billijkheidscorrectie gevolgen voor de verdeling van de schade moet hebben.'

Uit de uitspraak blijkt dat de fietser na het ongeval door de ambulance naar het ziekenhuis werd gebracht, waar een fractuur van de linker knieschijf, een hoofdtrauma en (ernstige) bloedingstoringen over beide benen werden geconstateerd. Ook maakte het slachtoffer in het ziekenhuis een delier door en werd hij na drie weken ziekenhuisverblijf overgebracht naar een revalidatiecentrum, waar hij tot 3 maanden na het ongeval heeft verbleven. Sindsdien woont het slachtoffer weer thuis, maar heeft hij onder meer thuiszorg nodig en blijft hij klachten houden. Ga er maar aan staan: is het hier aan de orde zijnde, toch bepaald niet 'kinderachtige' letsel nu wel of niet 'voldoende ernstig'?

Evenmin bestaat duidelijkheid – als eenmaal wordt aangenomen dat het desbetreffende letsel 'voldoende ernstig' is – over de vraag *in welke mate* dan een bijstelling op grond van de billijkheid heeft plaats te vinden. De rechtspraak laat in personenschadezaken qua bijstellingen vanwege de billijkheid sterk uiteenlopende percentages zien, van 5% tot en met 50%.¹³⁾ In veel gevallen speelde de ernst van het letsel daarin een rol.¹⁴⁾ Het lastige is dat daarnaast geregeld ook nog andere wegingsfactoren relevant worden geacht, zodat het specifieke aandeel van 'de ernst van het letsel' in het uiteindelijk 'onder de streep' aangenomen percentage niet of nauwelijks valt te reconstrueren. Duidelijk is echter wel dat het beeld ook hier nog altijd grillig en onvoorspelbaar is, en dat soms sprake is van maar moeilijk te verklaren (of scherper: te rechtvaardigen) verschillen.¹⁵⁾ Te wijzen valt op Hof Arnheim-Leeuwarden 23 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3595 (Mishandeling) en Rb. Noord-Nederland 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3725 (Trekken aan handrem). In deze beide zaken ging het om ernstig hersenletsel, ontstaan bij een 30-jarige jongeman, als gevolg van een ernstig strafrechtelijk vergrijp. In de eerstgenoemde zaak leidde met het oog op die omstandigheden de billijkheidstoets tot een bijstelling van 25% ten opzichte van de causale verdeling, terwijl in de tweede, min of meer vergelijkbare zaak sprake was van een bijstelling op grond van de billijkheid van 'slechts' 10%.

3. Van 'letselpiramide' naar 'eigen-schuld-piramide'

In mijn ogen kan de aloude 'letselpiramide' uit het ANWB-Smartengeldboek ter inspiratie dienen om meer grip te krijgen op 'de ernst van het letsel' in relatie tot de billijkheidstoets van art. 6:101 BW. Deze letselpiramide verscheen in de 8e druk in 1982 voor het eerst in het Smartengeldboek en bleef daarin staan tot en met de 13e druk in 1997. De piramide was bedoeld als handvat ter bepaling van de hoogte van het smartengeld in personenschadezaken.¹⁶⁾ Hieronder is de letselpiramide uit 1997 afgebeeld.



