

Schadevergoeding: simpelweg een kwestie van verzekeren?

José Mulder

Wanneer het gaat om het vergoeden van de schade die een persoon door toedoen van een ander oploopt, dan wordt dat in de economische theorie veelal als een verzekeringskwestie afgedaan. Of er nu sprake is van opzet of een ongeluk, de betrokkenen vreemden van elkaar zijn of een (markt)relatie hebben: de optimale hoogte van de vergoeding zou altijd gelijk zijn aan het bedrag waarvoor het slachtoffer de schade zelf verzekerd zou hebben. Dit artikel laat zien tot welke opmerkelijke uitkomsten deze aanpak leidt, en legt uit waarom deze kijk op schadevergoeding aan revisie toe is.

1 Inleiding

In de nacht van 29 oktober 2008 werd een studente door een voor haar onbekende man aangesproken op de Amsterdamse Herengracht. De man probeerde de studente van haar tas te beroven en deed verschillende pogingen haar te verkrachten, waar hij uiteindelijk ook in slaagde. Vervolgens dwong de man de studente 1000 euro te pinnen op het Leidseplein. Door zich in de armen van een groep toeristen te werpen, wist de vrouw daar uiteindelijk aan de man te ontsnappen (Trouw 1 november 2008).¹

Het mag voor zich spreken dat de studente in kwestie hevig aangeslagen was door het ingrijpende voorval. Gesteld kan worden dat de verkrachting en beroving haar ernstig in haar welzijn hebben aangetast. Volgens de wet kan de studente de schade die zij heeft opgelopen op de dader verhalen.² Maar welk bedrag zou in dit geval een gepaste vergoeding betekenen?

¹ Meer informatie over hetgeen is voorgevallen kan worden gevonden in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 13 mei 2009; LJN: BI3717, 13/527312-08 (PROMIS).

² In Nederland is dit geregeld via artikel 6:95 en 6:106 van het Burgerlijk Wetboek. Deze artikelen stellen dat de schade die voor vergoeding in aanmerking komt, kan bestaan uit vermogensschade en 'ander nadeel' (6:95). Daarbij zijn het opzettelijk toebrengen van

Verschillende economen hebben zich in de loop der jaren over de vraag gebogen welk bedrag aan slachtoffers zou moeten worden toegewezen wanneer zij door toedoen van een ander schade lijden.³ Dit heeft tot uiteenlopende conclusies geleid. Zo stellen sommigen dat slachtoffers die ernstige immateriële schade lijden minder waarde aan geld hechten *na* het misdrijf (hun leven is immers minder leuk geworden) en dat schadevergoeding *achteraf* daarom eigenlijk onwenselijk zou zijn (Friedman 1982; Suurmond en Van Velthoven 2005). Het zou beter zijn om smartengeld *vooraf* (ex-ante) te vergoeden (zie Suurmond en Van Velthoven 2005)⁴, of een systeem op te zetten waar gehandeld kan worden in toekomstige schadeclaims (zie Friedman 1982, 2000).⁵

De meeste economen lijken het er echter over eens dat schadevergoeding wel achteraf betaald kan worden. Zo stellen Viscusi (2000a), Shavell (2003), Kaplow en Shavell (2002) en Arlen (2000) dat het juiste bedrag vastgesteld kan worden door na te gaan voor welk bedrag het slachtoffer de schade zelf (vooraf) zou hebben verzekerd.

De conclusie die uit deze ‘verzekeringstheorie’ volgt is dat slachtoffers alleen nog een vergoeding voor materiële schade zouden moeten krijgen, en geen vergoeding (meer) voor hun pijn en verdriet (zie Cook en Graham 1977; Arlen 2000; Shavell 2003; Kaplow en Shavell 2002; Viscusi 1996 2000a en 2007). De op de Herengracht verkrachte studente zou dan ook alleen een vergoeding moeten krijgen voor haar materiële schade, en niet voor de angst en het verdriet dat ze heeft moeten doorstaan.⁶

‘ander nadeel’ of het oplopen van lichamelijk letsel, gronden om een vergoeding voor ‘ander nadeel’ toe te wijzen (6:106). Hoewel niet alle rechtssystemen gelijk zijn, laat Rogers (2000) zien dat in ieder geval voor Oostenrijk, België, Engeland, Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Italië, Nederland, Polen en Spanje geldt dat men daar soortgelijke regelingen kent voor slachtoffers met persoonschade (zie Rogers 2000, p. 245-296).

³ Opgemerkt dient te worden dat tot nu toe een relatief beperkt aantal economen zich gebogen hebben over de vraag wat voor financiële vergoeding aan slachtoffers zou moet worden toegewezen. De meeste economen die zich bezig houden met juridische vraagstukken, richten zich namelijk op de vraag hoe (potentiële) daders ervan weerhouden kunnen worden misdrijven te begaan (zogenoeten ‘*deterrence*’), en laten daadwerkelijke slachtoffers, en hoe omgegaan dient te worden met de schade die zij lijden, buiten beschouwing.

