

# Smartengeld – wat zijn we eigenlijk aan het doen? Naar een juridische en psychologische evaluatie

*Prof. mr C.J.J.M. Stolker en dr F.H. Poletiek<sup>1</sup>*

## 1 De man die dacht een paard in zijn buik te hebben

Er was eens een man die dacht dat hij een paard in zijn buik had. De huisarts had hem al eens bekeken en meende dat het paard veeleer tussen de oren dan in de buik zat. Maar de man hield vol en op advies van een psycholoog en een psychiater werd hij aan een *fake*-operatie onderworpen. Buiten de ‘operatiekamer’ werd een paard neergezet. En toen de man weer bijkwam, zei de huisarts hem: “U had gelijk: u had een paard in uw buik – kijk, daar staat-ie!”. Waarop de man naar buiten keek en antwoordde: “het was geen bruin paard. Het was een zwart paard.”

De psyche van de mens is moeilijk toegankelijk. Psychisch letsel, smart en verdriet zijn moeilijk te doorgronden en vast te stellen, laat staan te begroten. Wij concentreren ons hier op smartengeld: de vergoeding van leed.

## 2 Waarom smartengeld?

Waarom kennen wij smartengeld? Vergoeding van leed in geld lijkt immers principieel onmogelijk. Het gaat om verschillende grootheden – smart en geld – die niet tegen elkaar kunnen worden ingeruild. Verdriet kan uit zijn aard slechts worden gecompenseerd door vreugde. Maar die vreugde kan middels geld worden gevonden. Van Agt, minister van Justitie ten tijde van de totstandkoming van het nieuwe BW, zei het zo:

1 Carel Stolker is hoogleraar-directeur van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de RU Leiden. Fenna Poletiek is KNAW-fellow; zij is verbonden aan de Sectie Functioneel en Theoretische Psychologie, verbonden aan de RU Leiden. Wij danken M. van Oostrum, student-stagiair aan de Faculteit Sociale Wetenschappen van de RU Leiden voor de verwerving en verwerking van de gegevens van het beschreven onderzoek. Wij danken mr. R. de Winter, destijds studente aan de Juridische Faculteit van de RUL voor de adviezen bij het opstellen van de vragenlijsten. Wij zijn voorts veel dank verschuldigd aan mr R.J.M. Tjink van het letselschade-expertisebureau Europrotector, enerzijds voor het meedenken met dit pilot-onderzoek en anderzijds voor het (met toestemming van betrokkenen) beschikbaar stellen van slachtoffergegevens.

Het ware zo veel beter indien in het verkeer tussen de mensen toegebracht leed kon worden goedgeemaakt door het aandragen van vreugde. Aangezien dat echter in veel, zo niet de meeste gevallen niet kan, vallen wij terug op het substitueert van de materiële schadeloosstelling. Hieraan is wellicht nog deze justificatie te geven. Die materiële schadeloosstelling is de enige methode om de gelaedeerde – die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen.<sup>2</sup>

Zo kan iemand die lange tijd in het ziekenhuis heeft moeten liggen, in staat worden gesteld enige tijd op vakantie te gaan; kan de amateurpianist die in het vervolg enige vingers moet missen, financieel geholpen worden een nieuwe hobby te beginnen; en zal wie verder als ernstig invalide door het leven moet, wellicht een aangepast zwembad laten graven achter zijn huis om op die manier nog wat vreugde aan zijn bestaan toe te voegen.<sup>3</sup> Deze *compensatiefunctie* wordt doorgaans als grondslag bij uitstek van vergoeding van immateriële schade gezien.<sup>4</sup>

Daar komt nog iets bij. Wie het slachtoffer is geworden van het onzorgvuldig handelen van een ander, kan het als onverteerbaar ervaren dat de dader kan volstaan met het vergoeden van louter de materiële schade: de medische kosten, de gederfde en nog te derven inkomsten, de zaakschade. Alsof diens onrechtmatige gedrag geen andere gevolgen kent dan puur financiële. Voor vele slachtoffers, zo denken we althans, behoort de dader te *weten* wat hij, naast de materiële schade, heeft aangericht. Meer nog: hij moet dat *voelen*. En omdat binnen het civiele recht nu eenmaal niet veel meer mogelijk is dan het toekennen van een financiële vergoeding, móet de ellende die het slachtoffer doormaakte en nog doormaakt wel in geld worden uitgedrukt. Hoe gebrekkig ook en hoezeer dat principieel ook onmogelijk lijkt. Wij spreken dan van de *genoegdoeningsfunctie* als grondslag van smartengeld.

Er worden nog andere functies van smartengeld genoemd. Zo is er *de preventieve functie* ('deterrence'). Laat de dader betalen voor de schade die hij aanricht; een volgende keer past hij wel beter op! Deze preventie-of afschrikkingsfunctie is enigszins omstreden.<sup>5</sup>

2 A.A.M. van Agt, *Parl. Gesch. Boek 6*, blz. 385.

3 Vgl. Hof Amsterdam 8 juni 1973 en 1 februari 1974, VR 1975, resp. 60 en 61.

4 Uitvoeriger R. Overeem, *Smartengeld*, 1979, blz. 26 e.v. Zie voor een interessante, rechtsvergelijkende, weergave van wat voor de oorlog als de grondslag van vergoeding van immateriële schade werd gezien: J.J.A.F. Greebe, *Enige rechtsvergelijkende beschouwingen over de vergoeding van onstoffelijke schade bij niet-nakoming van overeenkomsten en bij onrechtmatige daad*, diss. UvA 1935, blz. 31 e.v.

5 Zie t.a.v. demonstranten bijv. A. Rutten-Roos, NJB 1986, blz. 305 e.v. Daartegenover J.H. Nieuwenhuis, RMTH 1985, blz. 245 e.v. en G.J. Balkestein, NJB 1986, blz. 925.

Ten slotte hoort men in advocatenkringen nog wel dat slachtoffers het op hoge prijs stellen dat er eindelijk iemand is ‘die voor ze gaat’; die zich hun lot werkelijk aantrekt. Deze functie zou men de *therapeutische functie* van smartengeld kunnen noemen. Het gaat dan niet zozeer om het resultaat (een bedrag dat is bij te schrijven op de bankrekening), maar om het ‘proces’.

