



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Vaststelling van smartengeld

Verburg, G.J.M.

Citation

Verburg, G. J. M. (2009, March 26). *Vaststelling van smartengeld*. Meijers-reeks. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14224>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14224>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

2 | Nadeel dat niet in vermogensschade bestaat

2.1 INLEIDING

Smartengeld is schadevergoeding.¹ De figuur wordt beheerst door het schadebegrip, met alle bijzonderheden van dien.² Maar wat is schade?³ En wat is nadeel dat niet in vermogensschade bestaat? Deze vragen komen hierna aan bod, de eerste voor zover haar uitwerking bijdraagt aan beantwoording van de laatste.⁴ Het object van het onderhavige onderzoek – de vaststelling van smartengeld – maakt een onderzoek naar beide begrippen geboden. Een goede rechtsbedeling eist dat de gelaedeerde zijn *schade* krijgt vergoed, waaronder onder omstandigheden eveneens zijn immateriële schade. Niet minder, niet meer. Zonder kennis van de rechtsbegrippen schade, ‘ander nadeel’, en overigens ook van het rechtsbegrip vermogensschade, lijkt een goede rechtsbedeling niet te kunnen worden gegarandeerd.⁵ En pas als een juist beeld rechtens

-
- 1 Dit blijkt onder meer uit zijn plaatsing in afdeling 6.1.10 BW. Artikel 6:106 BW bepaalt immers dat de benadeelde recht heeft op een naar billijkheid vast te stellen *schadevergoeding* voor zijn nadeel dat niet in vermogensschade bestaat; vgl. EV I, Parl. Gesch. Boek 6, p. 388; vgl. voor het Duitse recht Müller 2007, p. 10. Anders Teeuwissen (1994, p. 6), hij reserveert de term schade voor vermogensschade en stelt dat smartengeld niet ziet op de vergoeding van schade. Vgl. ook Meijers (Handelingen II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377) die spreekt van een schadeloosstelling.
 - 2 Vgl. Hijma in zijn noot onder HR 4 juni 2004, NJ 2006, 323 (Camerling/Heerlen). Hij(ma) merkt daar overigens op dat regres een figuur is die *niet* door het schadebegrip (met alle bijzonderheden van dien) wordt beheerst.
 - 3 Het begrip ‘schade’ komt in ongeveer 225 wettelijke regelingen voor. Het onderhavige onderzoek is niet uitgevoerd met elk van deze regelingen in het achterhoofd. Onderzocht wordt het begrip schade zoals dat voorkomt in de diverse bepalingen van afdeling 6.1.10 BW (de afdeling die ziet op de wettelijke verplichting tot schadevergoeding) en zoals dat voorkomt in de bepalingen in het Burgerlijk wetboek die een verbintenis tot schadevergoeding in het leven kunnen roepen (6:74, 6:162, 6:166, 6:169 t/m 178 en 6:212 BW).
 - 4 De (vraag naar de) schade die voor vergoeding in aanmerking kan komen op voet van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding dient te worden onderscheiden van de (vraag naar de) schade die op voet van een contractuele verplichting voor vergoeding in aanmerking kan komen, bijvoorbeeld uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst. De inhoud van een contractueel begrip wordt hoofdzakelijk bepaald door de uitleg van de betreffende overeenkomst waarin dit begrip wordt gehanteerd. De wet, in het bijzonder afdeling 6.1.10 BW, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid kunnen bij deze uitleg evenwel een rol spelen, zie artikel 6:248 lid 1 BW. Zo bezien kan het navolgende ook van belang zijn voor de uitleg van een contractueel begrip immateriële schade.
 - 5 Vgl. Viaene 1976, p. 235.

bestaat van de aard en de omvang van de immateriële schade in het concrete geval, kan smartengeld 'naar billijkheid' worden vastgesteld.⁶ Opmerking verdient dat smartengeld niet de pretentie heeft om de emotionele schade van benadeelden op enigerlei wijze te herstellen.⁷ De term 'schadevergoeding' impliceert ook niet dat door de vergoeding de schade ongedaan wordt gemaakt.⁸ De vraag wat het wel doet, is de vraag naar de functie(s) van smartengeld. Het antwoord op de vraag wat 'ander nadeel dan vermogensschade' is, is daarmee mijns inziens mede afhankelijk van het antwoord op de vraag welke functies smartengeld kan vervullen. Die samenhang is zo nauw dat het antwoord op de ene vraag, het antwoord op de andere vraag mede bepaalt.⁹

2.2 PLAN VAN BEHANDELING

Hierna wordt onderzocht wat immateriële schade is. Wat schade is, zal aan bod komen voor zover het antwoord meer inzicht verschaft in het begrip immateriële schade. In paragraaf 2.3 wordt onderzocht welke definities van het begrip schade de wetgever en de Hoge Raad hanteren, alsmede welke definities in de (oudere) literatuur worden gehanteerd. Geconcludeerd zal worden dat een open en negatieve definitie de voorkeur verdient. Het begrip 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat' is 'negatief' en 'open' in die zin dat het aangeeft waar het *niet* om gaat, en daarbij geen enkele afbakening kent anders dan tot vermogensschade. Gezien het brede bereik van de smartengeldfiguur verdient een dergelijke omschrijving, ondanks haar zwakte, de voorkeur. De structuur van het schadebegrip wordt besproken in paragraaf 2.4. De vraag wat ander nadeel dan vermogensschade is, kan ook vanuit 'rechtsvindingsperspectief' worden bekeken. Zij is relevant in verband met de vraag of een recht op smartengeld bestaat, en zo ja, voor welk bedrag. Het gaat steeds om de interpretatie van een wettelijk begrip en ipso facto om de interpretatie van een rechtsbegrip. Het gaat daarnaast om de kwalificatie van (de vaststaande) feiten onder het desbetreffende begrip. Immers, als een gegeven feitelijke situatie met het rechtsbegrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat wordt geïdentificeerd, ligt in deze kwalificatie een nadere bepaling van het begrip besloten die behulpzaam kan zijn bij opvolgende interpretatie- en kwalificatievragen. Een deel van het onderzoek richt zich in dit verband op de vraag naar de juridische aard van het schadebegrip. Het is daarbij van tweeën één: feitelijk of normatief. (zie paragraaf 2.5). Binnen het debat zijn twee agendapunten te onderscheiden. Het eerste agendapunt ziet op de vraag of een aanspraak-

6 Vgl. Van Dunné 2001, p. 664; Lindenbergh 2007a, p. 428; zie over de (rechterlijke) vaststelling van smartengeld nader hoofdstuk 3.

7 Vgl. Verheij 2002, p. 410.

8 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377 voetnoot 1.

9 Vgl. Tjittes 2003c, p. 151.

element steeds een (materieel) vereiste is om te kunnen spreken van schade in juridische zin (paragraaf 2.6). Het tweede agendapunt ziet op de vraag naar de interpretatievrijheid die de rechter heeft bij de vaststelling van de inhoud van het begrip schade, en daarmee bij de vaststelling van de inhoud van het begrip immateriële schade (paragraaf 2.7). Geconcludeerd wordt dat schade, als daarvoor goede gronden bestaan, normatief kan worden ingekleurd, hetgeen zowel een beperking als een uitbreiding van een meer feitelijk schadebegrip kan betekenen. Vervolgens worden enkele gronden voor afwijking besproken (paragraaf 2.8). In paragraaf 2.9 is er enige aandacht voor het begrip ‘ander nadeel dan vermogensschade’ in cassatie.

Algemeen aanvaard lijkt dat smartengeld niet alleen dient ter compensatie van verminderingen van welzijn, maar ook andere functies kan hebben, of dient te hebben om het brede bereik van de smartengeldfiguur te kunnen verklaren. Een reden om smartengeld naast compensatie – te verstaan als compensatie van feitelijk door de benadeelde ervaren leed – andere functies toe te kennen is dat zowel in enkele letselschadegevallen als in veel niet-letselgevallen onduidelijk blijft wat nu precies gecompenseerd wordt. In ieder geval twee problemen kunnen worden aangewezen. In de eerste plaats laat de toekenning van smartengeld wegens de inbreuk op een fundamenteel recht zich maar moeilijk verklaren vanuit de compensatiegedachte (Wat is hier het leed?). In de tweede plaats is er de problematiek van bewusteloze slachtoffers (Lijdt een bewusteloze? Baat smartengeld hem?).

De dogmatische ongemakken lijken op twee manieren te kunnen worden doorbroken: in de eerste plaats door het toebedelen van andere functies aan smartengeld naast de compensatiefunctie (waaronder ook kan worden verstaan het oprekken van de compensatiefunctie zoals hierboven verstaan), en in de tweede plaats door het begrip ‘ander nadeel dan vermogensschade’ meer objectief uit te leggen, in die zin dat de subjectieve ervaring van de benadeelde van de schade geen rol speelt om tot het bestaan van enige immateriële schade te kunnen concluderen, anders dan subjectief ervaren leed. Het één is een uitingsvorm van het ander. Het is in dit verband nuttig om te onderzoeken wat het begrip ‘ander nadeel dan vermogensschade’ inhoudt, en hoe dit begrip zich verhoudt tot de functies die men zoal aan smartengeld wenst toe te kennen. Het recht op smartengeld is daarbij niet ‘los’ te denken van het aansprakelijkheidsrecht als geheel. Het kent geen ‘eigen’ functies. Om deze reden zal kort de grond van het aansprakelijkheidsrecht en de daaruit af te leiden doelen worden besproken (paragraaf 2.10). Daarna worden de functies van smartengeld en hun verhouding tot het begrip ‘ander nadeel dan vermogensschade’ besproken (paragraaf 2.11). In paragraaf 2.12 volgt de conclusie.

2.3 BEGRIPSVORMING SCHADE EN ANDER NADEEL DAN VERMOGENSSCHADE

2.3.1 Wet(gever) en Hoge Raad over schade en immateriële schade

Het begrip ‘schade’ is in het burgerlijk wetboek noch in de voorbereidende parlementaire stukken gedefinieerd.¹⁰ Enkele wetsbepalingen geven enige richting, maar niet meer dan dat. De in artikel 6:95 BW neergelegde dichotomie legt de anatomie van het schadebegrip slechts zeer beperkt bloot. Er zijn twee soorten schade, vermogensschade en niet-vermogensschade, zoiets moet altijd juist zijn.¹¹ Het onderscheid is theoretisch sluitend, aldus Lindenbergh, maar weinigzeggend, zo kan worden toegevoegd.¹² Uit artikel 6:96 BW volgt dat (zuivere) vermogensschade in ieder geval geleden verlies en gederfde winst kan omvatten, evenals de redelijke kosten ter voorkoming of beperking van de schade, de redelijke kosten ter vaststelling van de schade en de aansprakelijkheid, als ook de redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Ook dit brengt ons niet veel verder.

De Hoge Raad heeft zich in enkele oudere uitspraken uitdrukkelijk daar gelaten welke strekking aan het begrip schade mag worden toegekend.¹³ In zijn arrest van 1 februari 2002 (Van Straaten c.s./Brandts c.s.) overweegt de Hoge Raad in het kader van een beslissing over voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) dat de strekking van de wet erop neerkomt ‘dat aan de benadeelde het feitelijk nadeel dat voor hem uit een tot schadevergoeding verplichtende gebeurtenis voortvloeit, wordt vergoed.’¹⁴

Het begrip ‘nadeel dat niet in vermogensschade bestaat’ wordt in de wet niet nader omljnd. Als werkelijk ideële schade geldt verdriet, bijvoorbeeld het verdriet om de dood van een ander, het verdriet om de dood van een kind, zo wordt opgemerkt in de parlementaire stukken ter voorbereiding op art. 6:106 BW.¹⁵ Tijdens de parlementaire behandeling wordt verder opgemerkt dat ‘[w]ij leven in een tijd waarin “een soort van rechtsgevoel” bestaat, dat ieder gemis of leed uit zuivere rechtvaardigheidsoverwegingen wil doen vergoeden.’¹⁶ In de Toelichting Meijers wordt opgemerkt dat ideële schade bestaat uit pijn en verdriet of uit het feit een litteken te moeten hebben dat

10 In de toelichtende stukken (MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 334-337 en p. 339-340) zijn overigens wel enige beschouwingen te vinden over de abstracte schade(vaststelling).

11 Vgl. Viaene 1976, p. 425.

12 Vgl. Lindenbergh 2008b, nr. 40.

13 HR 29 januari 1937, *NJ* 1937, 570 m.nt. EMM (Voortse Stroom), HR 31 december 1937, *NJ* 1938, 517 m.nt. EEM (Unitas) en HR 14 november 1958, *NJ* 1959, 15 m.nt. LEHR (Clifford Kocq van Breugel/Van Romunde). De Hoge Raad kan overigens wel toetsen of de lagere rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip schade (zie verder paragraaf 2.8).

14 HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 122 (Van Straaten c.s./Brandts c.s.).

15 Handelingen II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 373 (Tendeloo).

16 Handelingen II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 374 (Tendeloo).

voor iedereen zichtbaar is, oftewel uit alles wat niet het vermogen raakt.¹⁷ Ook wordt in de Toelichting Meijers opgemerkt dat met smartengeld het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde kan worden bevredigd.¹⁸

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat hij 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat' in ieder geval verstaat als leed waaronder de pijn, het verdriet en de 'gederfde levensvreugde' die voor het slachtoffer het gevolg zijn van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en als de onmogelijkheid om van het leven te genieten.¹⁹ De term 'gederfde levensvreugde' heeft een meer objectief karakter, in die zin dat de subjectieve beleving van de benadeelde irrelevant lijkt om te kunnen spreken van gederfde levensvreugde van een benadeelde.²⁰ Het verdriet kan onder meer zijn gelegen in het verdriet dat de benadeelde heeft doordat als gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis zijn levensverwachting is bekort.²¹ De Hoge Raad gebruikt ook termen als 'een schokkende ervaring', 'een geschokt rechtsgevoel' en 'spanningen' om de schade waarom het hier gaat te duiden.²²

2.3.2 Enige overkoepelende definities van schade en immateriële schade

In 'oudere' literatuur²³ is een aantal definities van schade te vinden die vermogensschade en 'ander nadeel' onder één noemer brengen.²⁴ Enkele definities trachten het wezen of het gemeenschappelijke van alle denkbare schade in één begrip te vatten. Zo definiëren Meijers, Bruins, Wertheim en Slagter schade als een vermindering in alles wat dient tot bevrediging van behoeften

17 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 375.

18 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 377.

19 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 614 (H./Stichting Gezondheidszorg); HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst).

20 Vgl. Tjittes 2003c, p. 151-152.

21 HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O); HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

22 HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 m.nt. LWH (Naturistengids); HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst); HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 614 (H./Stichting Gezondheidszorg).

23 Het huidige Burgerlijk Wetboek bouwt voor wat betreft het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in belangrijke mate voort op het oude recht (vgl. Bloembergen 1982, p. 52). De 'oude' doctrine over het begrip schade blijft dan ook de moeite van het bespreken waard, hoewel zij op punten verouderd is. In de onderhavige en navolgende paragrafen komen ook opvattingen aan bod over het begrip schade die zijn ontwikkeld onder vigeur van artikel 1401 oud BW ('Elke onregmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden').

24 Volgens Bloembergen (1965, nr. 18), De Groot (1982, p. 123) en Hartkamp & Sieburgh (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 13) is er met een overkoepelende aanpak overigens niets te winnen, bezwaarlijk vinden Hartkamp & Sieburgh het niet, Bloembergen is kritischer, De Groot signaleert slechts.

in de ruimste zin, waaronder zij zowel materiële als immateriële behoeften verstaan.²⁵ De schadevergoeding dient ter opheffing van deze vermindering. De verbintenis tot schadevergoeding is de verplichting tot opheffing, zo is de gedachte.²⁶ De term behoeftebevrediging bevredigt niet. Zij roept het beeld op van een mens als (louter) hedonistisch wezen. Voor zover het shadesubject een rechtspersoon is, is de definitie ook minder treffend. De behoeftebevrediging van een vereniging, dat rijmt niet.

Schade is steeds genotsvermindering, aldus Polak.²⁷ De kanttekeningen die bij het begrip behoeftebevrediging zijn geplaatst gelden als hier ingevoegd. Polak betoogt dat schade gedefinieerd als genotsvermindering duidelijk maakt dat wat doorgaans onder vermogensschade wordt verstaan slechts de in geld uitgedrukte vervangingswaarde van dit genot is, en in die zin secundair. Een economisch-technische waardering van schade is een hulpmiddel ter bepaling van de schadevergoeding en vormt niet het wezen van de zaak, aldus Polak. Alle schade is uiteindelijk immaterieel, zo betoogt hij.²⁸ Eerst als de hulpmiddelen ter waardering van de schade worden ingeroepen, wordt een onderscheid zichtbaar.

Van Opstall definieert schade als de ontneming of vermindering van gunstige mogelijkheden en/of gunstige kansen van de benadeelde als gevolg van een positief of negatief feit.²⁹ Voor zover de schade personenschade betreft, ziet de schade op de doorkruising van gunstige mogelijkheden en/of kansen om geluk, genot, welzijn of welvaart te bereiken. Zo stelt een goede gezondheid iemand in staat inkomen te verwerven, en zo stelt een goede naam iemand in staat om als een geacht persoon in de samenleving te verkeren. Ook in de definitie van Van Opstall lijkt alle schade uiteindelijk immaterieel.³⁰ Ook als een benadeelde in zijn vermogen in economisch-technische zin wordt getroffen herleidt Van Opstall deze schade immers tot verminderde mogelijkheden en/of kansen.³¹

Greebe definieert schade als het nadeel dat iemand lijdt door een inbreuk in zijn belangensfeer. Hij komt tot deze definitie omdat het begrip schade zijns inziens meer moet omvatten dan alleen het nadeel dat het gevolg is van een krenking van een door een bepaald rechtssysteem beschermd belang.³² Schut ziet dit anders. Hij definieert 'juridische' schade als de in abstracto vergoedbare

25 Meijers 1905, p. 351; Bruins 1906, p. 3; Wertheim 1930, p. 11 en Slagter 1952, p. 2.

26 Slagter 1952, p. 6.

27 Polak 1949, p. 21. Zie over het 'normatieve element' van Polaks definitie van schade paragraaf 2.5.1.2).

28 Polak 1949, p. 21 en 26.

29 Een kans is een mogelijkheid van de benadeelde die hij niet of niet alleen door zijn eigen toedoen kan verwezenlijken. Een mogelijkheid of kans is gunstig als deze in het algemeen als gunstig wordt beschouwd. Zie Hofman-Van Opstall 1976, p. 174.

30 Polak 1949, p. 26.

31 Vgl. Hofmann-Van Opstall 1976, p. 175.

32 Greebe 1935, p. 32.

schade geleden in een *rechtens erkend belang*.³³ Zowel Greebe als Schut zwijgen over de vraag wat zoal tot de belangen(sfeer) van een benadeelde kan behoren.³⁴

Drion kiest een ander perspectief. Hij betoogt dat de aard van de schadevergoeding de sleutel biedt tot het schadebegrip, en vice versa. Drion onderscheidt verschillende functies van schadevergoeding, waarmee verschillende typen schade samenhangen. Schadevergoeding kan in Drions optiek inhouden: (i) het in geld goed maken van een vermogensvermindering, (ii) het herstellen van een toestand, (iii) de vergoeding van de kosten van herstel, of (iv) het met geld goedmaken van leed dat men een ander heeft aangedaan. Tegenover deze verschillende vormen van schadevergoeding staan verschillende typen schade. Tegenover (i) staan vermogensverminderingen, tegenover (ii) en (iii) staat schade als aantasting (meestal beschadiging) van lichamelijke zaken waar de

33 Schut 1963, p. 157. Schut noemt drie voorwaarden waaraan schade moet voldoen wil het juridische schade zijn. Voorop staat dat slechts schade aan een legitiem, rechtmatig belang vergoedbaar is. De schade moet daarnaast voldoende zeker zijn. Als de schade zich reeds heeft verwezenlijkt, lijkt deze vraag betekenis te missen. De eis van zekerheid kan worden gesteld voor toekomstige schade, dat wil zeggen, voor die gevallen waarin de nadelige gevolgen nog niet zijn ingetreden (bijvoorbeeld de vraag of een verloren kans zodanig zeker is dat zij schade oplevert). Een derde voorwaarde is dat de schade niet te gering is. 'De hoogte van het recht laat niet toe dat aan onbetekenende schadegevallen betekenis wordt gehecht'; zie verder Schut 1963, p. 159-162. Overigens, ook een benadeelde met een relatief klein (geldelijk) belang moet mijns inziens in rechte gehoor kunnen vinden. Een beperking lijkt niet op haar plaats. Vgl. art. 1:201 PETL: damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.

34 Hier kan worden opgemerkt dat met dit begrip belang iets anders wordt bedoeld dan het voldoende processueel belang dat (tegenwoordig) op voet van art. 3:303 BW is vereist voor het instellen van een vordering. De vraag naar een 3:303-belang is de vraag naar de ontvankelijkheid van de eisende partij. Als een eisende partij geen enkel privaatrechtelijk relevant belang zou hebben bij haar schadevergoedingsvordering, valt niet in te zien waarom de aanwezigheid van de veronderstelde schade nog onderzocht zou moeten worden. Met het vorderen van schadevergoeding bestaat evenwel een 3:303-belang. Uitgangspunt bij de beantwoording van de vraag naar een 3:303-belang vormt immers de veronderstelde rechtpositie van eiser (vgl. Van der Wiel 2004, p. 129). Het antwoord op de vraag of de ingestelde eis hout snijdt, is daarentegen zonder belang. Een uit de duim gezogen rechtsvordering, ingesteld door A tot veroordeling van B tot betaling van 10.000 euro smartengeld, op voet van een gepretendeerde onrechtmatige daad en een 6:106-persoonsaantasting van B jegens A stuit niet af op het ontbreken van een 3:303-belang. Het bereik van de regel 'geen belang, geen actie' lijkt dan ook beperkt. Er zijn evenwel grenzen. Vgl. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (Van Aalten/Vereniging voor Christelijk Wetenschappelijk Onderwijs) waarin de Hoge Raad overweegt dat: 'een zuiver emotioneel belang (...), hoe zwaarwegend ook, niet kan worden aangemerkt als voldoende belang als bedoeld in art. 3:303.' Een andere vraag is, of de benadeelde een rechtmatig belang dient te hebben bij het beschadigde object om van schade te kunnen spreken. Algemeen aanvaard is dat nadeel aan niet-rechtmatige belangen in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt, vgl. Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 6:95, aant. 50 met verdere verwijzingen. Zie voor een uitwerking HR 2 november 2000, NJ 2001, 195 m.nt. ARB (M. B.V./G.). Vgl. ook Hofmann-Drion-Wiersma 1959, p. 136-137. In dit opzicht is schade een normatief begrip, aldus Drion, (zie over de aard van het schadebegrip verder paragraaf 2.5).

gelaedeerde belang bij heeft, tegenover (iv) staat immateriële schade, waaronder Drion onlustgevoelens verstaat.³⁵

Met Maeijer kan geconcludeerd worden dat de meeste schrijvers niet veel verder komen dan te zeggen dat schade nadeel is.³⁶ Erg is dat niet. Duidelijk is dat de meesten a priori geen enkel nadeel van mogelijke vergoedbaarheid rechtens willen uitsluiten, met uitzondering van nadeel aan niet-rechtmatige belangen. Termen als behoeftebevrediging, genot en mogelijkheden of kansen zeggen daarbij vooral iets over wat de schade 'doet' met shadesubjecten (de gelaedeerden), en niet wat schade 'doet' met schadeobjecten.³⁷

De benadering van Schut wijkt af. Hij geeft een definitie van juridische schade. Hij bereikt daarmee dat de vraag naar de vergoedbaarheid ('in abstracto') van de schade aan de orde komt bij de vraag wat schade is en lijkt daarmee uit te gaan van een normatief schadebegrip (zie hierover verder paragraaf 2.5). Drions benadering wijkt ook af. Hij doet geen verwoede poging alle denkbare schade onder één noemer te brengen. Drion legt een direct verband tussen de inhoud van het begrip schade en de functies van schadevergoeding. Deze laatste gedachte spreekt aan (zie voor een verder uitwerking de paragrafen 2.10 e.v.).