- Vgl. A.L.M. Keirse, 'Rechterlijke werkzaamheid en het oordeel over eigen schuld', *AV&S* 2006/30, par. 2, die aangeeft dat men in relatie tot art. 6:101 BW nog deels 'in het duister' tast en het ongelukkig acht dat belangrijke eigenschuld-vraagstukken niet uitgekristalliseerd zijn. J.F. Roth en R.W. Smit, 'De toepassing van de billijkheidscorrectie in verkeerszaken', *L&S* 2013, afl. 4, p. 15 spreken van een beeld in de rechtspraak dat 'nogal diffuus is' en menen dat 'grote verschillen' tussen de beoordeelde kwesties 'lang niet altijd verklaard kunnen worden'.
- Eigen-schuld-oordelen zijn veelal nauw met feitelijkheden verweven en berusten mede op intuïtie, waardoor maar beperkte motiveringseisen gelden en de feitenrechter een grote mate van vrijheid heeft, getuige o.a. HR 4 mei 2001, *NJ* 2002/214 (Chan-a-Hung/Maalsté) en HR 5 december 1997, *NJ* 1998/400 (Said Hyati).
- Parl. gesch. Boek 6, p. 350-352.
- Op 20 mei 2022 uitgesproken bij aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar Personenschade aan de Rijksuniversiteit Groningen, met als titel: 'Eerlijk zullen we alles delen? Over personenschade en eigen schuld'. De leerstoel Personenschade is ingesteld vanwege de Vereniging van Letselschade Advocaten (LSA).
- De volledige schriftelijke uitwerking van de oratie volgt op later moment, naar verwachting in 2023 in het Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade (*TVP*) alsook in boekvorm via de RUG. Deze bijdrage betreft de uitwerking van (slechts) een onderdeel van de oratie.
- In de praktijk wordt hier wel van 'billijkheidscorrectie' gesproken, maar die term acht ik een ongelukkige, omdat daarmee ten onrechte de indruk gewekt wordt dat binnen art. 6:101 BW de causale verdeling en de billijkheid zich tot elkaar verhouden als 'hoofdregel' en 'uitzondering'. Toetsing aan de billijkheid binnen art. 6:101 BW betreft naast de causale verdeling namelijk een volwaardig tweede beoordelmoment. Mijns inziens is het zodoende zuiverder om te spreken van billijkheidstoets, welke term ik in deze bijdrage ook zal aanhouden. Let wel, de term billijkheidscorrectie zou m.i. nog wel kunnen blijven bestaan, maar ligt 'verder weg in de tijd'. Deze komt eventueel pas ná de billijkheidstoets in beeld, namelijk nadat die toets uitwijst dat een andere verdeling dan conform de causaliteitsafweging op zijn plaats is. Voor een nadere uitwerking verwijs ik naar de nog te verschijnen schriftelijke uitwerking van de gehele oratie.
- Vgl. A.L.M. Keirse en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013, p. 109.
- Keirse en Jongeneel 2013, p. 112-119.
- Zo werd in HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2026 geoordeeld dat 'het ernstige letsel dat [verweerder] bij de aanrijding heeft opgelopen een andere omstandigheid als bedoeld in art. 6:101 lid 1 BW oplevert.' Zie zo ook HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3751 en HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9070.
- Vgl. Rb. Gelderland 10 september 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4791, *VR* 2014/90, waarin dergelijk letsel na een verkeersongeval – naast de verzekeringssituaties van partijen – aanleiding was voor een bijstelling op grond van de billijkheid van 20%.

Er dient een slag te worden gemaakt van 'aantal' (letsels) naar 'aandeel' (eigen schuld).

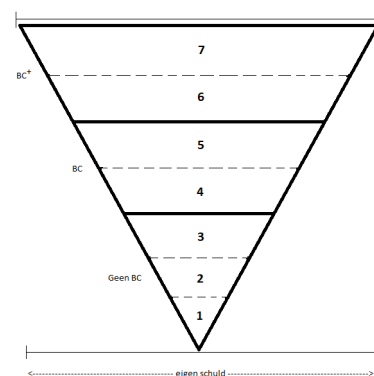
De werking van de letselpiramide was als volgt. De piramide kent 7 treden, die corresponderen met 7 letselcategorieën. Deze categorieën, eveneens opgenomen in het Smartengeldboek (sinds de 7e druk in 1979), lopen op van gering letsel (cat. 1) via licht letsel (cat. 2), matig letsel (cat. 3), ernstig letsel (cat. 4), zwaar letsel (cat. 5) en zeer zwaar letsel (cat. 6) naar uitzonderlijk zwaar letsel (cat. 7). De gedachte bij dit alles is: hoe ernstiger het letsel, hoe hoger de (met de desbetreffende letselcategorie corresponderende) plek die in de piramide wordt ingenomen, en hoe hoger het smartengeld.