### **3 Onzekerheid troef**

*Of* het allemaal zo werkt, weten we eigenlijk niet. Het is waarschijnlijk dat elk van deze functies – nu eens meer, dan weer minder – wel een rol zal spelen. Eigenlijk weten we heel weinig van smartengeld. Niet alleen weten we niet goed wat het met slachtoffers en met daders doet (al kunnen we daar wel een gooi naar doen; zie hierboven), we weten ook niet goed of, en zo ja hoe, we smartengeld betrouwbaar kunnen vaststellen. Is er geen lichamelijke maar enkel geestelijke schade, dan moet worden bepaald of er ook werkelijk een ernstig geestelijk letsel bestaat. Het ‘enkele’ verdriet of de ‘enkele’ onlustgevoelens (onbehagen) zijn niet voldoende; het moet om meer gaan. Maar hoe stelt men dat ‘meer’ vast?

Voorts kunnen onder het kopje ‘overige aantastingen in de persoon’ ook nog andere schendingen worden gebracht, zoals de schending van iemands privacy. Voorwaarde is dan wel dat de schending ernstig is. Kennelijk dient men hier vooral naar de gedraging te kijken. Maar het ligt voor de hand dat ook hier de hoeveelheid smart een bepaald niveau moet hebben. En hoe stelt men dat vast?

Er zijn meer problemen: hoe maakt men uit of smart waarvoor vergoeding wordt gevraagd voortvloeit uit eigen letsel of uit het letsel of de dood van een ander?<sup>6</sup> Voor deskundigen die mogelijk te hulp worden geroepen, biedt die vraag een enorme causaliteitskluis.

### **4 Hoe wordt de omvang bepaald?**

Artikel 6:106 biedt niet veel meer houvast dan dat de vaststelling van het smartengeld ‘naar billijkheid’ dient te geschieden. De wetgever realiseerde zich heel goed dat ideële schade nimmer geheel bewijsbaar zal zijn. De rechter zal daarom veelal, op voet van artikel 6:97, moeten schatten. De Hoge Raad geeft de rechter daartoe de ruimte. In het bekende aidsarrest overweegt het college:

6 Vergelijk de uitspraak van de Rb. Assen, 14 juni 1994, VR 1996, 123.

Het ware zo veel beter indien in het verkeer tussen de mensen toegebracht leed kon worden goedgeemaakt door het aandragen van vreugde. Aangezien dat echter in veel, zo niet de meeste gevallen niet kan, vallen wij terug op het substituuut van de materiële schadeloosstelling. Hieraan is wellicht nog deze justificatie te geven. Die materiële schadeloosstelling is de enige methode om de gelaedeerde – die men rechtstreeks geen vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden door wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen.<sup>2</sup>

Zo kan iemand die lange tijd in het ziekenhuis heeft moeten liggen, in staat worden gesteld enige tijd op vakantie te gaan; kan de amateurpianist die in het vervolg enige vingers moet missen, financieel geholpen worden een nieuwe hobby te beginnen; en zal wie verder als ernstig invalide door het leven moet, wellicht een aangepast zwembad laten graven achter zijn huis om op die manier nog wat vreugde aan zijn bestaan toe te voegen.<sup>3</sup> Deze *compensatiefunctie* wordt doorgaans als grondslag bij uitstek van vergoeding van immateriële schade gezien.<sup>4</sup>

Daar komt nog iets bij. Wie het slachtoffer is geworden van het onzorgvuldig handelen van een ander, kan het als onverteerbaar ervaren dat de dader kan volstaan met het vergoeden van louter de materiële schade: de medische kosten, de gederfde en nog te derven inkomsten, de zaakschade. Alsof diens onrechtmatige gedrag geen andere gevolgen kent dan puur financiële. Voor vele slachtoffers, zo denken we althans, behoort de dader te *weten* wat hij, naast de materiële schade, heeft aangericht. Meer nog: hij moet dat *voelen*. En omdat binnen het civiele recht nu eenmaal niet veel meer mogelijk is dan het toekennen van een financiële vergoeding, móet de ellende die het slachtoffer doormaakte en nog doormaakt wel in geld worden uitgedrukt. Hoe gebrekkig ook en hoezeer dat principieel ook onmogelijk lijkt. Wij spreken dan van de *genoegdoeningsfunctie* als grondslag van smartengeld.

Er worden nog andere functies van smartengeld genoemd. Zo is er *de preventieve functie* ('deterrence'). Laat de dader betalen voor de schade die hij aanricht; een volgende keer past hij wel beter op! Deze preventie-of afschrikkingsfunctie is enigszins omstreden.<sup>5</sup>

2 A.A.M. van Agt, *Parl. Gesch. Boek 6*, blz. 385.

3 Vgl. Hof Amsterdam 8 juni 1973 en 1 februari 1974, VR 1975, resp. 60 en 61.

4 Uitvoeriger R. Overeem, *Smartengeld*, 1979, blz. 26 e.v. Zie voor een interessante, rechtsvergelijkende, weergave van wat voor de oorlog als de grondslag van vergoeding van immateriële schade werd gezien: J.J.A.F. Greebe, *Enige rechtsvergelijkende beschouwingen over de vergoeding van onstoffelijke schade bij niet-nakoming van overeenkomsten en bij onrechtmatige daad*, diss. UvA 1935, blz. 31 e.v.

5 Zie t.a.v. demonstranten bijv. A. Rutten-Roos, NJB 1986, blz. 305 e.v. Daartegenover J.H. Nieuwenhuis, RMTH 1985, blz. 245 e.v. en G.J. Balkestein, NJB 1986, blz. 925.

Ten slotte hoort men in advocatenkringen nog wel dat slachtoffers het op hoge prijs stellen dat er eindelijk iemand is ‘die voor ze gaat’; die zich hun lot werkelijk aantrekt. Deze functie zou men de *therapeutische functie* van smartengeld kunnen noemen. Het gaat dan niet zozeer om het resultaat (een bedrag dat is bij te schrijven op de bankrekening), maar om het ‘proces’.

### 3 Onzekerheid troef

*Of* het allemaal zo werkt, weten we eigenlijk niet. Het is waarschijnlijk dat elk van deze functies – nu eens meer, dan weer minder – wel een rol zal spelen. Eigenlijk weten we heel weinig van smartengeld. Niet alleen weten we niet goed wat het met slachtoffers en met daders doet (al kunnen we daar wel een gooi naar doen; zie hierboven), we weten ook niet goed of, en zo ja hoe, we smartengeld betrouwbaar kunnen vaststellen. Is er geen lichamelijke maar enkel geestelijke schade, dan moet worden bepaald of er ook werkelijk een ernstig geestelijk letsel bestaat. Het ‘enkele’ verdriet of de ‘enkele’ onlustgevoelens (onbehagen) zijn niet voldoende; het moet om meer gaan. Maar hoe stelt men dat ‘meer’ vast?