Ook Bloembergen benadrukt dat het terugbrengen van alle denkbare schade onder een gezamenlijke noemer zinloos is.³⁸ Bloembergen stelt dat schade kan zien op vermogensverminderingen of op de vermindering in lustgevoelens, waarbij hij vooropstelt dat het begrip schade altijd ziet op een vermindering of nadeel in 'iets'.³⁹

2.3.3 Enige overkoepelende definities van 'ander nadeel dan vermogensschade'

Het begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat wordt in de rechtsgeleerde literatuur stiefmoederlijk bedeed. Enige uitwerking wordt nuttig geacht.⁴⁰ Sommigen zijn het begrip liever kwijt dan rijk.⁴¹ Meestal wordt volstaan met een opsomming van weinig omlijnde *feitelijke* begrippen als 'pijn', 'verdriet' en 'gederfde levensvreugde'. De omschrijving 'vermindering van welzijn' lijkt vooralsnog de meest treffende, want meest omvattende, feitelijke omschrijving.⁴² Hartkamp volstaat, zoals de meeste auteurs, met enkele om-

35 Hofmann-Drion-Wiersma 1959, p. 136.

36 Maeijer 1962, p. 68.

37 Schade geleden door rechtspersonen buiten beschouwing gelaten.

38 Evenals Hartkamp en Sieburgh. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 13.

39 Bloembergen 1965, nr. 11 en 18.

40 Vgl. Lindenberg 1998, p. 83-84.

41 Zie Verheij 2002, p. 445-485. Zie over deze en andere functies van smartengeld nader paragraaf 2.9.

42 Vgl. Overeem 1979, p. 1; Lindenberg 1998, p. 84.

schrijvingen van nadeel waar het om zou kunnen gaan.⁴³ Hij noemt lichamelijke pijn en geestelijk leed, angst en vermindering van levensvreugde als voorbeelden van immateriële schade. Verheij spreekt kortweg van leed of smart.⁴⁴ Niet-vermogensschade wordt in de literatuur ook omschreven als een 'grote onaangenaamheid', een vermindering van lustgevoelens, een 'zich uneasy voelen' van de benadeelde, of een vermindering van de 'condition humaine'.⁴⁵ Meijers ziet ideële schade als de schade, aangebracht ten opzichte van de bevrediging van onze behoeften of ter voorkoming van leed, onverschillig welke behoeften of welk leed dit betreft (fysiek, intellectueel of moreel).⁴⁶ Volgens Greebe gaat het om elk als leed gevoelde inbreuk in het psychisch zowel als het fysisch gevoelsleven.⁴⁷ Werkelijk onstoffelijke schade is altijd terug te brengen op smartelijke gevoelens, aldus Wolfsbergen.⁴⁸ Overeem noemt als immateriële schade de aantasting van de gezondheid in de zin van afwezigheid van ziekte of gebrek als ook de aantasting van de toestand van volledig lichamelijk, psychisch en sociaal welzijn of zich welbevinden.⁴⁹ Lindenbergh spreekt in navolging van Overeem van een vermindering van welzijn.⁵⁰

2.3.4 Nadere beschouwing: 'vermindering van welzijn'

Welzijn kan worden omschreven als een goede lichamelijke en geestelijke gezondheid, of het zich welbevinden in onstoffelijk opzicht (Van Dale). De rijke inhoud van het begrip 'welzijn' is niet eenvoudig in kaart te brengen. Het zedelijk en affectief vermogen van de mens lijkt geen grenzen te kennen, aldus Ronse.⁵¹ En hoewel in het algemeen gesproken kan worden over het welzijn van een persoon en de toe- of afname daarvan, wekt het begrip 'welzijn' in de context van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht de suggestie dat het uiteenlopende immateriële nadeel waar het hier om gaat onder één noemer kan worden gebracht, terwijl er veel voor valt te zeggen om nu juist te expliciteren dat de waarden of de verminderingen waar het om gaat als gesproken wordt over 'ander nadeel dan vermogensschade' onderling onvergelijkbaar zijn en dat de vergoeding van die schade ook andere functies kan hebben. Bovendien wekt het begrip welzijn de indruk dat het

43 Asser-Hartkamp 4-I, nr. 464.

44 Verheij 2002, nr. 359.

45 Zie respectievelijk: Drucker 1889, p. 2; Bloembergen 1965, nr. 18; Schoordijk 1979, p. 265; Leijten 1999, p. 28.

46 Meijers 1905, p. 397.

47 Greebe 1935, p. 33.

48 Wolfsbergen 1946, p. 187.

49 Overeem 1979, p. 1.

50 Lindenbergh 1998, p. 84.

51 Ronse 1954, p. 372.

nadeel waar het hier om gaat zich steeds psychisch laat salderen met welzijnsvermeerderingen van geheel andere aard.

Een tegenpool van welzijn, waaruit dan zou blijken wat welzijnsschade is, is bovendien nog niet zo makkelijk te vinden. Iedere 'negatie' van welzijn drijft naar een moeras van menselijke problematiek waarvan onmogelijk een hanteerbare kaart kan worden gemaakt, aldus Ronse.⁵² Geheel onmogelijk lijkt dit evenwel niet. Bij welzijnsverminderingen valt immers te denken aan negatieve gevoelens zoals pijn, verdriet, ergernis, woede, walging, schaamte, angst, onzekerheid en minderwaardigheidsgevoelens. In de tweede plaats kan worden gedacht aan veranderingen die niet zozeer betrekking hebben op de gevoelens van een persoon maar die desalniettemin als een vermindering van zijn welzijn kunnen worden gezien; te noemen zijn slapeloosheid, ontsiering van het lichaam, een geschade eer of een aangetaste goede naam, karakterveranderingen, gemis aan bewegingsvrijheid en gederfde levensvreugde als gevolg van 'de inperking van mogelijkheden' of als gevolg van een verminderde levensverwachting.⁵³ Doorgaans kan het recht met deze niet-vastomlijnde begrippen uit de voeten. De genoemde termen geven een globaal beeld van wat 'ander nadeel dan vermogensschade' inhoudt. Afbakening geven zij evenwel nauwelijks.⁵⁴

2.3.5 Voer voor psychologen?

De betekenis van 'welzijn' naar spraakgebruik of naar maatschappelijke opvattingen, of zoals zij is ingevuld in de rechtspraak is niet toereikend voor de verdere inkleuring van het begrip. Kan een andere bron worden gevonden? De invloed van de psychologie op de ontwikkeling van het begrip is bijvoorbeeld buitengewoon beperkt geweest, aldus Verheij. Hij merkt op:

'Hoogstens heeft de opkomst van de psychologie het gebruik van de fictie in de hand gewerkt dat steeds als smartengeld wordt toegekend sprake is van leed, maar dat is niet meer dan een hypothese.'⁵⁵

De ontwikkeling van het begrip 'ander nadeel dan vermogensschade' kan wellicht baat hebben bij onder meer inzichten uit de psychologie. De psychologie houdt zich immers bezig met de bestudering van het menselijk gedrag en de menselijke beleving en stelt zich ten doel haar verworven inzichten dienstbaar te maken aan zowel het persoonlijk als het maatschappelijk welzijn.

52 Vgl. Viaene 1976, p. 217.

53 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 13; Lindenberg 1998, p. 83-84.

54 Vgl. Verheij 2002, p. 443.

55 Vgl. Verheij 2002, p. 444.

Dat de psychologie het nodige kan zeggen over welzijn, is duidelijk. Het is wel de vraag of de psychologie zich reeds heeft bekreund over de vraag wat het rechtsbegrip 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat' is. Het is niettemin een aardige suggestie dat de psychologie op dit gebied ondersteunend onderzoek zou kunnen verrichten.⁵⁶ Toch moet niet te veel worden verwacht van dergelijk onderzoek, bijvoorbeeld naar de relatie tussen aantastingen in de persoon buiten gevallen van psychisch of lichamelijk letsel en de vermindering van welzijn, met onderzoekshypotheses van het type: 'leidt het gedurende een aantal uren verkeren in de eigen woning in een zeer bedreigende situatie waarbij tevergeefs wordt gewacht op bijstand en hulp van de politie tot een vermindering van welzijn?'⁵⁷

Bedacht moet bovendien steeds worden dat iedere wetenschappelijke discipline zo zijn eigen manier van werken heeft hetgeen meebrengt dat een onvoorwaardelijke binding aan deze wetenschappelijke inzichten 'in het juridische' sowieso lijkt uitgesloten.⁵⁸ Het geheel van wetenschappelijke inzichten omtrent schade moet een normale plaats kunnen vinden in de feitelijke opvattingen die in het rechtsbegrip 'schade' tot uitdrukking kunnen komen.⁵⁹ Wetenschappelijke inzichten uit de psychologie kunnen niet meer bieden dan aanknopingspunten ter invulling van het 'feitelijke' deel van het begrip schade in bepaalde gevallen. Het feitelijke deel wordt immers mede naar in de maatschappij levende opvattingen en inzichten gemodelleerd (zie hierna paragraaf 2.5).⁶⁰

2.3.6 Negatief en open begrip heeft de voorkeur

Het begrip 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat' is een 'negatief' en 'open' begrip, in die zin dat het aangeeft waar het *niet* om gaat en geen enkele

56 In het midden kan blijven hoeveel waarde in juridisch Nederland gehecht zal worden aan de resultaten van psychologisch onderzoek, in de ogen van Nieuwenhuis 'een wetenschap die uit de tweede geldstroom een hoeveelheid geld weet te putten, omgekeerd evenredig aan haar maatschappelijk belang.' Of Nieuwenhuis het bedrag hoog of laag acht, kan eveneens in het midden blijven. Zie Nieuwenhuis 2007, p. 178.

57 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 m.nt. JBMV (Groningen/Lammerts).

58 Viaene 1976, p. 237.

59 Viaene 1976, p. 238.

60 Overigens, de materiële en immateriële behoeften van slachtoffers en naasten met betrekking tot het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zijn (en worden) inmiddels empirisch onderzocht. Het gaat er dan vooral om de vraag of, en zo ja, in hoeverre het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als (compensatie)systeem aan de behoeften en verwachtingen van slachtoffers tegemoet komt, of dat het die behoeften juist ondermijnt. Het Interfacultair samenwerkingsverband 'Gezondheid en Recht' van de Vrije Universiteit van Amsterdam deed van 2006 tot 2008 onderzoek naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht. Zie Huver, Van Wees, Akkermans & Elbers 2007 en Akkermans e.a. 2008.

afbakening kent anders dan tot vermogensschade.⁶¹ Naar een 'positief' en 'gesloten' begrip, waaruit zou moeten blijken waar het bij immateriële schade *wel* om gaat, wordt in het navolgende niet verder gezocht. Een sluitende omschrijving is niet te geven, daarvoor is het bereik van het begrip 'ander nadeel dan vermogensschade' te groot. Zij lijkt bovendien weinig zinvol, want, gezien haar benodigde reikwijdte, weinig richtinggevend.⁶² Desalniettemin bestaat het gevaar dat met een 'positieve' definitie bepaalde schade(objecten) ten onrechte wordt buitengesloten. Bovendien lijkt het minder zinvol een 'positieve' definitie te formuleren voor iets waarvoor, gelet op het wettelijk stelsel, in beginsel geen vergoeding mogelijk is. Een nauwkeurige staalkaart van vormen van nadeel die kunnen kwalificeren als een 'vermindering van welzijn' ligt minder voor de hand. Het resultaat is immers een ruime catalogus van schadeposten die niet kwalificeren als vermogensschade, en derhalve in beginsel geen recht geven op vergoeding. Een negatieve en open definitie van de schade waar het hier om gaat, verdient ondanks haar onmiskenbare zwakte mijns inziens de voorkeur.⁶³

Nu de wet vergoeding van 'ander nadeel dan vermogensschade' in beginsel uitsluit, hoeft niet te worden gevreesd voor een stortvloed aan claims voor onbeduidende immateriële schade. Niet gezegd is overigens dat iedere achteruitgang of vermindering die niet is te herleiden tot een vermogensvermindering *dus* kan kwalificeren als ander nadeel dan vermogensschade.⁶⁴ Een dergelijke opvatting – hoewel theoretisch misschien verdedigbaar – sluit de ogen voor de context waarbinnen het begrip 'ander nadeel dan vermogensschade' wordt gebruikt. Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en meer in het bijzonder de wettelijke bepalingen waarin het begrip 'ander nadeel' of varianten daarop voorkomt, bepalen steeds het perspectief waaronder naar de schade waar het hier om gaat, wordt gekeken.

2.4 DE STRUCTUUR VAN HET BEGRIP SCHADE

Schade wordt tegenwoordig omschreven als een (i) vermindering (synoniem: nadeel) van een (ii) object of, nog iets vager, als een vermindering in iets.⁶⁵ Deze omschrijvingen houden verder weinig beperkingen in. Viaene:

61 Vermogensschade in economisch-technische zin.

62 Sterker, 'Omnis definitio in iure civili periculosa est'. Iedere definitie is in het geldend recht gevaarlijk.' D. 50,17, 202 (vertaling Spruit 2001).

63 Vgl. t.a.v. het Duitse recht Ady 2004, p. 25. 'Die negative und offene Definition ist daher trotz ihrer unverkennbaren Schwächen vorzuziehen'.

64 Enigszins anders Lindenberg 1998, p. 83. Hij lijkt van mening dat althans 'theoretisch' ieder ander nadeel dat niet tot het vermogen is te brengen onder de omschrijving 'ander nadeel dan vermogensschade' kan worden gebracht.

65 Vgl. Bloembergen 1965, nr. 9; De Groot 1982, p. 122; Bloembergen/Lindenberg 2001, nr. 33; Hartlief 2006, nr. 200; Lindenberg 2008b, nr. 33.

‘alle wereldse zijn en alle wereldse waarden [kunnen] het voorwerp uitmaken van schade. (...) iedere auto, ieder paard, elk water, iedere arm, iedere lichaamsbeleving, ieder loon, iedere faam, iedere geestelijke gesteltenis, iedere schoonheid, ieder vitaliteit, kortom dat alles doorheen de tijd minder goed kan worden dan het zou geweest zijn ware er geen beschadigde oorzaak opgetreden. Dat schade niets anders is dan een verhaasting van de normale vergankelijkheid van alle wereldse dingen.’⁶⁶

Alles wat tot onze wereld (en ver daarbuiten) behoort, kan schade lijden, niet alleen personen, zaken of iemands ‘zuivere’ vermogen, maar ook het milieu, de staat of het gezin. Aangenomen mag worden dat alle denkbare potentiële objecten van schade onmogelijk tot één gemeenschappelijke noemer kunnen worden herleid, althans een zoektocht naar die noemer lijkt zinloos. Echter, met al die potentieel beschadigbare objecten gebeurt iets gelijkvormigs zodra zij schade ondergaan.⁶⁷ Structureel vertonen zij steeds hetzelfde beeld, waardoor de schade zichtbaar wordt. Deze structuur wordt hierna onderzocht.⁶⁸

2.4.1 De schadevergoedingsaanspraak komt een rechtssubject (persoon) toe

In het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is het steeds te doen om de vraag of een schadevergoedingsaanspraak bestaat, en zo ja, voor hoeveel.⁶⁹ Naast dat er iets is dat schade lijdt, dient er iemand te zijn die daarvoor schadevergoeding kan vorderen. Lange:

‘Der Schadensersatzanspruch steht einem Rechtssubjekt zu, und insofern bezieht sich der Begriff des Schadens notwendiger Weise auf eine Person.’⁷⁰

Een kenmerkend element van het begrip schade zoals dat in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht wordt gehanteerd is dat het steeds in relatie staat tot een rechtssubject dat deze schade heeft geleden, en dat daarvoor vergoeding zoekt. Dit perkt het aantal potentiële schadeobjecten enigszins in.

⁶⁶ Vgl. Vandeweerd & Viaene 2001, p. 183; vgl. ook Viaene 1976, p. 393-394.

⁶⁷ Vgl. Viaene 1976, p. 257.

⁶⁸ Vgl. Bloembergen 1965, nr. 12-15; Viaene 1976, p. 257-391; De Groot 1982, p. 122-123; Lindenberg 2008b, nr. 33. De te bespreken structurelementen kunnen worden gezien als stappen die moeten worden gezet om het begrip schade ‘te realiseren’, aldus De Groot (1982, p. 123). Hij spreekt daarom van ‘operationele termen’.

⁶⁹ Andere remedies blijven buiten beschouwing, zie daarover Van Nispen 2003, nr. 5-11.

⁷⁰ Lange 1990, p. 41.

2.4.2 Causaal, vergelijkings-, hypothetisch element

De omschrijving van schade als een vermindering in een object is terug te voeren op de 'Differenzhypothese' van Mommsen.⁷¹ Hij definieert het begrip 'Interesse' (belang) als:⁷²

'die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde.'⁷³

Zonder vermogensschade, geen belang, aldus Mommsen. Zijn definitie is minder bruikbaar voor zover slechts het vermogen van een persoon als schade-lijdend object centraal staat. Mommsens vergelijkingsmethode legt evenwel ook de structuur van het schadebegrip bloot.⁷⁴ Met name Bloembergen heeft

⁷¹ Vgl. Bloembergen 1965, nr. 11; zie ook Barendrecht e.a. 1995, p. 12.

⁷² Hoewel Mommsen een technische definitie geeft van het begrip 'Interesse' (belang), wordt hij als de grondlegger van het 'moderne' schadebegrip gezien, vgl. Bloembergen 1965, nr. 11.

⁷³ Overigens preciseert Mommsen deze definitie in die zin dat het om een vergelijking met het 'gegenwärtigen Vermögen einer Person' zou moeten gaan. Mommsen 1855, p. 3. Zie voor een toepassing Gerechtshof Leeuwarden 19 december 2007, *LJN* BC1135 (appellante/Spruyt). Het Hof stelt de schade vast: '[u]itgaande van de formule dat de omvang van de schade gelijk staat aan het verschil tussen de vermogensrechtelijke toestand na de norm-schending en de hypothetische toestand waarin elke normschending zou zijn uitgebleven (...)'. Vgl. ook HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 168 (Interplant/Oldenburger): '(...) voor de bepaling van de omvang van de schadevergoeding ter zake van een onrechtmatige daad als de onderhavige uitgegaan moet worden van een vergelijking van de situatie waarin de benadeelde als gevolg van de onrechtmatige daad verkeert, met de situatie waarin hij zonder de onrechtmatige daad zou hebben verkeerdt.'

⁷⁴ Ronse (1954, p. 372) ziet geen ruimte voor een vergelijking als het object van schade niet het vermogen van de benadeelde treft maar immaterieel is. De schade is dan geleden in de persoon van de benadeelde zelf, in zijn gevoelsleven, of in zijn geestelijk of zedelijk bezit. Men bevindt zich dan voor een werkelijkheid die voor een gelijkaardige vergelijking niet vatbaar is, aldus Ronse. Hier kan tegen worden aangevoerd dat in ieder geval moet worden vastgesteld dat 'de werkelijkheid' een wending heeft genomen die zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis – een normschending – was uitgebleven. Vgl. ook Hartkamp in zijn conclusie voor het *Wrongful Life*-arrest onder 53: 'een element van vergelijking bestaat hier uiteraard ook: zonder de handicaps in kwestie zou geen sprake zijn geweest van leed of een geschokt rechtsgevoel.' Hij vervolgt: 'Maar deze vergelijking heeft geen functie bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding; die is veelal gerelateerd aan factoren als de aard van de geschonden norm en van het geschonden belang (...)'. HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. JBMV. Zie over de vaststelling van smartengeld verder hoofdstuk 3.

deze structuur van het begrip schade verder uitgewerkt.⁷⁵ In ieder geval drie structuurelementen kunnen uit Mommsens definitie worden afgeleid, te weten een causaal, een vergelijkings- en een hypothetisch element.

Het causale element schuilt hierin dat schade niet uit het niets ontstaat, maar door de tussenkomst ('Dazwischenkunft') van een voorval (de schadeveroorzakende gebeurtenis). Dit causale element kan worden onderscheiden van het 'condicio sine qua non'-verband dat steeds is vereist tussen de schade en de normschending om een schadevergoedingsplicht te kunnen aannemen. Het causale element binnen het begrip schade maakt duidelijk dat het schadebegrip bij een feitencomplex aanhaakt. Als gesproken wordt over schade in juridische zin is het feitencomplex waarbij wordt aangehaakt steeds te kwalificeren als een normschending die aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend. In het begrip schade is ook een element van vergelijking aan te wijzen. Schade duidt immers steeds op een verschil ('Differenz') tussen twee toestanden. Een verschil kan alleen aan het licht komen door een vergelijking tussen twee toestanden te maken. Ten slotte kent de definitie van Mommsen een hypothetisch element. Steeds wordt een bepaalde toestand 'in einem gegebenen Zeitpunkte' vergeleken met een hypothetische toestand, (vergelijk de zinsnede: 'in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte *haben würde*') namelijk de toestand zonder de normschending, althans zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis. Een enkeling stelt dat het begrip schade met deze drie elementen genoegzaam is omschreven.⁷⁶

2.4.3 Waarderingselement

Het element vermindering binnen het begrip schade is niet afdoende geanalyseerd met de blootlegging van het causale, vergelijkings- en hypothetische element.⁷⁷ De besproken structuurelementen duiden immers slechts op een verandering. Zij suggereren dat de vermindering aan het licht zal komen door een enkele vergelijking. De drie genoemde elementen zijn echter ook aan te wijzen in het begrip vermeerdering. Met het blootleggen van de structuur van het schadebegrip, blijft onduidelijk wat schade is.

In het begrip vermindering is dan ook steeds een waarderingselement aan te wijzen. De Belgische auteur Viaene spreekt van een waardedimensie. Viaene en Vanderweerdts betrekken de axiologie (de algemene waardeleer) in hun beschouwingen over schade.⁷⁸ Zonder waarde geen vermindering, zo betogen

⁷⁵ Vgl. Bloembergen 1965, nr. 11.

⁷⁶ Vgl. De Groot 1982, p. 123.

⁷⁷ Anders Bloembergen 1965, nr. 16.

⁷⁸ De verschillende structuurelementen (zie paragraaf 2.4) en dimensies van het schadebegrip zijn ver doorgedacht door de Belg Viaene (met LaHaye en Van Steenberghe) in het kader van de zogenaamde universele empirische schadeleer. Deze leer richt zich op kennis van schade en op het beleid dat schade bestrijdt. De leer is universeel omdat zij het hele univer-

zij.⁷⁹ Het schadebegrip kan daarom niet zonder enige axiologie.⁸⁰ De twee uiterste polen binnen de axiologie, de objectivistische theorie (de waarde kleeft aan de dingen) en de subjectivistische theorie (waarde is een zuiver psychologische beleving) zijn echter niet bruikbaar. Viaene en Vanderweerdts:

‘Waarden ontstaan in de interactie tussen het subject en zijn omgeving. Omdat in het environment van de mens op de eerst plaats de medemens voorkomt, heeft elke waarde steeds een sterk sociale inhoud. De waarden van de groep zijn derhalve in grote mate ook de waarden van de leden, want ze ontstaan tussen hen. Daarom ook is er onder mensen overeenstemming over waarden mogelijk.’⁸¹

Een schadeobject dient enige waarde te hebben en moet ook vatbaar zijn voor meerdere ‘niveaus’ binnen deze waarde. Als naar een lager waardeniveau wordt afgedaald, kan worden gesproken van een vermindering. Wat zijn waarden in dit verband? Te denken valt aan begrippen als ‘aangenaam’, ‘nuttig’, ‘mooi’, ‘waar’, ‘moreel’, enzovoort. Problematisch is dat er geen consensus bestaat over de indeling van waarden. Bovendien gaat het bepalen van de waardeniveaus met grote onzekerheid gepaard. Daarnaast zijn er niet altijd standaarden voorhanden om het waardeverlies te meten.⁸² Vaak kan een waarde slechts kwalitatief worden uitgedrukt. Geld is de enige kwantitatieve maatstaf, bijvoorbeeld als standaard voor nutswaarde. Geld ontsnapt evenwel zelf ook niet aan de sociale evaluatie van zijn nuttigheid, en bezit daardoor zelf geen vaste waarde.⁸³ Viaene en Vandeweerdts benadrukken om deze redenen het onvermijdelijk onzekere axiologische karakter van schade.⁸⁴

De Belgische auteur Simoens wijst erop dat het begrip ‘waarde’ als synoniem aan het begrip ‘belang’ kan worden beschouwd. Hij acht het begrip belang in zekere zin bruikbaar vanwege het Franse equivalent ‘intérêt’. Waarden ontstaan door de ‘interesse’ die de mens heeft voor de wereld en de ‘interesse’ van de wereld voor hem, aldus Simoens. Zo gezien bestaat er

sum van beschadigbare objecten bestrijkt en een breder bereik heeft dan alleen het burgerlijk recht (zie evenwel voor een toepassing in het Belgisch burgerlijk recht Simoens 1999, p. 24-34). De leer is empirisch omdat zij is gestoeld op een schade-inhoud die in de werkelijkheid wordt gezocht en nergens anders, daarnaast is de leer uitgesproken inductief van aard (zie over het feitelijk schadebegrip paragraaf 2.5.2.1).. *Schadebeleid* dient in hun visie primair gericht te zijn op preventie, en eerst daarna op schadeloosstelling in de vorm van herstel en/of compensatie. Vgl. Vandeweerdts & Viaene 2001 p. 179; Viaene 1976 p. 251.

79 Vandeweerdts & Viaene 2001, p. 186; vgl. HR 20 september 1985, NJ 1986, 211 (Meerstool).

80 Zie over axiologie: <<http://plato.stanford.edu/entries/value-theory/>>.

81 Vandeweerdts & Viaene 2001, p.186.

82 De waarde zelf is bipolair. Dat wil zeggen, er bestaat steeds een positieve en een negatieve pool voor dezelfde waarde, zoals aangenaam/onaangenaam, nuttig/nutteloos, mooi/lelijk, moreel/immoreel enz.

83 Gewoonlijk wordt in dit probleem voorzien door te corrigeren voor het Consumenten Prijs Indexcijfer.

84 Vandeweerdts & Viaene 2001, p. 187.

alleen menselijke schade, aldus Simoens. Een zaak kan alleen enige schade oplopen als zij voor een menselijk wezen enige waarde bezit. Een res nullius kan veranderen maar geen schade oplopen, aldus Simoens.⁸⁵

Mijns inziens zeggen Viaene, Vandeweerd en Simoens niet veel meer dan dat schade een kwestie is van waardering. Als we het hebben over waarden, niet in axiologische zin, maar in sociologische zin, wordt dit duidelijker. Waarden worden in de sociologie wel gedefinieerd als: 'collectieve voorstellingen die in de maatschappij of binnen een bepaalde groep in de maatschappij bestaan omtrent wat waardevol of goed is en daarom het waard is om na te streven.'⁸⁶ Mijns inzien geldt voor de waardering van beschadigde objecten iets soortgelijks, ook de waarde van die objecten is gelegen in collectieve veronderstellingen daaromtrent. Gezegd kan worden dat de kwalificatie van een bepaalde toestand van een object als een vermindering steeds een waardering van een 'verdwenen' toestand behelst. Immers, 'Der wirkliche (natürliche) Schaden (...) ist kein Seiendes, sondern zeigt auf Nichtseiendes hin.'⁸⁷ Schade is steeds 'ein Produkt menschlicher Überlegungen'.⁸⁸ Hiermee is evenwel nog niet gezegd wat in juridische zin als schade kan worden aangemerkt.

2.5 AARD BEGRIP SCHADE

In de literatuur bestaat verschil van mening over de aard van het begrip schade. Het debat draait om de vraag of schade een zuiver feitelijk begrip⁸⁹

⁸⁵ Simoens 1999, p. 27-28.

⁸⁶ De Jager & Mok 1983, p. 412.

⁸⁷ Reinecke 1968, p. 17; zie ook Müller 2007, p. 74.

⁸⁸ Lange & Schiemann 2003, p. 38.

