

# Stagnerende smartengeldbedragen

## Kan de Hoge Raad er wat aan doen?

Niels Frenk en Cees van Dam<sup>1</sup>

De bedragen die als smartengeld worden toegekend in Nederland zijn de laatste decennia zelfs niet met de inflatiecorrectie verhoogd. In Duitsland en Engeland zijn de toegekende bedragen in diezelfde periode substantieel verhoogd. Het Duitse Bundesgerichtshof en de Engelse Court of Appeal speelden daarin een sturende rol door aan te geven dat de smartengeldbedragen in de pas moeten blijven lopen met maatschappelijke ontwikkelingen. Waarom zou de Hoge Raad wel rechtsvormend actief zijn als het gaat om open normen voor de omvang van de aansprakelijkheid maar bij open normen voor de omvang van de schadevergoeding niet? In beide gevallen zijn de rechtseenheid en rechtsontwikkeling ook bij ons gediend met een Hoge Raad die sturend optreedt.

**A**l ruim twintig jaar bedraagt het hoogste smartengeld in Nederland € 136 000.<sup>2</sup> In al die jaren is zelfs de geldontwaarding niet verdisconteerd in de toegekende bedragen. Als dat wel zou zijn gebeurd, zou het hoogste smartengeldbedrag nu ruim twee ton moeten zijn.<sup>3</sup> In deze bijdrage geven we drie wegen aan waarlangs de Hoge Raad deze impasse zou kunnen doorbreken.<sup>4</sup>

Een van de redenen voor de stagnatie is dat de smartengeldvordering voor te veel advocaten een sluitpost is. Zij vragen te weinig aandacht voor de specifieke gevolgen van het letsel voor *deze* benadeelde, en sluiten in hun vordering te vaak aan bij in het verleden toegekende bedragen. In zulke gevallen heeft de feitenrechter geen ruimte om smartengeldbedragen intrinsiek te verhogen.

Als advocaten wel sterke argumenten naar voren brengen, blijkt het door de Hoge Raad ontwikkelde kader voor de begroting van smartengeld een conserverende werking te hebben. Zoals bekend *moet* de rechter volgens de Hoge Raad bij zijn begroting letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn

toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen, een en ander met inachtneming van de geldontwaarding.<sup>5</sup> De rechter *mag* daarbij mede acht slaan op de ontwikkelingen in de andere landen maar die ontwikkelingen kunnen niet beslissend zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen.<sup>6</sup>

De conserverende werking lijkt ten eerste te worden veroorzaakt doordat de rechter zich oriënteert op bedragen die in vergelijkbare gevallen zijn toegekend; daardoor kijkt hij vaak met zijn rug naar de toekomst. Een tweede, waarschijnlijk belangrijkere, factor is dat de Hoge Raad de feitenrechter ook maant acht te slaan op de maximaal toegekende bedragen.

In Duitsland en Engeland is de situatie duidelijk anders. Daar zijn de bedragen de afgelopen twee decennia wel fors gestegen, in Duitsland zelfs verdubbeld. Hoe komt dat? Net als in Nederland staat in beide landen de methode van de gevalsvergelijking voorop; blijkbaar is deze methode dus niet het kernprobleem.<sup>7</sup> Het Duitse Bundesgerichtshof (BGH) en de Engelse Court of Appeal

### Auteurs

1. Prof. mr. N. Frenk is Raadadviseur bij de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie, Bijzonder Hoogleraar Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en hoofdredacteur van *Verkeersrecht*.  
Prof. mr. C.C. van Dam is Honorair Hoogleraar Europees Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht, Visiting Professor aan

King's College London, onafhankelijk juridisch adviseur en oud-hoofdredacteur van *Verkeersrecht*.

### Noten

2. HR 8 juli 1992, *NJ* 1992/714, VR 1992/133 (AMC/O.); de Hoge Raad verwierp het cassatieberoep tegen een arrest van Hof Amsterdam waarin het een smartengeld van fl. 300 000 had toegekend.

3. Rb. Den Bosch 11 april 2007, *LJN* BA2723, JA 2007/99 kende € 150 000 smartengeld toe. Dit is in absolute zin het hoogste bedrag in Nederland maar indien de inflatiecorrectie wordt verdisconteerd is het intrinsieke bedrag lager dan in de AMC-zaak.

4. In deze bijdrage concentreren wij ons op de rol van de Hoge Raad. Advocaten en feitenrechters dragen eveneens verant-

woordelijkheid voor de stagnatie van de hoogte van het smartengeld. Dat blijft ook zo als de Hoge Raad de door ons voorgestelde stappen zet.

5. HR 27 april 2001, *NJ* 2002/91, m.nt. C.J.H. Brunner (*Brief aan moeder*).

6. HR 8 juli 1992, *NJ* 1992/714, VR 1992/133 (AMC/O.) en HR 27 april 2001, *NJ* 2002/91, m.nt. C.J.H. Brunner (*Brief aan moeder*).