Voorts kunnen onder het kopje ‘overige aantastingen in de persoon’ ook nog andere schendingen worden gebracht, zoals de schending van iemands privacy. Voorwaarde is dan wel dat de schending ernstig is. Kennelijk dient men hier vooral naar de gedraging te kijken. Maar het ligt voor de hand dat ook hier de hoeveelheid smart een bepaald niveau moet hebben. En hoe stelt men dat vast?

Er zijn meer problemen: hoe maakt men uit of smart waarvoor vergoeding wordt gevraagd voortvloeit uit eigen letsel of uit het letsel of de dood van een ander?<sup>6</sup> Voor deskundigen die mogelijk te hulp worden geroepen, biedt die vraag een enorme causaliteitskluit.

### 4 Hoe wordt de omvang bepaald?

Artikel 6:106 biedt niet veel meer houvast dan dat de vaststelling van het smartengeld ‘naar billijkheid’ dient te geschieden. De wetgever realiseerde zich heel goed dat ideële schade nimmer geheel bewijsbaar zal zijn. De rechter zal daarom veelal, op voet van artikel 6:97, moeten schatten. De Hoge Raad geeft de rechter daartoe de ruimte. In het bekende aidsarrest overweegt het college:

6 Vergelijk de uitspraak van de Rb. Assen, 14 juni 1994, VR 1996, 123.

De begroting is sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op haar juistheid worden getoetst, terwijl de rechter daarbij ook niet gebonden is aan de gewone regels omtrent stelplicht en bewijslast (...).<sup>7</sup>

Het slachtoffer zal natuurlijk wel gegevens moeten bijbrengen over de geleden en te lijden ideële schade. En daarin blijken advocaten zeer creatief te zijn. Wij komen daarop zo terug. De Hoge Raad heeft een vingerwijzing gegeven; want in hetzelfde arrest overweegt het:

Hierbij moet in een geval als het onderhavige met name worden gedacht aan enerzijds de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds aan de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg zijn van de gebeurtenis (...).<sup>8</sup>

De aard (grond) van de aansprakelijkheid zal veelal wel duidelijk zijn: zo kan het grofweg gaan om een schuld- of een risicoaansprakelijkheid. De tweede vingerwijzing – waarin het leed van het slachtoffer centraal staat – is al veel lastiger te volgen. De rechter wordt gevraagd een oordeel uit te spreken over, in elk geval ten dele, hoogst persoonlijke gevoelens en emoties van het slachtoffer (aard en intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde).

Ideële schade is nimmer volledig bewijsbaar. De rechter moet veelal maar schatten (*ex aequo et bono*; art. 6:97 BW). Wel zal het slachtoffer gegevens moeten bijbrengen waaruit de mate van het leed valt op te maken. Is het slachtoffer daarin onvoldoende actief, dan loopt hij het risico daarvoor gestraft te worden.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat het slachtoffer de rechter (of de verzekeraar van gedaagde) bestookt met omstandigheden en factoren die aard en intensiteit van het leed moeten verduidelijken en aannemelijk maken. In de losbladige *Schadevergoeding*<sup>9</sup> vindt men een lange lijst van mogelijk relevante factoren (zo men wil gezichtspunten). Die zijn in te delen naar factoren die spelen aan de kant van het slachtoffer, en naar factoren die iets zeggen over de daad en de dader.

7 HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714; aidsbesmetting (onze curs.). De Hoge Raad blijkt veelal terughoudend het werk van de feitenrechter 'over te doen': vergelijk bijvoorbeeld HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366; Ontvanger/Bos. Zie daarover, en over het recente arrest HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662; Kip en Sloetjes/Rabo dat een wat andere koers lijkt te laten zien, S.D. Lindenberg, NJB 1998, blz. 351 e.v.

8 Onze cursivering.

9 Schadevergoeding (Deurvorst), art. 107, aant. 60.

Aan de zijde van het *slachtoffer* komt men dit rijtje tegen:

1. type oorzaak (letsel, seksueel misbruik, arbeidsconflicten);
2. verminderde professionele mogelijkheden;
3. verminderde sociale of relationele kansen;
4. verminderde vrijetijdsbesteding;
5. status, leeftijd, positie;
6. psychische verwerkingsmoeilijkheden;
7. predisposities;
8. confrontatie met de dood/bekorting levensverwachting;
9. gelijktijdig overlijden van anderen;
10. mate van bewustzijn;
11. bestemming van het smartengeld;
12. vermogenspositie van het slachtoffer;
13. uitspraken buitenlandse rechters.

Als factoren aan de kant van de *dader* kan men noemen:

1. aard van de aansprakelijkheid (schuld of risico?)
2. mate van verwijtbaarheid (schuld of vorm van opzet?)
3. is winststreven van de laedens aanleiding geweest?
4. houding van de dader rond de procedure
5. vermogenspositie van de dader
6. uitspraken buitenlandse rechters

Het overzicht is bepaald indrukwekkend en kan ongetwijfeld nog worden uitgebreid; bijvoorbeeld met de omstandigheid dat het slachtoffer intensieve psychologische of psychiatrische hulp heeft moeten zoeken (een dergelijk bezoek zou ik als advocaat mijn cliënt-slachtoffer nadrukkelijk adviseren<sup>10</sup>). Maar tegelijkertijd rijst de vraag of dergelijke lijsten van factoren zichzelf niet veroordelen? Anders gezegd: voeren de letselschadejuristen, in hun ijver met behulp van tal van (subjectieve) factoren de intensiteit van het verdriet boven tafel te krijgen, met zo'n multifactorbenadering niet 'een toneelstukje' op? Voor mogelijk een afwezig of hooguit verveeld publiek?

- 10 In het scala van mogelijk relevante subjectieve omstandigheden, en vergeleken met de meeste andere factoren, is de ingeroepen hulp van een psychiater of (in wellicht iets mindere mate) de psycholoog naar onze stellige opvatting een van de meer 'harde en overtuigende' factoren. Natuurlijk heeft Lindenberg, a.w. 1998, blz. 354 gelijk als hij opmerkt dat 'de enkele gang naar de psychiater (niet) voldoende dient te zijn voor een recht op smartengeld'. Hij vervolgt dat dat 'op zichzelf een onwenselijke aanmoediging (zou) vormen om de hulp in te roepen van een psychiater en (...) een onaanvaardbare druk op de psychiatrie (zou) meebrengen.' Maar nog afgezien van het feit dat wij nog niet zien wat die veronderstelde 'onaanvaardbare druk op psychiatrie' er

Wie kan al deze factoren, naast de factoren die de Hoge Raad zelf al als cruciaal heeft aangemerkt, wegen? Soms zal het om factoren gaan die elkaar lijken tegen te spreken: zo wijst zeer onzorgvuldig handelen in de richting van een 'ruime toerekening', terwijl een stevige geestelijke constitutie van het slachtoffer wijst op een meer beperkte toerekening. Zo dreigt de multifactorbenadering te leiden tot een *battle of factors*.