⁸⁹ Als het begrip 'feitelijk' wordt verstaan als 'het karakter van een feit dragend', roept dat de vraag op wat feiten zijn. Als feiten worden onderscheiden van het recht gaat het bij feiten om gebeurtenissen, situaties, kortom de waarneembare werkelijkheid, maar ook om gemoedstoestanden, opvattingen, indrukken en psychische toestanden. Recht heeft daarentegen betrekking op de normen die op de feiten worden toegepast, aldus Asser (2003, p. 39), die zijn uitspraak doet in verband met het onderscheid tussen feit en recht in cassatie (zie ook paragraaf 2.7.1). Het rechtsbegrip schade is in die zin normatief te noemen.

is of een normatief begrip.⁹⁰ De feitelijke visie heeft de oudste papieren.⁹¹ Het debat kent twee agendapunten.

Het eerste agendapunt ziet op de vraag op welke wijze de inhoud van het begrip schade kan worden vastgesteld. De vraag is dan of de inhoud van dit rechtsbegrip louter langs feitelijke weg moet worden gevonden (haar alledaagse betekenis of haar meer technische betekenis, welke desnoods te achterhalen is door opinieonderzoek of deskundigenbericht), of dat deze inhoud ook langs andere, meer normatieve, wegen kan worden bepaald? Duidelijk is dat de feitelijke benadering ook een normatieve component kent. Immers, aan de hand van de in het maatschappelijk verkeer levende opvattingen omtrent schade, anders gezegd aan de hand van feitelijke of maatschappelijke maatstaven (het Latijnse 'norma' betekent zoveel als maatstaf) dient te worden bepaald wat de schade is.⁹² Deze kwestie wordt in de paragraaf 2.7 evenwel nader onderzocht en uitgewerkt.

Van de bovenstaande vraag is te onderscheiden (maar niet altijd even goed te scheiden) de vraag of om van schade – in juridische zin – te kunnen spreken het steeds een eis is dat door aanspraken gedekte rechtsbelangen zijn aangetast. Deze vraag wordt in paragraaf 2.6 nader onderzocht. Het onderscheid feitelijk/normatief suggereert overigens een eenheid van opvattingen binnen de feitelijke respectievelijk de juridische of normatieve benadering die niet bestaat. Iedere auteur legt zijn eigen accenten.

De aard van het schadebegrip houdt de gemoederen al enige tijd bezig.⁹³ Debet is dat het debat tot op zekere hoogte een strijd is om des keizers baard.⁹⁴ De verschillende dogmatische benaderingen leiden in de praktijk niet tot wezenlijk andere resultaten. Over één ding lijken de meningen namelijk niet verdeeld: in het schadevergoedingsrecht moeten op enig moment normatie-

90 Het begrip 'normatief' wordt in meerdere betekenissen gebruikt. Normatief betekent in de eerste plaats een norm (een manier van handelen waarnaar een categorie van personen zich kan of moet richten) bevattend of stellend, maatgevend, prescriptief. Een rechterlijke uitspraak is normatief in die zin dat zij met bindende kracht iets oplegt, de uitspraak wordt de norm. Normatief wordt ook opgevat als behoren, zonder dat daarmee enige binding wordt beoogd. Normatief wordt daarnaast tegenover feitelijk geplaatst. In een meer feitelijke visie op het begrip schade ligt de nadruk op de feitelijke natuurlijke gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis. In een meer normatieve of juridische opvatting wordt de inhoud van het begrip 'schade' in belangrijke mate door normen bepaald en, in de woorden van Lindenberg, dus door keuzes voor wenselijke oplossingen. Vgl. Lindenberg 2008b, nr. 32.

91 Paulus D. 50,17,24, 'Quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit'. Hoe groot iemands belang is, is een feitelijke niet een juridische kwestie (vertaling Spruit 2001). Zie ook Lange 1990, p. 30.

92 Vgl. Van Dunné 2001, p. 663; vgl. Barendrecht 1985, p. 792.

93 Noemt Van Dunné (2004, p. 663) aanvaarding van een normatief, juridisch begrip de heersende leer, Janssen (2007, p. 99-100) bespeurt een kentering. Het geluid verstomt van hen die betogen dat schade een normatief begrip is, aldus Janssen.

94 Vgl. Spier 1998, p. 7.

ve keuzen worden gemaakt.⁹⁵ De bepaling van de hoogte van schadevergoeding is geen loutere 'technicité'. Zij herbergt vroeger, reeds bij de vaststelling van de inhoud van de schade in abstracto, of later, dan toch in ieder geval bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding in concreto, normatieve beslissingen.⁹⁶ Desalniettemin dient positie te worden bepaald in het debat. Naar zal blijken, heeft de keuze gevolgen voor de bepaling van de inhoud van het begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.⁹⁷

2.6 ONDERZOEK NAAR AANSPRAAKELEMENT

2.6.1 Van Goudoever: schade is juridieke schade

Van Goudoever's idee over schade verdient vermelding omdat het min of meer als startpunt kan gelden van de huidige controverse.⁹⁸ Van Goudoever pleit voor een 'juridiek' schadebegrip in het kader van zijn betoog dat binnen art. 1401 oud BW slechts behoefte bestaat aan het element schuld en niet ook aan het element onrechtmatigheid.⁹⁹ De Hoge Raad had in *Lindenbaum/Cohen* uitgemaakt:

'dat onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat òf inbreuk maakt op eens anders recht, òf in strijd is met des daders rechtsplicht òf indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, terwijl hij door wiens schuld tengevolge dier daad aan een ander schade wordt toegebracht, tot vergoeding daarvan verplicht is.'¹⁰⁰

⁹⁵ Vgl. *Barendrecht* 1985, p. 792.

⁹⁶ *Barendrecht* duidt het debat over de aard van het schadebegrip als deels van terminologische aard. 'Het gaat uiteindelijk om hetzelfde proces, namelijk het koppelen van een bepaald bedrag aan schadevergoeding, aan een bepaald feitencomplex. Of je nu dat feitencomplex of dat bedrag schade noemt, is in beginsel om het even.' *Barendrecht* e.a. 1995, p. 14.

⁹⁷ Vgl. *Ronse* 1954, p. 36-37.

⁹⁸ Zie evenwel ook reeds *Bruins* (1906, p.4) die opmerkt dat over de kwestie of het begrip schade 'in juridischen zin' een bijzondere betekenis toekomt, verschil van opvatting bestaat.

⁹⁹ Van Goudoever 1938 p. 505. In zijn bewerking van het deel *Verbintenissenrecht* in de *Asser-serie* merkt Van Goudoever bovendien op in het kader van schadevergoeding bij wanprestatie: 'Onder schade is het nadeel te verstaan, dat iemand in een deel van zijn vermogen of in een ander, door het recht beschermd, belang heeft geleden. Schadevergoeding is het herstel van dat nadeel.' *Asser-Van Goudoever* 1913, p. 182. *Polak* (1961, p. 85) wijst erop dat voor zover hem bekend de omschrijving van Van Goudoever geen oppositie heeft uitgelokt. Dit in tegenstelling tot de zienswijze van *Polak* zelf, zie hierna paragraaf 2.5.1.2. Zie *Sieburgh* (2000, p. 38-42 en p. 101-146) over de (historische) positie van het schuldbegrip, waaronder de discussie over de zelfstandige betekenis van de elementen onrechtmatigheid en schuld binnen de onrechtmatige daadsfiguur.

¹⁰⁰ HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 m.nt. *Molengraaff* (*Lindenbaum/Cohen*).

Van Goudoever stelt dat er in de overmatige aandacht voor het element onrechtmatigheid binnen art. 1401 oud BW naar twee kanten toe gevaar bestaat.¹⁰¹

‘Enerzijds verwerd de “schuld” daarbij tot “verwijtbaarheid”, en anderzijds leidde die aandacht af van den eisch, dat het falen juridieke schade moest hebben veroorzaakt.’

Het is de vraag, aldus Van Goudoever, of toegebracht nadeel ‘schade’ mag heten en daarmee voor vergoeding in aanmerking kan komen, of dat het enkel maar ‘vervlogen hoop’ was.¹⁰² Van Goudoever neemt een aanspaalement op (een ‘juridiek’ element) in zijn schadebegrip in zijn strijd tegen het element ‘onrechtmatigheid’.¹⁰³ Hij heeft geen behoefte aan dit element omdat hij met een ruim schuldbegrip en een normatief (juridiek) schadebegrip voldoende uit de voeten kan.

De kwalificatie van de daad als onrechtmatig en de (kwalificatie van) de mogelijk daardoor veroorzaakte schade worden naar oud en geldend recht onderscheiden. In de Parlementaire Geschiedenis wordt hierover opgemerkt:

‘Men kan de onrechtmatigheid, als vereiste voor de buiten-contractuele aansprakelijkheid, óf betrekken op de gedraging van de dader óf op de door deze gedraging veroorzaakte toestand. (...) Het ontwerp (...) ziet evenals het bestaande Nederlandse wetboek sinds 1838, de onrechtmatigheid als een kwalificatie van de daad.’¹⁰⁴

Deze zienswijze brengt mee dat bij afwezigheid van schade de onrechtmatige daad toch geredigeerd kan worden.¹⁰⁵

De definitie van schade van Van Goudoever past niet in het systeem van artikel 1401 oud BW en evenmin in het systeem van artikel 6:162 jo. 6:163 BW jo. afdeling 6.1.10 BW.¹⁰⁶ Het strekt te ver om binnen het bestek van dit onderzoek Van Goudoever’s pleidooi om de ‘bedriegelijken Spiegel der Onrechtmatigheid’ te vervangen door ‘den zuiveren en diepen, in soberheid schoonen Spiegel der Schulden’ verder te onderzoeken.¹⁰⁷

101 Overigens leidt Van Goudoever uit HR 2 december 1904, W 8150 af dat de Hoge Raad toentertijd uitging van een juridisch schadebegrip. Van Goudoever 1938, p. 492-493.

102 Van Goudoever 1938, p. 480.

103 Vgl. Slagter 1952, p.2.

104 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 612-613.

105 Als onrechtmatig is gehandeld zonder dat schade is geleden kan een verbod of bevel worden geëist. De schade hoeft nog niet te zijn ingetreden (vgl. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 613). Daarnaast geldt dat het veroorzaken van schade niet steeds onrechtmatig is. Vgl. Sieburgh 2000, p. 56-57. Vgl. ook De Kezel 2001, p. 501-555 die voor het Belgische recht pleit voor een rechterlijke verklaring van aansprakelijkheid als alternatieve symbolische herstelmaatregel in die gevallen waarin de erkenning van geschonden rechten of belangen wordt gevorderd. Zie ook paragraaf 2.9 over de functies van smartengeld.

106 Vgl. Hofmann-Drion-Wiersma 1959, p. 137; vgl. Polak 1949 p. 69-70.

107 Van Goudoever 1938, p. 505.

2.6.2 Polak: slechts juridische schade is relevant

Polak werkt het idee van Van Goudoever verder uit.¹⁰⁸ Polaks betoog omvat twee stellingen. (i) Schade is meer dan een feitelijk begrip. De tegenwoordige toestand wordt niet slechts boekhoudkundig vergeleken met een toestand in het verleden, doch getoetst aan een toestand waarop men recht heeft, aldus Polak. (ii) Er is pas sprake van schade als er door een aanspraak gedekt belang is aangetast.¹⁰⁹ De eerste stelling vormt de opmaat voor de thans min of meer heersende leer.¹¹⁰ De tweede stelling is slechts door een enkeling naast Polak verdedigd.

Binnen zijn begrip ‘aanspraak’ onderscheidt Polak de elementen ‘vergoedbare schade’ en ‘onrechtmatige veroorzaking’.¹¹¹ De nadere bepaling van het begrip ‘vergoedbare schade’ plaatst Polak voor de vraag wat schade is. Polak is van mening dat te vanzelfsprekend van een zuiver feitelijk, economisch schadebegrip wordt uitgegaan en te weinig wordt erkend dat het om een zuiver juridisch, normatief begrip gaat dat op een lijn staat met bijvoorbeeld een begrip als ‘subjectief recht.’ Polak maakt daarbij een onderscheid tussen in abstracto *vergoedbare* schade (uit hoofde van haar aard) en in concreto *te vergoeden* schade (op voet van de ‘onrechtmatige veroorzaking’).¹¹² In het laatste ligt volgens hem sowieso een normatief element, aangezien de te vergoeden schade niets anders is dan de uiteindelijke (inhoud van de) schadevergoedingsverbintenis. Een juridisch, normatief element is echter ook aan te wijzen in de in abstracto ‘vergoedbare schade’. Polak:

‘Het gaat hier immers om (...) een begrip dat weliswaar enerzijds begrensd wordt door de hoegrootheid der economische schade, doch anderzijds wordt bepaald door het recht. Het is niet slechts een vraag van ‘zijn’, doch evenzeer van ‘behoren’: de tegenwoordige toestand wordt niet slechts boekhoudkundig *vergeleken* met een toestand in het verleden, doch *getoetst* aan een toestand waarop men recht heeft. Het recht komt niet eerst te pas wanneer men heeft vastgesteld dat er schade is en men vervolgens tot vaststelling der vergoedbaarheid wenst over te gaan; het

108 Polak 1949, p. 1-26.

109 Vgl. art. 1:201 PETL: ‘Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest’. Lindenberg (2007b, p. 23) merkt op dat het schadevergoedingsrecht als zodanig kan worden gezien als een gebied waarop door normen beschermde belangen (vgl. de term ‘legally protected interest’) worden afgebakend. Zo is bijvoorbeeld de vergoeding van schade van derden bij letsel wettelijk beperkt (zie artikel 6:107, 107a en 108 BW), is de vertragschade gefixeerd (zie artikel 6:119 BW), bestaat er slechts in bepaalde gevallen recht op smartengeld (zie artikel 6:95 jo. 6:106 BW) en komen gemaakte proceskosten slecht beperkt voor vergoeding in aanmerking (artikel 6:96 BW jo. 241 Rv).

110 Vgl. Van Dunné 2001, p. 662-663.

111 Polak 1949, p. 16.

112 Polak ziet onrechtmatigheid hierbij als een aantasting van de ‘genotsaanspraak’ van de gelaedeerde, voor zover niet gerechtvaardigd door de eigen rechtspositie van de dader. Polak 1949, p. 61, 71 en 97-98.

is een wezenlijk, ontologisch, bestanddeel van dit begrip; slechts *juridische* schade is rechtens relevant.¹¹³

Tot zover ontmoet Polaks betoog weinig bezwaar.¹¹⁴ Polak definieert schade even verder in zijn betoog als de vermindering in een door een aanspraak gedekt belang. Deze zienswijze is hem op meer kritiek te komen staan. Polaks komt tot een juridisch begrip schade met daarin een aanspraakelement in zijn dialectische onderzoek naar het wezen van de verbintenis uit onrechtmatige daad.¹¹⁵ Dit onderzoek verdient enige aandacht om Polaks idee over schade (beter) te kunnen duiden. Polak stelt dat in de dogmatiek aangaande de onrechtmatige daadsfiguur de nadruk te veel ligt op de dader en zijn vergoedingsplicht. 'Wie een zaak vernielt moet deze vergoeden, want hij mocht dit niet doen,' zo luidt de naar Polaks mening te korte redenering. Te gemakkelijk wordt er van een afkeuringsoordeel naar een reparatienorm gesprongen. Polak herkent in deze sprong een stuk vergeldingsreminiscentie (straf), vooral door de schijnbare vanzelfsprekendheid van de sprong. Te weinig aandacht is er voor de benadeelde en zijn vergoedingsaanspraak. Polak concludeert dat er een 'dogmatische brug' ontbreekt tussen enerzijds de schade en het vergoedingsrecht en anderzijds tussen het onrechtmatig handelen en de vergoedingsplicht, en juist die brug geeft de sleutel tot het wezen van de verbintenis uit onrechtmatige daad in handen.¹¹⁶ Of deze 'aanspraak' in een wetbepaling is geëxpliciteerd is volgens Polak weliswaar van belang voor haar vaststelling, maar niet voor haar wezen. Een wetbepaling herkent, doch zij constitueert niet.¹¹⁷ Wat maakt een onrechtmatige daad dan tot wat zij is? Polak knoopt aan bij wat Scholten heeft gezegd over het wezen van het vermogensrecht in het algemeen: 'recht is toerekening en toebedeling.'¹¹⁸ Polak kiest het perspectief van de persoon in het recht en komt tot: 'recht is aansprakelijkheid en aanspraak'. Het wezen van de verbintenis uit onrechtmatige daad is gelegen in

113 Polak 1949, p. 17-18. Overigens is het natuurlijk juister om te vergelijken met een hypothetische toestand zonder het schadeveroorzakende feit.

114 Vgl. ook Van Dunné 2001, p. 663; Hamaker 1980, p. 87 e.v.; Zwitser 1980, p. 322-331.

115 Polak 1949, p. 17; Zie hierover ook Beekhuis 1952, p. 280.

116 Polak 1949, p. 6.

117 Polak 1949, p. 19. Dat is mooi gezegd (door Polak), maar juist de 'vertaling' van Polaks aanspraak- en aansprakelijkheidsidee naar de elementen van art. 1401 oud BW verloopt moeizaam en wordt gekritiseerd. Polak betoogt dat aanspraak en aansprakelijkheid elkaar in wederkerigheid bepalen. In geïsoleerde vorm lijken zij niet te kunnen worden vastgesteld. Zij vormen de beide zijden van het wezen van de verbintenis uit onrechtmatige daad. Polak acht het 'methodologisch' echter slechts mogelijk de eenheid te benaderen vanuit de afzonderlijke componenten. De begrippen 'aanspraak' en 'aansprakelijkheid' dienen ieder voor zich te worden 'gevuld', vgl. Polak 1949, p. 7 en 16. Kritisch toentertijd Beekhuis (1952, p. 281): 'Natuurlijk kan men trachten de problemen, die de rechtspositie van de eiser betreffen, en die, waarbij de rechtspositie van de gedaagde betrokken is, min of meer uit elkaar te houden, maar waar beide rechtsposities van elkaar afhankelijk zijn, is een te strenge splitsing niet door te voeren.'

118 Asser-Scholten 1940, p. 1.

dit begrippenpaar.¹¹⁹ In de aanspraak ligt bovendien het typische van de civielrechtelijke ordening. Dit aanspraakkarakter ontbreekt in het strafrecht. De benadeelde heeft immers geen aanspraak op straf van de dader.¹²⁰

Polak geeft de volgende definitie van het begrip 'aanspraak': een rechtsverwachting op eerbiediging van genot en, mocht dit genot niet zijn geëerbiedigd, een rechtsverwachting op teruggave van genot.¹²¹ En hij definieert 'onrechtmatigheid' als de aantasting van de genotsaanspraak van de gelaedeerde, voor zover deze aantasting niet gerechtvaardigd wordt door de eigen rechtspositie van de laedens.¹²² Uit de onderlinge 'wederkerigheid' van de begrippen (hun dialectische verhouding) lijkt te volgen dat bij de *rechts*beslissing of sprake is van in abstracto vergoedbare 'schade' getoetst moet worden of een (genots)aanspraak bestaat waarop men recht heeft.¹²³ Als dit zo is, is dit volgens Bloembergen dogmatisch verwarrend.¹²⁴ Het element 'aanspraak' lijkt immers tweemaal ter sprake te komen: bij de bepaling van de schade en bij

119 Aanspraak en aansprakelijkheid bepalen elkaar in wederkerigheid. In geïsoleerde vorm lijken zij niet te kunnen worden vastgesteld. Zij vormen de beide zijden van het wezen van de verbintenis uit onrechtmatige daad. Polak acht het 'methodologisch' echter slechts mogelijk de eenheid te benaderen vanuit de afzonderlijke componenten. De begrippen 'aanspraak' en 'aansprakelijkheid' dienen ieder voor zich te worden 'gevuld', vgl. Polak 1949, p. 7 en 16. Kritisch hierover Beekhuis (1952, p. 281): 'Natuurlijk kan men trachten de problemen, die de rechtspositie van de eiser betreffen, en die, waarbij de rechtspositie van de gedaagde betrokken is, min of meer uit elkaar te houden, maar waar beide rechtsposities van elkaar afhankelijk zijn, is een te strenge splitsing niet door te voeren.'

120 Polak 1949, p. 6. In dit verband kan worden gewezen op de opvatting van Nieuwenhuis omtrent het wezen van de onrechtmatige daad. Art. 6:162 BW bepaalt voor zover van belang: '1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. 2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (...).' Zowel een handelen in strijd met een wettelijke plicht of de maatschappelijke betamelijkheid als een inbreuk op een recht anderszijds zijn immers als onrechtmatig daad te kwalificeren. Nieuwenhuis, die zich de vraag stelt wat (het wezen van) een onrechtmatige daad is, komt tot de volgende conclusie: 'Ieder oordeel over aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vergt bepaling van datgene waarop eiser jegens gedaagde recht kon doen gelden, en vervolgens vaststelling van het feit dat gedaagde inbreuk heeft gemaakt op dat recht.' Nieuwenhuis ziet de gedragsnorm en de rechtsinbreuk als complementair, evenals zo lijkt het Polak. Niet iedere schade komt dan ook voor vergoeding in aanmerking, maar slechts de schade die door een zorgvuldige persoon niet zou zijn toegebracht, met andere woorden: slechts de schade aan de belangen ter zake waarvan de ander het recht had te eisen dat ze zouden worden gerespecteerd komt voor vergoeding in aanmerking. Voor zover Polaks opvatting het wezen van de onrechtmatige daad heeft blootgelegd, lijkt het op weinig bezwaar te hoeven stuiten. Vgl. Nieuwenhuis 2003b, p. 4-5; Nieuwenhuis 2003, p. 26; Vgl. ook Sieburgh 2000, p. 61 e.v.

121 Polak 1949, p. 19.

122 Polak 1949, p. 97 en p. 154. Een verdere bespreking van Polaks onrechtmatigheidsbegrip valt buiten het bestek van het onderhavige onderzoek.

123 Vgl. ook Polak (1949, p. 71) zelf.

124 Bloembergen 1965, p. 26.

de bepaling van de onrechtmatigheid.¹²⁵ Ook lijkt het strijdig met het spraakgebruik aangaande het begrip schade om een aanspraakelement in de omschrijving van het begrip schade op te nemen, aldus Bloembergen.¹²⁶ Een beroep op het spraakgebruik lijkt evenwel niet het meest krachtige argument. Hartkamp en Sieburgh stellen dat met de opname van een aanspraakvereiste (of een vereiste dat belangen onrechtmatig zijn aangetast) het begrip schade naar Nederlands recht een beperking ondergaat die het voor vele wetsbepalingen waarin het woord schade voorkomt onbruikbaar maakt.¹²⁷

2.6.3 Hoekema: rechtens niet te dulden aantasting van belangen

Hoekema omschrijft het begrip schade, 'zoals dat in het recht functioneert', als de op geld waardeerbare onrechtmatige, althans rechtens niet te dulden aantasting van belangen van geïndividualiseerde subjecten. Hij onderscheidt juridieke schade van het sociologische begrip schade. Bij het laatste begrip bepalen sociale normen welke tekorten in of inbreuken op sociaal belangrijke goederen ervaren worden als schade, aldus Hoekema. Hij geeft een voorbeeld:

'De schade die men lijdt omdat men voor een dubbeltje is geboren en dus nooit een kwartje wordt, is zeker schade die (...) sociologisch gezien als schade wordt ervaren, maar geen juridieke schade.'¹²⁸

125 Vgl. Slagter. Slagter acht een normatieve definitie van schade met daarin een aanspraakelement niet juist. Wordt schade gezien als vermindering van de behoeftebevrediging waarop men recht had, dan zou het element onrechtmatigheid in art. 1401 oud BW overbodig worden, aldus Slagter 1952, p. 2.

126 Bloembergen 1965, p. 26.

127 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009 6-II*, nr. 13. Zij wijzen in dit verband op de veelsoortige belangen die tegen benadeling worden verzekerd, de verzekerde kan op die belangen rechtens geen aanspraak maken. Een verzekerde lijkt evenwel een contractuele aanspraak te hebben, zo zou hiertegen kunnen worden ingebracht. Voorts is het niet juist dat ons recht slechts bij onrechtmatig toegebrachte schade een recht op vergoeding erkent, aldus Hartkamp en Sieburgh. Dat is zo, maar Polak heeft zijn schadebegrip nu eenmaal ontwikkeld binnen de context van de onrechtmatige daadsfiguur. Ook niet juist is dat er steeds aanspraak op vergoeding van geleden schade bestaat, aldus Hartkamp & Sieburgh. Hier kan tegen worden aangevoerd dat die schade, in juridische zin geen schade is, want rechtens irrelevant. Ook krijgt de definitie aldus een tautologisch karakter: schade zou een aanspraak (bijv. uit onrechtmatige daad) veronderstellen, maar van een aanspraak kan slechts sprake zijn als er schade geleden is, zo betogen Hartkamp en Sieburgh tot slot. Wat zij tautologisch noemen, lijkt Polak evenwel dialectisch te noemen. Wat hiervan zij, dit argument lijkt mij doorslaggevend. Immers, een aanspraak lijkt toch te kunnen bestaan zonder dat schade is geleden, een verbod of bevel laat zich anders niet wel denken.

128 Vgl. Hoekema 1980, p. 978.

2.6.4 Spier: schade rechtens veronderstelt aanspraak

Spier betoogt dat schade een aanspraak veronderstelt, in die zin dat alleen vergoedbare schade, rechtens relevant is.¹²⁹ Spier:

‘(...) In het schadevergoedingsrecht is het er om te doen na te gaan of een vorderingsrecht bestaat en zo ja voor welk bedrag. Bestaat dit recht niet, dan mist goede zin om te spreken van schade. Het recht heeft dan niet veel belangstelling meer voor dergelijke zaken.’

Spier vraagt zich af hoe men toe kan komen aan volledige vergoeding zonder aanspraak.¹³⁰ Gezegd kan worden dat de laedens inderdaad niet gehouden is tot in beginsel volledige vergoeding omdat hij aansprakelijk is, maar omdat de gelaedeerde in beginsel aanspraak kan maken op het geheel. Aanspraak en aansprakelijkheid vormen evenwel de beide zijden van dezelfde schadevergoedingsverbintenis, wat Spiers opmerking mijns inziens relativeert.