Het 'handige' van de bij de letselpiramide behorende 7 letselcategorieën, gebaseerd op de gepubliceerde smartengeld-rechtspraak, is dat deze weliswaar in zekere zin op hoofdlijn maar niettemin behoorlijk concreet bepaalde letsels omschrijven en categoriseren én daarbij ook voorbeelden geven van veelvoorkomende letsels/aandoeningen. Zo wordt onder categorie 1 (gering letsel) geschaard 'enkelvoudig letsel' dat leidt tot pijn, het inroepen van geneeskundige hulp, eventueel een ziekenhuisopname en het gedurende 1 tot maximaal 13 weken niet meer kunnen uitvoeren van normale dagtaken. Als voorbeelden worden genoemd kneuzingen, schaaf- en vleeswonden, kleine botbreuken waarbij sprake is van algeheel herstel. Categorie 3 (matig letsel) ziet op gevallen van korte ziekenhuisopname, het langere tijd afhankelijk zijn van hulp, eventueel een operatieve ingreep, geen algeheel herstel, maar het oorspronkelijke beroep kan (eerst deels, later weer volledig) uitgeoefend blijven worden. Als voorbeeld worden genoemd gecompliceerde breuken, gescheurde kniebanden, amputatie van een deel van de vinger, een ontsierend litteken en blijvend nekletsel/whiplash. Een 'ernstige whiplash' valt in categorie 4 (ernstig letsel), waarbij onder meer sprake is van geruime tijd afhankelijkheid van hulp, medische behandeling van meer dan 1 jaar en een matige handicap op lichamelijk en/of geestelijk gebied. In dezelfde categorie vallen ook een schedelbasisfractuur, ernstige verbrijzelingsfracturen, een korte tijd bewusteloosheid of in coma en een belangrijke blijvende visusvermindering. Van zwaar letsel (categorie 5) is sprake ingeval van een langere periode van ziekenhuisopname, een lang genezingsproces, medische behandeling en revalidatie die enkele jaren vergt en de beroepsuitoefening is vaak niet meer mogelijk of niet meer volledig, en omscholing is aan de orde. Categorieën 6 (zeer zwaar letsel) en 7 (uitzonderlijk zwaar letsel) zien op gevallen waarin het persoonlijke en beroepsleven blijvend in negatieve zin is veranderd; levenslange medische begeleiding en controle, en blijvende ongeschiktheid voor betaalde arbeid en soms ook voor omscholing. Als voorbeelden worden genoemd het verlies van een lichaamsdeel,

een hoge dwarslaesie of anderszins blijvend op een rolstoel aangewezen zijn, ernstige brandwonden, blindheid aan beide ogen, de mogelijkheid tot communiceren is ernstig beperkt of verloren gegaan en ook het verblijven in een verpleegtehuis.

Uiteindelijk is in het Smartengeldboek na 1997, vanaf de 14e druk in 2000, niet aan de letselpiramide vastgehouden. De reden daarvoor was dat het niet evident werd geacht dat de lichte letsels zich daadwerkelijk vaker voordeden dan de zware letsels (en de top van de piramide dus smaller was dan de basis).¹⁷⁾ De 7 letselcategorieën bleven echter wel verschijnen, aanvankelijk nog met bijbehorende bedragen ter indicatie van het smartengeld. Vanaf de 18e druk in 2012 zijn ook de bedragen uit het Smartengeldboek verdwenen, en sindsdien resteren daarin alleen nog de 7 letselcategorieën. Doel hiervan is nog altijd het bieden van houvast ter bepaling van de ernst van het letsel, hetgeen vervolgens richting geeft bij de vaststelling van het smartengeld. De gehanteerde criteria en genoemde voorbeelden zijn niet uitputtend en dienen als leidraad om een indicatie van de ernst van het letsel te krijgen, zo valt steevast in het Smartengeldboek in de toelichting op de 7 letselcategorieën te lezen (zie bijvoorbeeld pagina 14-15 van de uitgave in 2023).

In mijn ogen kan als gezegd de letselschadepraktijk geïnspireerd op de aloude letselpiramide en 7 letselcategorieën meer grip verkrijgen op de billijkheidstoets van art. 6:101 BW als het aankomt op de wegingsfactor 'de ernst van het letsel'. De slag die daarbij gemaakt moet worden is die van 'aantal' naar 'aandeel': inderdaad niet langer de 'aantallen letsels' uitbeelden maar 'het aandeel eigen schuld'. En dan komt de 'eigen schuld-piramide' er als volgt uit te zien:



Onderaan is een horizontale lijn zichtbaar die de hoeveelheid 'eigen schuld' representeert die al of niet op grond van art. 6:101 BW aan het slachtoffer is tegen te werpen. De horizontale lijn bovenaan stelt hetzelfde voor. Ook deze piramide kent 7 treden, die corresponderen met de 7 letselcategorieën in het