## Het is niet aannemelijk dat de Hoge Raad toen heeft bedoeld dat de smartengeldbedragen ten eeuwigen dage op dat niveau zouden moeten blijven

hebben op andere wijze een sturende rol gespeeld door het oprekken van de grenzen. Namelijk door aan te geven dat de smartengeldbedragen in de pas moeten blijven lopen met maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>8</sup>

Zo overwoog het Duitse BGH dat de rechter mag afwijken van bedragen die in het verleden zijn toegekend in vergelijkbare gevallen wanneer dat vereist wordt '... in Anbetracht der wirtschaftlichen Entwicklung oder veränderter allgemeiner Wertvorstellungen.'<sup>9</sup> En in de Engelse Court of Appeal, verantwoordelijk voor de hoogte van het smartengeld, overwoog Lord Woolf dat maatschappelijke veranderingen niet beperkt zijn tot wijziging van het prijsindexcijfer: 'Other changes in society can result in a level of damages which was previously acceptable no longer providing fair, reasonable and just compensation, taking into account the interests of the claimants, the defendants and society as a whole.'<sup>10</sup>

Deze actievare houding van het BGH en de Court of Appeal roept de vraag op of ook de Hoge Raad meer sturend kan optreden en zo de impasse zou kunnen doorbreken. Dat is volgens ons zowel mogelijk als wenselijk.

De eerste mogelijkheid zou zijn om het gezichtspunt te laten vallen dat de rechter moet letten op de maximaal toegekende bedragen. Die waarschuwing was in 1992 begrijpelijk: de maximale bedragen waren tussen 1988 en 1991 van 200 000 naar 300 000 gulden gestegen. Maar het is niet aannemelijk dat de Hoge Raad toen heeft bedoeld dat de smartengeldbedragen ten eeuwigen dage op dat niveau zouden moeten blijven en dat alleen de geldontwaardiging in ogenschouw mag worden genomen. In plaats van het gezichtspunt 'letten op de maximaal toegekende bedragen' zou de Hoge Raad moeten aangeven 'dat de feitenrechter zich rekenschap dient te geven van wijzigende maatschappelijke opvattingen over wat een passende vergoeding is'. Het gaat bij het smartengeld immers om een vergoeding naar billijkheid (art. 6:106 BW). Dat betekent dat rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken (art. 3:12). Die belangen zijn sinds 1992 niet gefossiliseerd. Door het opnemen van dit nieuwe gezichtspunt geeft de Hoge Raad de feitenrechter niet alleen de *mogelijkheid* maar ook de *opdracht* om recht te doen aan de maatschappelijke ontwikkelingen, om vooruit te kijken en waar nodig (niet alleen bij de hoogste bedragen) de hoogte van het smartengeld in opwaartse zin aan te passen. Een dergelijke beslissing van de Hoge Raad zou kunnen worden uitgelokt door middel van een prejudiciële vraag of cassatie in het belang der wet. Of gewoon door een rechter die afwijkt van de gebaande paden en met een aanzienlijk hoger smartengeld gemotiveerd recht doet aan het door een slachtoffer ondervonden leed en onrecht.

De tweede mogelijkheid voor de Hoge Raad om de impasse te doorbreken is om strakker toe te zien op de motivering door de lagere rechter bij toepassing van de

gezichtspunten. In het *AMC*-arrest merkte de Hoge Raad op dat de hoogte van het toegekende bedrag voor verantwoording van het hof moest blijven. Dit lijkt erop te wijzen dat er voor motiveringsklachten weinig ruimte is. Dat kan anders, ook zonder dat de Hoge Raad wordt overlopen met cassatieberoepen.

Ook hier kan worden gekeken naar Duitsland. Het BGH eist dat de feitenrechter bij de begroting van het smartengeld niet alleen de beslissende feitelijke omstandigheden maar ook de grondslag van zijn begroting en de uitwerking daarvan duidelijk maakt.<sup>11</sup> Voorts is het niet voldoende als hij slechts abstracte algemene beoordelingscriteria opnoemt en daarnaast de verwondingen. Hij moet ook aangeven hoe hij de verwondingen en de andere omstandigheden van het geval in het kader van de begroting van het smartengeld heeft gewaardeerd.<sup>12</sup>

Met dit toetsingskader heeft het BGH een kapstok om de hoogte van het smartengeld te beoordelen. In de praktijk doet hij dit slechts in zeer beperkte mate. Maar het is voldoende om een oogje in het zeil te houden.

In deze zin zou ook de Hoge Raad de consistentie van de motivering van de feitenrechter in cassatie kunnen toetsen. Daarbij kan voorop blijven staan dat de feitenrechter bij het waarden van de feitelijke omstandigheden van het geval grote vrijheid houdt. Maar dat sluit niet uit dat de Hoge Raad zich wel inlaat met de vraag of de overwegingen van de feitenrechter met betrekking tot de verschillende omstandigheden voldoende consistent zijn in relatie tot de hoogte van het toegekende bedrag. Dit zou in elk geval denkbaar zijn voor gevallen van middelzwaar tot zeer ernstig letsel. Ook zonder zich daadwerkelijk met de hoogte van het bedrag in te laten, kan hij sturend optreden door strengere eisen te stellen aan de motiveringsplicht van de feitenrechter, zoals met betrekking tot het gezichtspunt dat de feitenrechter zich rekenschap dient te geven van wijzigende maatschappelijke opvattingen over wat een passende vergoeding is.