2.6.5 Nadere beschouwing aanspraak- of onrechtmatigheidselement

Niemand, ook Van Goudoever, Polak, Hoekema en Spier niet, zal willen betwisten dat een persoon schade kan leiden – Hoekema zou zeggen: schade die sociologisch gezien als schade wordt ervaren¹³¹ – waarvoor geen recht op schadevergoeding bestaat. Niet-juristen spreken nu eenmaal snel over schade, zo merkt Tjong Tjin Tai terecht op, juristen overigens ook, zo kan worden aangevuld. Er zijn files, er is noodweer, er zijn rampen gebeurd en de kranten koppen al snel: zoveel miljoenen schade. Dat er wordt gesproken over schade ligt hierin dat het niet moeilijk is om de situatie zonder deze gebeurtenissen voor te stellen. Die voorstelling kan overigens onjuist zijn: het noodweer of de files zijn misschien helemaal niet te voorkomen, aldus Tjong Tjin Tai. Zo opgevat is schade zonder onrechtmatigheid, of zonder aanspraak op vergoeding eenvoudig denkbaar, en overigens ook gevallen van onrechtmatigheid of van een aanspraak op ‘iets’, zonder dat enige schade is ingetreden, zijn eenvoudig voor de geest te halen.

Onrechtmatigheid en schade zijn zelfstandige criteria voor aansprakelijkheid op voet van artikel 6:162 BW. De kwalificatie van de daad en het gevolg van die daad (schade) dienen steeds te worden onderscheiden.¹³² Immers, niet ieder feitencomplex dat schade – in feitelijke zin – met zich meebrengt, brengt aansprakelijkheid met zich mee. Toevallige gebeurtenissen, rechtmatige daden,

129 Vgl. Spier 1998, p. 6 en p. 8.

130 Spier 1998, p. 6, voetnoot 5.

131 Vgl. Tjong Tjin Tai 2008, p. 334.

132 Sieburgh 2000, p. 57.

een ongelukkige samenloop van omstandigheden of 'acts of God', kortom al die gevallen die gerekend kunnen worden tot 'das allgemeine Lebensrisiko', kunnen schade met zich meebrengen of veroorzaken.¹³³ Deze schade blijft liggen waar zij valt.¹³⁴

Betoogd zou kunnen worden dat met de vraag of schade – in juridische zin – een aanspraak veronderstelt, in wezen de vraag naar de vergoedbaarheid van die schade wordt gesteld. Spier merkt op dat deze bewering niet onjuist is, maar ons niet verder brengt. Als er geen vorderingsrecht (lees: vergoedbaarheid) bestaat, mist het goede zin om te spreken van schade, aldus Spier (zie paragraaf 2.6.4). Deze schade is rechtens irrelevant.¹³⁵ Hier lijkt weinig tegen in te brengen. Het causale element binnen het begrip schade maakt reeds duidelijk (zie paragraaf 2.4.2) dat het 'feitencomplex' dat duidt op schade in juridische zin steeds aanhaakt bij een normschending.

Zo is een 'verkorting van economische mogelijkheden' (een winstdaling) als gevolg van concurrentie slechts relevant, als deze verkorting onrechtmatig is.¹³⁶ Dat de beconcurrerende in kwestie zal spreken van schade doet niet weinig ter zake. Dat in een vrije markteconomie de winst van de een ten koste kan gaan van de winst van de ander is evident, echter drukker Cohen mag niet 'door giften en beloften' een bediende van concurrent Lindenbaum overhalen 'inlichtingen te verstrekken omtrent al hetgeen ten kantore van Lindenbaum gebeurt, hem kopie te geven van de door laatstgenoemde gedane offerten en opgaaf te doen van klanten, die bestellingen doen of prijsopgaven vragen.' Is dat het geval, dan is sprake van oneerlijke concurrentie en daarmee wordt economische tegenwind omgevormd tot in klinkklare munt te vergoeden nadeel (waaronder zowel geleden verlies als gederfde winst).¹³⁷

Eerst met de beslissing dat de concurrentie onrechtmatig is, worden de nadelige gevolgen daarvan rechtens relevant want (mogelijk) vergoedbaar. Hoe hoog de schadevergoeding, de in concreto te vergoeden schade, uiteindelijk onder de streep zal zijn, is overigens weer een andere vraag. Ook de 'in abstracto' vergoedbare schade veronderstelt steeds een aanspraak op vergoeding.¹³⁸ Dat de kwalificatie van de daad van drukker Cohen als 'onrechtmatig' en de kwalificatie van de gederfde winst van Lindenbaum als (vergoedbare) 'schade' tegelijk 'opgroeien' betekent echter niet dat een aanspraak-

133 Larenz/Canaris 1994, par. 75 I 2 a.

134 Nieuwenhuis 1997, p. 8; zie ook Keirse 2003, p. 14-15; Van Maanen & Engelhard 2008, p. 1-2.

135 Lindenbergh (2008b, nr. 32) merkt op dat de wet er ook vanuit gaat dat er schade kan zijn die niet door een aanspraak wordt gedekt. Zo bepaalt art. 6:95 BW bijvoorbeeld dat ander nadeel dan vermogensschade alleen voor vergoeding in aanmerking komt voor zover de wet daar recht op geeft. Deze vaststelling doet volgens mij geen afbreuk aan de stelling van Spier dat het recht niet veel belangstelling heeft voor die schade waarvoor een recht op vergoeding ontbreekt.

136 Vgl. Polak 1949, p. 21.

137 Vgl. Van Dunné 2001, p. 665-666.

138 Vgl. Van Dunné 2001, p. 665-666.

element binnen het begrip schade wordt gebracht. Wel maakt het duidelijk dat schade – in juridische zin – altijd een (toerekenbare) normschending als causaal element in zich draagt, in die zin dat haar oorzaak noodzakelijkerwijs steeds is gelegen in een normschending.

Lindenbergh wijst er op dat in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht de betrekking tussen normschending en sanctie vorm krijgt over de band van verschillende concepten, waaronder het schadevergoedingsrecht, maar ook de relativiteit, het bewijsrecht en het causaal verband worden door hem genoemd. Die concepten kunnen/moeten op hun beurt telkens worden ingevuld vanuit het perspectief van de in het concreet geval geschonden norm. Lindenbergh betoogt dat de grond waarop de aansprakelijkheid in een concreet geval berust een belangrijk aanknopingspunt vormt voor differentiatie bij de vormgeving van de sanctie (lees: de reactie) op die aansprakelijkheid. Hierbij verstaat Lindenbergh het begrip ‘sanctie’ in een neutrale betekenis, te weten als de effectuering van een aanspraak.¹³⁹ Het verband tussen aansprakelijkheidsgrond en sanctie is zo gezien meer dan een kwestie van oorzaak en gevolg. Bedacht moet worden dat aangezien de sanctie, opgevat in Lindenberghs neutrale betekenis, stukje bij beetje vorm krijgt, denk aan de relativiteit, de toerekening naar redelijkheid, het schadevergoedingsrecht als zodanig, maar ook aan kwesties van bewijsrechtelijke aard. Deze concepten krijgen invulling in het licht van de in het concrete geval geschonden norm.¹⁴⁰ In die zin is dus alles betrekkelijk, en wel tot de geschonden norm, aldus Lindenbergh.¹⁴¹ Bij de toepassing van de leerstukken uit het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht zou volgens hem dan ook meer acht moeten worden geslagen op de aard van de norm of aansprakelijkheid.¹⁴²

Lindenbergh betoogt dat de rechtsgrond voor aansprakelijkheid ook de sleutel biedt tot het schadebegrip, in die zin dat de normschending in het concrete geval steeds invloed kan uitoefenen op de omvang van de toe te kennen vergoeding.¹⁴³ Het gaat dan vooral om de vraag welk *perspectief* moet worden gekozen bij de vraag naar de schadevergoeding.¹⁴⁴ Als voorbeeld kan de uitspraak van de Hoge Raad van 18 maart 2005 dienen (Wrongful life). Kort gezegd komt het erop neer dat ouders onder omstandigheden recht kunnen hebben op (de keuze voor) abortus van een zwaar gehandicapt kind echter een kind zelf heeft nooit recht op zijn eigen abortus. Vranken merkt terecht op dat dit verschil in norm(schending) zou moeten doorwerken in de soort schade waartegen de norm beschermt.¹⁴⁵ En zo zal bijvoorbeeld bij een dodelijk ongeval de laedens het verlies van de kostwinner aan de nabestaande

139 Lindenbergh 2007b, p. 3 en p. 25.

140 Vgl. Lindenbergh 2007b, p. 25.

141 Lindenbergh 2007b, p. 4.

142 Hartlief 2008, p. 32.

143 Lindenbergh 2007b, p. 19.

144 Lindenbergh 2007b, p. 15.

145 Vranken in zijn noot onder HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (Wrongful life).

moeten vergoeden, maar niet het verlies van de werkgever van het slachtoffer door het wegvallen van deze werknemer, zelfs als de werknemer gespecialiseerd was en zijn wegvallen de werkgever schade berokkent. Deze schade komt evenwel weer wel voor vergoeding in aanmerking wanneer zij bijvoorbeeld het gevolg is van het 'wegtroggelen' door een concurrent.¹⁴⁶

2.7 EEN KWESTIE VAN RECHTSVINDING

De vraag wat ander nadeel dan vermogensschade is, is relevant in verband met de vraag of een recht op smartengeld bestaat, en zo ja, voor welk bedrag.¹⁴⁷ Het gaat om de interpretatie van een wettelijk begrip en ipso facto om de interpretatie van een rechtsbegrip.¹⁴⁸ Het gaat daarnaast om de kwalificatie van (de vaststaande) feiten onder het desbetreffende begrip.¹⁴⁹ Immers, als een gegeven feitelijke situatie met het rechtsbegrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat wordt geïdentificeerd, ligt in deze kwalificatie een nadere bepaling van het begrip besloten die weer behulpzaam kan zijn bij volgende interpretatie- en kwalificatievragen.¹⁵⁰ Larenz formuleert het aldus:

'Denn jede (gelungene) Konkretisierung dient als Vergleichsfall und wird damit zum Ausgangspunkt weiterer Konkretisierungen.'

De vraag wat schade, vermogensschade of ander nadeel dan vermogensschade is, is kortom een vraag van rechtsvinding.¹⁵¹ Het gaat daarbij niet om zozeer om de vraag wat naar maatschappelijke opvattingen onder schade is te verstaan, maar om de vraag wat schade in juridische zin is.

¹⁴⁶ Polak 1949, p. 10.

¹⁴⁷ Vgl. Spier 1998, p. 6.

¹⁴⁸ Vgl. Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 96-97.

¹⁴⁹ De vaststelling van de feiten, de interpretatie van de begrippen schade en 'ander nadeel' en de kwalificatie van de feiten onder de rechtsbegrippen kunnen worden gezien als te onderscheiden rechterlijke activiteiten, althans voor zover de legitimatie van het rechterlijk oordeel in het geding is, waarbij onder de term kwalificatie kan worden verstaan het zodanig beschrijven van de feiten dat de beschrijving overeenstemt met de gebezigde rechtsbegrippen. Vgl. Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 97.

¹⁵⁰ Vgl. Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 97.

¹⁵¹ Vgl. Bloembergen 1982, p. 53. 'Dat brengt mede dat dit begrip interpretatie behoeft, of zo men wil, dat de rechter het recht dat door dit begrip wordt gedekt, zal moeten vinden.'

2.7.1 Barendrecht: schade is feitelijk, schadevergoeding normatief

Barendrecht gaat primair uit van een feitelijk begrip schade, waarin hij overigens enige normatieve elementen herkent. Op voet van de normen ('regels') van causaal verband (toerekening naar redelijkheid) en op grond van de verkeersopvattingen, waaronder Barendrecht de in de maatschappij levende opvattingen verstaat, worden die feiten geselecteerd die als gevolg van het schadetoebrengende feit gelden, aldus Barendrecht.¹⁵² Hij verstaat onder feitelijke schade het onmiddellijk zichtbare gevolg van het schadetoebrengende feit, zoals het letsel, de belediging, de deuk, of de geplunderde bankrekening. Deze te beoordelen 'feiten' vormen de schade. De (verbintenis tot) schadevergoeding is de uiteindelijk resulterende norm.¹⁵³

Barendrecht ziet de waardering van de feitelijke schade als de centrale kwestie in het schadevergoedingsrecht.¹⁵⁴ In dit waarderingsproces dient een scherp onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de feitelijk vaststelling van de schade en de normatieve beslissing over de schadevergoeding. Hij neemt de redelijke kosten tot herstel als waarderingsmaatstaf.¹⁵⁵ Op het feitencomplex worden verschillende mogelijkheden tot 'herstel' losgelaten (de keuze is dan bijvoorbeeld die tussen zaaksvervanging, reparatiekosten of vergoeding van de waardevermindering).¹⁵⁶ De waardering van de schade is, gelet ook op de woorden 'redelijke kosten', een normatieve activiteit.¹⁵⁷

Barendrecht bestrijdt dat schade een juridisch begrip is dat een juridische interpretatie behoeft. Een dergelijke zienswijze leidt naar zijn mening tot een vereenzelviging van dergelijke 'juridische' schade en schadevergoeding in de door hem gehanteerde betekenissen. De keuze voor een bepaalde 'herstelmaatregel' is een normatieve keuze, aldus Barendrecht. Die keuze wordt verhuuld als wordt volstaan met een gelijkshakeling van de schade met bijvoorbeeld de reparatiekosten, zonder de argumenten inzichtelijk te maken waarom niet voor de (lagere) vervangingswaarde of de (nog lagere) boekwaarde van een zaak is gekozen. Barendrecht merkt terecht op dat de argumenten voor de

152 Barendrecht 1985, p. 792 en Barendrecht e.a. 1995, p. 15.

153 Opgemerkt kan worden dat feitelijk nadeel dat niet in vermogensschade bestaat alleen kan worden beschreven in dergelijke reële termen, te denken valt aan gederfde levensvreugde, pijn en verdriet. Vgl. wat Larenz (1987, p. 429) opmerkt over de begrippen 'realer Schaden' en 'konkreter Schaden'. 'Konkreter Schaden' kan worden onderscheiden van 'rechnerischer Schaden' ('die mit der Beeinträchtigung eines Vermögensgutes verbundene oder in Gesamtvermögen eintretende, in einer Geldsumme ausgedrückte Wertminderung des Vermögens'). Immateriële schade is als zodanig steeds reële schade: 'er ist in Geld nicht meßbar und deshalb kein „rechnerischer Schaden“'.

154 Barendrecht verdedigt de stelling dat de kosten van een redelijke maatregel die erop is gericht de negatieve gevolgen van het schadetoebrengende feit weg te nemen vergoedbaar zijn. Barendrecht 1985, p. 792.

155 Barendrecht 1985, p. 792.

156 Barendrecht 1985, p. 792.

157 Barendrecht 1995, p. 14.

ene of de andere schadevergoedingsoplossing inzichtelijk moeten worden gemaakt, het betreft hier immers (normatieve) beslissingen.

Dat het begrip schade in een feitelijke betekenis en een juridische betekenis kan worden verstaan, acht Barendrecht verwarrend. Een 'discrepantie' tussen de situatie voor en na het schadetoebrengende feit is immers geen schade in juridische zin als deze discrepantie niet vergoedbaar wordt geacht, aldus Barendrecht.¹⁵⁸ Dat moge zo zijn, maar het recht heeft voor dergelijke zaken niet veel belangstelling meer (paragraaf 2.6.5).

In rechte wordt de vraag naar schade – in juridische zin – steeds gesteld met het oog op de mogelijke vergoeding daarvan. Slechts de schade die voortvloeit uit een normschending is uiteindelijk rechtens relevant. Waarmee het begrip schade in die zin dus steeds een aanspraak- of onrechtmatigheids-element bevat (zie paragraaf 2.6.5). De hiervoor beschreven verwarring lijkt overigens inherent aan het gebruik van rechtsbegrippen die een feitelijke pendant kennen, echter de al dan niet normatieve of, wat Hoekema zou noemen, de sociologische context¹⁵⁹ waarin het begrip wordt gehanteerd zal doorgaans duidelijkheid brengen. Het gevaar voor verwarring lijkt dan ook niet groot. Een argument tegen de door Barendrecht voorgestane benadering is dat zijn omschrijving van het begrip schade niet spoort met het begrip schade zoals dat in de diverse wettelijke bepalingen wordt gebruikt. Barendrecht wijst hier zelf ook op en merkt op dat voor het feitencomplex dat hij als schade (synoniem: beschadiging) zou willen omschrijven in de rechtspraak en literatuur eigenlijk geen aparte naam bestaat.

2.7.2 Feitelijk nadeel vormt vertrekpunt

Met het woord schade zoals dat wordt gebruikt in de diverse wettelijke bepalingen wordt feitelijk nadeel bedoeld, aldus Hartkamp en Sieburgh. Hartkamp en Sieburgh kiezen als vertrekpunt een feitelijke betekenis van het begrip schade en stelt de taalkundige betekenis van het begrip voorop. Zij zien er, met de Van Dale in de hand, twee. Schade is het nadeel dat voor iemand uit een gebeurtenis voortvloeit en schade is al wat de gaafheid van iets teniet doet. Het wettelijke begrip 'schade' moet in de eerstgenoemde betekenis worden opgevat. In de tweede betekenis is het synoniem aan 'beschadiging'. Schade duidt in die betekenis een gebrek aan, een toestand (letsel, een deuk, een geplunderde bankrekening). Deze schade kan niet worden 'vergoed'. Zij kan dus niet met art. 6:95 BW zijn bedoeld, aldus Hartkamp en Sieburgh.¹⁶⁰

De meer taalkundige (grammaticale) interpretatie van het begrip schade lijkt slechts één methode van rechtsvinding en kent beperkingen. Het achter-

¹⁵⁸ Vgl. Barendrecht 1985, p. 793 en Barendrecht e.a. 1995, p. 15.

¹⁵⁹ Zie paragraaf 2.6.3.

¹⁶⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 13.

halen van de feitelijke betekenis is lang niet altijd eenvoudig. Ook zal er niet steeds consensus bestaan over de inhoud van het begrip, of zal voor een ieder duidelijk zijn wat in een concreet geval onder schade is te verstaan, of hoe de schade moet worden berekend.¹⁶¹ Hartkamp en Sieburgh wijzen er dan ook op dat in een voorliggend geval niet altijd duidelijk zal zijn wat onder het begrip schade moet worden verstaan en dat rechtsvragen een rol kunnen spelen, die voor toetsing in cassatie vatbaar zijn, zij het dat deze toetsing vaak slechts een beperkte is door de verwevenheid van de beslissing met feitelijke waarderingen. De Hoge Raad zal de lagere rechter dan ook de nodige beleidsvrijheid gunnen, aldus Hartkamp en Sieburgh.¹⁶² Zij achten het in dit opzicht weinig bezwaarlijk om het begrip schade een normatief begrip te noemen.¹⁶³ Het begrip schade verschilt op dit punt volgens hem niet met andere in de rechtswetenschap gebruikte begrippen van gemengd feitelijk-juridische aard.¹⁶⁴

2.7.3 Vertaalslag van feit naar recht en van recht naar feit

Lindenbergh merkt terecht op dat de gevolgen van de verschillende opvattingen (feitelijk dan wel normatief) in de praktijk weinig uiteenlopen.¹⁶⁵ Waar het in essentie om gaat, aldus Lindenbergh, is dat men zich op dit terrein steeds bewust is van de 'vertaalslag' van de feiten naar het recht.¹⁶⁶ Het begrip schade bevindt zich op dit snijvlak.¹⁶⁷ Het terrein van het schadevergoedingsrecht en het begrip 'schade' zijn natuurlijk niet uniek voor wat betreft deze vertaalslag. Dooyeweerd:

'Intussen zijn de feitelijke zijde van het rechtsleven en de wets- of normzijde onlosmakelijk op elkander betrokken, zodat zich geen enkel rechtsfeit, onverschillig of het betreft een geoorloofde rechtshandeling dan wel een delict of een zgn. objectief rechtsfeit als een blikseminslag, los van rechtsnormen in de ervaring laat vaststellen. Ook de blikseminslag niet! Want als objectief rechtsfeit is hij niet een puur fysisch verschijnsel, maar een mogelijke voorwaarde voor het intreden van rechtsgevolgen en zulk een voorwaarde kan dit objectieve rechtsfeit slechts zijn in eenzijdige afhankelijkheid van bepaalde subjectieve rechtsverhoudingen, als bijv.

161 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 14.

162 Vgl. Lindenbergh 2008b, nr. 32. Zie over de beleidsvrijheid van de rechter bij de vaststelling van smartengeld nader paragraaf 3.5 e.v. en zie over de toetsing van de cassatierechter nader paragraaf 3.6 e.v.

163 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 14.

164 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 14; Lindenbergh 2008b, nr. 32.

165 Lindenbergh 2008b, nr. 32.

166 Bloembergen/Lindenbergh 2001, p. 44.

167 De beeldspraak lijkt de lading overigens niet geheel te dekken. Immers, omdat het niet mogelijk lijkt om objectieve feiten te kennen, kunnen normen ook niet objectief vaststaan. Op welk snijvlak moet de schade dan worden geplaatst?

een concreet eigendomsrecht, de rechtsverhouding tussen verzekeraar en verzekerde, enz. enz.¹⁶⁸

De vertaalslag van het recht naar de feiten is bovendien even belangrijk. Scholten:

‘Wat men feit noemt in dit verband is zelf meestal een abstractie, het is een deel van een bepaald gebeuren, daaruit gelicht met het oog op de toepassing van een rechtsregel.’¹⁶⁹

Ieder feit kan door een normatieve bril gezien rechtens (ir)relevant blijken en omgekeerd kan iedere norm door de bril van het feitelijk gebeurde (ir)relevant blijken.¹⁷⁰ Waar is het schadebegrip nu te plaatsen? Het schadebegrip kan inderdaad worden geplaatst op het snijvlak van feit en recht (of recht en feit), maar daarin verschilt het begrip niet van andere rechtsbegrippen.¹⁷¹

2.7.4 Aan de hand van rechtsnormen

Voorop kan staan dat schade een rechtsbegrip is, met andere woorden het recht dat door dit begrip gedekt wordt, moet worden gevonden. De rechter lijkt in beginsel dan ook zijn hele gereedschapskist¹⁷² aan rechtsvindingsinstrumenten te kunnen gebruiken bij het vinden van een antwoord op de vraag wat de schade – in juridische zin – in het concrete geval is. Zo kan hij zich beroepen op de wettekst (grammaticale interpretatie), het systeem van de wet, de strekking (de ratio of het doel) van de wet of de wetsbepalingen waarin het begrip wordt gehanteerd, op een redelijke wetstoepassing, of op rechtsbeginselen. Daarbij kan hij zich beroepen op precedentes, de wetsgeschiedenis, de literatuur of rechtsvergelijkende gegevens.¹⁷³ In veel, zo niet de meeste gevallen, kan de gereedschapskist weer snel dicht. Het Hof Leeuwarden:¹⁷⁴

‘Tussen partijen staat vast dat [geïntimeerde] op 25 januari 1999 tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden voor [het metselbedrijf] lichamelijk letsel heeft opgelopen doordat een deel van een gemetselde muur naar beneden is gevallen en op hem terecht is gekomen. Dat hij daardoor – ook – pijn heeft geleden spreekt naar het oordeel van het hof voor zich. Bovendien heeft [geïntimeerde] onweersproken gesteld dat zulks het geval is geweest (...). Dat rechtvaardigt de conclusie dat

168 Dooyeweerd 1950, p. 104.

169 Scholten, Verzamelde Geschriften IV, p. 359.

170 Vgl. Asser/Vranken** (1995), nr. 106 e.v.

171 Het betreft hier in cassatie-technische zin een kwalificatievraag (zie paragraaf 2.7.3).

172 Terminologie Vranken, Asser/Vranken** (1995), nr. 116 e.v.

173 Ook kan hij een analoge, rechtsverfijnende, extensieve, restrictieve of anticiperende interpretatie hanteren. Asser/Vranken** (1995), nr. 116.

174 Hof Leeuwarden 18 maart 2007, L/N BA3483.

[geïntimeerde] ten gevolge van het ongeval in elk geval immateriële schade heeft geleden, welke schade zich laat vertalen in een geldsom (smartengeld).’

Opgemerkt kan worden dat afwijkingen rechtens van wat naar maatschappelijke opvattingen (lees: feitelijk) onder schade, waaronder immateriële schade, wordt verstaan niet al te vaak zullen voorkomen.¹⁷⁵

2.7.5 Schade in haar normatieve context

De interpretatie van het begrip schade kan gelijk ieder ander woord of begrip niet zonder context, *in abstracto* geschieden.

‘Words are not pebbles in alien juxtaposition; they have only a communal existence; and not only does the meaning of each interpenetrate the other, but all in their aggregate take their purport from the setting in which they are used (...).’¹⁷⁶

Het begrip ‘schade’ vormt samen met andere rechtsbegrippen (vereisten voor aansprakelijkheid), die de neiging hebben elkaar over en weer te bepalen, onderdeel van verschillende samengestelde rechtsfeiten waaraan steeds hetzelfde rechtsgevolg is verbonden: de verplichting tot schadevergoeding.¹⁷⁷ De nadere bepaling van het begrip ‘schade’ kan dan ook niet los van dit gevolg plaatsvinden, maar dient mede met het oog op dit gevolg te geschieden. De vraag naar de schade in het concrete geval lijkt ook enkel relevant met het oog op dit gevolg.

‘Schaden ist keine abstrakte Erscheinung, kein unmittelbarer Tatbestand, sondern ein Funktionsbegriff, der folglich nur im Kontext seiner jeweiligen Verwendung verstanden werden kann.’¹⁷⁸

De vaststelling dat schade (of ieder ander in de wet opgenomen begrip dat ook een feitelijke pendant kent) een rechtsbegrip is, is in dit verband weinigzeggend, in die zin dat ipso facto ieder wettelijk begrip een rechtsbegrip is.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Vgl. Verheij 2005b, p. 29.

¹⁷⁶ Het vaak aangehaalde citaat van Learned Hand, zie National Labor Relations Board v. Federbush Co. Inc 121 F.2d 954, 957 (1941).