12. Resp. Rb. Noord-Nederland 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3725 (Trekken aan handrem), VR 2021/52; Hof Den Bosch 6 april 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM0971 (Val notarisrisikantoor); Rb. Gelderland 8 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2835 (Aanrijding Koningsnacht).
13. Zie de rechtspraakanalyse in de periode 2008 t/m 2013 van J.F. Roth en R.W. Smit 2013, afl. 4, p. 5-16, en in aanvulling daarop de bijdrage van E.H. Breukers, L&S 2014, afl. 2, p. 47-66. Zie voorts de blog d.d. 10 december 2019 van P. van Huizen, 'De billijkheidscorrectie en de ernst van het letsel. 80 uitspraken onder de loep', naar aanleiding van een analyse van 80 op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken in de periode 2010-2019: <https://salvaschaderecht.nl/de-billijkheidscorrectie-en-de-ernst-van-het-letsel-80-uitspraken-onder-de-loep/>. Analyse door mijzelf van relevante eigenschuld-rechtspraak in de periode vanaf 2019 ligt in de (grillige) lijn hiervan.
14. Van Huizen spreekt in zijn hiervoor genoemde analyse van 77% van de gevallen.
15. Vgl. T. Hartlief, 'Ernstig letsel en eigen schuld: billijkheid of smartengeld?', NJB 2007/2165, die met betrekking tot art. 6:101 BW aangeeft dat 'iedere lijn in de rechtspraak' met betrekking tot de billijkheid en ernstig letsel ontbreekt.
16. Deze piramide en de letselklassenindeling werden bedacht door mr. Th. L. van der Veen, destijds advocaat te Zutphen.
17. Smartengeldboek ANWB, 14e druk 2000, p. 5.

Smartengeldboek. Hiervan uitgaande is mijns inziens een aantal 'spelregels' op het gebied van eigen schuld in personenschadezaken te formuleren.

3.1. *Bestaat aanleiding voor een 'billijkheidscorrectie'?*

Ten eerste 'spelregels' die zien op de vraag óf het letsel überhaupt aanleiding vormt voor een bijstelling op grond van de billijkheid. Denkbaar zou volgens mij kunnen zijn de regel dat van de letsels die vallen in de onderste 3 categorieën (gering, licht en matig letsel) aangenomen wordt dat deze samenkomen in een punt op de onderste horizontale lijn, als het ware als een druppel op een gloeiende plaat; die verdampt en geen effect heeft in het kader van de billijkheidstoets. Met andere woorden, is sprake van letsel in categorie 1 t/m 3, dan is een andere verdeling dan conform de causale afweging ex art. 6:101 BW op grond van de billijkheid *vanwege de ernst van het letsel* in beginsel niet aan de orde.¹⁸⁾ Of (te) kort gezegd: geen 'billijkheidscorrectie' (geen BC). De letsels die vallen in de categorieën 4 en 5 (ernstig en zwaar letsel) nemen wel rechtens relevante ruimte in; het aandeel daarvan laat op de horizontale 'eigen-schuld-lijn' geen ruimte voor het volledig aan het slachtoffer tegenwerpen van eigen schuld, hooguit bestaat daarvoor nog ruimte aan de flanken.¹⁹⁾ Anders gezegd, er vindt na toetsing aan de billijkheid een correctie (BC) plaats ten gunste van het slachtoffer. Naarmate het letsel in ernst toeneemt, 'verdringt' het aandeel daarvan de aan het slachtoffer tegen te werpen eigen schuld steeds meer. In de top van de eigen-schuldpiramide is vanwege de factor 'de ernst van het letsel' sprake van een 'billijkheidscorrectie plus' (BC+) ten gunste van het slachtoffer. Dit om aan te geven dat er billijkheidshalve in beginsel in een grotere mate een bijstelling op zijn plaats is dan in geval van de letselcategorieën 4 en 5. Aldus geldt: hoe ernstiger het letsel, hoe hoger in de piramide en hoe minder ruimte overblijft om gezien de billijkheidstoets van art. 6:101 BW eigen schuld aan te nemen.²⁰⁾ En zo is meer grip te verkrijgen op de vraag *wanneer* een bijstelling op grond van de in art. 6:101 BW bedoelde billijkheid aan de orde is vanwege 'de ernst van het letsel'. Namelijk in geval van letsels die thuishoren in de categorieën 4 t/m 7. En als het om categorie 6 en 7 gaat, is in beginsel een grotere bijstelling gepast dan bij categorie 4 en 5. Een dergelijke aanpak leidt ertoe dat de vraag óf bepaald letsel gewicht in de schaal legt in het kader van de billijkheid in mindere mate een 'open' vraag is; deze versmalt zich namelijk (grotendeels) tot de vraag tot welke letselcategorie het voorliggende geval behoort.