⁴ Als de gehele bevolking potentieel slachtoffer is, is het volgens Suurmond en Van Velthoven denkbaar dat de opbrengst in de schatkist wordt gestort, zodat de belastingdruk iets omlaag kan (2005, p. 11).

⁵ Het systeem waar gehandeld kan worden in toekomstige schadeclaims houdt in dat een persoon zijn recht op schadevergoeding *later*, verkoopt voor een kleiner bedrag *nu*. Het werkt dan als een omgekeerde verzekering: in ruil voor een vergoeding *nu*, koopt een verzekeringsmaatschappij het recht van het potentiële slachtoffer om de schadevergoeding te eisen als die in de *toekomst* daadwerkelijk schade lijdt (zie Friedman 2000, p. 99).

⁶ De studente heeft de dader aansprakelijk gesteld voor de schade die hij haar berokkend heeft, door zich in het strafproces tegen de dader te voegen. Op 13 mei 2009 veroordeelde de Rechtbank Amsterdam de dader dan ook niet alleen tot 4 jaar cel, maar ook tot het be-

Hoewel de verzekeringstheorie al vele jaren in economische analyses wordt toegepast en tot behoorlijk ingrijpende conclusies leidt, zijn er tot nu toe amper vragen geplaatst bij de toepassing ervan.⁷ Dit artikel doet dat wel, en legt uit waarom de verzekeringstheorie in de meeste gevallen geen geschikt instrument is om de vergoeding die slachtoffers achteraf krijgen, te bepalen.⁸

De opzet van dit artikel is als volgt: in sectie 2 wordt uitgelegd welke soorten schade mensen kunnen lijden en hoe die schade volgens de verzekeringstheorie het beste vergoed kan worden. Sectie 3 gaat in op de aannames van de verzekeringstheorie, en waarom deze in veel gevallen niet opgaan. Vervolgens wordt in sectie 4 uiteengezet wat de invloed is van de onderlinge relatie tussen dader en slachtoffer en de redenen die slachtoffers hebben om schadevergoeding te eisen.

2 Schade

Bij schade kan onderscheid gemaakt worden tussen materiële en immateriële verliezen. Het verschil is dat materiële schade doorgaans direct en geheel gecompenseerd kan worden, terwijl dat bij immateriële schade juist niet mogelijk is. De kosten van medische behandelingen, bijvoorbeeld, kunnen aan de hand van ontvangen facturen gemakkelijk vergoed worden. Ook kan een gestolen auto met een vergelijkbaar exemplaar vervangen worden en kunnen beschadigde kleren worden gerepareerd.

Een album met familiefoto's, daarentegen, kan op geen enkele manier vervangen worden. Hetzelfde geldt voor het emotionele verlies dat iemand

talen van 2000 euro aan smartengeld en 316 euro ter vergoeding van materiële schade (waarom de dader niet veroordeeld werd tot het vergoeden van de 1000 euro die het slachtoffer voor hem heeft moeten pinnen, blijkt niet uit het arrest). Overigens achtte de strafrechter zich niet bevoegd om te oordelen over de vergoeding die de studente had gevorderd voor o.a. rechtsbijstandkosten, misgelopen inkomsten en studievertraging, aangezien deze niet van 'eenvoudige aard' waren. Voor deze vorderingen werd de studente doorverwezen naar de civiele rechter (Zie LJN: BI3717, Rechtbank Amsterdam, 13/527312-08 (PROMIS)). Navraag bij haar advocaat leert dat de studente liever niet opnieuw een juridisch traject wilde doormaken met alle emotionele gevolgen van dien, en daarom een aanvraag heeft ingediend bij het Schadefonds Geweldsmisdrijven.

⁷ Auteurs als Croley en Hanson (1995) en Avraham (2005) leveren weliswaar kritiek op de verzekeringstheorie, maar gaan met name in op de vraag waarom mensen geen verzekering tegen immateriële schade zouden willen afsluiten. Of de verzekeringstheorie überhaupt een geschikt instrument is om schadevergoeding vast te stellen, laten zij buiten beschouwing.

⁸ Met andere woorden, het artikel gaat uit van de situatie van het slachtoffer en laat de dader (en hoe die eventueel weerhouden kan worden overtredingen te begaan) buiten beschouwing.

lijdt die blind raakt aan één oog, het slachtoffer wordt van een loverboy of verlamd raakt. Er bestaat immers geen markt waarop deze mensen dat wat ze verloren hebben, kunnen laten repareren of vervangen. Het verlies kan dan ook niet ongedaan gemaakt worden, het is definitief.⁹

Uit het definitieve karakter van immateriële verliezen volgt dat de waarde van extra geld nadat iemand zo'n verlies lijdt anders ligt dan bij materiële schade. Zo zal een vrouw die na een avond stappen van haar fiets wordt getrokken en aangerand in de bosjes, niet méér waarde hechten aan geld dan ze voor dit misdrijf deed. Extra geld kan de aanranding immers niet ongedaan maken. Een vrouw die naar huis wil na een avondje en er achter komt dat haar fiets gestolen is, zal echter wel méér waarde hechten aan geld. Zij zal immers een nieuwe fiets willen kopen.