¹⁷⁷ Steeds dienen drie rechtsvragen te worden beantwoord: (i) is aan de rechtsfeitomschrijving voldaan die de aansprakelijkheid in het leven roept en daarmee een verplichting tot schadevergoeding, en zo ja, (ii) is aan de rechtsfeitomschrijving voldaan die een recht op smartengeld in het leven roept, en zo ja, (iii) wat is de inhoud van de verplichting tot betaling van smartengeld? Vgl. Smith 2007, p. 83. Andere sancties blijven hier overigens rusten.

¹⁷⁸ Esser/Schmidt 2000, par. 31.

¹⁷⁹ Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 97.

Rechtsbegrippen, het begrip schade vormt geen uitzondering, zijn altijd in een normatieve context ingebed, en krijgen daarmee iets normatiefs. Ten aanzien van begrippen als 'goede trouw', 'redelijkheid en billijkheid' of het begrip 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' spreekt dit voor zich. Het normatieve karakter is evident, maar ook bij een begrip als schade, ontbreekt dit normatieve element niet, althans niet geheel. Niet in de laatste plaats omdat het begrip steeds wordt gebruikt om er rechtsgevolgen (lees: schadevergoeding) aan te koppelen.¹⁸⁰ Immers, zonder schade, geen schadevergoeding.¹⁸¹

2.7.6 Centrale begrip van afdeling 6.1.10 BW

Rechtsbegrippen zijn er in soorten en maten. Aan de ene kant van het spectrum bevinden zich de aan de werkelijkheid aanhakende begrippen als 'zeer licht ontvlambaar',¹⁸² 'stortplaats'¹⁸³ of 'mijnbouwwerk'.¹⁸⁴ Deze begrippen vervullen een bescheiden, maar niet te verwaarlozen rol in het rechtssysteem. Het zijn immers elementen van samengestelde rechtsfeiten die rechtsgevolgen in het leven kunnen roepen. Aan de andere kant zijn er centrale rechtsbegrippen als 'goed' en 'rechtshandeling' die maatgevend zijn voor grote delen van het privaatrecht. Bloembergen plaatst schade ergens in het midden van dit spectrum, maar dicht(er) bij de centrale begrippen. De centrale begrippen in het recht zijn onlosmakelijk verbonden met de achterliggende beginselen, waarden en doelen van het rechtsgebied dat zij bestrijken. Bloembergen:

'Centrale begrippen verwijzen (...) veelal naar achterliggende beginselen (en waarden); omgekeerd gezegd: in het begrip wordt veelal het beginsel geconcretiseerd.'¹⁸⁵

Gezegd kan worden dat het begrip 'schade' het centrale begrip in het schadevergoedingsrecht vormt.¹⁸⁶ Het centrale doel van het aansprakelijkheidsrecht is de handhaving van aanspraken.¹⁸⁷ Het centrale beginsel van het schadevergoedingsrecht is 'volledige vergoeding'. Een goede rechtsbedeling brengt mee dat de benadeelde in beginsel zijn schade volledig krijgt vergoed, waarmee zijn aanspraak is gehandhaafd. Volgens Spier brengt het beginsel van volledige

180 Vgl. Bloembergen 1989, p. 334.

181 Vgl. Dierix 1984, p. 13.

182 Art. 6:175 BW.

183 Art. 6:176 BW.

184 Art. 6:177 BW.

185 Bloembergen 1989, p. 335.

186 Vgl. Bloembergen 1982, p. 51.

187 Zie verder paragraaf 2.10.

vergoeding mee dat schade een aanspraak veronderstelt (zie paragraaf 2.6.4) Volgens Viaene brengt dit nu juist mee dat schade een feitelijk begrip is:

‘Er mag derhalve gezegd dat de (...) functie van het schadebegrip in gene mate een afwijking vereist van *de feitelijke werkelijkheid*, vermits ze precies op het bereiken van deze realiteit is afgestemd. Beweren dat in zulke omstandigheden het schadebegrip desniettemin een rechtsbegrip blijft, kan principieel juist zijn, maar daarmee vervallen we in een subtiële discussie omtrent het geslacht der engelen.’¹⁸⁸

Viaene heeft mijns inziens onvoldoende aandacht voor de normatieve habitat waarbinnen schade haar betekenis krijgt en haar functie heeft. Zo dient het schadebegrip mijns inziens ook geïnterpreteerd te (kunnen) worden in het licht van de strekking van het schadevergoedingsrecht (zie over de doelen van het schadevergoedingsrecht en de functies van smartengeld, hierna paragraaf 2.10), en in het licht van wat maatschappelijk wenselijk is (zie verder paragraaf 2.8.1 en 2.8.2). De strekking van het schadevergoedingsrecht kan bijvoorbeeld een rol spelen bij de beslissing of in een voorliggend geval van een meer abstract schadebegrip dient te worden uitgegaan. Wat maatschappelijk wenselijk is, kan bijvoorbeeld van belang zijn bij de bepaling van de inhoud van ‘nadeel dat niet in vermogensschade bestaat’ en wat rechtens als ‘nadeel dat niet in vermogensschade bestaat’ kan kwalificeren.¹⁸⁹

2.8 AFWIJKING ALLEEN OP GOEDE GRONDEN

Een feitelijk begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat laat vragen onbeantwoord. Lijdt een bewusteloze niet-vermogensschade? Waarom bestaat er geen recht op smartengeld wegens de aantasting van vermogen, ook dan kan iemand in zijn persoon zijn aangetast? Is sprake van niet-vermogensschade als deze na verloop van tijd verdwijnt, en slechts de herinnering aan deze schade blijft? Wat is de niet-vermogensschade van een benadeelde in geval van de aantasting van een persoonlijkheidsrecht? Is er immateriële schade geleden in geval van *wrongful life*?¹⁹⁰ Het schadebegrip ‘nadeel dat niet in vermogensschade bestaat’ opgevat als de feitelijke ‘vermindering van iemands

¹⁸⁸ Viaene 1976, p. 235.

¹⁸⁹ Vgl. Bloembergen 1982, p. 53; vgl. Lindenberg die in dit verband spreekt van een ‘emancipatie’ van schadeposten, Lindenberg 2008b, nr. 32.

¹⁹⁰ Vgl. HR 9 mei 2003, NJ 2005, 168 m.nt. DA, vervolg op HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569 m.nt. CJHB. HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 m.nt. JBMV (Groningen/Lammerts) en HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life).

welzijn' of als 'leed' biedt op deze vragen geen, of juist een te gemakkelijk antwoord.¹⁹¹

De vraag lijkt niet zozeer of het schadebegrip normatieve trekken vertoont, maar wanneer op grond van overwegingen van normatieve aard kan worden afgeweken van het feitelijke schadebegrip, aangenomen dat in ieder geval in feitelijke zin duidelijk is waarin de schade is geleden. Meer positief geformuleerd, wanneer het feitelijke begrip met normatieve overwegingen kan worden verrijkt?

'Abweichungen vom natürlichen Schadensverständnis sind nur auf Grund konkreter und in der Rechtsordnung bereits angelegter Grundsätze legitim. Wer sich in einschlägigen Sach- und Rechtslagen mit dem schlagwortartigen Gebrauch einer 'normativen' Schadensfeststellung begnügt, gleicht dem Münchhausen, der sich selbst mit dem Schopfe aus dem Sumpf zieht.'¹⁹²

Onder het normatief plaveisel, het moeras? Het normatieve schadebegrip lijkt zo elastisch dat het iedere redelijke inhoud zou kunnen krijgen. Er moeten echter naar juridische inzichten goede gronden bestaan om van het feitelijke schadebegrip af te kunnen wijken.¹⁹³ Kunnen deze gronden worden aangewezen, dan kan enigszins naar een wenselijk resultaat worden toegewerkt.¹⁹⁴ De gronden voor afwijking dienen in de rechterlijke uitspraak inzichtelijk gemaakt te worden. Hier kan worden opgemerkt dat bijvoorbeeld in het kader van de erkenning van een recht op smartengeld in geval van een schending van fundamentele rechten (zie paragraaf 1.9.2.4) de rechter, overigens ook ten behoeve van de rechtsontwikkeling, in zijn motivering zoveel mogelijk reenschap dient te geven van zijn beweegredenen om smartengeld toe te kennen, in die zin dat hij aangeeft welke functies smartengeld in het concrete geval heeft en waarin de immateriële schade is geleden.¹⁹⁵

2.8.1 Waardeoordelen kunnen een rol spelen

Schade is een juridisch, normatief begrip.¹⁹⁶ Kan een normatief begrip 'schade' waarde vrij zijn? Waarden gaan toch vooraf aan normen? De bijzondere (w)aard(e) van bepaalde schadeobjecten of een bepaalde schadebron lijkt een recht op schadevergoeding te kunnen blokkeren. Inzake een 'wrongful birth'-

191 Vgl. Larenz 1987, p. 426-427. 'Hierfür reicht ein „natürlicher“ Schadensbegriff nicht aus. Die Rechtsordnung knüpft an ihn an, präzisiert ihn aber vor allem im Hinblick auf die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche und den Ausgleichszweck.'

192 Lange & Schiemann 2003, p. 39-40.

193 Vgl. Spier 1998, p. 6-7, voetnoot 8.

194 Vgl. Spier 1990, p. 28; Spier 1998, p. 7.

195 Vgl. Lindenberg 2005, p. 326.

196 Zie hiervoor paragraaf 2.3.2.

vordering, een vordering van ouders voor de opvoedkosten van een 'niet-gepland' kind, overwoog het 'Bundesverfassungsgericht' het volgende:¹⁹⁷

'Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquell kommt von Verfassungswegen (art. 1,1 Grundgesetz) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten (...), verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.'

Niet alleen het 'Bundesverfassungsgericht' maar ook de Engelsman in de metro lijkt er ongeveer zo over te denken.¹⁹⁸ Lord Steyn:

'Instinctively, the traveler on the Underground would consider the law of tort has no business to provide legal remedies consequent upon the birth of a healthy child, which all of us regard as a valuable and good thing.'¹⁹⁹

Hij vervolgt:

'Relying on principles of distributive justice I am persuaded that our tort law does not permit parents of a healthy unwanted child to claim the cost of brining up the child from a health authority or a doctor.'

Het 'Bundesgerichtshof' is evenwel van mening dat het schadebegrip waarde vrij is.²⁰⁰ Ook de Hoge Raad lijkt een waarde vrij schadebegrip te hanteren getuige zijn uitspraak in het 'Wrongful birth I'-arrest.²⁰¹ De Hoge Raad zegt over de kosten van verzorging en opvoeding van een niet-gepland kind dat het:

'(...) om kosten gaat die noodzakelijk moeten worden gemaakt en die juist daarom een financieel nadeel en derhalve vermogensschade vormen'.

Het kind wordt niet als schade beschouwt, slechts de extra last die door de fout van de arts op het gezinsinkomen wordt gelegd.²⁰² Deze economisch-technische benadering vormt het vertrekpunt.²⁰³ De Hoge Raad overweegt in het 'Wrongful birth I'-arrest dat er bezwaren kunnen zijn die een recht op

197 12 november 1997, BVerfGE 96, 375, NJW 1998, 519; zie hierover ook Nieuwenhuis 2000, p. 208-209.

198 Zie terecht kritisch over deze retoriek Van Boom & Jansen 2000, p. 287; Smits 2003, p. 134.

199 Macfarlane and Another v. Tayside Health Board [1999] 3 WLR 1301.

200 'Der Schadensbegriff als solcher ist wertfrei' BGH 27 juni 1995, NJW 1995, p. 2407 e.v.

201 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.nt. CJHB (Wrongful birth)

202 Vgl. Smits 2003, p. 133.

203 Vgl. Bloembergen in zijn noot onder HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (Druijff/Bouw).

vergoeding kunnen blokkeren, die hij evenwel niet overtuigend acht.²⁰⁴ Waarden kunnen door schadevergoeding ook juist meer zeggingskracht krijgen. Zo oordeelt de Hoge Raad in het 'Wrongful life'-arrest:²⁰⁵

'Door het LUMC en de verloskundige (...) schadeplichtig jegens Kelly te achten, wordt aan de menselijke waardigheid van Kelly niet tekortgedaan, maar wordt zij juist in staat gesteld, voor zover betaling van een geldsbedrag dat kan bewerkstelligen, zoveel mogelijk een menswaardig bestaan te leiden. Kelly zou veeleer tekortgedaan worden indien zij niet alleen door die fout een gehandicapt leven moet leiden, maar bovendien van elke schadevergoeding verstoken zou blijven (...).'²⁰⁶

De 'menselijke waardigheid' kan zowel argumenten bieden ter ondersteuning van een recht op schadevergoeding als ter ontkrachting. De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd.²⁰⁷ Een eerbiediging kan gelegen zijn in het afwijzen van iedere schadevergoeding, een bescherming in de toewijzing daarvan. De menselijke waardigheid is een breed begrip dat een groot en tamelijk onontgonnen terrein bestrijkt, aldus Nieuwenhuis.²⁰⁸ Het schiet het doel van het onderhavige onderzoek voorbij het begrip menselijke waardigheid verder te onderzoeken. Van belang hier

204 Een eerste bezwaar is dat met toewijzing van de vordering het kind zelf de schade vormt. Toewijzing zou bovendien in strijd zijn met de waardigheid van het kind als mens, zijn bestaansrecht ontkennen, en er toe kunnen leiden dat het kind op latere leeftijd, geconfronteerd met de indruk dat het door zijn ouders niet werd gewenst, psychische schade zou kunnen ondervinden. Voor de gedachte van voordeelstoerekening is overigens evenmin plaats, in het bijzonder de gedachte dat het enkele feit dat het gezin met een gezond kind wordt uitgebreid reeds een immaterieel voordeel oplevert, dat tegen elke vermogensschade van de onderhavige aard opweegt. De arts zou zijn aansprakelijkheid ontkopen. Daarnaast is het op grond van art. 6:100 BW slechts redelijk immateriële voordelen in rekening te brengen bij de vaststelling van smartengeld. De angel wordt evenwel uit het debat gehaald door de extra financiële last die het opvoeden van een kind nu eenmaal meebrengt voorop te stellen.

205 Onder een wrongful life-vordering wordt verstaan een vordering tot schadevergoeding van een zwaar gehandicapt kind dat door een medische fout geboren is, terwijl dat kind niet geboren zou zijn als de laedens (arts, verloskundige) deze fout niet had gemaakt. Essentieel kenmerk van een dergelijke vordering is dat het kind slechts gehandicapt kan bestaan. Zijn handicap zou er alleen dan niet zijn geweest als het kind niet had bestaan. Vgl. Sieburgh 2005, p. 758.

206 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life). Gevorderd wordt onder meer de vergoeding van de immateriële schade bestaande uit ernstig fysiek en geestelijk lijden waaraan de benadeelde (Kelly) vanaf haar geboorte is en in de toekomst zal worden blootgesteld. Door de Hoge Raad wordt opgemerkt dat het feit dat de geboorte van een ernstig gehandicapt kind impliciet als 'schade' is aangemerkt, geen oordeel inhoudt ten aanzien van de waarde van dat kind als persoon of van zijn bestaan, en nog minder betekent het dat het leven van Kelly als schadepost wordt aangemerkt. (slot r.o. 4.4).

207 Vgl. art 1 GG lid 1: 'Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.'

208 Nieuwenhuis 2006, p. 16.

is de vaststelling dat de menselijke waardigheid argumenten biedt zowel voor de toe- als afwijzing van schadevergoeding.²⁰⁹ Smits merkt dan ook op dat de notie van menselijke waardigheid zodanig inherent vaag is, dat het weliswaar als argument een rol kan spelen op weg naar de juiste uitkomst, maar nimmer redengevend kan zijn voor het rechterlijk oordeel. De uiteenlopende oordelen van de Duitse, Engelse en Nederlandse rechter op het gebied van wrongful life ondersteunen zijn opvatting.²¹⁰

2.8.2 Beleidsargumenten mogen een rol spelen

Schade in een rechtsbegrip. Dat beslissingen van normatieve aard de inhoud van het schadebegrip mede vormgeven, biedt de mogelijkheid beleidskeuzes (policy-argumenten) bij de vormgeving van dit begrip te betrekken.²¹¹ Anders gezegd, het biedt de mogelijkheid om maatschappelijke overwegingen te betrekken bij de vraag of bepaalde schade rechtens moet worden erkend.²¹² Het gaat daarbij om juridische beleidsargumenten, om rechtspolitiek, waaronder binnen de kaders van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan worden verstaan, dat wat door de rechter, met het oog op de precedentwerking van zijn aansprakelijkheidsoordeel, inclusief zijn oordeel over de omvang van de aansprakelijkheid, enerzijds redelijk en anderzijds maatschappelijk aanvaardbaar wordt geacht.²¹³ Het algemeen belang dient in een concrete rechtsbeslissing steeds door te klinken, want weliswaar houdt het concrete geschil alleen partijen verdeeld, de rechtsbeslissing is met het oog op haar precedentwerking uiteindelijk voor ons allemaal van belang.²¹⁴

Welke 'rechtspolitieke' factoren kunnen een rol spelen? Voorop kan staan dat in beginsel uiteenlopende policy-argumenten hun weg zouden moeten kunnen vinden binnen het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Het strekt echter te ver om alle rechtspolitieke keuzes in dit verband bij de vormgeving van het schadebegrip te betrekken. Andere figuren kunnen beter geschikt zijn.²¹⁵ Zo lijkt de vrees voor een meer defensieve beoefening van

209 De menselijke waardigheid in het algemeen en de therapeutische noden van de patiënt/gelaedeerde in het bijzonder worden een slechte dienst bewezen als een gelaedeerde die lijdt aan een renteneurose (een (onbewuste) simulatie van invaliditeit na een ongeluk met de bedoeling een grotere uitkering te krijgen) schadevergoeding wordt toegekend, aldus het Bundesgerichtshof (BGH 29 februari 1956, *BGHZ* 20, 137, *NJW* 1956, 1108.). Zie voor en min of meer tegengesteld oordeel HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137 m.nt. CJHB (Henderson/Gibbs).

210 Zie Smits 2003, p. 135.

211 Lindenbergh 2008b, nr. 32.

212 Vgl. Van Dunné 2001, p. 669.

213 Vgl. Lankhorst 1992, p. 150. Een ander kwestie is of de overheid

214 Vgl. Vranken in zijn noot (onder 7) onder HR 13 april 2007, *NJ* 2008, 576 (Staat/ Yazdanlatif).

215 Lindenbergh 2008b, nr. 32.

de geneeskunde, als een arts onzorgvuldig handelen wordt verweten, een rechtspolitiek argument dat thuis lijkt te horen bij de onrechtmatigheids- of tekortkomingsvraag, of bij de figuur van de toerekening naar redelijkheid. Het argument dat kinderen in kommervolle omstandigheden hun ouders, althans hun moeder aansprakelijk zouden kunnen stellen voor hun bestaan, lijkt bij de onrechtmatigheidsvraag of het relativiteitsvereiste onderdak te moeten vinden.²¹⁶ Op voorhand lijkt er weinig over te zeggen welke policy-argumenten in het bijzonder hun weg zouden kunnen vinden bij de vormgeving van het begrip immateriële schade. Bekendste rechtspolitieke argument is de vrees voor een mogelijke omvangrijker maatschappelijke aansprakelijkheidslast ('keeping the floodgates shut').²¹⁷ Tijdens de parlementaire voorbereiding van de smartengeldfiguur is in algemene zin ook wel voor terughoudendheid gepleit aangaande de vergoedbaarheid van immateriële schade.²¹⁸ Ook zou gedacht kunnen worden aan slachtofferbescherming.²¹⁹

De maatschappelijke wenselijkheid van de vergoedbaarheid van een bepaald soort schade beïnvloedt ook de inhoud van het rechtsbegrip schade. Als voorbeeld kan affectieschade worden genoemd, de immateriële schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten. De vrees voor onsmakelijke procedures en vercommercialisering van verdriet, de wens om terughoudendheid te betrachten bij de uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht uit angst voor een toestroom van zaken en het gegeven dat leed niet met geld lijkt te kunnen worden goedge maakt weerhiel den de wetgever

216 Vgl. HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 m.nt. JBMV (Wrongful life) r.o. 4.16.

217 In het bijzonder verzekeraars wijzen in aansprakelijkheidsprocedures nog wel eens op dit policy-argument. Spier wijst er terecht op dat als floodgate-argumenten worden gebruikt door verzekeraars diezelfde verzekeraars dit argument met harde gegevens moeten onderbouwen, zie Spier in zijn conclusie onder 4.8 voor HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 643. Uzman & Stolker 2009, p. 492-493 wijzen er op dat het 'Wrongful life'-arrest illustreert dat het floodgate-argument zelden expliciet als argument ter afwijzing zal worden gebruikt. Aangevend kan hierbij wel worden dat het nog maar de vraag is of deze casus nu zo'n stortvloed aan claims zal genereren. Zo stond in cassatie vast dat aansprakelijkheid bestond (een beroepsfout) en mag toch worden aangenomen dat het hier een vrij uitzonderlijk geval betreft dat gemeten naar de totale aansprakelijkheidslast door de maatschappij te dragen valt. Zie overigens ook HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m.nt. JBMV (Woudsend/V.) waarin de Hoge Raad opmerkt (r.o. 4.1): 'In een aantal gevallen zal de dood of het letsel van een bij een verkeersongeval betrokken persoon leiden tot aanzienlijk (financieel) nadeel bij derden. Ook ten aanzien van hen geldt dat het recht beperkingen stelt aan de mogelijkheid van vergoeding van dit nadeel, omdat te ruim getrokken grenzen van aansprakelijkheid in maatschappelijk opzicht tot onaanvaardbare gevolgen zouden kunnen leiden. Andere vormen van compensatie en erkenning van leed dan toekenning van een bedrag aan smartengeld zijn denkbaar. De rechter kan daarover niet een allesomvattend oordeel geven, doch mag slechts beoordelen welke vergoeding binnen het stelsel van de wet voor toewijzing in aanmerking komt.' Wellicht kan uit deze overwegingen worden afgeleid dat de Hoge Raad niet heel snel geneigd zal zijn de 'floodgates' verder open te zetten dan de wetgever heeft gedaan.

218 Zie verder paragraaf 1.8.1.

219 Lindenberg 2008b, nr. 15.

lange tijd een regeling met betrekking tot affectieschade te maken.²²⁰ Een toenemende druk op de rechterlijke macht, doordat vaker wordt getracht enige vorm van genoegdoening in rechte geldend te maken, en kritiek uit de literatuur deden de wetgever alsnog overstag gaan. De wetgever ‘vercommercialiseert’ affectieschade alsnog en ‘emancipeert’²²¹ deze schade, die zonder deze juridische blijk van erkenning onmiskenbaar bestaat, tot vergoedbare schade.²²²

2.8.3 Normatieve elementen bij vormgeving schadevergoeding

Normatieve elementen zijn in het schadevergoedingsrecht alomtegenwoordig.²²³ Zo is een normatief element aan te wijzen in de figuur van de toerekening naar redelijkheid die in navolging van de literatuur (Köster,²²⁴ Bloembergen²²⁵) en rechtspraak²²⁶ in de wet is opgenomen. Op voet van art. 6:98 BW is het mogelijk om schadeposten, bijvoorbeeld de schade aan een niet-rechtmatig belang, van vergoeding uit te sluiten. Daarnaast kan op voet van art. 6:98 BW de schade in ruime of minder ruime mate worden verplaatst naar de laedens. Zo kan een ernstige vorm van schuld een relatie tussen handelen en verder verwijderd gevolg tot stand brengen. Op die manier werkt de *ernst* van de normschending door in de omvang van de aansprakelijkheid (lees: de omvang van de schadevergoeding).²²⁷ De normatieve lading van de figuur van de toerekening naar redelijkheid beïnvloedt andere onderdelen van het schadevergoedingsrecht.²²⁸ Hartkamp noemt het voorbeeld van het begrip

220 VVI Inv. en MvAI, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1272-1277.

221 Terminologie Lindenbergh 2008b, nr. 32.

222 Het wetsvoorstel dienaangaande heeft enige tijd in de ijskast gestaan. Dit in afwachting van empirisch onderzoek naar de behoeften van naasten van ernstig gewonde slachtoffers en nabestaanden van overleden slachtoffers aan een recht op vergoeding van affectieschade (zie hierover Van Wees 2006, p. 124-128). Inmiddels is uit dit onderzoek naar voren gekomen dat naasten en nabestaanden in meerderheid een duidelijke behoefte hebben aan vergoeding van affectieschade, zie Akkermans 2008 e.a., p. 69 e.v.

223 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 14.

224 Köster 1963, p. 14-23.

225 Bloembergen 1965, p. 178-204.

226 Vgl. HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251 m.nt. GJS (Doorenbos/Intercommunale Waterleidinggebied Leeuwarden).

227 Vgl. Lindenbergh (2007b, p. 23) die verwijst naar art. 2:102 lid 5 PETL, dat bepaalt: ‘The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases.’

228 Bijvoorbeeld de figuur van de buitengerechtigde kosten (artikel 6:96 lid 2). Zie HR 11 juli 2003, NJ 2003, 50, m.nt. JBMV (Bravenboer/London). De Hoge Raad: ‘3.5.3. Omdat degene die aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van een door hem veroorzaakte aanrijding (...) in beginsel binnen de grenzen van art. 6:98 BW aansprakelijk is voor alle schade die de benadeelde als gevolg van die gebeurtenis heeft geleden, kunnen de (redelijke) kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid ook voor vergoeding in aanmerking komen wanneer uiteindelijk niet komt vast te staan dat schade is geleden. Wel moeten die kosten

‘verlies van een kans’, dat hij plaatst op het grensgebied van het schadebegrip en de leer van het causaal verband.²²⁹

Ook zijn er normatieve elementen aan te wijzen bij de vergoeding van immateriële schade. Immers, voorop staat dat immateriële schade – die feitelijke geleden kan zijn als gevolg van een normschending – slechts voor vergoeding in aanmerking komt als de wet daarop recht geeft. De rechter kan bovendien op voet van de billijkheid beslissen geen schadevergoeding toe te kennen, ook als sprake is van op voet van artikel 6:106 BW voor vergoeding in aanmerking komende schade.²³⁰ Daarnaast kan bij de vraag of een recht op smartengeld bestaat de ernst van de normschending doorwerken, immers hij die het oogmerk heeft een ander immateriële schade toe te brengen kan op voet van art. 6:106 lid 1 onder a BW smartengeld verschuldigd zijn (zie ook paragraaf 1.9.2.1). Ook kan het feit worden genoemd dat de aard van de aansprakelijkheid mag meewegen bij de begroting van de vergoeding voor immateriële schade.²³¹ Ook het begrip ‘ander nadeel dan vermogensschade kan in meer normatieve zin worden gehanteerd (zie hierna paragraaf 2.11.8).