Een bevestiging van de idee dat het vorenstaande behulpzaam kan zijn op het terrein

van art. 6:101 BW is te vinden in Rb. Amsterdam 19 april 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AX7291, waarin na een verkeersongeval de causale verdeling ex art. 6:101 BW uitkwam op 50/50% en de rechter naging of aanleiding bestond voor een bijstelling op grond van de billijkheid vanwege het opgelopen letsel. De rechtbank overwoog onder verwijzing naar de letselpiramide en letselcategorieën uit het Smartengeldboek:

'Voorop gesteld wordt dat voor het minder gewicht toekennen van de aan het slachtoffer zelf toe te rekenen omstandigheden waardoor een ongeval is gebeurd in de regel meer aanleiding is naarmate het letsel ernstiger is. Zonder daarvoor een vaste rekenformule te ontwerpen of te hanteren zal voor de concrete toepassing van deze regel de in de letselchadepraktijk gemeengoed geworden piramide van letselcategorieën (...) een bruikbaar gezichtspunt kunnen zijn.'

En voorts:

'In die piramide valt het letsel van [eiser] onder te brengen in de categorie zeer zwaar letsel, nu sprake is van een blijvende verandering in negatieve zin van zijn persoonlijk leven en beroepsleven vanwege de ernstige storing in het geestelijk vermogen en de geestelijke stabiliteit. (...) Naar haar aard vraagt deze ernstige én blijvende letselchade, die [eiser] bovendien op nog zo jonge leeftijd heeft getroffen, billijkheidshalve om een hoog vergoedingsniveau.'

Vervolgens ging de rechtbank over tot een bijstelling op grond van de billijkheid van 25%, hetgeen leidde tot een 75%-vergoedingsplicht van de aansprakelijke partij.

Laten we ter illustratie van de werking van de 'eigen-schuld-piramide' nog een aantal gerechtelijke uitspraken bezien. Allereerst de zaak uit 1916 over een ongeval op een onbewaakte spoorwegovergang, waarin de Hoge Raad voor het eerst aanvaardde dat in geval van eigen schuld de schade over partijen verdeeld moet worden.²¹⁾ Het ging in deze kwestie om een voetganger die na een aanrijding met een trein een arm verloor. Uitkomst van de zaak was een schadeloos op basis van 50/50%, nu enerzijds de spoorwegaansprakelijkheid had nagelaten te waarschuwen of de weg af te sluiten, terwijl anderzijds het slachtoffer zonder uit te kijken het spoor was overgestoken. Gaan we af op de eigen-schuld-piramide, dan is sprake van letsel in categorie 6 (zeer zwaar letsel). En dan is vanwege 'de ernst van het letsel' in beginsel een bijstelling op grond van de billijkheid op zijn plaats. Dat maakt duidelijk dat de uitkomst zoals die was in 1916, uitgaande van een cau-

Na toetsing aan de billijkheid vindt een correctie plaats ten gunste van het slachtoffer.

18. 'In beginsel', omdat er altijd krasse gevallen kunnen voorkomen die een uitzondering op de (spel)regel rechtvaardigen. Degene die zich hierop beroept, zal een dergelijk beroep uiteraard deugdelijk hebben te onderbouwen.

19. Namelijk indien denkbeeldig de vetgedrukte lijn onder categorie 4 of boven categorie 5 ofwel de onderbroken lijn in het midden van deze categorieën, op de horizontale eigen-schuld-lijn onderaan (of bovenaan) wordt gelegd. Of trek denkbeeldig vanaf de uiteindes van de lijnen betreffende categorie 4 en 5 lijnen loodrecht naar beneden richting de horizontale eigen-schuld-lijn onderaan (of bovenaan). Alleen 'aan de flanken' is op deze eigen-schuld-lijn dan nog ruimte voor eigen schuld.

20. Let wel, 'de ernst van het letsel' betreft slechts één wegingsfactor in het kader van de billijkheidstoets van art. 6:101 BW; beslissend blijft telkens het 'totaalplaatje', waaronder dus ook nog andere eventueel relevante omstandigheden zoals de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten, de rechtsverhouding tussen partijen, de mate van verwijtbaarheid, et cetera. In een voorliggende zaak bepalen dus al deze gezichtspunten – die niet in dezelfde richting hoeven te wijzen – in hun onderlinge samenhang de uitkomst van de billijkheidstoets, en dus of een bijstelling van de causale verdeling op zijn plaats is.