Anders gezegd, de marginale waarde van geld neemt in geval van materiële schade toe (Cook en Graham 1977), terwijl het in geval van immateriële schade verondersteld wordt gelijk te blijven (zie Calfee en Rubin 1992) of zelfs afneemt (zie Friedman 1982; Viscusi en Evans 1991).¹⁰ De invloed van schade op de marginale waarde van geld heeft belangrijke gevolgen wanneer de hoogte van schadevergoeding bepaald wordt aan de hand van de verzekeringstheorie. Hier wordt in de komende sectie verder op ingegaan.

⁹ Dat immateriële verliezen definitief van aard zijn, betekent nog niet dat ze niet op enige wijze gewaardeerd kunnen worden. Zo kun je mensen vragen voor welk bedrag ze bereid zouden zijn hun fotoalbum met familiefoto's te verkopen (*willingness to accept*-methode), of welk bedrag ze zelf bereid zouden zijn te betalen om te voorkomen dat ze blind worden aan één oog (*willingness to pay*-methode). Dit wil echter niet zeggen dat mensen dan ook daadwerkelijk bereid zijn om hetgeen dat ze hebben, te verkopen als de 'juiste prijs' geboden wordt (zie Carmen en Ariely 2000). Bovendien doet het niet af aan het feit dat immateriële verliezen definitief van aard zijn.

¹⁰ Veel gebruikte voorbeelden zijn die van een persoon die door een ongeval levenslang verlamd raakt, of in coma verkeert. Die persoon zal immers weinig plezier meer beleven aan het geld dat hij heeft of krijgt (Friedman 1982). Wanneer iemand komt te overlijden (en geen waarde hecht aan de erfenis van zijn nabestaanden) zal het nut dat diegene aan zijn geld ontleent zelfs gelijk zijn aan nul (Schwartz 1988; Arlen 2000; Shavell 2003). Hoewel Viscusi en Evans hebben aangetoond dat in bepaalde gevallen van immateriële schade het marginale nut van geld inderdaad afneemt (1991), is er verder nauwelijks empirisch bewijs voorhanden. Niettemin neemt men aan dat immateriële schade het marginale nut in ieder geval niet doet toenemen (zie Mulder (2009) voor een uiteenzetting).

3 Het vergoeden van schade

Indien een persoon schade lijdt door toedoen van een ander, dan bestaat de mogelijkheid om naar de rechter te stappen en een vergoeding te eisen voor de schade die geleden is.¹¹ Het is in dat geval aan de rechter om te bepalen welk bedrag redelijk zou zijn om aan het slachtoffer toe te wijzen. Wanneer er alleen sprake is van materiële schade, dan is het bepalen van het bedrag vaak geen ingewikkelde kwestie. Vervangings- of reparatiekosten bieden immers voldoende houvast om een bedrag te bepalen. Wanneer er sprake is van immateriële schade ligt het anders, want dan zijn dergelijke objectieve cijfers juist niet beschikbaar.

Om dit gebrek aan gegevens te overbruggen, zijn er verschillende methoden voorgesteld.¹² In de economische literatuur lijkt men het er echter over eens dat slechts één methode tot de juiste conclusies zal leiden en dat is de verzekeringstheorie (Schwartz 1988: p. 365). Deze theorie stelt dat de vergoeding die aan slachtoffers toegewezen wordt, gelijk dient te zijn aan de waarde waartegen het slachtoffer zelf de schade zou hebben verzekerd als hem vóóraf de mogelijkheid was geboden een actuariael eerlijke verzekering af te sluiten (zie Cook en Graham, 1977; Shavell, 2003; Viscusi, 2003: p. 2-3).

Het afsluiten van een verzekering houdt in dat de verzekeringnemer het risico op een bepaalde negatieve gebeurtenis afdekt. Hij doet dit door met een verzekeringgever af te spreken dat hij een bepaalde premie betaalt, op voorwaarde dat wanneer de gebeurtenis zich werkelijk voordoet, de verzekeringgever de schade vergoedt. Voor de verzekeringnemer betekent het afsluiten van een verzekering dat hij geld verschuift van de situatie *zonder* schade, naar de situatie *met* schade. En zo kan hij het risico dat hij in de toekomst onverwacht met een aanzienlijke schade geconfronteerd wordt, afdekken.

Volgens Arlen (2000, p. 683), dient het aansprakelijkheidsrecht eenzelfde doel; namelijk het bieden van een optimale verzekering tegen risico's.

¹¹ Zie voetnoot 2.