Een ander voorbeeld waaruit blijkt hoe moeilijk het kan zijn, biedt de factor 'vermogenspositie'. De vermogenspositie van elk van beide partijen is een factor die een rol kan spelen bij de vaststelling van de hoogte van het smartengeld. De gedachte is – aldus mevrouw Deurvorst<sup>11</sup> – dat een gefortuneerde partij eerder smartengeld kan betalen of ontberen dan een arme. Zij verwijst in dat verband naar een uitspraak van de Rechtbank Middelburg.<sup>12</sup> Het ging om het onrechtmatig gebruik van portretten in een seksadvertentie. Onder de kennelijk relevante factoren noemde de rechtbank de omstandigheid dat eiser noch gedaagde vermogen hebben. De rechtbank concludeerde vervolgens dat – gelet op deze gegevens (waaronder dus het ontbreken van vermogen) en gelet op de ernst van het gepleegde feit – de schadeloosstelling f 600,- bedraagt. Maar zo eenvoudig is het doorgaans niet.

Welke *extra* rol kan de wederzijdse vermogenspositie van dader en slachtoffer spelen? 'Extra', want deze omstandigheid beoogt iets toe te voegen aan de meer objectieve omstandigheden waarover we eerder spraken. Het antwoord op die vraag zal ervan afhangen naar wiens vermogen men kijkt en van de specifieke functie van het smartengeld die men laat prevaleren. Beoogt men het slachtoffer te compenseren, dan zal het mogelijk zo zijn dat (anders dan wat Deurvorst suggereert) vermogende slachtoffers (gegeven een 'modale' dader) meer compensatie behoeven om eenzelfde 'hoeveelheid' vreugde te verwerven. Beoogt men daarentegen de dader te straffen, respectievelijk hem ervan te weerhouden nogmaals zo te handelen als hij deed, dan zal men een vermogende dader tot een hoger smartengeld moeten veroordelen dan een onvermogende dader. De verschillende vermogensposities laten zich ook nog variëren, desgewenst afhankelijk van de functies die men kiest. Een dergelijke geestelijke acrobatiek kan van bijna niemand worden gevergd. En het wordt alleen nog maar moeilijker als het gaat om elkaar tegen-sprekende factoren van geheel verschillende aard (zie hierboven).

in dit verband eigenlijk toe doet, zijn zijn opmerkingen sterk normatief. Het zou wellicht zo moeten zijn, maar daarmee is allerminst gezegd dat het in de praktijk ook zo is. Anders gezegd: men onderschatte in een multifactorbenadering de waarde van de omstandigheid dat het slachtoffer psychische hulp heeft moeten halen, niet.

11 Schadevergoeding (Deurvorst), art. 106, aant. 60.25.

12 Rb. Middelburg 9 januari 1974, 27 maart 1974, NJ 1975, 57.

## 5 Een eenvoudiger weg?

Als gezegd, wordt van de rechter gevraagd naar billijkheid te oordelen. De Leidse onderzoeker Lindenbergh heeft heel fraai opgemerkt dat de rechter dus moet oordelen “met de hand op het hart, maar niet met het verstand op nul.”<sup>13</sup> Hij wijst er zeer terecht op dat de eis van rechtsge-lijkheid en begrijpelijkheid voor het slachtoffer meebrengen dat meer houvast moet worden gezocht. Ietwat lossier geformuleerd (‘het ligt in de rede’), kwam ook de Hoge Raad tot die conclusie:

Het ligt in de rede dat de rechter bij zijn begroting let op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen (...).<sup>14</sup>

De praktijk bedient zich daartoe met name van de smartengeldtabellen van de ANWB. Het gaat om een verzameling van rechterlijke uitspraken, gerubriceerd naar ernst en naar aard. In zekere zin werkt deze publicatie volgens de aloude goocheltruc van het konijn en de hoed: wat men erin stopt, komt er op een ingewikkelde manier ook weer uit. Maar omdat de tabellen zo’n omvangrijke imput kennen en zo nauwkeurig worden bijgehouden, hebben ze beslist een grote waarde.

Toch rijst de vraag of er niet een veel eenvoudiger weg is? Tot een bevestigend antwoord is men al lang geleden gekomen: de formule van het Verbond van Verzekeraars (de zogenaamde ‘verbondsformule’) biedt een heel eenvoudig te berekenen alternatief. In grote lijnen wordt voor tijdelijke invaliditeit een bedrag toegekend: een bedrag van  $f$  15,- per dag dat iemand in een ziekenhuis verblijft en  $f$  10,- voor elke dag buiten het ziekenhuis indien het slachtoffer nog niet is genezen, c.q. het letsel niet is geconsolideerd. Bij blijvende functionele invaliditeit geeft de formule  $f$  400,- per punt (percentage) functionele invaliditeit, en  $f$  10,- per punt (percentage) functionele invaliditeit dit te vermenigvuldigen met het aantal statistisch te verwachten levensjaren.<sup>15</sup>

Maar de formule heeft het niet gered. Als wij luisteren naar degenen die er bij de introductie bij waren, lijken er enkele elementaire fouten te zijn gemaakt. Zo was niet voorzien in een breed draagvlak – het was een *verbondsformule* – en was de presentatie onhandig. Voorts bleken de uit-

13 S.D. Lindenbergh, Verkeersrecht, Smartengeld 13e druk 1997, blz. 9.

14 Aidspatiënt.

15 De formule is bedoeld voor veelvuldig voorkomend letsel. Van de formule is een aantal gevallen uitgezonderd. Bijvoorbeeld gevallen waarin het slachtoffer meer dan 30% functioneel invalide is geworden of waarin ernstige esthetische schade is opgetreden.

komsten van de formule voor verreweg de meeste gevallen veel lager uit te vallen dan veelal gebruikelijk was. Dat was voor de ontluikende letselschadeadvocatuur en voor georganiseerde slachtoffers onverteerbaar. Behalve op de te lage bedragen, was er ook meer principiële kritiek op het feit dat in de formule geen rekening werd gehouden met de zogenaamde *subjectieve* factoren.