21. HR 4 februari 1916, NJ 1916/450 (Hollandsche IJzeren Spoorwegmaatschappij/Morré). Dit arrest betekende een ommekeer, omdat voorheen het 'alles-of-niets-principe' gold op basis waarvan eigen schuld leidde tot een algeheel verval van aansprakelijkheid. Zie nader hierover A.L.M. Keirse, *Schadebeperringsplicht: Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, diss. Groningen: Kluwer 2003, p. 28.

Uiteindelijke percentage eigen schuld van het slachtoffer vastgesteld in relatie tot de aansprakelijke persoon.

sale verdeling van 50/50% en het ontbreken van een bijstelling op grond van de billijkheid, vandaag de dag niet (meer) passend voorkomt. Kijken we vervolgens nog naar de in deze bijdrage al eerder genoemde zaak die handelde over de val van een vrijwilliger uit een boom (dwarslaesie)²²⁾, dan is sprake van letsel dat thuishoort in categorie 6 of 7. Een billijkheidshalve bijstelling vanwege de ernst van het letsel – in dit geval volgens de rechter 25% – komt dan niet vreemd voor. Het letsel in de zaak waarin tijdens het rijden onverwachts aan de handrem werd getrokken (ernstig hersenletsel)²³⁾ valt eveneens in categorie 6 of 7. Een billijkheidshalve bijstelling is zodoende ook hier op zijn plaats. Wel rijst de vraag of een bijstelling van 10% in deze zaak terwijl óók nog sprake was van twee andere ten gunste van het slachtoffer strekkende wegingsfactoren (jonge leeftijd en mate van verwijtbaarheid tijdens de aansprakelijke)²⁴⁾ En dan de al genoemde zaak waarin sprake was van letsel bestaande uit een verrekte knieband na een verkeersongeval,²⁵⁾ en waarin dergelijk letsel – naast de verzekeringsposities van partijen – aanleiding vormde voor een ‘billijkheids-correctie’ van 20%. Afgaande op de eigen-schuld-piramide is een bijstelling op grond van de billijkheid in beginsel niet aan de orde, nu bedoeld letsel hooguit in categorie 3 valt.

Overigens voorzie ik bij de door mij voorgestelde categorie-benadering in bepaalde gevallen ook een rol voor de medisch adviseurs van partijen, en in geval van blijvende discussie eveneens voor de onafhankelijke medische expertise – die in menig letselschadezaak ‘sowieso’ wordt ingewonnen en waarvan ‘de categorie-vraag’ dan onderdeel kan gaan uitmaken. Denk bijvoorbeeld aan de al eerder genoemde zaak waarin een bestuurder van een elektrische fiets bij een aanrijding met een auto ‘serieus’ letsel opliep²⁶⁾: in mijn ogen zou in die zaak medische voorlichting specifiek over de vraag ‘waar dit letsel thuishoort’ geen overbodige luxe zijn geweest. In ieder geval komt het mij voor dat aan de hand van (een discussie over) een categorie-indeling objectiever is te bepalen óf bepaald letsel al dan niet voldoende gewicht in de schaal legt bij de billijkheidstoets van art. 6:101 BW.

3.2. Wat is de omvang van de ‘billijkheidscorrectie’?

Tot zover een poging meer grip te krijgen op de vraag óf in een voorkomend geval vanwege de ernst van het letsel überhaupt ruimte bestaat voor een bijstelling op grond van de billijkheid als bedoeld in art. 6:101 BW. Onbeantwoord is daarmee nog de vraag van welke omvang een eventuele bijstelling vervolgens dan behoort te zijn. Ook dienaangaande is mijns inziens meer houvast te cre-

eren aan de hand van de ‘eigen-schuld-piramide’. Zo zou als ‘spelregel’ bijvoorbeeld aangenomen kunnen worden dat als gezegd in categorie 1 t/m 3 geen ruimte bestaat voor een bijstelling op grond van de billijkheid wegens de ernst van het letsel, maar dat in categorie 4 en 5 ruimte is voor een bijstelling binnen de bandbreedte van minimaal 5% en maximaal 15% en in categorie 6 en 7 binnen een bandbreedte van minstens 15% en ten hoogste 30%.²⁷⁾ Desgewenst zou verdere verfijning nog mogelijk zijn, bijvoorbeeld door voor verschillende veelvoorkomende gevalstypen (verkeersongevallen, geweldsmisdrijven, sportongevallen, etc.) qua percentages een ‘eigen’ bandbreedte te schetsen, zo nodig nog vergezeld van indicatoren die aangeven of een billijkheidshalve bijstelling conform het midden of juist de onder- of bovenkant van die bandbreedte passend is. Een andere, ‘strakkere’ insteek zou kunnen zijn om te komen tot een richtsnoer dat uitgaat van bijvoorbeeld een billijkheidshalve bijstelling die oploopt vanaf categorie 4 naar categorie 7, met een omvang van respectievelijk bijvoorbeeld 10%, 15%, 20% en 25%. Ook hier gaat het mij nu (nog) niet zozeer om de exacte percentages, maar veeleer om de illustratie van het voordeel van een dergelijke benadering: wanneer eenmaal is bepaald tot welke categorie een bepaalde zaak behoort, is daarmee (direct/automatisch) de bijstelling gegeven op grond van de billijkheid als het gaat over ‘de ernst van het letsel’.