¹² Zo is voorgesteld om slachtoffers simpelweg te vragen welk bedrag zij nodig zouden hebben om hun verlies te doen compenseren. Onderzoek heeft echter aangetoond dat zulke 'stated preferences' tot onbetrouwbare uitkomsten leiden: mensen hebben namelijk aan de ene kan de neiging om hun schade te overdrijven, en zijn aan de andere kant geneigd om sociaal wenselijke antwoorden te geven. Gebruik van de statistische waarde van een mensenleven, zoals in de Verenigde Staten nogal eens gebeurt, leidt ook niet tot de gewenste resultaten. Deze waarde geeft immers alleen maar aan dat mensen bereid zijn om kleine kans op de dood te verruilen voor geld. Dit betekent niet dat mensen bereid zijn om voor 5 miljoen euro hun leven op te geven, of dat een slachtoffer dat nog maar voor 50% van het leven kan genieten, 2,5 miljoen zou moeten krijgen (Viscusi 2000b, pp. 115-116).

Het lijkt dan ook logisch om de gang naar de rechter te vergelijken met het afsluiten van een verzekering. Waar leidt deze gedachtegang toe?

Wel, om de vraag te kunnen beantwoorden tegen welk bedrag een slachtoffer zijn schade zou hebben verzekerd als hij vooraf de mogelijkheid had gehad een actuariael eerlijke verzekering af te sluiten, dient gekeken te worden naar de marginale waarde van geld voor en na de verzekerde gebeurtenis. Een slachtoffer zal immers alleen geïnteresseerd zijn in een verzekering als het daadwerkelijk lonend is om geld te verschuiven. Met andere woorden: een slachtoffer zal alleen bereid zijn een verzekering af te sluiten als de schade die hij oploopt de marginale waarde van geld doet toenemen.

Nu hebben we eerder al gezien dat alleen in het geval van materiële schade de marginale waarde van geld toeneemt. Bij immateriële schade neemt de marginale waarde af, of blijft het gelijk. Dit maakt dat een slachtoffer alleen interesse heeft in het afsluiten van een verzekering tegen materiële schade, en niet in het verzekeren van immateriële schade. Immers, wanneer zijn marginale nut gelijk blijft is hij eigenlijk al optimaal verzekerd (Calfée en Rubin 1992), en als zijn marginale nut afneemt, gaat hij er zelfs op achteruit door een verzekering af te sluiten (Cook en Graham 1977).

De theoretische voorspelling dat slachtoffers alleen geïnteresseerd zijn in een verzekering tegen materiële schade, komt overeen met de praktijk: er bestaan vele verschillende verzekeringen tegen materiële schade, terwijl bijna niemand een verzekering tegen immateriële schade heeft (Schwartz 1988).

Dit alles leidt ertoe dat de economen die zich tot hebben beziggehouden met de verliezen die slachtoffers lijden, het erover eens zijn dat alleen de materiële schade vergoed zou moeten worden, en de immateriële schade niet. Een vergoeding voor pijn en verdriet zou namelijk voor overmatige *oververzekering* zorgen (zie Cook en Graham 1977; Arlen 2000; Shavell 2003; Kaplow en Shavell 2002; Viscusi 1996, 2000, 2008; Visscher 2009; Vandenberghe 2010).

4 Bezwaren tegen verzekeringstheorie

Hoewel immateriële schade volgens de verzekeringstheorie niet vergoed zou moeten worden, krijgen slachtoffers over de hele wereld dagelijks wel smartengeld toegewezen. In verschillende landen zijn er zelfs staatsfond-

sen die slachtoffers een vergoeding voor hun immateriële leed bieden.¹³ Volgens de verzekeringstheorie zouden slachtoffers geen interesse hebben in zo'n vergoeding, omdat hun marginale waarde van geld niet toeneemt. Hoe kan het dat ze dan toch smartengeld claimen? Zien ze de nadelen er niet van? Of gaat de verzekeringstheorie misschien niet in alle gevallen op? Deze sectie legt uit waarom dat laatste het geval is.

De vergelijking met een verzekering gaat niet altijd op. Zoals gezegd gaat de verzekeringstheorie ervan uit dat de juiste hoogte van de vergoeding die het slachtoffer dient te krijgen, gelijk is aan het bedrag waarvoor het slachtoffer zelf bereid zou zijn geweest de ontstane schade te verzekeren. Met andere woorden, men stelt het zelf opzij zetten van geld via een verzekering, gelijk aan het krijgen van een vergoeding voor schade die je is toegebracht door een ander.

Sterker nog, het vergoeden van schade die het slachtoffer niet zelf verzekerd zouden hebben, wordt als 'inefficiënt' gezien omdat het slachtoffers dan worden opgescheept met een 'verplichte' verzekering die het zelf nooit zou hebben afgesloten (Cook en Graham 1977; Visscher 2008).

Dat de vergelijking met verzekeringen daadwerkelijk opgaat, wordt vaak onderbouwd met voorbeelden van productaansprakelijkheid. Dit zijn gevallen waarin, ondanks normaal gebruik, een product schade veroorzaakt. Denk bijvoorbeeld aan een fles frisdrank die ontploft als de dop eraf wordt gedraaid. De producent van het product is in zo'n geval aansprakelijk voor de schade.