Ook de figuur van de voordeelstoerekening bevat normatieve elementen (art. 6:100 BW bepaalt dat voordelen in rekening kunnen worden gebracht ‘zover dit redelijk is’). Ook de abstracte schadevaststelling is in zekere zin een normatieve bezigheid, geabstraheerd wordt immers van concrete (‘feitelijke’) omstandigheden om zo een wenselijk resultaat te bereiken.²³²

Tot slot kunnen de wettelijke beperking van de vergoedbaarheid van schade van derden bij letsel en overlijden (art. 6:107, 107a en 108 BW) en de geringe mogelijkheden tot vergoeding van gemaakte proceskosten (6:96 lid jo. 241 Rv) worden genoemd als voorbeelden waarbij de door de norm beschermende belangen binnen het schadevergoedingsrecht worden afgebakend.²³³

als gevolg van de aanrijding zijn gemaakt (sine-qua-non-verband) en dienen zij tevens in een zodanig verband met de aanrijding te staan dat zij aan de daarvoor aansprakelijke persoon, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als gevolg van deze gebeurtenis kunnen worden toegerekend.’ Zie ook HR 28 januari 2005, *NJ* 2008, 55 m.nt. Jac. Hijma (Burger/Brouwer Motors) en HR 5 december 2008, *L/N* BF1402 (rokend bootje).

229 Vgl. HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 63 (Kranendonk/Maatschap A) en HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257, m.nt. PAS (Baijings/H.).

230 HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 m.nt. CJHB (Boze brief).

231 HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 (Wrongful birth II).

232 Daargelaten de hoofdzakelijk terminologische kwestie of het hier gaat om een kwestie van abstracte vaststelling, begroting of berekening van de schade of om een nadere – abstracte – bepaling van het begrip schade.

233 Vgl. Lindenbergh 2007b, p. 23. Overigens zou ten aanzien van de vergoedbaarheid van de schade van derden bij letsel en overlijden ook kunnen worden betoogd dat de door de norm beschermde belangen nu juist wordt uitgebreid. Het beschermingsbereik van de norm richt zich immers in eerste instantie op de belangen van de benadeelde jegens wie onrechtmatig is gehandeld.

2.9 SCHADE EN 'ANDER NADEEL' IN CASSATIE

De discussie over de aard van het schadebegrip (is het een feitelijk of een normatief begrip) raakt aan het meest wezenlijke probleem van cassatie: het onderscheid tussen feitelijke beslissingen en rechtsbeslissingen. Drie vragen kunnen worden onderscheiden.²³⁴

De eerste vraag die kan worden opgeworpen is die of het onderscheid tussen feit en recht wel te maken valt. Voor de heuristische fase (of heuristische aspecten) van het rechterlijke oordeel valt dit nog niet mee. In cassatie is echter enkel de vraag van belang of men bij de rechtvaardiging (of legitimatie, althans de legitimerende aspecten) van een rechterlijke beslissing een onderscheid kan maken tussen het constateren van feiten en hun juridische kwalificatie. Gezegd kan in dit verband worden dat de nadelige gevolgen (de feiten) van een schadeveroorzakende gebeurtenis (bijvoorbeeld verdriet, pijn en gederfde levensvreugde) en hun juridische kwalificatie ('nadeel dat niet in vermogensschade bestaat') zich eenvoudig laten onderscheiden.²³⁵

De hiervoor opgeworpen vraag hangt samen met de (tweede) vraag of ieder wetsbegrip 'per definitie' een rechtsbegrip is. In dit verband wordt wel betoogd dat schade geen 'eigenlijk' rechtsbegrip is, maar een door het recht bestudeerd natuurlijk of feitelijk begrip.²³⁶ De heersende opvatting in de literatuur is dat *alle* in de wet gehanteerde begrippen q.q. rechtsbegrippen zijn.²³⁷ Bloembergen, Hartkamp en Lindenbergh wijzen er expliciet op dat schade een rechtsbegrip is.²³⁸

Ten slotte kan de vraag worden gesteld of de cassatierechter bij een onjuiste kwalificatie van 'een hoopje feiten'²³⁹ als schade (vermogensschade of nadeel dat niet in vermogensschade bestaat) steeds mag ingrijpen. Anders gezegd, kan de cassatierechter iedere concrete toepassing van het begrip schade op de feiten toetsen op haar juistheid? Korthals Altes en Groen menen van wel:

234 Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 96.

235 Zou schade in cassatietechnische zin als feitelijk worden verstaan, dan heeft dit tot gevolg dat in cassatie niet (met succes) geklaagd kan worden over een verkeerde uitleg of interpretatie daarvan. Beslissing dat bepaalde feiten wel of niet vaststaan dan wel dat het bewijs daarvan wel of niet is geleverd zijn bijvoorbeeld van feitelijke aard, evenals de beslissing waarbij de rechter bij wege van vermoeden uit vaststaande feiten het vaststaan van andere feiten afleidt of weigert een dergelijke conclusie te trekken (zie over het bewijs van feiten die kunnen kwalificeren als nadeel dat niet in vermogensschade bestaat nader paragraaf 3.4). Zuiver feitelijk, tot slot, is overigens wel de beslissing van de rechter waarin een prognose ligt besloten met betrekking tot de kans dat bepaalde schade (waaronder ook immateriële schade) zich in de toekomst al dan niet zal verwezenlijken.; vgl. Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 96.

236 Vgl. Vandeweert & Viaene 2001, p. 181

237 Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 96.

238 Bloembergen 1965, p. 11, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 13.

239 Van Dunné 2001, p. 663.

‘Indien de vaststelling van feiten en de juridische kwalificatie van die feiten, uitzonderingen daargelaten, te scheiden zijn en alle in rechtsregels gebezigde begrippen rechtsbegrippen zijn, dan moet dat onontkoombaar leiden tot de slotsom dat niets zich ertegen verzet dat de cassatierechter steeds toetst of de lagere rechter met recht de gegeven feitelijke situatie met zo’n rechtsbegrip heeft geïdentificeerd, anders gezegd of hij aan die feiten een juiste kwalificatie heeft gegeven.’

In theorie lijkt niets zich te verzetten tegen een volledige ‘kwalificatiecontrole’ van rechterlijke beslissingen met betrekking tot de begrippen ‘schade’ en ‘nadeel dat niet in vermogensschade bestaat’. De Hoge Raad legt zichzelf doorgaans evenwel beperkingen op bij de toetsing van beslissingen die op de toepassing van onbepaalde begrippen zoals schade of nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en waarvan de uitkomst afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval. Hij merkt de kwalificatie (het oordeel dat de feiten al dan niet onder een in de wet of rechtsregel gehanteerd begrip vallen) in cassatietechnische zin dan als feitelijk dan wel als deels feitelijk aan.²⁴⁰ Zo heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 18 april 1986 (ENCI/Lindelauf) beslist dat ‘in cassatie zal kunnen worden getoetst of de rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip schade of terzake van de wijze van begroting’. De Hoge Raad bevestigt deze beslissing voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat in zijn arresten van 8 juli 1992 (AMC/O) en 17 november 2000 (Druijff/Bouw).²⁴¹

De aan het oordeel van de lagere rechter ten grondslag liggende rechtsopvatting omtrent het begrip schade of het begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat kan in cassatie volledig worden getoetst.²⁴² De Hoge Raad zal een kwalificatie van bepaalde feiten als (immateriële) schade door een lagere rechter evenwel niet volledig toetsen, hoewel hij daar in theorie de ruimte toe lijkt te hebben. De Hoge Raad zal steeds concluderen dat het rechterlijk oordeel (geen) blijk heeft geven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip schade.²⁴³ Korthals Altes en Groen achten het althans onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad deze dubbele negaties wegstreept en zal overwegen dat een oordeel blijk geeft van een juiste rechtsopvatting omtrent

240 Vgl. Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 97. Deze beperkingen van de kwalificatiecontrole zijn strikt dogmatisch wellicht moeilijk te rechtvaardigen. Gesproken wordt van het beleid van de cassatierechter, een beleid dat is gebaseerd op de gedachte dat de cassatierechter zich niet te zeer met detailkwesties moet inlaten. Hij zou zomaar kunnen verworden tot derde instantie. Daarom zou de cassatierechter de kwalificatiecontrole moeten beperken tot die gevallen waarin algemene gezichtspunten kunnen worden gesignaleerd, zo is de gedachte.

241 HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 567 m.nt. G. (ENCI/Lindelauf); HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (AMC/O); HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215 m.nt. ARB (Druijff/Bouw).

242 Brunner (1997, p. 63-64) leidt uit de mogelijkheid tot toetsing in cassatie af dat schade een normatief begrip is.

243 Zie bijvoorbeeld HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst) r.o. 3.5.

bijvoorbeeld schade of ander nadeel dan vermogensschade zonder die rechtsopvatting nader te omschrijven.²⁴⁴ Het is in verband met het onderscheid feitelijke beslissingen/rechtsbeslissingen de vraag hoe het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2002 (Van Straaten c.s./Brandts c.s.) valt te plaatsen. De Hoge Raad overweegt dat de strekking van de wet (de casus zag op een geval van voordeelstoerekening) erop neerkomt:²⁴⁵ 'dat aan de benadeelde het feitelijk nadeel dat voor hem uit een tot schadevergoeding verplichtende gebeurtenis voortvloeit, wordt vergoed.' Dat schade door de Hoge Raad in beginsel als 'feitelijk nadeel' wordt aangemerkt brengt niet mee dat een rechterlijk oordeel dienaangaande een feitelijke beslissing is die zich geheel onttrekt aan cassatiecontrole. Het begrip 'feitelijk nadeel' kan als rechtsopvatting over het begrip schade worden aangemerkt.²⁴⁶

2.10 GROND EN DOEL VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDS- EN SCHADEVERGOEDINGS-RECHT

Het recht op smartengeld is niet 'los' te denken van het aansprakelijkheidsrecht als geheel. Het kent zo gezien geen 'eigen' functies.²⁴⁷ Om deze reden zal hierna kort de grond van het aansprakelijkheidsrecht en zijn daaruit af te leiden doelen worden besproken.²⁴⁸

244 Korthals Altes en Groen wijzen er op dat de formulering 'blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting' suggereert dat in ieder geval het object van de toetsing niet het oordeel zelf is, maar de daaraan ten grondslag liggende rechtsopvatting. Ook wijzen zij erop dat als de Hoge Raad de formulering 'geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting' gebruikt, met name door het gebruik van de dubbele ontkenning, het nadeel is verbonden dat niet duidelijk wordt welke rechtsopvatting juist of onjuist is, zodat de precedentwaarde in dergelijke gevallen betrekkelijk gering is. Overigens kan positiefrechtelijk slechts één beslissing (tegelijktijd) juist zijn. De Hoge Raad kan als vertegenwoordiger van een positiefrechtelijk systeem niet oordelen dat in een concreet geval een norm of een begrip beslissingen in tegengestelde zin toelaat. Dat doet hij dan ook niet. De door de Hoge Raad gekozen bewoordingen drukken (niet meer) uit (dan) dat hij zich als cassatierechter onthoudt van het oordeel welke beslissing in het concrete geval juist is. Die beslissing is aan de lagere rechter. Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 101.

245 HR 1 februari 2002, NJ 2002, 122 (Van Straaten c.s./Brandts c.s.).

246 Als 'basisprincipe' geldt dat schade feitelijk nadeel is, aldus Janssen (2007, p. 100 voetnoot 7). Hij ziet 'cassatietechnisch' terecht geen beletsel om de schade als 'feitelijk nadeel' aan te duiden en het tegelijkertijd als rechtsbegrip aan te merken. Brunner (1997, p. 63-64) leidt uit de mogelijkheid tot toetsing in cassatie af dat schade een normatief begrip is.

247 Vgl. Hartlief 2003, p. 136.

248 Onder grond verstaat Nieskens-Isphording (1991, p. 49) de factor die de verbintenis rechtvaardigt. Ik houd deze terminologie aan.

2.10.1 Grond aansprakelijkheidsrecht: (van handhaving status-quo naar) handhaving aanspraken

Nieskens-Isphording en Hartlief (zie evenwel ook hierna) noemen, onder verwijzing naar Slagter en Polak, de handhaving van de status-quo als grond van het aansprakelijkheidsrecht, althans van het onrechtmatige daadsrecht.²⁴⁹ Polak:

‘Aan de rechter, die tot schadevergoeding wordt geadieerd, is herstel van recht opgedragen; de vraag naar de aanspraak is de vraag naar het verstoorde evenwicht; verstoring van het maatschappelijk evenwicht doet een aanspraak op rechtsherstel ontstaan (...) De hierbij betrokken grondvorm van het rechtsbesef nu wordt treffend tot uitdrukking gebracht door de traditionele voorstelling van de gerechtigheid: de weegschaal als symbool der aequitas, evenwicht.’²⁵⁰

Het doel of de grond van het aansprakelijkheidsrecht is in de optiek van Lindenberg het handhaven van aanspraken.²⁵¹ Dit lijkt een zuiverder zienswijze omdat het in het aansprakelijkheidsrecht niet alleen kan gaan om de *handhaving* van de status-quo, maar ook kan gaan om de verwezenlijking van een nieuwe toestand waarop het recht een *aanspraak* geeft. Handhaving kan geschieden door speciale preventie in de vorm van (een vordering tot) nakoming of door (concreet of meer abstract) herstel. Ook andere sancties dan schadevergoeding in geld zijn evenwel denkbaar, zoals een verbod of een bevel.

Ook Verheij stelt een rechtshandavingsidee centraal.²⁵² Het privaatrecht moet kunnen reageren op de inbreuk van privaatrechtelijke rechten, evenwel niet met het oog op (special of generale) preventie, maar als logische noodzaak: zonder reactie geen recht.²⁵³ Hartlief zit (sinds kort) op het spoor van Verheij.²⁵⁴ Voorop kan staan, aldus ook Hartlief, dat het weinig zinvol lijkt om een belang van het etiket (subjectief) recht te voorzien, als na een inbreuk op dit belang/recht het privaatrecht geen mogelijkheid biedt tot (re)actie. Hiermee is nog niet uitgemaakt welke belangen een dergelijk etiket ‘verdienen’. Wat er zij van dit laatste, voorop kan staan dat geschonden belangen/rechten

249 Slagter 1952, p. 188; Nieskens-Isphording (1991, p. 49) merkt op dat als wordt aangenomen dat de vordering uit onrechtmatige daad voornamelijk dient tot herstel van onevenheden en niet tot preventie van schade, of tot vergelding van verwijtbaar gedrag, de vaststelling onontkoombaar lijkt dat de grondslag van de vordering uit onrechtmatige daad is gelegen in de bescherming van de status quo. Hartlief 1997, p. 15.

250 Polak 1949, p. 8. Zie ook Wertheim 1930, 76 die spreekt van de ‘wensch om stabiliteit te brengen’.

251 Lindenberg 2008b, nr. 5.

252 Verheij 2002, hoofdstuk X.

253 Vgl. Verheij, 2002, p. 445; vgl. De Groot 1980, p. 49-58; Bloembergen 1982, p. 5-6; Blaauw 1988, p. 1-13; Van Nispen 1988, p. 5-6.

254 Vgl. Hartlief 2008a, p. 238.

inhoudsloos zijn als er rechtens geen reactiemogelijkheid bestaat. Het sanctiearsenaal van het aansprakelijkheidsrecht zou een bijdrage kunnen leveren aan de handhaving van deze (subjectieve) rechten.²⁵⁵ En meer in het bijzonder kan ook de smartengeldfiguur een duid in het zakje doen met betrekking tot de verwezenlijking van het centrale doel van het aansprakelijkheidsrecht. Met de vaststelling dat handhaving van aanspraken het fundament van het aansprakelijkheidsrecht vormt, kan als sequel worden onderzocht of, en in hoeverre op een (potentiële) laedens een verplichting rust jegens de gelaedeerde, bijvoorbeeld in de vorm van schadevergoeding.²⁵⁶

2.10.2 Afgeleid doel vanuit een 'ex-ante'-perspectief: preventie

Zorgvuldig gedrag kan schade voorkomen. Enerzijds kan zorgvuldig gedrag voorkomen dat een persoon (mede) door eigen toedoen schade lijdt, anderzijds kan zorgvuldig gedrag aansprakelijkheid voorkomen, en daarmee, vanuit de optiek van de (potentiële) laedens, verplaatsing van schade in zijn richting, in de vorm van een mogelijk te betalen schadevergoeding. Als aansprakelijkheidsregels (specius) als gedrageregels (genus) worden gezien, lijken zij, in theorie althans, ook te kunnen prikkelen tot zorgvuldig gedrag.²⁵⁷ De praktijk is evenwel weerbarstig. Duk:

‘Gedrageregels laten zich helemaal niet zo gemakkelijk kennen. Ze hebben met glibberige biggen gemeen, dat ze je telkens ontglippen wanneer je probeert ze te vatten.’²⁵⁸

Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kan preventief werken. Immers, als wordt aangenomen dat er een afschrikkende werking van uit kan gaan, kan het schade voorkomen. Het dient in zekere zin ook preventief te

255 Vgl. Hartlief 2008b, p. 771; vgl. Verheij 2002, p. 445. Van Nispen besteed aandacht aan de doelstellingen van privaatrechtelijke sancties in het algemeen. Hij noemt als doelstellingen het voorkomen van dreigend onrecht, het goedmaken van geleden schade, genoegdoening voor de benadeelde, bestraffing van de aansprakelijke persoon, ongedaanmaking van de verrijking van de aansprakelijke persoon, en handhaving van rechten. Smartengeld wordt ingezet ter verwezenlijking van een deel van deze doelstellingen. Van Nispen 2003, nr. 5-12. Het aansprakelijkheidsrecht vormt voor beleidsmakers een aantrekkelijk instrument ter verwezenlijking van het beleid dat achter de (keuzes voor) de diverse doelen kan schuilgaan (vgl. Hartlief 2008b, p. 771). Hartlief wijst er terecht op dat als enig beleid wordt gevoerd door middel van het burgerlijk recht dit over de hoofden van partijen gebeurt. Daarmee wordt het welslagen van het beleid afhankelijk van de bereidheid tot het entameren van procedures door partijen. Nu kan er (ook door de rechter) eveneens een zeker beleid worden gevoerd ten aanzien van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht als zodanig. Het kan vaak gaan om een eenregelig beleid: ‘keeping the floodgates shut’.

256 Nieskens-Isphording 1991, p. 49.

257 Nieuwenhuis 1997, p. 18-19; Hartlief 2003, p. 122.

258 Zie Duk 2006, p. 6.

kunnen werken: voorkomen is beter dan genezen. Een vraag is: werkt het ook preventief?²⁵⁹ Het antwoord hangt af van de concrete omstandigheden waarin het aansprakelijkheidsrecht preventief zou kunnen worden ingezet, al dan niet ter verwezenlijking van achterliggende beleidsdoelen (te denken valt bijvoorbeeld aan verkeersveiligheid).²⁶⁰

De preventieve functie van schadevergoeding lijkt weliswaar vaak betrekkelijk klein, en vaak ook betrekkelijk willekeurig, maar algemene uitspraken over de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht zijn nauwelijks te maken.²⁶¹ Wat hiervan zij, vanuit het oogpunt van gedragsbeïnvloeding, en overigens ook als handhavingsinstrument, lijkt het aansprakelijkheidsrecht niet altijd optimaal ingericht.²⁶² Als voorbeeld kan het verkeer gelden: flitspaal, rotonde en airbag hebben vermoedelijk meer preventief effect ter sturing van het gewenste (rij)gedrag van verkeersdeelnemers, dan een krachtige prikkel vanuit het aansprakelijkheidsrecht. Een prikkel uit het aansprakelijkheidsrecht dient evenwel ook weer niet te worden onderschat (denk aan een mogelijk verlies van no-claimkorting). Echter, de meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht boven bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving van verkeersregels, veiligheidsvoorschriften aan motorrijtuigen en/of regels met betrekking tot veilige weginrichting lijkt beperkt.²⁶³ Daar waar overheidsregulering niet mogelijk is, of niet effectief is, lijkt de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke(r) rol te kunnen toekomen. In het licht van de vergoeding van smartengeld kan gedacht worden aan een krachtige reactie op onrechtmatige perspublicaties.²⁶⁴

In een zuiver preventief model zijn schadevergoedingen niet compensatoir bedoeld, zij zijn bedoeld ter afschrikking, wel zouden zij compensatoir kunnen werken, gesproken wordt dan van een neveneffect. In de rechtseconomie wordt niet-vermogensschade wel gezien als de beschadiging van niet vervangbare goederen.²⁶⁵ Een probleem voor (rechts)economen is het ontbreken van een markt voor deze goederen of bronnen van welzijn. Daarnaast is het een pro-

259 Zie Visscher 2005, p. 287-303 voor enige resultaten van empirisch onderzoek. Visscher (2005, p. 303) merkt op dat de reactie 'ik geloof gewoon niet in de preventieve werking van het onrechtmatige daadsrecht' geen recht doet aan de resultaten van het empirisch onderzoek. Harde en eenduidige resultaten zijn er evenwel nauwelijks, aldus Visscher t.a.p.

260 Zie hierover Hartlief 2008b, p. 770.

261 De ernst van de normschending houdt immers niet altijd evenveel verband met de omvang van de sanctie. Een kleine verkeersfout kan zeer omvangrijke schade met zich meebrengen, anderzijds kunnen opzettelijke daden (seksueel misbruik) binnen de kaders van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht slechts beperkt worden geredimeerd.

262 Van Boom 2006; Van Boom 2007, p. 982. Van Boom wil op dit punt meer uit het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht halen. Hij staat kritisch tegenover de meer klassieke remedies. Hij wijst op de mogelijke uitbouw van een 'collectieve actie'-figuur en staat niet onwelwillend tegenover de introductie van 'punitive damages'.

263 Vgl. Hartlief 2008a, p. 238.

264 Vgl. Hartlief 2003, p. 121-124. Ook kan worden gedacht aan mogelijke winstafdracht (art. 6:104 BW).

265 Shavell 2004, p. 242.

bleem dat er geen markt is voor pijn of leed.²⁶⁶ Smartengeld zorgt er bovendien niet voor dat de gelaedeerde het beschadigde of het verlorene kan herstellen of vervangen. Het ontvangen geld baat hem echter wel. Zij het dat door een vermindering van welzijn de immateriële waarde die een individu hecht aan materiële zaken – in het bijzonder geld – ook achteruit gaat. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij verlies aan gezondheid, en deze daling kan dan niet onaanzienlijk zijn, denk bijvoorbeeld aan comagevallen.²⁶⁷

2.10.3 Afgeleid doel vanuit een ‘ex-post’-perspectief: schadevergoeding

Schadevergoeding is slechts één, zij het één van de belangrijkste, sancties die de benadeelde ter handhaving van zijn aanspraken kan inroepen. Het belangrijkste doel van schadevergoeding is het zoveel als mogelijk bewerkstelligen van de situatie die er zou zijn geweest, ware het niet dat de schadeveroorzakende gebeurtenis (de normschending) heeft plaatsgevonden. Schadevergoeding financiert feitelijk herstel en compenseert resterend nadeel.²⁶⁸ Het gaat daarbij om compensatie in de vorm van een geldelijk equivalent: in gevallen van vermogensschade, en om compensatie in de vorm van een geldelijk substituuut: in gevallen waarin sprake is van ‘ander nadeel’. Door Barendrecht wordt betoogd dat feitelijk herstel als zodanig voorop staat.²⁶⁹ Ook preventie (zie hiervoor paragraaf 2.10.2),²⁷⁰ straf,²⁷¹ ongedaanmaking van de verrijking,²⁷² genoegdoening, erkenning, en rechtshandhaving worden genoemd als wenselijke functies van schadevergoeding (zie meer specifiek voor de functies van smartengeld hierna).

2.11 AARD EN INHOUD IMMATERIËLE SCHADE IN HET LICHT VAN DE FUNCTIES VAN SMARTENGELD

2.11.1 Vooraf

Het traditionele doel van het schadevergoedingsrecht – restitutio in integrum – is onhaalbaar voor zover de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade voorligt. Ogus:

²⁶⁶ Cane 2006, p. 135.

²⁶⁷ Vgl. Suurmond & Van Velthoven 2005, p. 3.

²⁶⁸ Lindenbergh 2008b, nr. 6.

²⁶⁹ Barendrecht e.a. 1995, p. 28-44.

²⁷⁰ Vgl. Wertheim 1930 (p. 20 t/m 57) noemt als rechtsgrond van afwenteling van schade: ‘de prikkel tot gunstige activiteit’; zie ook Van Dam 1989, nr. 157-166.

²⁷¹ Het gaat dan om punitive damages, deze figuur wordt niet verder uitgewerkt.

²⁷² Zie art. 6:104 BW en art. 6:212 BW.