Let wel, het lastige bij een dergelijke vorm van standaardiseren is dat het uiteindelijke percentage eigen schuld van het slachtoffer (dus na afweging van de wederzijdse causaliteit én toetsing aan de billijkheid) altijd *in relatie tot* de ander, de aansprakelijke, moet worden vastgesteld; het gaat nadrukkelijk om relatieve waarden, zowel bij de causale verdeling als in het kader van de billijkheid.²⁸⁾ Dat maakt het moeilijk op voorhand c.q. met ‘absolute’ percentages te werken. Hiernaast geldt als gezegd dat bij de billijkheidstoets naast ‘de ernst van het letsel’ ook nog aan andere wegingsfactoren betekenis kan toekomen.²⁹⁾ Niettemin meen ik dat, geïnspireerd op de aloude letselpiramide uit het Smartengeldboek, een zekere standaardisering van bijstellingen op grond van de billijkheid wegens de ernst van het letsel in de praktijk een nuttige rol kan vervullen. Ook als er niet voor gekozen zou worden om met vooraf bepaalde bandbreedtes of percentages te werken, kan de eigen-schuld-piramide namelijk houvast bieden bij de gedachtebepaling over de vraag of een bepaalde bijstelling vanwege ‘de ernst van het letsel’ op grond van de billijkheid wel of niet passend voorkomt. Ik verwijs – weliswaar over de hoogte van het smartengeld en niet over eigen schuld – naar de annotatie van H.A. Bouman onder Rb. Maastricht 22 mei 1980, VR 1981/73, waarin hij over het door de recht-

22. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1953 (Vrijwilliger valt uit boom).

23. Rb. Noord-Nederland 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3725 (Trekken aan handrem), VR 2021/52.

24. Zie nader daarover paragraaf 3.2 van deze bijdrage.

25. Rb. Gelderland 10 september 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4791 (Verrekte knieband), VR 2014/90.

26. Rb. Den Haag 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:12549 (Elektrische fiets).

27. Gebaseerd op de percentages die blijken uit de rechtspraakanalyses genoemd in voetnoot 13.

28. Keirse 2003, p. 239.

29. Soms echter speelt na de vaststelling van de wederzijdse causaliteit in het kader van de billijkheidstoets geen andere wegingsfactor dan ‘de ernst van het letsel’, zoals het geval was in HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1953 (Vrijwilliger valt uit boom). Is sprake van ernstig letsel maar óók nog van andere relevante wegingsfactoren, dan kan de ‘totaalbeoordeling’ ertoe leiden dat (toch) geen aanleiding is voor een bijstelling op grond van de billijkheid. Vgl. Rb. Noord-Nederland 30 november 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:5388 (Auto-ongeluk), VR 2019/190, waarin ondanks zwaar lichamelijk letsel en een comateuze toestand (toch) geen ‘billijkheids-correctie’ plaatsvond vanwege de zeer forse overschrijding van de snelheidslimiet door de benadeelde zelf.

bank toegekende smartengeld onder verwijzing naar de letselcategorieën in het Smartengeldboek kritisch opmerkt:

‘De smartengeldwaardering lijkt in het licht van hetgeen de rechtbank overweegt omtrent letsels, operaties, genezingsduur en prognose wat aan de magere kant, zeker getoetst aan de letselklassenindeling van Van der Veen in VR 1979, p. 122 e.v.’