Aangenomen wordt dat een producent die vanwege productaansprakelijkheid schadevergoeding moet betalen, dit doorberekent in de prijs (Avraham 2005, p. 944-45; Viscusi 1996, p. 147-48; zie Manning 1994, 1997 voor empirisch bewijs). De prijs van het product komt hierdoor iets hoger te liggen, maar eventuele schade is dan gedekt. Voor de consument betekent dit dat met aankoop van het product, automatisch ook een verzekering wordt afgesloten. De prijsverhoging kan immers gezien worden als een indirecte premie die de consument verzekerd van een vergoeding, mocht het product schade veroorzaken (Viscusi 1996).

Wanneer het gaat om productaansprakelijkheid, lijkt het krijgen van schadevergoeding voor slachtoffers inderdaad een (indirecte), verplichte, vorm van verzekeren te betekenen. De claim dat slachtoffers niet opgescheept mogen worden met een verzekering die ze zelf nooit zouden heb-

¹³Zie bijvoorbeeld het Schadefonds Geweldsmisdrijven in Nederland (www.schadefonds.nl), de *Criminal Injuries Compensation Authority* in het Verenigd Koninkrijk (<http://www.cica.gov.uk/>) en de *Crime Victims Compensation Program* in Japan (<http://www.ojp.usdoj.gov/ovc/help/interdir/japan.htm>).

ben afgesloten, lijkt hier dan ook goed toepasbaar. Maar betekent dit dat schadevergoeding altijd een kwestie van verzekeren is?

Hoe zit het bijvoorbeeld als een producent bepaalde klanten vanwege hun geloof of huidskleur weigert te leveren? Is de verzekeringstheorie dan net zo goed van toepassing? Volgens recent werk wel. Vandenberghe (2010) betoogt dat slachtoffers van discriminatie geen vergoeding voor immateriële schade zouden moeten krijgen, omdat die vergoeding net als bij productaansprakelijkheid zou worden doorberekend in de prijs. De slachtoffers zouden verplicht worden indirect een verzekering af te sluiten tegen schade die ze normaal gesproken zelf nooit verzekerd zouden hebben. En dat is volgens Vandenberghe onwenselijk.

Maar klopt die redenering wel? Als de producent bepaalde personen discrimineert en hen opzettelijk *niet* levert, dan kopen de slachtoffers het product dus *niet*. Wanneer de producent de schadevergoeding die hij moet betalen doorberekent in de prijs, zijn het logischerwijs dus ook *niet* de slachtoffers die een extra premie betalen, maar de consumenten die het product *wel* (mogen) kopen.¹⁴

De vergelijking met verzekeringen lijkt hier dan ook spaak te lopen. Er is geen sprake van een marktrelatie tussen degene die de schadevergoeding betaalt (de dader) en degene die de vergoeding ontvangt (het slachtoffer). De schadevergoeding kan daardoor niet worden omgezet in een indirecte vorm van verzekering voor het slachtoffer. Het argument dat immateriële schade niet vergoed zou moeten worden omdat het tot een ongewenste 'verplichte' verzekering leidt, gaat hier dan ook niet op.

Nu geldt dit niet alleen voor situatie waarin een producent een potentiële klant discrimineert. Integendeel, er zijn talloze voorbeelden te bedenken waar geen sprake is van een marktrelatie tussen de dader en het slachtoffer. Neem de 'Herengrachtverkrachting', of iedere willekeurige inbraak. In geen van die situaties lijkt het voor de hand te liggen om de hoogte van schadevergoeding te bepalen aan de hand van de verzekeringstheorie. Immers, de beslissing om zelf een verzekering tegen bepaalde schade af te sluiten lijkt toch echt iets anders dan het krijgen van een vergoeding van iemand die jou (moedwillig) schade toebrengt (Rogers 2000, p. 249). De volgende sectie gaat hier verder op in.

Waarom het slachtoffers niet (alleen) om geld te doen is.

“Vraag een kind naar zijn dromen en een leraar naar zijn pupillen en je weet wat echt belangrijk is. Vraag een slachtoffer van een

¹⁴ Aangenomen dat ze het later niet alsnog kopen.

overval en de agent die hem opving naar hun gevoelens en je weet dat geld het laatste is dat telt”
(Job Cohen, tijdens zijn toespraak op het partijbureau, 12 maart 2010).

Mensen zijn van nature sociale wezens, en hechten groot belang aan goede sociale relaties (Ryan en Deci 2001, p. 154). Hierdoor is het een schokkende ervaring als iemand bespot of beledigd wordt, of willens en wetens schade wordt toegebracht. Dat wordt namelijk ervaren als een afwijzing, alsof men niet als mens gezien en gewaardeerd wordt. Sterker nog, zo'n opzettelijke actie wordt als een *onrecht* ervaren, en kan tot intense gevoelens van woede en morele verontwaardiging leiden (Miller 2001).¹⁵

Dat slachtoffers zo heftig reageren wanneer hen moedwillig iets wordt aangedaan komt doordat zo'n voorval het doet lijken alsof zij de soort persoon zijn waar gemakkelijk mee gesold kan worden. Slachtoffers willen niet zo'n beeld van zichzelf hebben, en willen ook niet dat anderen hen zo zien (Lind 2000, zoals geciteerd door Miller 2001). Daarom is het voor het slachtoffer belangrijk zich te vergelden (De Cremer 2007), zo kunnen ze namelijk hun eer en reputatie verdedigen en de sociale balans herstellen (Miller 2001).