Anderzijds meenden de verzekeraars juist dat zij met de formule een hele stap in de richting van diezelfde slachtoffers hadden gezet, omdat tot op dat moment sommige verzekeringsmaatschappijen in tal van gevallen überhaupt nog geen smartengeld wensten uit te keren.

Ondanks de slechte reputatie van de formule, rijst de vraag of zij bij een breder gedragen totstandkoming en een zorgvuldiger presentatie niet toch een goed alternatief voor de huidige situatie zou kunnen zijn. Lindenbergh, in zijn eerder aangehaalde artikel, spreekt terecht geen slechte woorden over de formule als zodanig.

De hoofdelementen van de formule bevatten de duur van het leed en de mate van blijvende invaliditeit. Dat zijn twee betrekkelijk goed vast te stellen factoren. Over de daaraan gekoppelde bedragen moet men het eens kunnen worden. Wellicht zou men gemiddeld genomen zelfs wat hoger kunnen gaan zitten; voor de verzekeraars staat daar meer zekerheid (voorspelbaarheid) tegenover. Met het referentiekader van de smartengeldtabellen moet men daar uitkomen.

Waarvoor wij nog wel zouden voelen is een opslag van bijvoorbeeld 20% in gevallen waarin het letsel *opzettelijk* of met *aan opzet grenzende roekeloosheid* is toegebracht (zoals bij seksuele delicten, dronken rijden, mishandeling). Zij het dat het slachtoffer juist in die gevallen vaak daders met een betrekkelijke zwakke vermogenspositie zal treffen, niet in de laatste plaats omdat verzekeraars in dergelijke gevallen veelal niet zullen uitkeren.

## 6 Mogelijke kritiek op standaardisering

Nu kan men tegen standaardisering van de vaststelling van smartengeld – de Verbondsformule is zo'n voorbeeld – bezwaren hebben. Wij bekijken er enkele.

### *a. smart vangt men niet in formules*

Dat bezwaar klinkt overtuigend, maar is het niet. Ook nu richt de doorsneeadvocaat, verzekeraar of rechter zich doorgaans tot de smartengeldtabellen. Deze tabellen zijn evenzeer een kwantificering van smart bij verschillende letsels. (Ernstig letsel staat voor veel, licht letsel voor minder smartengeld.) Als dat kwantificeren dus toch gebeurt, dan zou dat zo betrouwbaar mogelijk moeten gebeuren. Hierbij kan juist een gestandaardiseerde methode – zoals de 'formule' – behulpzaam zijn. Hieronder doen wij een suggestie voor zo'n kwantificeringsmethode.

*b. de compensatiefunctie gaat verloren*

In een formule wordt het slachtoffer onvoldoende recht gedaan omdat tal van subjectieve factoren niet meetellen. Deze kritiek overtuigt niet. Vooreerst kent *ieder* geval zijn subjectieve factoren. Bovendien bieden ook de thans verkregen bedragen aan smartengeld veelal geen werkelijke compensatie. Smartengeld is bijna steeds een tegemoetkoming in het leed – een gebaar; vrijwel nimmer een werkelijke compensatie. En zeer ernstig letsel wordt al helemaal niet met smartengeld goedge maakt. En voorzover men bepaalde subjectieve factoren toch wil laten meetellen, staat niets eraan in de weg ze in zo'n formule op te nemen.

*c. de genoegdoeningsfunctie gaat verloren*

Het slachtoffer wil dat de dader *voelt* wat hij heeft gedaan. Voor dat argument zijn wij wel gevoelig – even afgezien van de vraag of daders door de betaling van het smartengeld ook werkelijk *voelen* wat ze hebben gedaan. Daarom zouden wij voor gevallen van gekwalificeerde onzorgvuldigheid wel voor een extra percentage bovenop de uitkomst van de formule voelen. Dat extra bedrag heeft iets weg van de Amerikaanse *punitive damages*<sup>16</sup>, maar daar zijn wij in deze bescheiden mate niet tegen.<sup>17</sup> Artikel 6:106 biedt er bovendien enige ruimte toe, zonder dat strafrechtelijke en strafvorderlijke beginselen werkelijk worden doorkruist. Men kan immers heel wel volhouden dat een slachtoffer meer smart lijdt als gevolg van een opzettelijk of aan opzet grenzend onrechtmatig gedrag (mishandeling, dronken rijden), dan wanneer het om 'enkel' onzorgvuldig handelen was gegaan.

*d. de afschrikkingsfunctie gaat verloren*

Men zou immers kunnen zeggen dat standaardisering van het smartengeld potentiële daders gemakkelijker brengt tot calculerend gedrag. Het is de vraag of deze functie van het smartengeld zo sterk wordt gevoeld (zie ook hierna). Voor de meeste daders geldt dat verzekeraars betalen. Waar werkelijke zucht naar winst het gedrag van de dader heeft bepaald, bestaat er bovendien de mogelijkheid die winst naar het slachtoffer te laten vloeien (art. 6:104 BW).

16 Prosser in: *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, 1984, blz. 9, omschrijft punitive damages aldus: "Such damages are given to the plaintiff over and above the full compensation for the injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching the defendant not to do it again, and of deterring others from following the defendant's example".

17 Zie uitvoeriger C.J.J.M. Stolker, 'Straffen met privaatrecht – of juist verzoenen', in: *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht* (Hol en Stolker, red.), Kluwer 1995, blz. 29 e.v..

*e. de therapeutische functie van de rechtshulp gaat verloren*

Het is heel goed mogelijk dat een betrokken rechtshulpverlener therapeutische waarde heeft. Maar daar kan ook iets tegen worden ingebracht. In de meeste gevallen is de hoogte van het bedrag de uitkomst van onderhandelingen: de verzekeraar biedt 20, de advocaat gaat voor 40. Het is nog maar de vraag of het werkelijk therapeutisch werkt, als het slachtoffer ziet dat over zijn leed wordt onderhandeld.

## **7 Wat vindt het slachtoffer? Een onderzoeksopzet**

Advocaten, verzekeraars, schade-experts en ook rechters oordelen over het smartengeld dat het slachtoffer wel of niet ontvangt. Zij oordelen consciëntieus maar elk vanuit een eigen perceptie of (soms) zelfs belang. De stem die nog ontbreekt is die van het slachtoffer. Wat is zijn of haar perceptie?