In dit verband breng ik in herinnering de al eerder genoemde *Handrem*-zaak, waarin sprake was van ernstig hersenletsel bij een 30-jarige man te wijten aan een ernstig strafrechtelijk vergrijp. Aldus ging het om letsel in categorie 6 of 7 in combinatie met een jonge leeftijd en ernstige verwijtbaarheid van de aansprakelijke partij. Een billijkheidshalve bijstelling van in totaal 10% lijkt dan – in de woorden van annotator Bouman – ‘wat aan de magere kant’. Zeker afgezet tegen de uitkomst – een billijkheidshalve bijstelling van 25% – in de eveneens al eerder genoemde, min of meer vergelijkbare zaak over een mishandeling die tot ernstig hersenletsel bij een 30-jarige man leidde.³⁰⁾

4. Afronding en conclusie

Al sinds jaar en dag wordt geklaagd over het ontbreken van (duidelijke) lijnen in de rechtspraak als het gaat over de toepassing van art. 6:101 BW. In zekere zin is dat inherent aan dit leerstuk, omdat eigen-schuld-oordelen nu eenmaal een hoog casuïstisch gehalte hebben en daarbij mede een rol voor intuïtieve inzichten is weggelegd. Hoewel het in voorkomende gevallen telkens zal (moeten) blijven gaan om een sterk feitelijke beoordeling en casuïstische afwegingen, moet het mijns inziens echter toch mogelijk zijn op het speelveld van art. 6:101 BW meer rechtszekerheid, consistentie en voorspelbaarheid te creëren. Daarmee kunnen wellicht ook de nodige procedures over eigen schuld worden voorkomen en valt de schaderegeling te versoepelen. In deze bijdrage heb ik daarom, geïnspireerd op de aloude letselpiramide uit het ANWB-Smartengeldboek met bijbehorende letselcategorieën, een aantal dossieroverstijgende ‘spelregels’ inzake ‘de ernst van het letsel’ en de billijkheidstoets van art. 6:101 BW proberen te schetsen. Daarmee is in plaats van een (volledig) ‘open’ vraagstuk, (het zwaartepunt van) de discussie te versmallen tot een categorie-indeling. Zodoende is in mijn optiek in concrete gevallen objectiever te bepalen of bepaald letsel ernstig genoeg is voor een billijkheidshalve bijstelling, en zo ja, evenzo wat qua *omvang* daarvan dan passend is.

Met dit artikel hoop ik een bijdrage te hebben geleverd aan de ontwikkeling van (meer)

‘spelregels’ ter toepassing van art. 6:101 BW in het personenschaderecht. Ik breng daarbij in herinnering de oproep van Spier aan de branche, reeds in 1997, al vlot na de invoering van art. 6:101 BW en inmiddels meer dan 25 jaar geleden, om bijvoorbeeld te komen tot ‘standaardpercentages’ die kunnen dienen als richtsnoer voor de afwikkeling van zaken.³¹⁾ Het wordt, gelet op het nog altijd weerbarstige karakter van art. 6:101 BW, nu dus wel een keer tijd voor een dossieroverstijgend initiatief. Wellicht is hier naast de doctrine ook een taak weggelegd voor De Letselschade Raad³²⁾, terwijl eveneens denkbaar is dat vanuit de rechterlijke macht het voortouw wordt genomen.³³⁾ Laat deze bijdrage dus vooral ook een uitnodiging zijn om de handschoen verder op te pakken om tot ‘strakke(re)’ spelregels voor de letselschadepraktijk te komen. Diezelfde praktijk heeft namelijk al ruim 25 jaar laten zien dat werken op dossierniveau aan de hand van een (volstrekt) ‘open’ beoordelingskader ex art. 6:101 BW in ieder geval niet zaligmakend is.

Meer ‘spelregels’ ter toepassing van art. 6:101 BW in het personenschaderecht.

30. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3595 (Mishandeling).

31. Bijdrage J. Spier in de al eerder genoemde LSA-bundel 1997, p. 22-23.

32. Vgl. de reeds bestaande diverse ‘Letselschade Richtlijnen’ van De Letselschade Raad (o.a. inzake huishoudelijke hulp, zelfwerkzaamheid en studievertraging), naar eigen zeggen bedoeld om bij te dragen aan duidelijkheid, voorspelbaarheid en transparantie bij de schaderegeling en om onnodige discussie te voorkomen en de schaderegeling te versoepelen. Zie nader: <https://deletselschaderaad.nl/richtlijnen/>.

33. Vgl. de ‘Aanbevelingen rekenrente in personenschadezaken’ van maart 2022, uit de koker van de landelijke Expertgroep Personenschade, naar eigen zeggen bedoeld om in alle letselschadezaken ter vaststelling van de rekenrente tot uitgangspunt te strekken en waarvan in bijzondere gevallen kan worden afgeweken. Zie nader: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/aanbevelingen-rekenrente.pdf>.