De derde mogelijkheid voor de Hoge Raad om de impasse te doorbreken is door meer sturend op te treden waar het de daadwerkelijke omvang van de bedragen betreft. Het is echter de vraag of het Nederlandse cassatiekorset zich hier niet tegen verzet. Bij open normen als art. 6:106 BW dient de rechter immers te beslissen met inachtneming van alle relevante feiten en omstandigheden van het geval. De vaststelling van smartengeld door de rechter is daarom een zogenaemde gemengde beslissing. Hoewel de heersende opvatting is dat toetsing door de Hoge Raad in zo'n geval beperkt is, dwingt de taakopdracht van de Hoge Raad daar niet toe.

In feite 'toetst' de Hoge Raad ook gemengde beslissingen volledig als hij vindt dat de rechtseenheid en rechtsontwikkeling dit vergen. Dat doet hij bijvoorbeeld door het uit open normen afleiden van harde subregels, bijvoorbeeld met de eveneens op de billijkheid (art. 6:101



© Images.com/Corbis

BW) gebaseerde 50%<sup>-13</sup> en 100%-regels<sup>14</sup> in het verkeer. Die actieve houding staat in schril contrast met de vrijheid die hij aan de feitenrechter geeft bij het naar billijkheid vaststellen van de hoogte van het smartengeld. Ook bij art. 6:106 BW vergen rechtseenheid en rechtsontwikkeling dat de vergoeding van smartengeld gelijke tred houdt met maatschappelijke ontwikkelingen.

Voor sturing door de Hoge Raad zijn diverse modaliteiten beschikbaar. Zo suggereerde A-G Spier in zijn conclusie voor het *Druiff*-arrest dat de Hoge Raad in een *obiter dictum* aanwijzingen zou kunnen geven voor in de toekomst wenselijk te achten bedragen.<sup>15</sup> Denkbaar is ook dat de Hoge Raad in een reeks zaken die gezamenlijk worden behandeld en waarin de ernst van het letsel telkens varieert, voor verschillende categorieën een bandbreedte formuleert. Dit vereist vanzelfsprekend coördinatie, zodat een dergelijke reeks van zaken ook gezamenlijk aan de Hoge Raad wordt voorgelegd.

Het is wellicht niet aanstonds aannemelijk dat de Hoge Raad deze stap zal willen zetten. Maar zij illustreren wel het spanningsveld tussen een Hoge Raad die rechtsvormend actief is als het gaat om open normen voor de

omvang van de *aansprakelijkheid* maar bij open normen voor de omvang van de *schadevergoeding* niet. In beide gevallen zijn rechtseenheid en rechtsontwikkeling gediend met een Hoge Raad die sturend optreedt.

Zoals hiervoor is aangegeven kan sturing door de Hoge Raad ook plaatsvinden met minder vergaande middelen. De eerste optie (het introduceren van een nieuw gezichtspunt) is een eenmalige actie en leidt niet tot een grotere werklast. Het is niet ondenkbaar dat de tweede optie (een iets strakkere toetsing in cassatie) tot een lichte stijging van het aantal cassatiezaken leidt maar het kan toch niet zo zijn dat de Hoge Raad om redenen van werklast de handen volledig afhoudt van dit onderwerp, in elk geval niet als het gaat om de belangen van slachtoffers met middelzwaar tot zeer ernstig letsel. Met de art. 80a en 81 Wet RO beschikt de Hoge Raad over instrumenten om zaken in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure af te doen en die zaken te kiezen waarin hij met betrekking tot de hoogte van het smartengeld, in de woorden van Hammerstein, zijn normstellende rol wenst te vervullen.

Kortom: de Hoge Raad kan er inderdaad wat aan doen dat de smartengeldbedragen stagneren. •

7. Zo ook S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: 2008, p. 68.

8. Zie C.C. van Dam, 'Begroting van smartengeld in Engeland', *VR* 2012, p. 11 e.v.

9. BGH 8 juni 1976, *VersR* 1976/967.

10. *Heil vs. Rankin* [2001] 2 WLR 1173.

11. BGH 24 mei 1988, *VersR* 1988/943.

12. BGH 16 juni 1992, *VersR* 1992/1410.

13. HR 28 februari 1992, *NJ* 1993/566, m.nt. C.J.H. Brunner, *VR* 1992/93, m.nt. H.F.

van den Haak (*IZA/Vrerink*).

14. HR 1 juni 1990, *NJ* 1991/720, *NJ*

1991/720, m.nt. C.J.H. Brunner, *VR*

1990/174, m.nt. A.J.O. Baron van Wasse-naer van Catwijk (*Ingrid Kolkman*) en HR

31 mei 1991, *NJ* 1991/721, m.nt. C.J.H. Brunner (*Marbeth van Uitregt*).

15. In zijn conclusie voor HR 17 november 2000, *NJ* 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen, *VR* 2001/9 (*Druiff/Bouw*).