Een manier van vergelden is het bestraffen van de dader (Okimoto en Tyler 2007), of de dader openlijk ter verantwoording roepen voor wat hij gedaan heeft. Wanneer door een onafhankelijk instituut, zoals de rechter, wordt vastgesteld dat de dader de regels heeft overtreden en de dader openlijk veroordeeld wordt tot vergoeding van de schade, kan dat bij slachtoffers een bijdrage leveren aan het verminderen van het gevoel van onrecht en daarmee aan hun boosheid en vergeldingsdrang. Zeker als men het idee heeft dat van de dader een opoffering wordt gevraagd (Pembernton 2008).

Wat zegt dit ons over de functie van schadevergoeding? Door de morele component is uitsluitend financiële compensatie geen adequate reactie op leed dat opzettelijk is veroorzaakt (Darley en Pittman 2003). Om de sociale balans te herstellen is namelijk meer nodig dan eenvoudigweg geld overmaken; er moet een duidelijk signaal zijn dat morele regels zijn overtreden (Darley en Pittman 2003). Zo kan bijvoorbeeld een bankrover niet weggelaten worden met het simpelweg teruggeven van wat hij heeft gestolen.

Wel kan schadevergoeding worden ingezet als middel om het slachtoffer het gevoel te geven dat er oog is voor het leed dat hem is overkomen. Een financiële vergoeding voor immateriële schade kan bijvoorbeeld ge-

¹⁵ Dit geldt zowel voor slachtoffers zelf, als eventuele omstanders en betrokkenen (zie Miller 2001).

bruikt worden om slachtoffers erkenning en genoegdoening te bieden (Mulder 2010a; Mulder 2010b; Akkermans et al. 2008).

Dit is echter een totaal andere benadering dan die van de verzekerings-theorie. Immers, het krijgen van schadevergoeding via de rechter is dan een manier om verstoorde sociale verhoudingen te herstellen en niet, zoals Arlen (2000) stelt, simpelweg een middel om risico's te spreiden.

Voor de verzekeringstheorie heeft dit tot gevolg dat deze moeilijk toe te passen lijkt op gevallen waar sprake is van opzet. Kaplow en Shavell (2002) stellen weliswaar dat de verzekeringstheorie in alle mogelijke gevallen van toepassing is, of er nu sprake is van opzet of niet, maar gezien het bovenstaande lijkt dit onjuist. Het is zelfs zo dat de nadruk die de verzekeringstheorie op de financiële kant van de zaak legt (de marginale waarde van geld) extra morele verontwaardiging kan oproepen. Het wekt namelijk het idee dat alles een prijs heeft en alles te koop is, zelfs een verkrachting of een mishandeling. Dit gaat in tegen het idee dat bepaalde waarden 'heilig' zijn voor mensen, en per definitie niet geprijsd kunnen worden (de zogeheten '*taboo trade off*' van Fiske en Tetlock 1997). Een voorbeeld hiervan is de ruime vergoeding die de Amerikaanse overheid bood aan slachtoffers en nabestaanden van de aanslagen op het *World Trade Center*. Veel mensen hadden moeite met het aannemen van het geld, en achteraf zelfs spijt dat ze het gedaan hadden, omdat ze het idee hadden dat het zwijggeld was (Hadfield 2008).

Maar wat als er geen sprake is van opzet? Is een financiële bril, zoals die van de verzekeringstheorie, dan wel een geschikte manier om de hoogte van schadevergoeding te bepalen? Lange tijd werd aangenomen dat dit inderdaad het geval is (zie Austin, Walster en Utne 1976; Brickman 1977, beide geciteerd door Okimoto en Tyler 2007). Echter, uit recent onderzoek kan worden afgeleid dat ook in gevallen waar geen sprake is van opzet, het voor mensen belangrijk is dat er aandacht is voor morele en relationele aspecten (Okimoto en Tyler 2007).

Relis (2006 en 2007) onderzocht o.a. de motieven die mensen hebben om naar de rechter te stappen en komt tot de conclusie dat een financiële vergoeding zelden een doel op zich is. Bijvoorbeeld, slachtoffers van medische missers noemen schadevergoeding zelfs in het geheel niet wanneer hen naar hun motieven gevraagd wordt. Net als eisers in aansprakelijkheids-, scheidings- en kantonzaken noemen zij symbolische relationele zaken, als het krijgen van waardigheid en respect, een bevestiging van hun onschuld, en het vinden van een luisterend oor (Relis 2007, 2006).

Ook wanneer er geen sprake is van opzet lijkt het erop dat slachtoffers die schade oplopen door toedoen van een ander, niet alleen gericht zijn op zichzelf en hun eigen financiële situatie, maar vooral ook op de sociale dimensie van hetgeen is voorgevallen. De puur financiële benadering van

de verzekeringstheorie lijkt daarmee ook hier een te beperkte benadering van de situatie te geven. Door alleen aandacht te hebben voor de marginale waarde van geld, wordt datgene het belangrijkste is voor mensen, namelijk sociale interactie, over het hoofd gezien. Het is daarmee zeer de vraag of de verzekeringstheorie sowieso wel tot bruikbare uitkomsten kan leiden als het gaat om de vergoeding van schade.