Wij presenteren hier een onderzoeksontwerp met een tweeledige probleemstelling. Ten eerste onderzoeken wij hoe het slachtoffer het smartengeld ervaart. De bedoelingen van de wetgever met smartengeld worden als het ware in de praktijk geëvalueerd. Compenseert smartengeld inderdaad leed met vreugde? Verwerken mensen beter hun leed mét dan zonder smartengeld? Is de omvang ervan te hoog of te laag in de waarneming van het slachtoffer? Wat vindt het slachtoffer dat het smartengeld zou moeten doen? Wat verwacht hij of zij ervan? Erkenning, genoegdoening of voornamelijk zoveel mogelijk financiële compensatie? Zo kunnen we evalueren of de bedoelingen van de wetgever ook onderschreven worden door de slachtoffers.

De tweede probleemstelling gaat over de vaststelling van de omvang van het smartengeld. Welke factoren moeten daarbij een rol spelen en hoe moeten die factoren worden 'gemeten'? In de juridische literatuur wordt een groot aantal factoren genoemd die de omvang van het smartengeld zouden beïnvloeden, of althans zouden moeten beïnvloeden (zie hiervóór onder 4). Opmerkelijk is dat empirisch onderzoek naar de vaststelling van smartengeld uitwijst dat bij de vaststelling door de rechter, evenals bij schikkingen, voornamelijk een handvol *objectieve* factoren een rol spelen.<sup>18</sup> Deze factoren zijn grofweg: de ernst van het letsel, de genezingsduur, aantal dagen ziekenhuisopname en statistische levensduur. Subjectieve factoren zoals de persoonlijke beleving van het leed, schade aan carrière- of huwelijkskansen spelen in de praktijk nauwelijks een rol. Er is geen definitieve verklaring voor het verschil tussen de wens

18 J.A. Pieters en J.J. van Busschbach, 'Een empirisch onderzoek naar de vaststelling van smartengeld in geval van letsel', VR 1989, blz. 141 e.v.; voorts W. Vollbeh, Smartengeld en Willekeur, VR 1989, blz. 146 e.v.

van juristen die factoren mee te nemen enerzijds en de praktijk anderzijds. Mogelijkerwijs is het een meetprobleem; want hoe moeten de subjectieve factoren worden gemeten? Maar misschien is het uit een oogpunt van rechtvaardigheid eigenlijk ook niet zo wenselijk om te veel subjectieve factoren mee te laten wegen? Het is interessant dat de Verbondsformule, die veel kritiek heeft ge oogst vanwege haar simpelheid en de verwaarlozing van juist die subjectieve omstandigheden, een heel goede voorspeller blijkt van de – opvallend eenvoudige – beslispraktijk.

In het voorgenomen onderzoek zoeken wij een verklaring voor de verwaarlozing van de subjectieve factoren in de praktijk en evalueren wij de wenselijkheid ervan, bijvoorbeeld door bij slachtoffers na te gaan hoe zij de relatieve rol van allerlei factoren beoordelen. Verder concentreren wij ons op de verreweg meest belangrijke factor (maar tegelijkertijd ook meest problematische om te meten): de ernst van het leed. Alle onderzoeken gaan uit van de ‘ernstschaal voor letsel’ in de zeven categorieën van de smartengeldtabellen. Deze schaal is gaan fungeren als de norm voor letselzwaarte. Deze indeling is evenwel, zoals Vollbehre aantekent, niet onproblematisch en zou moeten worden gevalideerd. Dit is met name zo belangrijk vanwege het prominente gewicht dat de zwaarte van het letsel heeft in de vaststelling van het smartengeld.

Wij valideren ten eerste de ANWB-schaal aan de opvattingen van zowel slachtoffers als niet-slachtoffers over de relatieve ernst van de daarin genoemde letsels. Ten tweede proberen wij deze beoordelingen van letsel-ernst uit te laten drukken in geld. Hiervoor maken we gebruik van een methode ontleend aan de medische besliskunde: de ‘Willingness to Pay’-methode.<sup>19</sup> Dit tweede onderzoeksdoel is dus om de rol van diverse factoren bij de vaststelling van smartengeld op te helderen en om de onomstreden belangrijkste factor letsel-ernst meer betrouwbaar te kunnen meten en te verankeren in de mening van ‘het publiek’.

Het voorgenomen onderzoek is voor een deel al gestart met een pilotstudie. Hiervan presenteren wij thans de eerste – voorzichtige – resultaten. De respondenten zijn afkomstig van het letselschade-expertisebureau Europrotector. Het gaat derhalve om gevallen waaraan geen rechter te pas is gekomen. Dezelfde vragen die in de juridische discussie over smartengeld een rol spelen, hebben wij aan de slachtoffers voorgelegd. Wat is smartengeld? Wat zou het moeten ‘doen’? Hoe werkt het feitelijk? Hoe moet de omvang worden vastgesteld? Wat moet wel en wat juist geen rol spelen?

19 B. O’Brien en J.L. Viramontes, ‘Willingness to Pay: A valid and reliable measure of health state preference?’, *Medical Decision Making*, 1994, 14, blz. 289 e.v.

## 8 Wat is en wat beoogt smartengeld?

Aan 59 slachtoffers van letselschade hebben wij gevraagd of zij wisten wat smartengeld is. Zij antwoordden positief en konden nagenoeg allen adequaat aangeven dat het gaat om een vergoeding voor verdriet of pijn. Opmerkelijk was echter dat van de personen die reeds schadevergoeding hadden ontvangen (31 personen) slechts tweederde wist aan te geven hoe groot het aandeel smartengeld daarvan bedroeg. Slachtoffers weten dus in theorie onder welke omstandigheid zij recht hebben op smartengeld, maar lijken vaak onwetend of onverschillig ten aanzien van de specifieke hoogte. De hoogte van de *totale* vergoeding die uiteindelijk wordt ontvangen, overschaduwet in belang de specifieke posten (vergoeding van materiële of immateriële schade) waaruit het bestaat. Dat men wat krijgt, en hoeveel, is belangrijker dan waarom men het krijgt.

In onze voorstudie hebben wij voorts de slachtoffers stellingen over vier functies van smartengeld voorgelegd. We vroegen hun om aan te geven in welke mate zij het met die stellingen eens zijn. Die functies zijn, parallel aan de in het recht vigerende opvattingen (zie hierboven par. 2): smartengeld dient het slachtoffer te compenseren, het dient als 'erkenning' voor het ervaren leed, het geldt als straf voor de dader, en het moet herhaling voorkomen (preventie).