‘the court cannot order that the defendant redeliver to the plaintiff the leg or eye which he has lost. Mental pain and anguish which he has suffered cannot be obliterated.’²⁷³

Deze vaststelling doet de vraag rijzen wat smartengeld *rechten* nog wel kan doen, sterker, of het wel wat kan doen. King:

‘The only question that makes sense (...) is not whether damages for pain and suffering make the plaintiff whole – they cannot – but whether such damages are consonant with the underlying policy goals of tort law.’²⁷⁴

Verschillende auteurs doordenken de smartengeldfiguur in het licht van zijn functies.²⁷⁵ De ene auteur gaat hierbij verder dan de andere.²⁷⁶ Lindenberg beschouwt de functies van smartengeld als ‘de fundamente[n]’ van de rechtsfiguur.²⁷⁷ Hij gebruikt de compensatiefunctie als ‘basis voor de verdere uitwerking’ van het recht op vergoeding van immateriële schade.²⁷⁸ Het antwoord op de vraag in welke gevallen er sprake kan zijn van een aantasting in de persoon in de zin van artikel 6:106 lid 1 sub b BW zoekt Verheij in de functie van de vergoeding van immateriële schade.²⁷⁹ Hij ziet de functies van smartengeld als ‘dragend’ en als ‘grondslag’ voor de toekenning daarvan.²⁸⁰ Tjittes merkt op dat de inhoud van het begrip ‘nadeel dat niet in vermogensschade bestaat’ en de functies die aan de vergoeding kunnen worden toegekend elkaar over en weer beïnvloeden.²⁸¹ De zienswijze van Tjittes houd ik voor aantrekkelijk. De samenhang tussen de vraag naar de functies van

273 Ogus 1972, p. 2.

274 King 2004, p. 166. King – die er een utilitaire kijk op het recht op nahoudt – krijgt de schadevergoeding voor ‘noneconomic consequences’ (‘pain and suffering’ en ‘loss of amenities of life’ (gederfde levensvreugde) niet in overeenstemming met de beleidsdoelen van het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht, en wijst het bestaan van een recht op vergoeding van immateriële schade als zodanig af. Hij pleit daarbij overigens voor een ruimere vergoeding van materiële schade (medische kosten, resocialisatie) en verruiming van proceskostenvergoedingen.

275 Zie in het bijzonder Lindenberg 1998, p. 5-62; Verheij 2002, hoofdstuk VIII, in het bijzonder p. 404-414; Du Perron 2003. Opmerking verdient dat de functies van de smartengeld kunnen worden onderscheiden van de grondslag of rechtvaardiging van (het bestaan van) de smartengeldfiguur als zodanig. Deze meer algemene rechtvaardiginggrond kan weer worden onderscheiden van de rechtsgrond voor smartengeld in het concrete geval.

276 Vgl. Dooyeweerd: ‘De rechtswetenschap (...) moet bevredigend theoretisch rekenschap kunnen geven van de stand van zaken, die zij in het praktisch rechtsleven ontmoet.’ Dooyeweerd 1950, p. 21 (p. 113). Een citaat van Dooyeweerd mag niet ontbreken in een proefschrift dat onder meer is geschreven ten tijde van de regeringsperiode van het kabinet Balkenende IV. Zie over dit ‘Dooyeweerd-kabinet’ Ten Napel 2007, p. 5 e.v.

277 Lindenberg 1998, p. 2.

278 Lindenberg 1998, p. 61.

279 Verheij 2002, p. 2.

280 Verheij 2002, p. 445; Verheij 2002, p. 529.

281 Vgl. Hofmann-Drion-Wiersma 1959, p. 134; Tjittes 2003c, p. 151.

smartengeld en de vraag wat rechtens als ander nadeel dan vermogensschade kan gelden, is van dien aard dat het antwoord op de ene vraag het antwoord op de andere meebepaalt.²⁸² Deze samenhang wordt besproken voor respectievelijk de compensatie-, genoegdoenings- en handhavings-/sanctioneringsfunctie.

Voorop kan staan dat de strijd om de hegemonie van één van de aan smartengeld toebedeelde functies gestreden lijkt. Smartengeld kan niet anders dan verschillende heren dienen, zijn bereik is simpelweg te groot, en het bereik van de functies zoals die in de literatuur inhoud worden gegeven te klein. Wel kunnen er in de diverse gevallen waarin een recht op smartengeld bestaat 'functionele' accentverschillen aan het licht komen.²⁸³ Zo staat in letselschadegevallen doorgaans de compensatiefunctie voorop, terwijl het in gevallen van seksueel misbruik vooral gaat om een genoegdoening (te denken valt aan een materiële blijk van afkeuring, een veroordeling van gedrag, een bevrediging van geschokte gevoelens, of een vergoeding van nadelige gevolgen), in affectieschadegevallen gaat het vooral om de erkenning van verdriet, en in geval van schending van fundamentele rechten om een rechtshandhavingsidee.²⁸⁴ Deze accentverschillen bepalen ook het perspectief op wat de omvangbepalende of schadebepalende factoren in het concrete geval zijn ter vaststelling van het smartengeld. Opmerking verdient dat de term functie hier wordt verstaan als de beoogde werking. Of een functie deze beoogde werking daadwerkelijk heeft, is een andere vraag.²⁸⁵ De functie van smartengeld kan bovendien niet los worden gezien van de doelen en functies van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht die men daar zoal aan wil toekennen (zie hiervoor paragraaf 2.10.1). Opmerking verdient, tot slot, dat de toekenning van smartengeld vooral in letselschadegevallen vaak onderdeel vormt van een pakket aan maatregelen ter herstel en/of compensatie van de schade (zie ook paragraaf 2.11.3), terwijl het in niet-letselgevallen vaak de enige remedie is die resteert.

2.11.2 Personenschade

Personenschade kan worden omschreven als de schade die het gevolg is van de aantasting van de menselijke persoon, voor de duidelijkheid niet als juridisch begrip (als drager van rechten en plichten) maar als maatschappelijke aanduiding.²⁸⁶ Een persoonsaantasting kan zich manifesteren in de vorm

282 Vgl. Hofmann-Drion-Wiersma 1959, p. 134; Tjittes 2003c, p.151.

283 Vgl. Lindenbergh 2008c, p. 1-16.

284 Vgl. Lindenbergh 2008c, p. 6-15.

285 Op dit gebied wordt rechtssociologisch onderzoek verricht, zie Huver, Van Wees, Akkermans & Elbers 2007, p. 81.

286 Van der Burght & Doek 2003, p. 1. Personenschade wordt echter ook wel omschreven als de schade als gevolg van letsel of overlijden, met deze omschrijving wordt het probleem van de afgeleide schade binnengehaald (vgl. 6:107, 107a en 108).

van lichamelijk of geestelijk letsel of in de vorm van een aantasting van iemands eer of goede naam, of op andere wijze, zoals in de vorm van een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht of een ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer.²⁸⁷ Personenschade kan leiden tot zowel materiële als immateriële schade. Hierna ligt de nadruk op immateriële personenschade als gevolg van letsel. Het doel van de vergoeding van personenschade in letsel-schadegevallen is mijns inziens treffend verwoord in de Duitse literatuur. Het gaat om de 'Wiederherstellung der Persönlichkeit des Verletzten in ihrer vollen Planungs- und Handlungsautonomie (...)'.²⁸⁸ Hartlief spreekt in dit verband van resocialisatie.²⁸⁹

De gedachte dat in gevallen van personenschade het uiteindelijke doel van de schadevergoeding het volledige herstel van de (plannings- en handelings)-autonomie van de gelaedeerde spreekt aan, gezien de eigen dynamiek van personenschade. Het is het rechtssubject dat rechtstreeks wordt geraakt in zijn doen en laten. De aard van de problematiek, althans als sprake is van ernstig letsel, brengt mee dat een terugkeer naar de situatie zonder de normschending feitelijk uitgesloten is, of vanwege hoge kosten niet redelijk is. In ernstige

287 Overlijden kan worden gezien als de meest verstreckende persoonsaantasting.

288 Soergel Mertens 1990, Vorbem. par. 249, Rz 34. In het Duitse recht staat voorop dat de verwezenlijking van herstel van de autonomie van het slachtoffer dient te geschieden in de vorm van een 'Naturalrestitution', een *feitelijk* herstel. Het Duitse schadevergoedingsrecht hanteert uiteindelijk twee manieren om schade te vergoeden, naast het feitelijk herstel (de 'Wiederherstellung in Natur'), de 'Kompensation in Geld.' In § 249 BGB wordt herstel (te onderscheiden zijn restitutie en reparatie) evenwel vooropgesteld: '(1) Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.' Overigens heeft de benadeelde wel de keuze tussen compensatie en herstel, zo volgt uit lid 2 § 249 BGB. Lid 2 § 249 BGB bepaalt: '(2) Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.' Als herstel niet mogelijk is, of voor de gelaedeerde niet toereikend, wordt sowieso teruggevallen op een geldelijke vergoeding. § 251 BGB bepaalt: '(1) Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen. Ook immateriële schade kan in beginsel zowel worden hersteld als worden gecompenseerd, hoewel § 253 BGB (de belangrijkste grondslag) slechts spreekt van een 'Entschädigung in Geld' (Lange & Schiemann 2003, par. 7 onder 2; Ady 2004, p. 83). 'Naturalrestitution' is bijvoorbeeld denkbaar bij een 'Ehrverletzung'. Het herstel van de immateriële schade zou bijvoorbeeld de vorm kunnen hebben van een 'angemessenen' verontschuldiging of een rectificatie. Een onderscheid tussen een 'billige' of een 'angemessene' vergoeding is in het Duitse recht overigens niet beoogd (Ady 2004, p. 83.) In de meeste gevallen kan de immateriële schade echter niet door 'Naturalrestitution' vergoed worden. Bij pijn, leed, vrijheidsbeneming of opzettelijke toegebracht immaterieel nadeel wordt een 'natuurlijk' herstel nauwelijks toereikend of mogelijk geacht. Het aandragen van vreugde laat zich niet wel denken. Aangenomen wordt dan ook dat de vergoeding van niet-vermogensschade in de kern genomen een compensatie in geld is in de zin van § 251 lid 1 BGB. Vgl. Ady 2004, p. 83 met verdere verwijzingen.

289 Hartlief 2004, p. 1832 e.v.

letselschadegevallen lijkt de herovering van een zo groot mogelijke autonomie dan het maximaal haalbare. Smartengeld kan slechts op een tamelijk abstract niveau bijdragen aan de erkenning van het verlies van de autonomie van een persoon. Herstel van de autonomie van een persoon is dus niet, althans niet het exclusieve domein van het smartengeld.²⁹⁰ Kosten, althans voor zover het redelijke kosten betreft, van maatregelen die het herstel van de autonomie van de gelaedeerde zouden kunnen bewerkstelligen vormen immers vermogensschade (zie hierna).²⁹¹ Smartengeld komt eerst in beeld wanneer herstel tegen redelijke kosten juist niet meer mogelijk is. Voor zover de materiële schadevergoeding ontoereikendheid is om daadwerkelijk herstel in de oude toestand te kunnen bereiken, zou smartengeld het resterende tekort, de niet eenvoudig op geld waardeerbare nadelige gevolgen, kunnen compenseren, aldus Hartlief.²⁹²

2.11.3 Afbakening met vermogensschade

Het begrip 'ander nadeel dan vermogensschade' zegt vooral wat het niet is: vermogensschade. Dit maakt de vraag naar de grens tussen beide verschijningsvormen van schade relevant, en die grens lijkt in het bijzonder in letselschadegevallen nogal eens vaag.²⁹³ Zo vormen kosten voor pijnbestrijding onmiskenbaar vermogensschade, maar de pijn an sich vormt 'ander nadeel'.²⁹⁴ Met dit voorbeeld wordt direct duidelijk dat er geen waterdicht schot staat tussen vermogensschade en 'ander nadeel'. Als de pijnbestrijding slaagt, lijkt er althans op dit punt geen 'ander nadeel' dat voor vergoeding in aanmerking kan komen te restereren.

Voorop kan staan dat schadevergoeding ervoor is bedoeld de benadeelde zoveel mogelijk te plaatsen in de feitelijke situatie waarin hij zich zou hebben bevonden zonder de normschending.²⁹⁵ Schadevergoeding financiert feitelijk herstel en compenseert resterend nadeel.²⁹⁶ Het gaat daarbij om compensatie in de vorm van een geldelijk equivalent: in gevallen van vermogensschade, en om compensatie in de vorm van een geldelijk substituuut: in gevallen waarin sprake is van (resterend) 'ander nadeel'. Maar op welke mate van herstel kan

290 Hartlief 2004, p. 1836.

291 Zie over de keuzevrijheid die het slachtoffer heeft dienaangaande. Hartlief 2004, p. 1836-1837. Overigens, vanuit het perspectief van het slachtoffer zal herstel in de oude toestand waarschijnlijk zijn (volledige) resocialisatie betekenen. Het strekt te ver om op deze plek uit te wijden wat de redelijkheid in dit verband kan meebrengen.

292 Hartlief, t.a.p.

293 Zie Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 95, aant. 18.

294 Vgl. Lindenbergh 2004, p. 1.

295 Vgl. Lindenbergh 2008b, nr. 6. Voor schade als gevolg van overlijden geldt (noodzakelijkerwijs) een andere invalshoek, vgl. 6:108 BW.

296 Lindenbergh 2008b, nr. 6.

een benadeelde aanspraak maken? Aansprakelijkheidsverzekeraars hebben een zekere neiging de nadruk te leggen op inkomen en arbeidsre-integratie (met smartengeld voor verder verlies aan levenskwaliteit). Slachtoffers willen wat men resocialisatie zou kunnen noemen, aldus Hartlief.²⁹⁷ Aangezien de wetgever het heeft gelaten bij de mededeling dat 'ander nadeel' onder omstandigheden voor vergoeding in aanmerking komt, en slechts gevallen formuleert waarin dat het geval zou kunnen zijn creëert hij de mogelijkheid tot 'grensconflicten'. Waar de grens loopt wordt bepaald door de redelijkheid. Het is in essentie de vraag voor welk niveau levenskwaliteit de benadeelde naar redelijkheid kan opkomen.²⁹⁸ Voor zover zijn 'eisen' niet redelijk zijn, en er immateriële schade in de vorm van lager niveau levenskwaliteit resteert, heeft de benadeelde een aanspraak op smartengeld.

Op voet van art. 6:96 lid 2 onder a BW komen als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking de redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade die mocht worden verwacht als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Een onderscheid tussen kosten ter beperking van vermogensschade en kosten ter beperking van immateriële schade wordt in de wet niet gemaakt. Gelet op art. 6:95 BW lijken slechts die kosten voor vergoeding in aanmerking te komen die dienen ter beperking van de immateriële schade, die op voet van art 6:106 BW voor vergoeding in aanmerking zou zijn gekomen, in het hypothetische geval dat zij niet beperkt zou zijn. Ware dit anders, dan zou iedere vorm van immateriële schade onder het mom van een schadebeperkende maatregel voor vergoeding in aanmerking kunnen komen.

Wat geldt als terugkeer naar de 'oude' toestand is uitgesloten? Met andere woorden, wat geldt rechtens als de hypothetische situatie zonder het schadetoebrengende voorval feitelijk nimmer zal kunnen worden benaderd, te denken valt aan gevallen waarin van blijvend letsel sprake is of gevallen waarin herstel alleen tegen exorbitant hoge kosten is te bereiken. Waarop heeft het slachtoffer dan recht? Het beginsel van volledige vergoeding lijkt van meet af aan betekenisloos. Beekhuis:

'men kan hoogstens trachten voor het slachtoffer een toestand te scheppen, die de status quo ante het meest benadert, en ook hierbij zal met normatieve elementen rekening gehouden moeten worden.'²⁹⁹

Als volledige vergoeding niet mogelijk is, zal de schade – als second best – zo volledig mogelijk dienen te worden vergoed. De rechtsvraag dringt zich dan op wat in redelijkheid – een bij uitstek normatief element – onder 'zo

297 Hartlief 2004, p. 1832-1839. Hartlief pleit voor een recht op volledige schadevergoeding die aansluit bij de levensstandaard van het slachtoffer.

298 Zie Hartlief 2001, p. 58 e.v.

299 Beekhuis 1963, p. 585.

volledig mogelijk' mag worden verstaan. Toegespitst op het concrete slachtoffer komt het neer op de vraag of, en zo ja, in welke mate, hij keuzevrijheid heeft ten aanzien van het door hem gewenste niveau van herstel.³⁰⁰

Wat kan van het slachtoffer worden gevergd? Staat het exponent van de verdelende rechtvaardigheid, de volledige vergoeding, machteloos, het exponent van de vereffende rechtvaardigheid, de slachtofferbescherming, kan uitkomst bieden. Wat brengt dit beginsel met zich mee? Bolt:

'Er [is] geen reden om terughoudend te zijn bij de vergoeding van pijn en ongemak van slachtoffers van letselschade. Naarmate het letsel ernstiger is en het leed, de pijn en het ongemak dat de benadeelde ervan ondervindt groter, is het eerder gerechtvaardigd dat de benadeelde kosten maakt ter vermindering daarvan.'³⁰¹

Wat gerechtvaardigd is zal steeds afhangen van de redelijkheid van de schade-post en de redelijkheid van de omvang van die schade-post. De concrete positie van de benadeelde zal aanknopingspunten moeten bieden. Het strekt te ver de vraag naar de uiteindelijk redelijke omvang van de vergoeding van vermogensschade hier verder uit te werken.

2.11.4 Ter compensatie vooral in letselschadegevallen van met name 'pijn', 'verdriet' en 'gederfde levensvreugde'

De opvatting dat smartengeld in ieder geval kan (en moet) dienen ter compensatie van de immateriële schade als gevolg van zowel geestelijk als lichamelijk letsel lijkt weinig omstreden.³⁰² Rechtens wordt zo erkend dat een slachtoffer behalve vermogensschade ook (aanzienlijk) andere nadeel kan lijden.³⁰³ De Hoge Raad:

'(...) iemand die als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk letsel heeft opgelopen, [heeft] recht op een naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor het door hem geleden nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. Bij de begroting van deze vergoeding dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden. Hierbij moet in een geval als het onderhavige met name worden gedacht aan enerzijds de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde

300 Flentrop-Turner 1999, p. 61-64; Dijkshoorn 2007, p. 67 e.v.; Hartlief 2005c, p. 1832; Lindenberg 2008a, p. 118-120, Lindenberg 2004, p. 19. Zie ook Hof Arnhem 30 november 2004, VR 2005, 73.

301 Bolt 2002, p. 4; Dijkshoorn 2007, p. 67-73.

302 Vgl voor het Duitse recht BGH 6 juli 1995, BGHZ 18, 154; vgl. voor het Engelse recht Law Commission 257.

303 Lindenberg 1998, p. 34.

de die voor het slachtoffer het gevolg zijn van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust.³⁰⁴

Smartengeld dient ter compensatie van met name het feitelijk ervaren pijn, verdriet en gederfde levensvreugde. De wetgever geeft enig inzicht in wat hij onder compensatie verstaat:

‘Het ware zoveel beter indien in het verkeer tussen mensen toegebracht leed kon worden goedge maakt door het aandragen van vreugde. Aangezien dat echter in veel, zo niet de meeste gevallen niet kan, vallen wij terug op het substituu t 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.’³⁰⁵

De Hoge Raad en de wetgever zien immaterieel nadeel, meer in het bijzonder pijn, verdriet, gederfde levensvreugde als mogelijk te compenseren schade die de benadeelde daadwerkelijk heeft ervaren. Smartengeld is overigens second-best, aldus de wetgever. Het is een (materieel) substituu t, en wellicht mede te rechtvaardigen doordat aangenomen mag worden dat geld gelukkig kan maken. Concrete bestedingsmogelijkheden ter vergroting van geluk hebben daarbij geen invloed op de hoogte van het smartengeld. De aard van smartengeld brengt mee dat het niet afhankelijk is van de voorgenomen wijze van besteding, aldus de Hoge Raad.³⁰⁶ Met compensatie wordt:

‘uitgedrukt dat tussen het bedrag van de vergoeding en de omvang van het nadeel evenredigheid dient te bestaan. Dit is echter een evenredigheid van een geheel andere orde dan dient te bestaan tussen schadevergoeding voor vermogensschade en de vermogensvermindering waarvoor zij wordt toegekend. Een vermogensvermindering kan immers in beginsel in geld worden uitgedrukt, terwijl dit hij andere nadeel, zoals leed, nu juist niet het geval is.’³⁰⁷

Lindenbergh verstaat onder compensatie het bieden van een bevredigend (zoveel mogelijk gelijkwaardig) alternatief of tegenwicht voor het geleden

304 HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (AMC/O).

305 VC II Parl. Gesch. Boek 6, p. 371 (Van Agt). Vergelijkbare redeneringen zijn ook over de grens te vinden Wachtler: ‘[A]lthough money damages will never ease the pain nor restore the victim’s abilities, this device is as close as the law can come in its effort to right the wrong.’ McDougald v. Garber, 536 N.E.2d, 372, 375 (N.Y. 1989). Voor sommigen is dit geen afdoende verklaring: ‘It perpetuates the common fallacy that to someone with a hammer every problem is a nail.’, aldus Abel 2006, p. 259; vgl. Stolker 2003, p. 307-309; zie ook TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 378: ‘Er is geen reden waarom uit het door het slachtoffer ondergane leed nog kapitaal geslagen kan worden als de vergoeding niet meer kan dienen om zijn leed te verzachten of hem genoegdoening te verschaffen.’

306 HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 m.nt. ARB (Druifff/Bouw).

307 EVI, Parl. Gesch. Boek 6, p. 388.

nadeel. De term ‘compensatie’ geeft volgens hem aan dat het gaat om een vervangende prestatie die op een meer abstract niveau een zeker evenwicht beoogt te herstellen.³⁰⁸

Voorop staat voor mij dat leed, althans de feitelijke verminderingen van welzijn waar het steeds om gaat aan de ene kant, en geld aan de andere kant, onvergelykbare en niet-converteerbare grootheden zijn.³⁰⁹ In dit verband wordt wel gesproken van de incommensurabiliteit van grootheden of waarden. Zo achtte Mommsen, de peetvader van het moderne schadebegrip, vergoeding van niet-vermogensschade, waaronder in het bijzonder ‘Affectionsinteresse’, überhaupt ondenkbaar juist wegens deze incommensurabiliteit. Mommsen:

‘Ein Nachtheil, welcher das Vermögen nicht berührt, kann nicht berücksichtigt werden; insonderheit kann also auch der Werth, der auf der bloßen Vorliebe beruht, bei der Berechnung des Interesse nicht in Betracht kommen. In diesen Fällen ist auch eine Schätzung untunlich, weil wir es mit inkommensurablen Größen zu tun haben.’³¹⁰

Het probleem van de incommensurabiliteit van *waarden* is een van de kernproblemen binnen de waardeleer, een onderdeel van de filosofie.³¹¹ Sunstein omschrijft wanneer sprake kan zijn van incommensurabiliteit:

‘Incommensurability occurs when the relevant goods cannot be aligned along a single metric without doing violence to our considered judgments about how these goods are best characterized.’³¹²

Een voorbeeld kan enige verheldering verschaffen:

‘Attention to diverse kind of valuation casts general light on the phenomenon of exchanges that are blocked by social norms. If someone offers to pay an adult neighbor to mow his lawn, the neighbor will often regard the request as an insult, because it reflects an inappropriate valuation of the neighbor. The request embodies an improper conception of what the relationship is, or of the attitude with which neighbors render services for each other. The impropriety remains even if the offeree ordinarily would regard the offered wage as a fair price for an hour of mowing services.’³¹³

Het beste bewijs dat incommensurabiliteit bestaat is het ongemak dat we voelen als we met dit soort vergelijkingen worden geconfronteerd.³¹⁴ Sunstein

308 Lindenbergh 1998, p. 34.

309 Vgl. Tjittes 2003a, p. 309-310.

310 Mommsen 1855, p. 121.

311 Vgl. <<http://plato.stanford.edu/entries/value-theory/>>.

312 Sunstein 1997, p. 80.

313 Sunstein 1997, p. 75.

314 Abel 2006, p. 272.

en Radin betogen dat geld en leed incommensurabel zijn. Zij zijn evenwel wel voorstander van schadevergoeding voor 'pain and suffering'. Dit heeft gevolgen voor de mogelijkheid om de doelen van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht te bereiken. Radin (instemmend geciteerd door Sunstein):

'If we do not accept a commodified conception of compensation, in which harms and money are commensurable, then payment of money cannot restore persons to the status quo ante and corrective justice will be impossible if that is what we demand of it.'³¹⁵

Radin pleit daarom voor een alternatieve visie op compensatie. Compensatie wordt in die visie niet begrepen als commensurabel 'quid pro quo' voor leed, maar als een vorm van 'redress':

'affirming public respect of the existence of rights and public recognition of the transgressor's fault with regard to disrespecting rights.'

Dat smartengeld erkenning en genoegdoening biedt *in de vorm van* compensatie kan mijns inziens het uitgangspunt vormen bij de vaststelling van smartengeld (bij vooral letselschadegevallen, zie verder paragraaf 3.13.1). Dit neemt niet weg dat in letselschadegevallen steeds een beeld gevormd moet worden van het feitelijke immateriele nadeel, alvorens kan worden overgegaan tot de vaststelling van de omvang van smartengeld in het concrete geval. In dit verband kan worden opgemerkt dat het slachtoffers waarschijnlijk niet zozeer te doen zal zijn om erkenning en genoegdoening óf compensatie: erkenning en genoegdoening zijn immers moeilijk denkbaar zonder een als redelijk ervaren compensatie van de daadwerkelijk geleden schade (zie ook paragraaf 2.11.7).³¹⁶

2.11.5 Smart als f(r)ictie

Verheij verdedigt de stelling dat buiten gevallen van fysiek of psychisch letsel de gedachte dat smartengeld dient ter *compensatie* van leed steeds berust op een fictie, in die zin dat in die gevallen 'leed' niet (medisch) objectief wordt vastgesteld en 'dus' niet wordt geverifieerd. De eventuele aan- of afwezigheid van leed buiten gevallen van geestelijk of lichamelijk letsel is voor deze gevallen niet uitsluitend tot leidraad genomen, zo betoogt Verheij.³¹⁷

Wat er nu precies gecompenseerd wordt als smartengeld wordt toegekend, is tot op heden steeds onduidelijk gebleven. Wordt met betrekking tot het begrip vermogensschade onderscheid gemaakt tussen zaakschade, zuivere

315 Radin 1993, p. 57.

316 Huver, Van Wees, Akkermans & Elbers 2007, p. 20.

317 Verheij 2002, p. 442-444.

vermogensschade, gemaakte kosten en gederfde winst; immateriële schade wordt enkel negatief omschreven. Meer 'positieve' omschrijvingen geven nauwelijks duidelijkheid. Het past volgens Verheij niet om te volstaan met heel algemene niet uitputtende opsommingen zoals pijn, leed, verdriet et cetera.³¹⁸ Opgemerkt kan worden dat de nadere onderscheidingen binnen het begrip vermogensschade voor het concrete geval ook nauwelijks duidelijkheid verschaffen, denk alleen al aan het veelvoud aan winstbegrippen (voor of na belasting) dat bestaat. Ook op het terrein van het begrip vermogensschade bestaat een zekere bloedarmoede.³¹⁹ Daarnaast lijkt het haast onontkoombaar dat binnen het schadevergoedingsrecht steeds wordt gewerkt met opsommingen van schadeposten. Het terrein dat het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht dient te bestrijken is immers immens.