5 Conclusie

Onder de economen die zich hebben beziggehouden met het vergoeden van schade, bestaat de consensus dat het vaststellen van schadevergoeding een verzekeringskwestie is. Zo wordt gesteld dat het juiste bedrag aan schadevergoeding het beste bepaald kan worden door na te gaan voor welk bedrag het slachtoffer de opgelopen schade zelf vooraf verzekerd zou hebben (Viscusi 2000; Shavell 2003, p. 10; Kaplow en Shavell 2002; Arlen 2000). De conclusie die uit deze verzekeringstheorie volgt is dat slachtoffers alleen nog een vergoeding voor materiële schade zouden moeten krijgen, en geen vergoeding (meer) voor hun pijn en verdriet (zie Cook en Graham 1977; Arlen 2000; Shavell 2003; Kaplow en Shavell 2002; Viscusi 1996, 2000 en 2007).

Productaansprakelijkheid wordt vaak aangehaald als voorbeeld om de werking van de verzekeringstheorie te illustreren. Dit artikel laat zien dat het vergoeden van schade in gevallen van productaansprakelijkheid inderdaad veel weg heeft van een indirecte verzekering voor slachtoffers, maar dat dit niet wil zeggen dat de verzekeringstheorie in alle gevallen van schade van toepassing is.

Ten eerste geldt namelijk dat in gevallen waar geen sprake is van een marktrelatie tussen de veroorzaker van de schade (de dader) en het slachtoffer, de schadevergoeding niet omgezet kan worden in een indirecte vorm van verzekering. Ten tweede laat onderzoek zien dat het slachtoffers vaak helemaal niet te doen is om financiële compensatie, maar dat zij veel meer geïnteresseerd zijn in vergelding en andere relationele aspecten.

Doordat in de verzekeringstheorie alleen financiële effecten worden meegenomen, laat een econoom die de verzekeringstheorie toepast om de juiste hoeveelheid schadevergoeding vast te stellen die een slachtoffer toegewezen zou moeten krijgen, dan ook de meest belangrijke zaken buiten beschouwing. Dit is betreurenswaardig, omdat het niet alleen tot verkeerde uitkomsten leidt, maar ook nog eens voor morele verontwaardiging kan zorgen. Het lijkt dan ook hoog tijd dat economen met een andere bril naar schadevergoeding gaan kijken en niet langer alle schade die personen lij-

den door toedoen van een ander afdoen als een verzekeringskwestie. Inzichten uit de psychologische en sociologische wetenschappen lijken daarbij een goede leidraad te vormen.

Auteur

José Mulder (e-mail: jdwemulder@gmail.com) is werkzaam als promovenda bij het International Victimology Institute Tilburg (Intervict) en verbonden aan het Tilburg Law and Economics Center (TILEC). Ze is Eric van Damme en Marc Groenhuijsen dankbaar voor hun input en commentaar, net als de twee anonieme referenten van dit blad. Speciale dank gaat uit naar Richard Korver voor het verstrekken van informatie over de verkrachting op de Herengracht.

Literatuur

- Akkermans, A.J., J.E. Hulst, E.A.M. Claassen, A. ten Boom, N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en D.J. Bruinvels, 2008, Slachtoffers en aansprakelijkheid een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht - Deel II: affectieschade. Amsterdam: Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht, Vrije Universiteit Amsterdam & WODC.
- Arlen, J., 2000, Tort Damages, in: B. Bouckaert en G. de Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II, 682-734, Edward Elgar, Cheltenham.
- Avraham, R., 2005, Should Pain-and-Suffering Damages be Abolished from Tort Law? More Experimental Evidence, *University of Toronto Law Journal*, vol. 55(4): 941-79.
- Calfee, J.E. en P.H. Rubin, 1992, Some Implications of Damage Payments for Nonpecuniary Losses, *Journal of Legal Studies*, vol. 21(2): 371-412.
- Carmon, Z. en D. Ariely, 2000, Focusing on the Forgone: How Value Can Appear So Different to Buyers and Sellers. *Journal of Consumer Research*, vol. 27(3): 360-70.
- Cremer, D. de, 2007, Justice an affect. When two friends meet, in: D. de Cremer (ed.) *Advances in the Psychology of Justice and Affect*, pp. 1-11, Charlotte, NC: Information Age Publishing, INC.
- Croley, S.P. en J.D. Hanson, 1995, The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law, *Harvard Law Review*, vol. 108(8): 1785-1917.
- Cook, P.J. en D.A. Graham, 1977, The Demand for Insurance and Protection: The Case of Irreplaceable Commodities, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 91(1): 143-156.
- Darley, J.M. en T.S. Pittman, 2003, The Psychology of Compensatory and Retributive Justice, *Personality and Social Psychology Review*, vol. 7(4):324-36.
- Fiske, A.P. en P.E. Tetlock, 1997, Taboos trade-offs: Reactions to Transactions that Transgress the spheres of justice, *Political Psychology*, vol. 18(2): 255-97.
- Friedman, D., 1982, What is 'Fair Compensation' for Death or Injury? *International Review of Law and Economics*, vol. 2(2): 81-93.
- Friedman, D., 2000, *Law's order*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- Hadfield, G., 2008, Framing the Choice between Cash and the Courthouse: Experiences with the 9/11 Victim Compensation Fund, *Law & Society Review*, vol. 42(3): 645-82.
- Kaplow, L. en S. Shavell, 2002, Economic Analysis of Law, in: A.J. Auerbach en M. Feldstein (eds.), *Handbook of Public Economics*, vol. 3:1661-1784. Elsevier; Nederland.
- Manning, R.L., 1997, Products Liability and Prescription Drug Prices in Canada and the United States, *Journal of Law and Economics*, vol. 40(1): 203-243.
- Manning, R.L., 1994, Changing Rules in Tort Law and the Market for Childhood Vaccines, *Journal of Law and Economics*, vol. 37(1): 247-75.