De personen uit de steekproef vonden de compensatiefunctie de meest belangrijke. Daarna kwamen respectievelijk de 'erkenning', de straf en de preventie. Men vindt dus dat smartengeld in eerste instantie iets goeds met het slachtoffer moet doen (compenseren, erkennen), op de tweede plaats komt het meer globale maatschappelijke belang ervan.

## 9 Hoe werkt het bij slachtoffers?

De vraag – hoe 'werkt' smartengeld – onderzoeken wij op drie manieren. Ten eerste door na te gaan wat slachtoffers van de omvang van hun smartengeldbedrag vinden (1). Ten tweede door het kwalitatieve effect ervan na te gaan; dit laatste is in het vooronderzoek weer op twee manieren gemeten: door de 'lijdensduurverkorting' vast te stellen (2) en door na te gaan hoe smartengeld wordt besteed (3).

- 1 Op de (kwantitatieve) vraag hoe 'redelijk' slachtoffers de omvang van het smartengeld vinden, zeggen dertien van de 21 personen die de vraag beantwoordden, dat het verkregen bedrag te laag is, zes personen vinden het 'redelijk', en twee hoger dan 'redelijk'. Het merendeel voelt zich dus ondergecompenseerd.
- 2 Compenseert smartengeld in kwalitatief opzicht het leed van slachtoffers? Anders gezegd, verzacht het de intensiteit en de duur van de

pijn? 35 slachtoffers die smartengeld hadden geclaimd of zullen ontvangen, gaven een schatting over hoe lang de ‘verwerking’ van hun pijn zou duren of heeft geduurd zonder en mét het smartengeld. Het verschil reflecteert dan het leedverkortende effect. Vijftien personen zeiden nooit van de smart af te komen; dus ook niet met smartengeld. Negen personen meenden dat de duur van de pijn, hoewel eindig, niet door het geld verkort werd of zou worden. Tot slot gaven elf personen aan dat het smartengeld naar hun gevoel er wel toe deed of zou doen. Gemiddeld schatten zij dat het ontvangen smartengeld de verwerking 40% minder lang deed of zou doen duren. Kortom, bij ongeveer driekwart van de slachtoffers heeft het smartengeld nauwelijks of geen invloed op de duur van het leed.

- 3 Waaraan wordt het smartengeld uitgegeven? Respondenten die smartengeld hadden ontvangen deden in totaal 32 uitgaven. Zes daarvan waren gericht op het direct verzachten van hun specifieke pijn. In totaal 26 bestedingen hadden inhoudelijk niets met het letsel te maken. De vreugde die met het smartengeld wordt gekocht is dus meestal van een heel andere aard dan de vreugdederving die het specifieke letsel veroorzaakt. Overigens heeft de wetgever smartengeld ook niet bedoeld als zo’n *specifieke* vreugdecompensatie. Het ligt zelfs voor de hand om juist smartengeld, ‘vrij besteedbaar’ te laten zijn (zie de ‘justificatie’ van Van Agt aan het begin van dit artikel). Bovendien kan het ‘enkele ontvangen’ van smartengeld al leedverzachtend werken.

Samengevat is het slachtoffer weliswaar van mening dat het smartengeld voornamelijk een compensatie moet zijn voor het leed, maar is het toereikend in kwantitatief noch in kwalitatief opzicht. Men vindt dat men te weinig krijgt en wát men krijgt, verkort (lang) niet altijd de pijn.

## 10 Hoe omvangrijk is het leed in financiële zin?

Het vaststellen van de mate van leed is al moeilijk. Nóg moeilijker is het leed in geld uit te drukken. De beleving van iemands leed, zo wordt algemeen aangenomen, is immers niet te ‘meten’, laat staan in geld uit te drukken. In de beschrijving van de onderzoeksopzet wezen wij al op dit meetprobleem.

Toch staan we niet helemaal met lege handen. Zo is het meten van de zogenaamde subjectieve ‘utiliteit’ van schade (zoals bijvoorbeeld gezondheidsschade) een snel groeiend onderzoeksgebied in de psychologische en medische beslistkunde. Tegen de achtergrond van de rationalisatie van de gezondheidszorg bijvoorbeeld, is het van belang te kunnen vaststellen hoeveel ‘kwaliteit van leven’ bepaalde medische behandelingen opleveren, teneinde die opbrengst vervolgens tegen de kosten te kunnen afzet-

ten. Daarvoor moet de verworven of juist gederfde 'kwaliteit van leven' in geld worden uitgedrukt. Dus ook in andere domeinen dan het recht worden pogingen ondernomen om het onmeetbare te meten: verdriet, pijn of leed. Dit onderdeel van ons onderzoek is buitengewoon lastig en eigenlijk nog in een ontwerpfase.

Ten eerste kan mensen gevraagd worden naar de rangordening naar ernst van de verschillende vormen van leed. Dit levert geen grote meetproblemen op. Het is interessant om die rangordening van 'gewone mensen' vervolgens te leggen naast die van de rechters zoals geïnventariseerd in de ANWB-smartengelduitgave. In het vooronderzoek hebben wij hiertoe een aanzet gegeven. 91 personen, onder wie zowel slachtoffers van gezondheidsschade als anderen, beoordeelden de ernst van ongeveer twintig soorten letsel die ook in de ANWB-tabellen voorkomen. De daaruit berekende totale rangordening legden we naast die van de rechters.<sup>20</sup> Over het algemeen stemmen beide redelijk overeen, met enkele uitzonderingen. Whiplashes worden door de ondervraagden relatief ernstiger dan door de rechter beoordeeld. Bijvoorbeeld, de rechter keert voor een ernstige whiplash een lager bedrag uit dan voor depressiviteit of de amputatie van een arm, terwijl respondenten de whiplash juist erger vinden.

Ten tweede valt op dat burgers bepaalde vormen van smart buitengewoon ernstig vinden, terwijl de wet daarvoor überhaupt geen vergoeding kent. Het gaat om het verliezen van de partner of een kind. Als smartengeld dus voor een deel bedoeld is als compensatie van pijn of verdriet veroorzaakt door schuld van derden, dan wringt hier de terughoudende opvatting van de wetgever met die van het publiek, dat lijkt te vinden dat de intensiteit van juist dit leed dat van bijna alle compenseerbare vormen van letsel overtreft. In het nog voorgenomen onderzoek zal de rangordening nauwkeuriger worden gemeten.