Smart als fictie? Smart als frictie. Het denken in termen van leed en smartengeld wekt soms enige weerstand op vooral in gevallen waarin geen sprake is van letsel. Om nu te zeggen dat in al die gevallen steeds sprake is van een fictie, in die zin dat in strijd met de waarheid het bestaan van immateriële schade als een feitelijke toestand wordt aangenomen, terwijl zij in werkelijkheid niet is geleden, strekt te ver.³²⁰ Enig immaterieel nadeel lijkt immers ook buiten gevallen van letsel vaak aannemelijk te zijn, zij het dat deze in de optiek van Verheij niet objectiveerbaar en dus verifieerbaar is, maar, in de woorden van Du Perron, intermenselijk zeer wel aannemelijk.³²¹ Ook buiten gevallen van objectiveerbare (letsel)schade kan sprake zijn van ernstige of minder ernstige voor compensatie in aanmerking komende immateriële schade.³²² Zo kunnen de gevolgen van het een aantal uren in de eigen woning in een zeer bedreigende situatie hebben moeten verkeren waarbij tevergeefs is gewacht op bijstand en hulp van de politie mijns inziens als deels voor compensatie in aanmerking komende immateriële schade worden aangemerkt. De Hoge Raad:

'3.11 (...) De rechtbank heeft zich (...) uitdrukkelijk gerealiseerd dat de bedreiging in de eerste plaats werd veroorzaakt door de relschoppers die de woning belaagden, doch zij heeft kennelijk zeer zwaar laten wegen dat juist in een dergelijke situatie de gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid met betrekking tot hun lijf en goed voor X. en zijn echtgenote zeer zijn toegenomen door het uitblijven van een reactie op hun verzoek om hulp en bijstand van de politie waarop zij in de gegeven omstandigheden hadden mogen rekenen. Op grond van de aard en de ernst van deze nalatigheid, die naar het kennelijke oordeel van de rechtbank leidde tot een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid

318 Verheij 2002, p. 443-444.

319 De Groot 1982, p. 123.

320 Vgl. over het begrip 'fictie' Asser/Scholten* (1974), p. 52.

321 Vgl. Du Perron 2003a, p. 128-130, Du Perron 2003b, p. 155. Ook Verheij zelf onderkent dit zie Verheij 2002, p. 394, 407, 427.

322 Vgl. Du Perron 2003a, p. 129-130.

van hun woning, heeft zij kunnen oordelen dat van aantasting van de persoon van X. en zijn echtgenote sprake is geweest.³²³

Naast het hiervoor aangehaalde geval lijkt in ieder geval ook bij affectieschade, immateriële schade van ouders in een geval van wrongful life, vernietiging van sperma en schending van het recht op informatie en consultatie en op omgang in het personen- en familierecht sprake te zijn van enige vorm van immaterieel nadeel (de voorbeelden zijn van Verheij), aldus Du Perron.³²⁴ Bij discriminatie en de schending van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten zullen de omstandigheden van het geval bepalen welke functies smartengeld heeft.³²⁵ Wat de compensatiefunctie kan dragen, loopt mijn inziens niet exact langs de lijnen van het onderscheid letsel/niet-letsel. Iets anders is of de compensatiefunctie steeds voldoende draagkracht heeft om daarop de toekenning van smartengeld te kunnen funderen. Verheij betoogt dat de compensatiefunctie in niet-letselgevallen te kort schiet.³²⁶ Du Perron merkt op dat de waarheid soms meer in het midden lijkt te liggen.³²⁷ Geconcludeerd mag worden dat de compensatiefunctie buiten letselgevallen niet steeds te kort schiet, wel kan zij samenlopen met andere functies, tezamen kunnen zij de sanctie (de toekenning van smartengeld) beter schragen.³²⁸

2.11.6 Ter genoegdoening van een 'geschokt rechtsgevoel'

Genoegdoening is een meerduidelig begrip. De term 'genoegdoening' wordt onder meer gebruikt als (i) rechtvaardiging³²⁹ voor de smartengeldfiguur als zodanig en (ii) als functie³³⁰ voor smartengeld in bepaalde gevallen waarin compensatie als dragende functie tekort zou schieten, (iii) met het oog op de omvang van smartengeld, en (iv) als term ter duiding van het morele gehalte van de smartengeldsanctie.³³¹

De genoegdoeningsfunctie zou op twee manieren een rol in de verhouding tussen de dader en het slachtoffer kunnen spelen. Enerzijds ziet genoegdoening op genoegdoening *aan de benadeelde*. Zo opgevat ziet genoegdoening op het voldoende ('genoeg') doen om de benadeelde tegemoet te komen. Anderzijds

323 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 m.nt. JBMV (Groningen/Lammerts.).

324 Vgl. Du Perron 2003a, p. 130-131; zie Verheij 2002, p. 500 e.v.

325 Vgl. Du Perron 2003a, p. 130-131; zie Verheij 2002, p. 500 e.v.

326 Vgl. Verheij 2002, hoofdstuk IX.

327 Du Perron 2003b, p. 155.

328 Vgl. Lindenberg 2008c, p. 15.

329 Genoegdoening speelt een rol *binnen de relatie* aansprakelijke/benadeelde. In die verhouding wordt het begrip genoegdoening ook wel gebruikt als een rechtvaardiging van het bestaan van een recht op smartengeld in bepaalde gevallen, bijvoorbeeld ter *rechtvaardiging* van smartengeld in geval van het opzettelijk toebrengen van 'ander nadeel dan vermogensschade'. Art. 6:106 lid 1 onder a. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 378.

330 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 378.

331 Vgl. Lindenberg 2008c, p. 15.

ziet genoegdoening op genoegdoening *door de laedens*. In een opoffering (boetedoening) van de laatste vindt de benadeelde genoegdoening, zo is de gedachte. Genuegdoening in deze laatste betekenis geeft smartengeld wellicht een extra functie naast compensatie.³³² Daarnaast wordt in verband met de *omvang* van de vergoeding voor immateriële schade genoegdoening gebruik in de zin van *meer* genoegdoening aan de benadeelde. Dit 'meer' wordt dan met name gerechtvaardigd geacht wanneer in een concreet geval omstandigheden die een hogere vergoeding rechtvaardigen aanwezig zijn, naast omstandigheden waarvoor de compensatiefunctie een 'evenredige' vergoeding biedt. Een laatste betekenis heeft te maken met *het resultaat* van het toekennen van een vergoedingsplicht aan de laedens. Doordat de laedens door betaling van een som geld moet boeten worden 'genoegegens' verschaft aan de gelaedeerde.

In rechterlijke uitspraken wordt soms van genoegdoening gesproken om aan te geven dat de rechterlijke uitspraak an sich een bepaalde bevrediging van het rechtgevoel van de in het gelijkgestelde partij in zich draagt, althans in zich zou moeten dragen. Meestal vormt een dergelijke overweging de opmaat voor de beslissing geen smartengeld toe te kennen.³³³ De verschillende interpretaties die aan de functie worden toegekend zijn alle aan kritiek onderhevig.³³⁴

Het gaat mij er hierom of de term genoegdoening wordt gebruikt in verband met een invulling van het begrip 'ander nadeel dan vermogensschade' die afwijkt van de invulling zoals die in het licht van de compensatiefunctie doorgaans wordt gegeven. Zo gebruikt de Hoge Raad de genoegdoeningsfunctie in verband met de 'geschokte rechtsgevoelens' van de benadeelde.³³⁵ De Hoge Raad:

'De onderhavige openbaarmaking van de foto op de achterzijde van de reisgids is door het Hof aangemerkt als te zijn voor Burgers 'een ernstige inbreuk op haar privé-leven en een schokkende ervaring', waarmee het Hof aangeeft van oordeel te zijn dat hier sprake is van ernstige aantasting in haar persoon. Uitgaande van dit oordeel, dat niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, heeft het Hof terecht geoordeeld dat Burgers aanspraak kan maken op vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade. De omstandigheid dat M&I c.s. niet het opzet hebben

332 Lindenberg 1998, p. 42.

333 Zie HR 29 januari 1999 NJ 1999, 415 m.nt. ARB (A. e.a./Staat); HR 13 december 1996 (W./Staat), NJ 1997, 682 m.nt. JdB (W./Staat); HR 26 januari 1996 (V. en H./Raad), NJ 1996, 377; Hof Amsterdam (k.g.) 4 juli 2002, KG 2002, 191; HvJ NA en Aruba 19 februari 2002, NJ 2002, 375.

334 Lindenberg verwerpt een zelfstandige bestaan van deze functie, Lindenberg 1998, p. 44-45. Zie evenwel Lindenberg 2008c, p. 15; Verheij verwerpt een zelfstandig bestaan van de functie eveneens, Verheij 2002, nr. 355; zo ook Stolker 2003, p. 308; Barendrecht is minder kritisch ten aanzien van de genoegdoeningsfunctie van smartengeld, maar ziet voor genoegdoening geen plaats als een schadevergoeding op risico in plaats van op schuld is gebaseerd, Barendrecht 1995, p. 18; zie ook De Temmerman 2000, p. 327-328; Frenk 2003, p. 198-199.

335 HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 m.nt. LWH.

gehad Burgers te beledigen is daarbij niet beslissend, nu het hier niet gaat om vergoeding van het nadeel in eer en goede naam als bedoeld in art. 1408 BW, maar om vergoeding voor een andere aantasting in haar persoon, en wel zoals de President het in zijn vonnis omschrijft: 'een ernstige inbreuk op haar persoonlijke levenssfeer'. (...) De vergoeding in een geval als het onderhavige strekt mede tot bevrediging van de geschokte gevoelens van de gelaedeerde.'

Persoonsaantastingen die a prima vista niet of nauwelijks lijken te leiden tot mogelijk compensabel leed van enige omvang lijken zo steeds psychologisch te kunnen worden gefundeerd, in die zin dat zij steeds kunnen worden afgeleid uit, althans herleid tot, in de woorden van Dooyeweerd: 'een algemeen geldige wetmatigheid van het bewuste hogere gevoelsleven': het rechtsgevoel,³³⁶ een term met een hoog 'lurven en kladden'-gehalte. Het geschokte rechtsgevoel kan worden bevredigd door de toekenning van smartengeld.³³⁷ De Hoge Raad heeft daarnaast in zijn arrest van 20 september 2002 (Erven Beentjes/Lokhorst) uitgemaakt dat in een geval waarin moet worden aangenomen dat een benadeelde zich (achteraf en in zekere mate) heeft gerealiseerd dat hij gedurende een bepaalde periode bewusteloos is geweest en niet (meer) zijn gewone leven heeft kunnen leiden, voor deze periode in geobjectiveerde zin levensvreugde heeft gederfd.³³⁸ Hieruit wordt in de literatuur afgeleid dat de rechter het begrip immateriële schade onder omstandigheden objectief mag interpreteren.³³⁹ De Hoge Raad lijkt op dit punt het Duitse, Engelse en Franse recht min of meer te volgen (in deze landen wordt gesproken van respectievelijk: 'Menschwürde',³⁴⁰ 'loss of amenities',³⁴¹ 'l'évaluation objective'³⁴²).³⁴³ Lastig is het punt of de vraag of deze in abstracto geleden geobjectiveerde schade in het concrete geval steeds voor vergoeding in aanmerking komt. De Hoge Raad legt het begrip immateriële schade weliswaar deels objectief uit, maar blijft ook, althans zo lijkt het, vasthouden aan een meer subjectief ingekleurde genoegdoeningsfunctie van smartengeld: zonder bewustzijn van de benadeelde lijkt genoegdoening van de benadeelde van zijn gederfde levensvreugde in objectieve zin uiteindelijk niet mogelijk.³⁴⁴ Dit heeft gevolgen

336 Vgl. Dooyeweerd 1950, p. 18.

337 EV I, Parl. Gesch. Boek 6, p. 388.

338 HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 m.nt. JBMV (Erven Beentjes/Lokhorst). Zie over dit arrest onder andere Hartlief 2003a, p. 111-112; Kottenhagen 2003, p. 20-24; Lindenbergh 2008c, p. 26-28; Michiels van Kessenich 2002, p. 141-144; Tjittes 2003b, p. 49-55; Tjittes 2003c, p. 147-162.

339 Vgl. Tjittes 2003c, p. 153.

340 Zie hierover Verheij 2002, p. 77-79. Het BGH (13 oktober 1992, NJW 1992) hanteert in vergelijkbare gevallen een zeer abstract begrip immateriële schade gebaseerd op een objectieve uitleg van de Ausgleichfunktion (compensatiefunctie).

341 West v. Shephard [1963] 2 All ER 625, Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority [1980] AC 174.

342 Cass. 2^e civ. 22 februari 1995, D. Jur. 1996, 69.

343 Zie hierover Verheij 2002, p. 77-79, Tjittes 2003c, p. 153.

344 r.o. 3.6.

voor de vaststelling van de omvang van het smartengeld (zie hierover paragraaf 3.13.1).³⁴⁵ Hier volstaat de vaststelling dat immateriële schade onder omstandigheden objectief kan worden uitgelegd.

2.11.7 Ter erkenning van 'verdriet'

De erkenningsfunctie van smartengeld wordt wel in verband gebracht met de vergoeding van immateriële schade aan naasten van een ernstig gewonde en aan nabestaanden van een overledene.³⁴⁶ Vergoeding betekent in dit verband de erkenning van leed (verdriet). De erkenningsfunctie van smartengeld geeft geen andere kijk op de inhoud van het begrip ander nadeel dan vermogensschade. Zij ziet immers op een zeer wezenlijke vorm van leed. Wel is het zo dat de term 'erkenning' in verband met affectieschade wordt gehanteerd om aan te geven dat van compensatie van verdriet geen sprake kan zijn.

Het begrip 'erkenning' kent naast een juridische een meer sociologische dimensie. Uit onderzoek naar de immateriële behoeften van claimanten ten aanzien van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht blijkt hun behoefte aan erkenning zeer prominent te zijn. Deze behoefte kent verschillende uitingsvormen. Zo wordt het begrip in verband gebracht met een uiteenlopende immateriële behoeften, zoals de behoefte aan erkenning van de aansprakelijkheid van de wederpartij, erkenning door de aansprakelijke partij en de eigen sociale omgeving van wat er is gebeurd, het door de wederpartij toegeven dat een fout is gemaakt en zo te voelen wat daarvan de consequenties voor het slachtoffer zijn, en, ten slotte, de behoefte aan empathie en excuses van de wederpartij. Andere immateriële behoeften zijn overigens het te weten komen wat er precies gebeurd is, en het willen voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt.³⁴⁷ Voorop staat evenwel het veiligstellen van de financiële bestaanszekerheid voor slachtoffers, om daarmee weer grip te krijgen op het leven. Smartengeld, dat immers is bedoeld om immaterieel nadeel te compenseren (zie paragraaf 2.11.4), kan hieraan een positieve bijdrage leveren. Het gaat slachtoffers en naasten dus niet zozeer om erkenning en genoegdoening óf compensatie: erkenning en genoegdoening zijn moeilijk denkbaar

³⁴⁵ Vgl. Tjittes 2003c, p. 153.

³⁴⁶ Vgl. Lindenbergh 1998, p. 106; Verheij 2002, p. 241-244; Frenk 2003, p. 199.

³⁴⁷ Huver, Van Wees, Akkermans & Elbers 2007, p. 82; zie ook Akkermans & Van Wees 2007, p. 103-118. Zie over erkenning door fondsen Van de Bunt 2003, p. 249-265; Tjittes stelt de erkenningsfunctie van smartengeld voorop, zie Tjittes 2003a, p. 309-310: 'Anders dan vermogensschade is leed ook niet (bij benadering) te begroten op geld. Leed en geld zijn onvergelojkbare en niet-converteerbare grootheden. De primaire functie van smartengeld kan daarom niet anders zijn dan erkenning van leed en niet compensatie van leed. Zo ervaren slachtoffers dat volgens mij ook.'

zonder een als redelijk ervaren compensatie van de daadwerkelijk geleden schade.³⁴⁸

2.11.8 Smartengeld ter handhaving/sanctionering

2.11.8.1 Geen reactie geen recht

In welke gevallen buiten letsel sprake kan zijn van een vergoedbare aantasting van de persoon is niet eenvoudig aan te geven. Het denken over smartengeld in termen van schade, te verstaan als leed, en schadevergoeding lijkt grenzen te kennen. Verheij heeft gepoogd dit ongemak te doorbreken. Of recht bestaat op smartengeld is buiten gevallen van letsel enkel afhankelijk van de vraag of sprake is van een aantasting in de persoon (naast een steeds vereiste grondslag voor aansprakelijkheid). Verheij:

‘het privaatrecht [dient] in staat (...) te zijn om te reageren op de inbreuk op een privaatrechtelijk recht. Deze reactie dient niet te geschieden met het oog op (speciale of generale) preventie, maar is een kwestie van logische noodzaak: zonder (re)actie geen recht. Het is zinloos een bepaald belang van het etiket (subjectief) recht te voorzien als vervolgens na een inbreuk het privaatrecht geen mogelijkheid biedt om op die inbreuk te reageren. Het geschonden recht zet zich voort in de vorm van een rechtsaanspraak.’

De enkele constatering dat iemand in zijn persoon is aangetast verdient een reactie. Smartengeld dient in deze gevallen niet, althans niet alleen, ter compensatie van immateriële schade, maar (ook) ter rechtshandhaving. Smartengeld is dan geen, althans deels geen, schadevergoeding meer in de eigenlijke zin van het woord, aldus Verheij. Hij spreekt om die reden van ‘oneigenlijk’ smartengeld.³⁴⁹

Wanneer is er sprake van een aantasting in de persoon? Een gezichtspuntencatalogus moet uitkomst bieden. De wenselijkheid van ‘oneigenlijk’ smartengeld moet naar voren komen na een weging van de volgende factoren: de aard (status) van het geschonden recht; de mate waarin benadeelde in zijn zelfbeschikkingsrecht is getroffen; de kwetsbaarheid van het geschonden recht; het bestaan van andere handhavingsmiddelen; het voordeel van de inbreukmaker; de positie van de benadeelde; de kans op schade en de ernst daarvan, en het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking.³⁵⁰

348 Huver, Van Wees, Akkermans & Elbers 2007, p. 20.

349 Verheij 2002, p. 445 en 448.

350 Verheij 2002, p. 487-499.

De mogelijkheid tot ecartering van het element 'schade'³⁵¹ onderbouwt Verheij met een beroep op het 'bewegliche System' van de Oostenrijker Wilburg. Verheij:

'(...) de gehele regeling van de onrechtmatige daad vormt mijns inziens een bewegelijk systeem. Voor aansprakelijkheid is niet altijd noodzakelijk dat aan elk van de vereisten van artikel 6:162 BW is voldaan. Toerekening, onrechtmatigheid, schade en causaal verband zijn derhalve geen harde vereisten, maar elementen in een beweeglijk systeem.'³⁵²

De voorwaarden voor aansprakelijkheid vormen de elementen in een bewegelijk systeem. Aan de hand van dit systeem kan worden beslist of aansprakelijkheid bestaat. Twee vragen liggen voor ter beantwoording. Ten eerste de vraag welke elementen zijn vervuld, en ten tweede de vraag in welke mate zij zijn vervuld. De beweeglijkheid van het systeem zit hem in de mogelijkheid dat het in voldoende mate vervuld zijn van een of meerdere voorwaarden voor aansprakelijkheid het ontbreken van een ander element (bijvoorbeeld schade) kan compenseren. Het element schade kan worden geëcarteerd als de andere elementen maar voldoende zwaar wegen. Van schadevergoeding in eigenlijke zin is dan geen sprake meer. Verheij:

'Er is slechts sprake van een rechtsinbreuk. Dat toch smartengeld wordt toegekend heeft niet te maken met de concrete aanwezigheid van smart of leed, maar is een normatieve beslissing. De praktische ecartering van het vereiste 'schade' op grond van normatieve overwegingen valt theoretisch te verklaren aan de hand van de theorie van het beweeglijk systeem.'³⁵³

De de facto ecartering van het vereiste van feitelijke 'schade' op voet van normatieve overwegingen verklaart Verheij aan de hand van de theorie van het beweeglijk systeem. Het denken in termen van schade en schadevergoeding heeft buiten letselschadegevallen plaatsgemaakt voor een gezichtspuntenbenadering ter beantwoording van de enig resterende vraag, als aangenomen wordt dat aansprakelijkheid bestaat: is er sprake van een persoonsaantasting? Een positief antwoord geeft een recht op smartengeld. Het laten varen van het element 'schade' als voorwaarde voor een recht op smartengeld biedt het voordeel dat dit nadeel in een voorliggend geval er niet met de haren bij hoeft te worden gesleept. Het is overigens volgens Verheij niet ondenkbaar dat in bepaalde gevallen smartengeld ter rechtshandhaving de eventueel gekwetste

351 Vgl. BGH 15 november 1994, BGHZ 128, 1; het recht op smartengeld wegens een inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' is geen smartengeld in de eigenlijke zin van het woord. Het is een 'Rechtsbehelf der auf den Schutzauftrag aus Artikel 1 und 2 Abs. 1 GG' is terug te voeren.

352 Verheij 2002, p. 438.

353 Verheij 2002, p. 485.

gevoelens compenseert (als neveneffect) van degene wiens persoonlijkheidsrecht is geschonden.³⁵⁴

2.11.8.2 *Schending is schade*

Lindenbergh betoogt dat het schadevergoedingsrecht voldoende ruimte laat om de schending van een fundamenteel recht als zodanig, bijvoorbeeld in gevallen van discriminatie, als schade te kunnen aanmerken. Voorop kan weliswaar staan dat eenieder die is of wordt gediscrimineerd wel enig nadeel zal hebben geleden in meer feitelijke zin, in de vorm van ergernis, woede of verdriet, maar een hoog smartengeld zal de omvang van dit feitelijke nadeel eigenlijk niet kunnen rechtvaardigen. Als er geen sprake is van dergelijke 'gevolgschade' van enige omvang, lijkt alleen een schadevergoeding van enige omvang te kunnen worden toegewezen als de schending van het fundamentele recht als zodanig kwalificeert als schade, aldus Lindenbergh. Zoals hierboven is aangetoond laat het schadebegrip daar ruimte toe. Ook kan er in dit verband op worden gewezen dat de in parlementaire geschiedenis en door de Hoge Raad gesproken wordt van 'geschokt rechtsgevoel' van de benadeelde. Dit lijkt een normatieve invulling van het schadebegrip met zich mee te brengen, aldus Lindenbergh.³⁵⁵ Ook Verheij merkt enigszins terloops op dat de enkele inbreuk op een persoonlijkheidsrecht als schade kan worden gezien. Voor wie uitgaat van een normatief schadebegrip is dat geen onoverkomelijk opstakel, aldus Verheij.³⁵⁶

2.12 SLOTBESCHOUWING

De zoektocht naar de inhoud van het begrip 'ander nadeel dan vermogensschade' behelsde geen afdaling in de krochten van de menselijke ziel. Een dergelijke tocht zou alleen maar tot (meer) onzekerheid over het bestaansrecht van de smartengeldfiguur als zodanig leiden (kernvraag: geld maakt wel/niet gelukkig?). Gepleit wordt voor een functionele en objectieve interpretatie van het rechtsbegrip 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat'. Dat wil zeggen: geabstraheerd of geobjectiveerd van de concrete beleving of ervaring van de benadeelde, en in het licht van de functies die smartengeld in het concrete geval vervult. Hetgeen overigens niet wil zeggen dat het slachtoffer zich niet bewust zou hoeven te zijn van zijn leed. Dat hangt af van de functie die smartengeld in het concrete geval dient te vervullen. Dat 'ander nadeel dan vermogensschade' zo opgevat ook normatief kan worden genoemd, zal op weinig weerstand stuiten, te meer omdat deze kwalificatie niet zo veel zegt.

³⁵⁴ Verheij 2002, p. 470.

³⁵⁵ Lindenbergh 2005, p. 318, p. 326.

³⁵⁶ Verheij 2002, p. 464.

Het is immers niet zozeer de vraag *of* het begrip 'schade' normatief kan worden verrijkt, maar op welke gronden, en in hoeverre. Een objectieve interpretatie van het begrip nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, sluit aan bij de in mijn ogen meest wenselijke praktijk van de vaststelling van smartengeld in letselschadegevallen, te weten een vaststelling aan de hand van een smartengeldrechtersregeling (zie hierna paragraaf 4.9).

Dat het begrip 'ander nadeel dan vermogensschade' normatieve trekken vertoont, zegt niet zoveel. De relevante vraag lijkt de vraag wanneer op grond van overwegingen van normatieve aard kan worden afgeweken van het feitelijke schadebegrip. Meer positief geformuleerd, wanneer het feitelijke begrip met normatieve overwegingen kan worden verrijkt. Het normatieve schadebegrip lijkt immers zo elastisch dat het iedere redelijke inhoud zou kunnen krijgen. Er moeten dan ook naar juridische inzichten goede gronden bestaan om van het feitelijke schadebegrip af te kunnen wijken. Kunnen deze gronden worden aangewezen, dan kan enigszins naar een wenselijk resultaat worden toegewerkt. De gronden voor afwijking dienen in de rechterlijke uitspraak inzichtelijk gemaakt te worden. Meer concreet betekent dit dat de rechter motiveert wat hij beoogt met de toekenning van smartengeld in het concrete geval. Opgemerkt kan in dit verband worden dat de compensatiefunctie buiten letselgevallen niet steeds te kort schiet, wel kan zij samenlopen met andere functies, tezamen kunnen zij de sanctie (de toekenning van smartengeld) beter schragen. De 'functionele' accenten die de rechter vervolgens legt, kunnen vervolgens ook hun weerslag hebben op de vaststelling van de omvang van het smartengeld, en kleuren daarmee het begrip 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat' verder in (paragraaf 2.11.5).