- Miller, D.T., 2001, Disrespect and experience of injustice, *Annual Review of Psychology*, vol. 52: 527-53.
- Mulder, J.D.W.E., 2010, Hoe schadevergoeding kan leiden tot gevoelens van erkenning en gerechtigheid. Lessen uit de praktijk van het Schadefonds Geweldsmisdrijven, *Nederlands Juristen Blad*, vol. 5: 293-96.
- Mulder, J.D.W.E., 2009, How do we compensate a victim's losses? An Economic Perspective, *International Review of Victimology*, vol. 16: 67-87.
- Okimoto, T. G., en T.R. Tyler, 2007, Is compensation enough? Relational concerns in responding to unintended inequity. *Group Processes & Intergroup Relations*, 10:3, pp. 399-420.
- Pemberton, A., 2008, Over egels, vliegen vangen en herstelrecht. Een reactie op Daems, Kaptein en Walgrave, *Tijdschrift voor Herstelrecht*, vol. 8(4): 53-65.
- Relis, T., 2006, Civil Litigation from Litigants' Perspectives: What We Know and What We Don't Know About the Litigation Experience of Individual Litigants, *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 25: 151-212.
- Relis, T., 2007, 'It's Not About the Money!': A Theory on Misconceptions of Plaintiffs' Litigation Aims, *Pittsburgh Law Review*, vol. 68(2): 1-48.
- Rogers, W.V.H. 2000, Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective. Wenen, New York, Springer.
- Ryan, R.M. en E.L. Deci, 2001, On happiness and human potentials: a review of research on hedonic and eudaimonic well-being, *Annual Review of Psychology*, vol. 52: 141-66.
- Schwartz, A., 1988, Proposals for Product Liability Reform: A Theoretical Synthesis. *The Yale Law Journal*, vol. 97(3): 353-419.
- Shavell, S., 2003, Economic Analysis of Incident Law. NBER Working Paper 9482; www.nber.org/papers/w9483. Dit paper komt overeen met de hoofdstukken over 'accident law' in: S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Suurmond, G. en B.C.J. van Velthoven, 2005, Vergoeding van affectieschade. Te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers, *Nederlands Juristenblad*, vol. 80(37): 1934-36.
- Trouw, 1 november 2008 Beroving en verkrachting in centrum Amsterdam: http://www.trouw.nl/nieuws/nederland/article1891682.ece/Beroving_en_verkrachting_in_centrum_Amsterdam.html
- Vandenbergh, A.S., 2010, Non-Discrimination in the Common Principles of European Contract Law, in: P. Larouche en F. Chirico (eds.), *Economic Analysis Of The Dcfr: The Work Of The Economic Impact Group Within The COPECL Network Of Excellence*. Sellier European Law Publishers.
- Viscusi, W.K., 1996, Pain and Suffering: Damages in Search of a Sounder Rationale, *Michigan Law & Policy Review*, vol. 1: 141-67.
- Viscusi, W.K., 2000a, Misuses and Proper Uses of Hedonic Values of Life, *Journal of Forensic Economics*, vol. 13(2): 111-25.
- Viscusi, W.K., 2000b, The Value of Life in Legal Context, *American Law and Economics Review*, vol. 2(1): 195-222.

- Viscusi, W.K., 2007, The Flawed Hedonic Damages Measure for Wrongful Death and Personal Injury Compensation, *Journal of Forensic Economics*, vol. 20(2): 113-35.
- Viscusi, W.K. en W.N. Evans, 1990, Utility Functions That Depend on Health Status: Estimates and Economic Implications, *American Economic Review*, vol. 80(3):353-74.
- Visscher, L.T., 2009, Tort Damages, in: M.G. Faure (ed.), *Tort Law and Economics*, Encyclopedia of Law and Economics, vol. I, Second Edition, Cheltenham, UK: Edward Elgar, pp. 153-200.