Maar zijn al die vormen van letsel, behalve naar relatief ervaren ernst ook in absolute maten van verdriet te meten? Of, beter nog, in geld zoals dat in de medische besliskunde gebeurt? Is smart te kwantificeren? Wij hebben de 'Willingness to Pay'-meetmethode uit de medische besliskunde gekozen (zie hiervóór onder 7). Zij kan wellicht hulp bieden bij ons probleem. De methode houdt in essentie het volgende in. Aan mensen wordt gevraagd om ten aanzien van een bepaald omschreven letsel (bijvoorbeeld ernstige gebitsbeschadiging) aan te geven hoeveel geld zij over zouden hebben voor een volledig herstellende behandeling. Zo'n behandeling zou hen dus in de toestand terugbrengen voorafgaand aan het letsel. In deze fictieve situatie neemt de ondervraagde even aan dat hij niets uit verzekeringen of uit andere geldbronnen ontvangt. De

20 Smartengeldtabellen, 1997, blz. 18.

gedachte achter deze methode is dat het antwoord van de ondervraagde (dus het genoemde bedrag) een maat is, in (verloren) geld uitgedrukt, van de omvang van zijn of haar leed. In de context van het smartengeldprobleem kan het als een indicatie voor een 'leedcompenserend' bedrag worden gezien.

Van de slachtoffers uit onze steekproef die smartengeld hadden ontvangen, hebben er 25 deze vraag voor hun specifieke letsel beantwoord. De genoemde bedragen liepen sterk uiteen, ook bij vergelijkbaar letsel. Bovendien waren ze over het algemeen aanzienlijk hoger dan het ontvangen smartengeldbedrag. Voor eenduidige conclusies is dit pilotonderzoek echter te klein. Natuurlijk is het niet zo eenvoudig als hier geschetst om uit deze methode de omvang van smartengeld vast te stellen. Bovendien beoogt smartengeld geenszins een *volledige* compensatie te bieden. De resultaten die worden verkregen kunnen niet direct worden vertaald in een indicatie voor het smartengeldbedrag. Wel relativeert het de stelling dat een kwantificering van subjectief leed absoluut onmogelijk is. Hieronder zullen we dit concretiseren.

Wat zijn de bezwaren van de gehanteerde methode? Ten eerste is de respons natuurlijk afhankelijk van de vermogenspositie. Voor een miljonair is een operatie van  $f$  10.000,- ter reparatie van het gebit gemakkelijk uit te geven. Voor iemand met een minimuminkomen ligt dat anders. Dit artefact van de methode brengt ons op het eerdergenoemde probleem van de invloed van subjectieve factoren als de vermogenspositie (zie Deurvorst, hierboven) bij de vaststelling van een passend bedrag. Het lijkt er namelijk op dat deze methode de omvang van het ervaren leed meet, *met inachtneming van iemands vermogen*. Hoe groter dit vermogen, des te groter het ervaren leed. Intuïtie doet evenwel inzien dat de miljonair bij een aantal gebroken tanden niet noodzakelijkerwijs meer leed ervaart dan de onvermogende. Evenmin kunnen we aannemen dat de eerste voorheen meer vreugde beleefde aan zijn gave gebit dan de tweede. De volgende correctie ligt dan ook voor de hand: de respons moet worden uitgedrukt gerelateerd aan iemands vermogenspositie; zo kan iemands jaarinkomen worden beschouwd als een betrouwbare operationalisering van diens vermogenspositie. Te verwachten valt dat deze verhouding minder zal variëren over verschillende vermogensposities bij eenzelfde letsel, dan de 'ruwe' respons; de 'willingness to pay'. Het soort uitkomsten dat men bij gebitsbeschadiging kan verwachten is dan bijvoorbeeld 3% van het jaarinkomen. Beenamputatie staat dan misschien gelijk met een derving van één keer het persoonlijk jaarinkomen.

We hebben nu de omvang van het leed na diverse letsels uitgedrukt in percentages van persoonlijk inkomen, omdat we niet wensen dat het persoonlijk inkomen meedoet bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld. Voor de vertaling van deze maat van leedomvang in een recht-

vaardig smartengeldbedrag (dat dus wel met de omvang van het leed, maar niet met iemands individuele vermogenspositie rekening houdt) zou kunnen worden uitgegaan van het gemiddelde inkomen van de Nederlandse bevolking: bijvoorbeeld ‘modaal’. De percentages behorende bij alle letselvormen, worden vermenigvuldigd met het modale jaarinkomen en leveren de smartengeldindicatie. In het meest eenvoudige geval raadpleegt de rechter (of de ‘formule’!) deze lijst om de immateriële schadeomvang vast te stellen. Deze methode kwantificeert dus de omvang van het leed na letselschade zoals gevoeld door een ‘normgroep’ van burgers, uitgedrukt in geld maar onafhankelijk van individuele afwijkingen van het modale inkomen.

In de voorgestelde methode hebben we smartengeld opgevat als een afspiegeling van het subjectief ervaren leed uitgedrukt in geld en gecorrigeerd voor de vermogenspositie. Bij de vaststelling van de vergoeding voor de *materiële* schade kan de vermogenspositie natuurlijk wel een rol spelen. Stel bijvoorbeeld dat een chirurg en een loodgieter beiden drie vingers moeten missen aan hun voorkeurshand door schuld van een derde. Zij kunnen hun vak niet meer uitoefenen. Het ligt dan in de rede dat het verdriet veroorzaakt door de arbeidsongeschiktheid en het onvermogen om het eigen vak te kunnen beoefenen niet anders is voor een chirurg dan voor een loodgieter. De materiële gevolgen verschillen natuurlijk wel en bij gevolg de passende vergoedingen daarvoor.

## 11 Slot

Concluderend is de omvang van ervaren leed wellicht niet helemaal ‘onobjectiveerbaar’. Onze onderzoeksopzet lijkt in ieder geval een nuttige poging tot objectiveren. Uiteindelijk moeten de empirische resultaten uitmaken hoe betrouwbaar zo’n meting kan zijn. Nog interessanter is dat de poging om begrippen als leed meer empirisch te verankeren, knelpunten aan het licht brengt waar de jurist mee verder kan. Sterker, misschien moeten we bij de bepaling van de omvang van smartengeld wel eerder terughoudendheid betrachten bij het meewegen van individuele factoren van het slachtoffer, dan streven naar volledigheid. In dat geval is het niet alleen handig maar ook rechtvaardiger om een meer eenvoudige, gestandaardiseerde, afhandeling van smartengeld te overwegen; zoals de verbondsformule beoogde.